

**Sygn. akt: KIO 2532/22**

**KIO 2536/22**

**KIO 2544/22**

## **WYROK**

**z dnia 25 października 2022 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Danuta Dziubińska**

**Członkowie: Marek Bienias**

**Emila Garbala**

**Protokolant: Aldona Karpińska**

po rozpoznaniu w dniach 10 października 2022 r., 19 października 2022 r., 20 października 2022 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 września 2022 roku przez wykonawców:

- A. **Asseco Poland Spółka Akcyjna** z siedzibą w Rzeszowie, ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów (sygn. akt KIO 2532/22)
- B. **Comarch Polska Spółka Akcyjna** z siedzibą w Krakowie, Al. Jana Pawła II 39A, 31-864 Kraków (sygn. akt KIO 2536/22)
- C. **DXC Technology Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Warszawie, ul. Prosta 67, 00-838 Warszawa (sygn. akt KIO 2544/22)

w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa – Główny Inspektorat Transportu Drogowego** w Warszawie, Al. Jerozolimskie 94, 00-807 Warszawa

przy udziale wykonawców:

- A. **S&T Services Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Warszawie, ul. Postępu 21D, 02-676 Warszawa zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego w sprawach sygn. akt KIO 2532/22, KIO 2536/22 i KIO 2544/22

- B. **Asseco Poland Spółka Akcyjna** z siedzibą w Rzeszowie, ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego w sprawach sygn. akt KIO 2536/22 i KIO 2544/22
- C. **Comarch Polska Spółka Akcyjna** z siedzibą w Krakowie, Al. Jana Pawła II 39A, 31-864 Kraków zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego w sprawie sygn. akt KIO 2544/22
- D. **DXC Technology Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Warszawie, ul. Prosta 67 00-838 Warszawa zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego w sprawie sygn. akt KIO 2536/22

**orzeka:**

**I. W sprawie KIO 2532/22**

1. Umarza postępowanie w zakresie zarzutów oznaczonych w odwołaniu numerami: I, II, III, IV, VI, VII, XII, XIII, XIV, XV, XVI, XVIII, XIX, XXI;
2. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutów oznaczonych w odwołaniu numerami: V, VIII, IX, X, XI, XVII, XX, i nakazuje Zamawiającemu:
  - 2.1. doprecyzowanie postanowień § 6 ust. 2 i § 11 ust. 2 PPU oraz pkt 8.7.5 OPZ dotyczących: osoby trzeciej, podwykonawcy, biegłego w taki sposób, aby była to osoba posiadająca odpowiednie doświadczenie i kompetencje z dziedziny, której dotyczy przedmiot zamówienia i zakresu, dla którego ma być zaangażowana, gwarantująca bezstronność i obiektywizm, która nie prowadzi działalności konkurencyjnej wobec Wykonawcy, jak również nie współpracuje w jakiegokolwiek formie z podmiotem stanowiącym konkurencję wobec Wykonawcy;
  - 2.2. doprecyzowanie postanowień PPU dotyczących rękojmi, tak aby jasno z nich wynikało, że rękojmia dotyczy utworu (dzieła) powstałego w wyniku usług utrzymania lub usług rozwoju oraz aby bieg terminu na usunięcie wskazanych w PPU incydentów rozpoczynał się od udostępnienia Wykonawcy przez Zamawiającego systemu i danych osobowych;
  - 2.3. dokonanie zmian PPU w taki sposób, aby w miejsce 10% jako górnej granicy waloryzacji została wprowadzona granica waloryzacji na poziomie 20% oraz aby z postanowień PPU jasno wynikało, że pierwsza waloryzacja nastąpi po sześciu miesiącach obowiązywania umowy;

- 2.4. dokonanie zmiany § 26 ust. 1 pkt 3 PPU w taki sposób, aby w przypadku odstąpienia od umowy lub wypowiedzenia umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy kara umowna wynosiła 30% wartości tej części umowy, której dotyczy oświadczenie o odstąpieniu lub wypowiedzeniu;
- 2.5. dokonanie zmiany § 27 ust. 7 PPU w taki sposób, aby w miejsce sformułowania: "jednostronnie określi Zamawiający" zostało wprowadzone: "określi biegły, tj. osoba posiadająca odpowiednie doświadczenie i kompetencje z dziedziny, której dotyczy przedmiot zamówienia i zakresu, dla którego ma być zaangażowana, gwarantująca bezstronność i obiektywizm, która nie prowadzi działalności konkurencyjnej wobec wykonawcy, jak również nie współpracuje w jakiegokolwiek formie z podmiotem stanowiącym konkurencję wobec Wykonawcy",
3. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego: **Skarb Państwa – Główny Inspektorat Transportu Drogowego** w Warszawie, i:
- 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
- 3.2. zasądza od **Skarbu Państwa – Główny Inspektorat Transportu Drogowego** w Warszawie na rzecz **Asseco Poland Spółka Akcyjna** z siedzibą w Rzeszowie kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kwoty uiszczzonego przez Odwołującego wpisu oraz uzasadnionych kosztów wynagrodzenia pełnomocnika strony;

## II. W sprawie KIO 2536/22

1. Umarza postępowanie w zakresie zarzutów oznaczonych w odwołaniu numerami: 1a, 1b, 1c, 2, 3e;
2. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutów oznaczonych w odwołaniu numerami: 1d, 1e, 3b, 3c, 3d i nakazuje Zamawiającemu:
  - 2.1. doprecyzowanie postanowień PPU w zakresie transferu wiedzy w taki sposób, aby jednoznacznie z nich wynikało, że ma on następować w formie szkoleń, o których mowa w PPU, a jeśli miałby następować także w innej formie, to doprecyzowanie w jakiej i na jakich zasadach;
  - 2.2. doprecyzowanie opisu zobowiązań Wykonawcy w odniesieniu do korzystania, utrzymania, zarządzania oprogramowaniem będącym w posiadaniu

Zamawiającego – HP Service Manager oraz ponoszenia kosztów opłat licencyjnych;

- 2.3. doprecyzowanie § 27 ust. 5 PPU poprzez określenie, że wykonanie zastępcze będzie dotyczyć wyłącznie niewykonanego zakresu umowy oraz opisanie procedury wezwania Wykonawcy do wykonania zobowiązania wraz z wyznaczeniem Wykonawcy odpowiedniego terminu pod rygorem skorzystania z wykonania zastępczego;
  - 2.4. dokonanie zmiany § 27 ust. 7 PPU w taki sposób, aby w miejsce sformułowania: "jednostronnie określi Zamawiający" zostało wprowadzone: „określi biegły, tj. osoba posiadająca odpowiednie doświadczenie i kompetencje z dziedziny, której dotyczy przedmiot zamówienia i zakresu, dla którego ma być zaangażowana, gwarantująca bezstronność i obiektywizm, która nie prowadzi działalności konkurencyjnej wobec wykonawcy, jak również nie współpracuje w jakiegokolwiek formie z podmiotem stanowiącym konkurencję wobec Wykonawcy”;
  - 2.5. doprecyzowanie pkt 8.7.5. Opisu Przedmiotu Zamówienia w odniesieniu do biegłego poprzez wskazanie, że biegłym może być osoba posiadająca odpowiednie doświadczenie i kompetencje z dziedziny, której dotyczy przedmiot zamówienia i zakresu, dla którego ma być zaangażowana, gwarantująca bezstronność i obiektywizm, która nie prowadzi działalności konkurencyjnej wobec Wykonawcy, jak również nie współpracuje w jakiegokolwiek formie z podmiotem stanowiącym konkurencję wobec Wykonawcy;
3. W pozostałym zakresie oddala odwołanie;
  4. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego: **Skarb Państwa – Główny Inspektorat Transportu Drogowego** w Warszawie w 62,5% i Odwołującego: **Comarch Polska Spółka Akcyjna** z siedzibą w Krakowie w 37,5 %, i:
    - 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
    - 4.2. zasądza od **Skarbu Państwa – Główny Inspektorat Transportu Drogowego** w Warszawie na rzecz **Comarch Polska Spółka Akcyjna** z siedzibą w Krakowie kwotę 8 025 zł 00 gr (słownie: osiem tysięcy dwadzieścia pięć złotych zero groszy) tytułem częściowego zwrotu wpisu od odwołania;

### III. W sprawie KIO 2544/22

1. Uwzględnić odwołanie w zakresie zarzutów oznaczonych w odwołaniu numerami: 1b, 2, 4, i nakazuje Zamawiającemu:
  - 1.1. doprecyzowanie § 26 pkt 6 i 7 PPU poprzez jednoznaczne wskazanie, że przewidziana tam kara umowna przysługuje za zwłokę;
  - 1.2. dokonanie zmian PPU w taki sposób, aby w miejsce 10% jako górnej granicy waloryzacji została wprowadzona granica waloryzacji na poziomie 20%;
  - 1.3. doprecyzowanie postanowień § 6 ust. 2 i § 11 ust. 2 PPU oraz pkt 8.7.5 OPZ dotyczących osoby trzeciej, podwykonawcy oraz biegłego w taki sposób, aby była to osoba posiadająca odpowiednie doświadczenie i kompetencje z dziedziny, której dotyczy przedmiot zamówienia i zakresu, dla którego ma być zaangażowana, gwarantująca bezstronność i obiektywizm, która nie prowadzi działalności konkurencyjnej wobec wykonawcy, jak również nie współpracuje w jakiegokolwiek formie z podmiotem stanowiącym konkurencję wobec Wykonawcy.
2. Oddać odwołanie w pozostałym zakresie;
3. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego **Skarb Państwa – Główny Inspektorat Transportu Drogowego** w Warszawie w 37,5 % i Odwołującego **DXC Technology Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Warszawie w 62,5%, i:
  - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
  - 3.2. zasądza od **Skarbu Państwa – Główny Inspektorat Transportu Drogowego** w Warszawie na rzecz **DXC Technology Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Warszawie kwotę 4 725 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące siedemset dwadzieścia pięć złotych zero groszy) tytułem częściowego zwrotu wpisu od odwołania i kosztów wynagrodzenia pełnomocnika strony;

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....

**Sygn. akt: KIO 2532/22**

**KIO 2536/22**

**KIO 2544/22**

## **Uzasadnienie**

Skarb Państwa – Główny Inspektorat Transportu Drogowego w Warszawie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej: „Pzp” lub ”PZP”), postępowanie o udzielenie zamówienia pn. „Utrzymanie i rozwój systemu teleinformatycznego CPD CANARD”, numer referencyjny: BDG.ZPB.230.13.2022. Wartość zamówienia przekracza progi unijne. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 16 września 2022 roku pod numerem 2022/S 179506055. W tym samym dniu Specyfikacja Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ”) została zamieszczona przez Zamawiającego na stronie internetowej.

W dniu 26 września 2022 r. wykonawcy: Asseco Poland Spółka Akcyjna z siedzibą w Rzeszowie (dalej: „Odwołujący Asseco”) w sprawie sygn. akt KIO 2532/22, Comarch Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie (dalej „Odwołujący Comarch”) w sprawie sygn. akt KIO 2536/22, DXC Technology Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący DXC”) w sprawie sygn. akt KIO 2544/22 odwołania wobec postanowień SWZ.

### **Sygn. akt KIO 2532/22**

Odwołujący Asseco zarzucił Zamawiającemu:

- 1) Zarzut I: Nieprawidłowe określenie warunków udziału w zakresie wiedzy i doświadczenia - naruszenie art. 112 ust. 1 PZP w związku art. 16 PZP - Część II SWZ - WARUNKI SZCZEGÓLNE (WSZ), Rozdział A - Informacja o warunkach udziału w postępowaniu i podstawach wykluczenia oraz wykaz podmiotowych środków dowodowych, pkt 1.4. Zdolność zawodowa – w zakresie wiedzy i doświadczenia;
- 2) Zarzut II: Nieprawidłowe określenie warunków udziału w zakresie posiadanego potencjału kadrowego dla Eksperta nr 1 - naruszenie art. 112 ust. 1 PZP w związku art. 16 PZP - Część II SWZ - WARUNKI SZCZEGÓLNE (WSZ), Rozdziale A. pkt. 1.5 zdolności technicznej i zawodowej w zakresie posiadania potencjału kadrowego;
- 3) Zarzut III: Nieprawidłowe kryteria oceny ofert w zakresie kwalifikacji i doświadczenia dla trzech ról: Główny Programista, Specjalista ds. hurtowni danych, Projektant UX/UI -

naruszenie art. 240 ust. 1 i art. 241 ust. 1 PZP w związku art. 16 PZP poprzez wadliwe określenie warunków Rozdziału B. Kryteria oceny ofert pkt 8.3 Doświadczenie i kwalifikacje ekspertów wyznaczonych do realizacji zamówienia;

- 4) Zarzut IV: Nieprecyzyjne i niedookreślone kryteria oceny ofert dla doświadczenia Kierownika Projektu: naruszenie art. 239, art. 240 i art. 241 PZP w związku art. 16 PZP i wadliwe określenie w Część II SWZ WARUNKI SZCZEGÓLNE (WSZ) – Rozdział B, pkt 8.3.3, ppkt 1);
- 5) Zarzut V: Wadliwe postanowienia dotyczące kontroli jakości i sposobu prowadzenia prac przez Wykonawcę: PPU - § 6 ust. 2 i § 11 ust. 2 - naruszenie art. 8 ust. 1 PZP w związku z art. 3531 k.c., art. 354 k.c. w związku z art. 431 PZP oraz w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 20 PZP;
- 6) Zarzut VI: Wadliwe określenie warunków fakturowania Usługi Utrzymania – PPU: §17 "Wynagrodzenie Wykonawcy w zakresie Usługi Utrzymania" ust. 3 i 4 - naruszenie art. 19a ust. 3 ustawy o podatku od towarów i usług w związku z art. 3531 k.c. oraz w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 20 PZP
- 7) Zarzut VII: Wadliwe określenie warunków odbioru Usługi Rozwoju – PPU: § 18 Wynagrodzenie Wykonawcy w zakresie Usługi Rozwoju oraz Załącznik nr 1 do SWZ – Opis Przedmiotu Zamówienia (OPZ), pkt 15.4.2 - naruszenie art. 19a ust. 3 ustawy o podatku od towarów i usług, w związku z art. 3531 k.c. oraz w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 20 PZP
- 8) Zarzut VIII: Wadliwe postanowienia dotyczące rękojmi i gwarancji: PPU – § 20. Rękojmia Usługi Utrzymania – naruszenie przepisu art. art. 568 § 1 k.c. w zw. z art. art. 638 § 1 k.c. oraz art. 558 § 1 k.c. w zw. z art. 3531 k.c., art. 58 k.c. oraz w zw. z art. 8 ust. 1 PZP oraz w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 20 PZP poprzez przekroczenie granic swobody kontraktowania, co prowadzi do uznania PPU w niezmienionym kształcie za naruszające zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania stron stosunku zobowiązaniowego.
- 9) Zarzut IX: Wadliwe postanowienia dotyczące rękojmi i gwarancji: PPU – § 21. Gwarancja i rękojmia Usługi Rozwoju – naruszenie przepisu art. 387 § 1 KC, art. 638 § 2 k.c. w związku z art. 577 w zw. z art. 3531 k.c., art. 58 k.c. oraz w zw. z art. 8 ust. 1 PZP oraz w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 20 PZP poprzez przekroczenie granic swobody kontraktowania, co prowadzi do uznania PPU w niezmienionym kształcie za naruszające zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania stron stosunku zobowiązaniowego.
- 10) Zarzut X: Wadliwe postanowienia dotyczące waloryzacji wynagrodzenia: PPU – § 23. Waloryzacja wynagrodzenia – naruszenie przepisu art. 439 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 99 ust. 1 i 4 PZP oraz art. 16 pkt 1 i 3 PZP w zw. z art. 3531 KC w zw. z art. 8 ust. 1 PZP poprzez ustalenie klauzuli waloryzacyjnej w sposób nie pozwalający na zapewnienie



ekwiwalentności świadczeń stron umowy oraz nie niwelujący ryzyk związanych ze zmianami kosztów wykonania zamówienia publicznego, co przy aktualnym poziomie inflacji oraz wzrostu wynagrodzeń, prowadzi do uznania PPU w niezmienionym kształcie za naruszające zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania stron stosunku zobowiązaniowego.

- 11) Zarzut XI: Wadliwe postanowienia dotyczące kary umownej: PPU - § 26 Kary umowne ust pkt 3: – naruszenie przepisu art. 99 ust. 1 i 4 PZP oraz art. 16 pkt 1 i 3 PZP w zw. z art. 3531 KC w zw. z art. 8 ust. 1 PZP poprzez określenie kary umownej w sposób nieproporcjonalny do zakresu odstąpienia lub wypowiedzenia, co prowadzi do uznania PPU w niezmienionym kształcie za naruszające zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania stron stosunku zobowiązaniowego.
- 12) Zarzut XII: Wadliwe postanowienia dotyczące kary umownej: PPU - § 26 Kary umowne ust pkt 4: – naruszenie przepisu art. 99 ust. 1 i 4 PZP oraz art. 16 pkt 1 i 3 PZP w zw. z art. 3531 KC w zw. z art. 8 ust. 1 PZP poprzez określenie kary umownej za dochowanie terminu, którego dochowanie zależy od Zamawiającego, co prowadzi do uznania PPU w niezmienionym kształcie za naruszające zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania stron stosunku zobowiązaniowego.
- 13) Zarzut XIII: Wadliwe postanowienia dotyczące kary umownej: PPU - § 26 Kary umowne ust pkt 8: – naruszenie przepisu art. 99 ust. 1 i 4 PZP oraz art. 16 pkt 1 i 3 PZP w zw. z art. 3531 KC w zw. z art. 8 ust. 1 PZP poprzez określenie kary umownej za niedookreśloną okoliczność faktyczną oraz określenie kary umownej w sposób nieproporcjonalny do wielkości Zmiany Rozwojowej, co prowadzi do uznania PPU w niezmienionym kształcie za naruszające zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania stron stosunku zobowiązaniowego.
- 14) Zarzut XIV: Wadliwe postanowienia dotyczące wypowiedzenia umowy: PPU - § Odstąpienie od Umowy i Wypowiedzenie Umowy ust. 4 pkt 4: – naruszenie przepisu art. 99 ust. 1 i 4 PZP oraz art. 16 pkt 1 i 3 PZP w zw. z art. 3531 KC w zw. z art. 8 ust. 1 PZP poprzez określenie przesłanki wypowiedzenia Umowy w sposób całkowicie otwarty, co prowadzi do uznania PPU w niezmienionym kształcie za naruszające zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania stron stosunku zobowiązaniowego.
- 15) Zarzut XV: Wadliwe postanowienia dotyczące wypowiedzenia umowy: PPU - § 27 Odstąpienie od Umowy i Wypowiedzenie Umowy ust. 4 pkt 5: – naruszenie przepisu art. 99 ust. 1 i 4 PZP oraz art. 16 pkt 1 i 3 PZP w zw. z art. 3531 KC w zw. z art. 8 ust. 1 PZP poprzez określenie przesłanki wypowiedzenia Umowy w sposób całkowicie otwarty, co prowadzi do uznania PPU w niezmienionym kształcie za naruszające zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania stron stosunku zobowiązaniowego.

- 16) Zarzut XVI: Wadliwe postanowienia dotyczące wykonania zastępczego w przypadku wypowiedzenia umowy: PPU - § 27 Odstąpienie od Umowy i Wypowiedzenie Umowy ust. 5: – naruszenie przepisu art. 99 ust. 1 i 4 PZP oraz art. 16 pkt 1 i 3 PZP w zw. z art. 3531 KC w zw. z art. 8 ust. 1 PZP poprzez określenie zasad wykonania zastępczego w sposób całkowicie dowolny, co prowadzi do uznania PPU w niezmienionym kształcie za naruszające zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania stron stosunku zobowiązaniowego.
- 17) Zarzut XVII: Wadliwe postanowienia dotyczące nieograniczonego uprawnienia Zamawiającego do określenia stopnia zaawansowania wykonania przedmiotu umowy: PPU - § 27 Odstąpienie od Umowy i Wypowiedzenie Umowy ust. 7: – naruszenie przepisu art. 99 ust. 1 i 4 PZP oraz art. 16 pkt 1 i 3 PZP w zw. z art. 3531 KC w zw. z art. 8 ust. 1 PZP poprzez określenie zasad określenia stopnia zaawansowania wykonania przedmiotu umowy w sposób całkowicie dowolny, co prowadzi do uznania PPU w niezmienionym kształcie za naruszające zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania stron stosunku zobowiązaniowego.
- 18) Zarzut XVIII: Wadliwe postanowienia dotyczące zakresu aktów prawnych obowiązujących Wykonawcę przy realizacji umowy: Załącznik nr 1 do SWZ – OPZ pkt 5.7.2 - naruszenie art. 99 ust. 1 PZP w związku z art. 16 PZP poprzez określenie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i otwarty, co prowadzi do uznania PPU w niezmienionym kształcie za naruszające zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania stron stosunku zobowiązaniowego.
- 19) Zarzut XIX: Otwarty zakres obowiązków Wykonawcy - naruszenie art. 99 ust. 1 i 4 PZP w zw. z art. 16 PZP i wadliwe określenie w Części III SWZ Opis Przedmiotu Zamówienia (OPZ), w punkcie 7 – Opis wymagań na Usługi Utrzymania, punkt 7.3 podpunktu 7.3.2, 7.3.3 i 7.3.4, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, niedostatecznie dokładny i zrozumiały, co uniemożliwia rzetelną wycenę prac.
- 20) Zarzut XX: Wadliwe postanowienia dotyczące uprawnienia Zamawiającego do wyboru i korzystania z opinii biegłego w przypadku realizację Zmiany Rozwojowej: Załącznik nr 1 do SWZ – OPZ pkt 8.7.5 - niemożność skalkulowania ryzyka oraz nieuzasadnione uprzywilejowanie Zamawiającego – zapis Załącznika nr 1 do SWZ - OPZ pkt 8.7.5 - naruszenie art. 16 i art. 99 ust. 1 PZP w zw. z art.3531 oraz 354 kc.
- 21) Zarzut XXI: Błędne określenie Aktualizacji Oprogramowania Obcego - naruszenie art. 99 ust. 1 i 4 PZP w zw. z art. 16 PZP i wadliwe określenie w Załącznik nr 2 SWZ Opis Przedmiotu Zamówienia (OPZ), w punkcie 13 – Aktualizacja Oprogramowania Obcego, punkt 13.2 podpunkt 13.2.4, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, niedostatecznie dokładny i zrozumiały, co uniemożliwia rzetelną wycenę prac.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji SWZ oraz Ogłoszenia w zakresie i w sposób wskazany w odwołaniu.

W uzasadnieniu Odwołujący Asseco podał:

Ad zarzut nr I:

Zamawiający w części II SWZ, Rozdział A - Informacja o warunkach udziału w postępowaniu i podstawach wykluczenia oraz wykaz podmiotowych środków dowodowych, pkt 1.4. Zdolność zawodowa – w zakresie wiedzy i doświadczenia, w sposób następujący określił warunek udziału w postępowaniu:

„1.4. Zdolność zawodowa – w zakresie wiedzy i doświadczenia: Wykonawca spełni powyższy warunek, jeżeli wykaże, że w ciągu ostatnich pięciu (5) lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie, wykonał, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonuje, co najmniej:

- 1) 1 (jedno) zamówienie o wartości nie mniejszej niż 25 000 000 zł brutto, polegające na rozwoju i utrzymaniu systemu teleinformatycznego przez nieprzerwany okres nie krótszy niż 12 miesięcy kalendarzowych; lub
- 2) 1 (jedno) zamówienie o wartości nie mniejszej niż 25 000 000 zł brutto, polegające na budowie i wdrożeniu i utrzymaniu systemu teleinformatycznego przez nieprzerwany okres nie krótszy niż 12 miesięcy kalendarzowych lub
- 3) 2 (dwa) odrębne zamówienia o łącznej wartości nie mniejszej niż 25 000 000 zł brutto, z których:
  - a) 1 (jedno) polegało na budowie i wdrożeniu lub polegało na rozwoju systemu teleinformatycznego przez nieprzerwany okres nie krótszy niż 12 miesięcy kalendarzowych, oraz
  - b) 1 (jedno) polegało na utrzymaniu lub rozwoju systemu teleinformatycznego przez nieprzerwany okres nie krótszy niż 12 miesięcy kalendarzowych.”
2. Zgodnie z powyższym postanowieniem Wykonawca spełni warunek udziału w postępowaniu, jeżeli wykaże, że wykonał zamówienia wskazane w pkt 3), tj.
  - 1 zamówienie wskazane w pkt 3a) polegające na rozwoju systemu teleinformatycznego przez nieprzerwany okres nie krótszy niż 12 miesięcy kalendarzowych,

oraz

- 1 zamówienie wskazane w pkt 3b) polegające na rozwoju systemu teleinformatycznego przez nieprzerwany okres nie krótszy niż 12 miesięcy kalendarzowych.

Taki wariant spełnienia warunku udziału jest jedną z opcji wskazanych w punkcie 1.4.

Oznacza to, że warunek udziału spełniają również ci Wykonawcy, którzy nie posiadają w ogóle doświadczenia w realizacji zamówień obejmujących swym zakresem realizację usług utrzymania systemów informatycznych. Wydaje się to niezrozumiałe, z uwagi, że zgodnie z zapisami Załącznika nr 1 do SWZ – Opis Przedmiotu Zamówienia (OPZ), pkt 1, przedmiotem zamówienia jest „świadczenie usług: Utrzymania i rozwoju Systemu Teleinformatycznego CPD CANARD”. System CPD CANARD istnieje od 2013 r. i od tego czasu jest utrzymywany. Obecne postępowanie dotyczy zakupu przez Zamawiającego kolejnych usług utrzymania Systemu CANARD. System jest istotnym elementem rozwiązań informatycznych Głównego Inspektoratu Transportu Drogowego i odpowiada za automatyczną rejestrację wykroczeń drogowych. Nadzór nad ruchem drogowym odbywa się w sposób automatyczny i scentralizowany w oparciu o ogólnopolską sieć fotoradarów (stacjonarnych oraz mobilnych, zamontowanych na pojazdach), urządzenia do odcinkowego pomiaru prędkości oraz rejestratory przejazdu na czerwonym świetle. System jest kluczowy z uwagi na utrzymanie bezpieczeństwa ruchu drogowego jak i dochody skarbu państwa z opłat za naruszenie przepisów drogowych. Ewentualny Wykonawca zobowiązany będzie do zapewnienia prawidłowego działania i usuwania wszelkich usterek w Systemie oraz zapewnienia niezbędnych konsultacji dla użytkowników. Dostępność Systemu ma wynosić 99,9% w ciągu roku kalendarzowego. W związku z powyższym jest istotne, aby przyszły Wykonawca posiadał kwalifikacje i doświadczenie związane przede wszystkim z utrzymywaniem dużych systemów informatycznych. Zdaniem Odwołującego określony przez Zamawiającego w Części II SWZ - WARUNKI SZCZEGÓLNE (WSZ), Rozdział A - Informacja o warunkach udziału w postępowaniu i podstawach wykluczenia oraz wykaz podmiotowych środków dowodowych, pkt 1.4. Zdolność zawodowa – w zakresie wiedzy i doświadczenia warunek udziału w postępowaniu jest warunkiem nieproporcjonalnym w stosunku do przedmiotu zamówienia, a przede wszystkim – nie umożliwia Zamawiającemu oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania przedmiotu zamówienia - co stanowi naruszenie art. 112 ust. 1 PZP. Ponadto – obecne brzmienie warunku nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców – co stanowi naruszenie art. 16 PZP.

Mając powyższe na uwadze Odwołujący wniósł o zmianę zapisów w Części II SWZ - WARUNKI SZCZEGÓLNE (WSZ), Rozdział A - Informacja o warunkach udziału w postępowaniu i podstawach wykluczenia oraz wykaz podmiotowych środków dowodowych,

pkt 1.4. Zdolność zawodowa – w zakresie wiedzy i doświadczenia w podpunkcie 3b) poprzez wykreślenie spójnika „lub” i wpisanie w to miejsce spójnika „i”:

„1.4. Zdolność zawodowa – w zakresie wiedzy i doświadczenia:

Wykonawca spełni powyższy warunek, jeżeli wykaże, że w ciągu ostatnich pięciu (5) lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie, wykonał, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonuje, co najmniej:

(...)

3) 2 (dwa) odrębne zamówienia o łącznej wartości nie mniejszej niż 25 000 000 zł brutto, z których:

a) 1 (jedno) polegało na budowie i wdrożeniu lub polegało na rozwoju systemu teleinformatycznego przez nieprzerwany okres nie krótszy niż 12 miesięcy kalendarzowych, oraz

b) 1 (jedno) polegało na utrzymaniu i rozwoju systemu teleinformatycznego przez nieprzerwany okres nie krótszy niż 12 miesięcy kalendarzowych.”

Ad zarzut nr II

II a. Usunięcie ograniczenia 5 lat dla doświadczenia Eksperta nr 1 - Kierownika Projektu

Odwołujący Asseco wskazał, że Zamawiający w Części II SWZ Warunki Szczegółowe (WSZ) Rozdział A. Informacja o warunkach udziału w postępowaniu i podstawach wykluczenia oraz wykaz podmiotowych środków dowodowych w pkt 1.5. Zdolności technicznej – w zakresie posiadania potencjału kadrowego ppkt 1) wskazał: Wykonawca spełni powyższy warunek, jeżeli wykaże, że dysponuje osobami wyznaczonymi do świadczenia usług objętych niniejszym zamówieniem, posiadającymi kwalifikacje i doświadczenie, zgodnie z poniższym wyszczególnieniem:

1) Ekspert nr 1 – Kierownik projektu – wymagana liczba osób jedna (1):

a) posiada minimum 5-letnie doświadczenie zawodowe w zarządzaniu projektami teleinformatycznymi oraz

b) w ciągu ostatnich pięciu (5) lat przed upływem terminu składania ofert brał udział w roli Kierownika projektu przez nieprzerwany okres nie krótszy niż 6 miesięcy w realizacji:

- co najmniej 1 (jednego) zamówienia polegającego na rozwoju i utrzymaniu systemu teleinformatycznego każde o wartości tego zamówienia nie mniejszej niż 10 000 000 zł brutto, lub

- co najmniej 1 (jednego) zamówienia polegającego na budowie, wdrożeniu i utrzymaniu systemu teleinformatycznego każde o wartości tego zamówienia nie mniejszej niż 10 000 000 zł brutto, lub
  - 2 (dwóch) zamówień o łącznej wartości tych zamówień nie mniejszej niż 10 000 000 zł brutto, z których jedno polegało na budowie i wdrożeniu systemu teleinformatycznego lub polegało na rozwoju systemu teleinformatycznego, a drugie polegało co najmniej na utrzymaniu systemu teleinformatycznego,
- c) posiada znajomość metodyki zarządzania projektami PRINCE2 potwierdzoną posiadaniem ważnego certyfikatu PRINCE2 na poziomie Practitioner – lub równoważnego,
- d) posiada ważny certyfikat ITIL na poziomie co najmniej Foundation – lub równoważny.

Dodatkowo w Części II SWZ Warunki Szczegółowe (WSZ) Rozdział B. Kryteria oceny ofert pkt 8.3. Doświadczenie i kwalifikacje ekspertów wyznaczonych do realizacji zamówienia, Zamawiający sformułował metodę przyznawania punktów za wykazanie dodatkowych kwalifikacji i usług w zakresie doświadczenia ekspertów:

- 1) Kierownik Projektu - punktowane będą dodatkowe projekty będące potwierdzeniem doświadczenia, zgodnie z wymaganiami określonymi w Części II lit. A pkt 1.5 SWZ dla roli Kierownik Projektu. Za każde dodatkowe zamówienie Wykonawca otrzyma punkty według następującej zasady:
- 2 (wymaganie minimalne) – 0 pkt;
  - 3 – 1 pkt;
  - 4 – 3 pkt;
  - 5 – 5 pkt;
  - 6 – 6 pkt;
  - 7 i więcej – 7 pkt.

Odwołujący stwierdził, że nie kwestionuje samej możliwości wskazania przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymagań dla personelu, jednak niedopuszczalna i naruszająca art. 112 ust. 1 i art. 16 PZP jest sytuacja, w której opis sposobu spełnienia ww. warunku narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także odbywa się w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Zamawiający, formułując wymagania dla roli Kierownika Projektu, zażądał minimalnego doświadczenia, które może być wykazane jedynie przez udział w zamówieniach w ciągu ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert. Natomiast w

kryteriach oceny ofert Zamawiający sformułował metodę przyznawania punktów za dodatkowe kwalifikacje i doświadczenie w danej roli. Należy zauważyć, że wykonawca otrzyma maksymalną liczbę punktów, tj. 7 punktów za udział Kierownika Projektu w co najmniej 7 projektach informatycznych (zamówieniach). Wymaganie, aby Kierownik Projektu nabył doświadczenie w realizacji 7 projektów informatycznych (spełniających kryteria SWZ co do wartości) w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert jest w praktyce niemożliwe do spełnienia. Tego typu projekty usługowe o wartości powyżej 10 mln zł brutto trwają zawsze dłużej niż 1 rok. W ocenie Odwołującego ograniczenie do 5 ostatnich lat przed terminem składania ofert nie jest czynnikiem determinującym możliwość uznania, że dana osoba nabyła konkretne doświadczenie. Wydaje się, że Zamawiający podziela ten pogląd, gdyż dla pozostałych ról takiego wymogu (obowiązku nabycia doświadczenia w ciągu ostatnich 5 lat przed terminem składania ofert) nie wprowadził. Niezrozumiałe jest zatem dlaczego tylko dla jednej roli - Eksperta nr 1 Zamawiający postawił to ograniczenie. Przedmiotowe wymaganie zdaniem Odwołującego należy uznać za nieuzasadnione i nadmiarowe.

Odwołujący Asseco wniósł o wykreślenie dla Eksperta nr 1 - Kierownika Projektu ograniczenia okresu nabycia doświadczenia w roli Kierownika Projektu do ostatnich 5 lat przez upływem terminu składania ofert i nadanie lit. b) brzmienia następującego:

1) Ekspert nr 1 – Kierownik projektu – wymagana liczba osób jedna (1):

- a) posiada minimum 5-letnie doświadczenie zawodowe w zarządzaniu projektami teleinformatycznymi, oraz
- b) brał udział w roli Kierownika projektu przez nieprzerwany okres nie krótszy niż 6 miesięcy w realizacji: (...)

2b. Dopuszczenie doświadczenia w roli Zastępcy Kierownika Projektu

Odwołujący podał, że Zamawiający w Części II SWZ Warunki Szczegółowe (WSZ) Rozdział A. Informacja o warunkach udziału w postępowaniu i podstawach wykluczenia oraz wykaz podmiotowych środków dowodowych w pkt 1.5. Zdolności technicznej – w zakresie posiadania potencjału kadrowego ppkt 1) wskazał: Wykonawca spełni powyższy warunek, jeżeli wykaże, że dysponuje osobami wyznaczonymi do świadczenia usług objętych niniejszym zamówieniem, posiadającymi kwalifikacje i doświadczenie, zgodnie z poniższym wyszczególnieniem:

1) Ekspert nr 1 – Kierownik projektu – wymagana liczba osób jedna (1):

- a) posiada minimum 5-letnie doświadczenie zawodowe w zarządzaniu projektami teleinformatycznymi, oraz

b) w ciągu ostatnich pięciu (5) lat przed upływem terminu składania ofert brał udział w roli Kierownika projektu przez nieprzerwany okres nie krótszy niż 6 miesięcy w realizacji: (...)"

Odwołujący stwierdził, że powyższe postanowienie wskazuje, że wykonawca w celu spełnienia minimalnych warunków udziału w postępowaniu musi dysponować Ekspertem nr 1, który w ciągu ostatnich 5 lat przed upływem terminu składając ofert brał udział w realizacji zamówień w roli Kierownika projektu. W opinii Odwołującego tak postawione wymaganie uniemożliwia posługiwanie się doświadczeniem zarządczym nad projektem, jeśli rola pełniona przez kandydata była rolą literalnie nazwaną „Zastępca Kierownika projektu”. W ocenie Odwołującego nieuzasadnione jest ustalenie, że wykonawca ubiegający się o udzielenie przedmiotowego zamówienia musi dysponować osobą posiadającą doświadczenie w zarządzaniu projektem jedynie w roli Kierownika projektu przy jednoczesnym niedopuszczeniu przez Zamawiającego możliwości potwierdzenia, że wykonawca spełnia postawiony warunek wymaganego doświadczenia przez pełnienie roli Zastępcy. Zdaniem Odwołującego są to role zarządcze dla danego projektu i rola Zastępcy Kierownika projektu jest rolą analogiczną do roli Kierownika projektu. Zgodnie z zasadami prowadzenia projektów informatycznych Zastępca Kierownika projektu realizuje takie same czynności, jak Kierownik projektu. A zatem – nabywa takie samo doświadczenie jak Kierownik projektu, chociażby ze względu na pełnione te same funkcje, na zakres powierzonych obowiązków oraz odpowiedzialność w związku z realizacją projektu. Zastępca Kierownika Projektu podczas nieobecności Kierownika Projektu zastępuje go w zakresie jego kompetencji. Zastępca Kierownika Projektu podobnie jak Kierownik Projektu ma za zadanie nadzorować i organizować prace zespołów Wykonawcy w celu skutecznej realizacji Umowy, posiada uprawnienia do dysponowania zasobami (także zasobami ludzkimi) Projektu w ramach realizacji Umowy. Realizuje zadania samodzielnie i we współpracy z Kierownikiem Projektu w zakresie zarządzania ryzykiem/szansami i zagadnieniami projektowymi, zarządzania zmianami, zarządzania jakością, zarządzania komunikacją, zarządzania harmonogramem. Stąd niezrozumiałe jest wprowadzenie ograniczenie warunku tylko do doświadczenia Kierownika projektu – to tak jakby Zamawiający uznawał, że Zastępca nie posiada wymaganego doświadczenia. W konsekwencji Zamawiający w sposób nadmierny i nieproporcjonalny ograniczył krąg osób spełniających wymagania minimalne, a tym samym ograniczył w sposób nieracjonalny i nieuzasadniony dostęp do udziału w postępowaniu wykonawcom, którzy dysponują osobami zdolnymi do wykonania zamówienia posiadającymi doświadczenie zawodowe w zarządzaniu projektami odpowiadającymi przedmiotowi zamówienia w roli Zastępcy Kierownika projektu.



Odwołujący Asseco wniósł o nakazanie zmiany SWZ w lit. b) poprzez dodanie zwrotu „lub Zastępcy Kierownika Projektu”, tj.: Wykonawca spełni powyższy warunek, jeżeli wykaże, że dysponuje osobami wyznaczonymi do świadczenia usług objętych niniejszym zamówieniem, posiadającymi kwalifikacje i doświadczenie, zgodnie z poniższym wyszczególnieniem:

1) Ekspert nr 1 – Kierownik projektu – wymagana liczba osób jedna (1):

- a) posiada minimum 5-letnie doświadczenie zawodowe w zarządzaniu projektami teleinformatycznymi, oraz
- b) brał udział w roli Kierownika projektu lub Zastępcy Kierownika projektu przez nieprzerwany okres nie krótszy niż 6 miesięcy w realizacji: (...)

Ad zarzut nr III

Odwołujący Asseco podał, że Zamawiający w Części II SWZ - WARUNKI SZCZEGÓLNE (WSZ), Rozdział A Informacja o warunkach udziału w postępowaniu i podstawach wykluczenia oraz wykaz podmiotowych środków dowodowych w pkt 1.5 określił warunki wymaganej zdolności technicznej, jakie ma spełniać: Wykonawca w zakresie posiadania potencjału kadrowego. Wykonawca spełni powyższy warunek, jeżeli wykaże, że dysponuje osobami wyznaczonymi do świadczenia usług objętych niniejszym zamówieniem, posiadającymi kwalifikacje i doświadczenie, zgodnie z poniższym wyszczególnieniem:

1) Ekspert nr 1 – Kierownik projektu – wymagana liczba osób jedna (1):

- a) posiada minimum 5-letnie doświadczenie zawodowe w zarządzaniu projektami teleinformatycznymi, oraz
- b) w ciągu ostatnich pięciu (5) lat przed upływem terminu składania ofert brał udział w roli Kierownika projektu przez nieprzerwany okres nie krótszy niż 6 miesięcy w realizacji:
  - co najmniej 1 (jednego) zamówienia polegającego na rozwoju i utrzymaniu systemu teleinformatycznego każde o wartości tego zamówienia nie mniejszej niż 10 000 000 zł brutto, lub
  - co najmniej 1 (jednego) zamówienia polegającego na budowie, wdrożeniu i utrzymaniu systemu teleinformatycznego każde o wartości tego zamówienia nie mniejszej niż 10 000 000 zł brutto, lub
  - 2 (dwóch) zamówień o łącznej wartości tych zamówień nie mniejszej niż 10 000 000 zł brutto, z których jedno polegało na budowie i wdrożeniu systemu teleinformatycznego lub polegało na rozwoju systemu teleinformatycznego, a drugie polegało co najmniej na utrzymaniu systemu teleinformatycznego,

- c) posiada znajomość metodyki zarządzania projektami PRINCE2 potwierdzoną posiadaniem ważnego certyfikatu PRINCE2 na poziomie Practitioner – lub równoważnego,
  - d) posiada ważny certyfikat ITIL na poziomie co najmniej Foundation – lub równoważny.
- 2) Ekspert nr 2 – Analityk biznesowy – wymagana liczba osób minimum dwie (2):
- a) posiada minimum pięcioletnie (5) doświadczenie w realizacji projektów teleinformatycznych na stanowisku Analityka biznesowego,
  - b) brał udział w roli Analityka Biznesowego w realizacji co najmniej dwóch (2) zamówień, każde o wartości nie mniejszej niż 2 500 000 zł brutto, przez minimum 6 miesięcy w każdym, polegających na budowie lub rozbudowie lub rozwoju systemu teleinformatycznego.
- 3) Ekspert nr 3 – Architekt systemu – wymagana liczba osób minimum jedna (1):
- a) w ciągu ostatnich pięciu (5) lat przed upływem terminu składania ofert nabył minimum trzyletnie (3) doświadczenie w pełnieniu roli Architekta systemu w realizacji projektów teleinformatycznych,
  - b) brał udział w roli Architekta systemu w realizacji co najmniej dwóch (2) zamówień, każde o wartości nie mniejszej niż 10 000 000 zł brutto, przez minimum 6 miesięcy w każdym, polegających na budowie lub utrzymaniu lub rozwoju systemu teleinformatycznego.
- 4) Ekspert nr 4 – Specjalista ds. testów – wymagana liczba osób minimum dwie (2):
- a) w ciągu ostatnich pięciu (5) lat przed upływem terminu składania ofert nabył minimum trzyletnie (3) doświadczenie w testowaniu systemów teleinformatycznych,
  - b) brał udział w roli Specjalisty ds. testów w realizacji co najmniej dwóch (2) zamówień, każde o wartości nie mniejszej niż 2 000 000 zł brutto, przez minimum 6 miesięcy w każdym, polegających na budowie lub utrzymaniu lub rozwoju systemu teleinformatycznego,
  - c) posiada certyfikat ISTQB Certified Tester, Foundation Level lub równoważny
- 5) Ekspert nr 5 – Programista – wymagana liczba osób minimum dwie (2):
- a) w ciągu ostatnich pięciu (5) lat przed upływem terminu składania ofert nabył minimum trzyletnie (3) doświadczenie w pełnieniu roli Programisty w realizacji projektów teleinformatycznych z wykorzystaniem języka programowania Java,
  - b) posiada wiedzę i doświadczenie z zakresu projektowania i programowania relacyjnych baz danych,

- c) brał udział w roli Programisty w realizacji co najmniej dwóch (2) zamówień, każde o wartości nie mniejszej niż 5 000 000 zł brutto, przez minimum 12 miesięcy w każdym, polegających na rozwoju systemu teleinformatycznego z wykorzystaniem języka programowania Java.
- 6) Ekspert nr 6 - Specjalista ds. bezpieczeństwa teleinformatycznego – wymagana liczba osób minimum jedna (1):
- a) posiada minimum trzyletnie (3) doświadczenie zawodowe na stanowiskach związanych z bezpieczeństwem teleinformatycznym;
  - b) pełnił rolę Specjalisty ds. bezpieczeństwa i uczestniczył we wdrożeniu wymagań dla systemu zarządzania bezpieczeństwem informacji wg normy PN-ISO/IEC 27001 w zakresie utrzymania systemów w co najmniej dwóch (2) zamówieniach zakończonych wdrożeniem produkcyjnym oprogramowania, które trwały co najmniej 1 rok każdy oraz były dedykowane dla co najmniej 500 użytkowników, każde o wartości nie mniejszej niż 4 000 000 zł brutto,
  - c) posiada ważny certyfikat wskazany w Rozporządzeniu Ministra Cyfryzacji z dnia 12 października 2018 r. w sprawie wykazu certyfikatów uprawniających do przeprowadzenia audytu.
- 7) Ekspert nr 7 - Specjalista ds. utrzymania systemów – wymagana liczba osób minimum jedna
- (1):
- a) posiada minimum trzyletnie (3) doświadczenie zawodowe w roli Specjalisty ds. utrzymania systemu,
  - b) pełnił rolę Specjalisty ds. utrzymania systemu w realizacji co najmniej dwóch (2) zamówień, każde o wartości co najmniej 5 000 000 zł brutto, zakończonych wdrożeniem oprogramowania, które po wdrożeniu trwały co najmniej 1 rok każdy oraz były dedykowane dla co najmniej 300 użytkowników,
  - c) posiada Certyfikat ITIL na poziomie nie niższym niż v3 Foundation lub równoważny.
18. W sumie Zamawiający opisał 7 wymaganych ról, realizowanych przez zespół składający się z minimum 10 osób. W przypadku 5 z 7 opisanych ról, tj. Kierownika Projektu, Analityka biznesowego, Architekta Systemu, Specjalisty ds. testów, Programisty, Zamawiający dopuścił wskazanie na potwierdzenie posiadania odpowiedniego doświadczenia dotyczące projektów obejmujących:

✓ budowę

✓ rozwój

✓ rozbudowę systemu informatycznego.

Dodatkowo Zamawiający w Części II SWZ - WARUNKI SZCZEGÓLNE (WSZ), Rozdział B. Kryteria oceny ofert pkt 8.3 Doświadczenie i kwalifikacje ekspertów wyznaczonych do realizacji zamówienia określił, w jaki sposób będzie przyznawał punkty na podstawie przedstawionej przez Wykonawcę deklaracji doświadczenia ekspertów wyznaczonych do realizacji zamówienia, składanym wraz z ofertą zgodnie z Formularzem nr OF.2. W Rozdziale B. Kryteria oceny ofert Zamawiający wskazał i opisał dodatkowe role ponad wymagane role na spełnienie warunków udziału w postępowaniu, za które przyzna punkty za dodatkowe kwalifikacje. I tak w pkt 8.3.3 ppkt 8-10 w ramach przedmiotowego kryterium punkty będą przyznawane na następujących zasadach:

- 8) Główny Programista - jeśli wskazany ekspert delegowany do realizacji zamówienia posiada łącznie następujące kwalifikacje i doświadczenie: minimum pięcioletnie (5) doświadczenie zawodowe w roli Programisty z wykorzystaniem języka programowania Java oraz posiada ważny certyfikat z zakresu programowania z wykorzystaniem języka programowania Java, potwierdzający posiadaną wiedzę na poziomie eksperckim (certyfikat na najwyższym poziomie dla danej firmy certyfikującej) oraz:
- brał udział w roli Programisty w realizacji dwóch (2) zamówień, każde o wartości nie mniejszej niż 10 000 000 zł brutto, przez minimum 12 miesięcy w każdym z zamówień, polegających na budowie i wdrożeniu systemu teleinformatycznego – 1 pkt;
  - brał udział w roli Programisty w realizacji trzech (3) zamówień, każde o wartości nie mniejszej niż 10 000 000 zł brutto, przez minimum 12 miesięcy w każdym z zamówień, polegających na budowie i wdrożeniu systemu teleinformatycznego – 2 pkt;
  - brał udział w roli Programisty w realizacji czterech (4) zamówień, każde o wartości nie mniejszej niż 10 000 000 zł brutto, przez minimum 12 miesięcy w każdym z zamówień, polegających na budowie i wdrożeniu systemu teleinformatycznego – 3 pkt;
  - brał udział w roli Programisty w realizacji pięciu (5) zamówień, każde o wartości nie mniejszej niż 10 000 000 zł brutto, przez minimum 12 miesięcy w każdym z zamówień, polegających na budowie i wdrożeniu systemu teleinformatycznego – 5 pkt;
  - brał udział w roli Programisty w realizacji sześciu (6) zamówień, każde o wartości nie mniejszej niż 10 000 000 zł brutto, przez minimum 12 miesięcy w każdym z zamówień, polegających na budowie i wdrożeniu systemu teleinformatycznego – 6 pkt;

- brał udział w roli Programisty w realizacji co najmniej siedmiu (7) zamówień, każde o wartości nie mniejszej niż 10 000 000 zł brutto, przez minimum 12 miesięcy w każdym z zamówień, polegających na budowie i wdrożeniu systemu teleinformatycznego – 7 pkt.
- 9) Specjalista ds. hurtowni danych - jeśli wskazany ekspert delegowany do realizacji zamówienia posiada łącznie następujące kwalifikacje i doświadczenie: minimum trzyletnie (3) doświadczenie zawodowe w roli Specjalisty ds. hurtowni danych oraz:
- pełnił rolę Specjalisty ds. hurtowni danych w realizacji dwóch (2) zamówień polegających na zaprojektowaniu i wdrożeniu hurtowni danych zakończonych wdrożeniem produkcyjnym oprogramowania – 1 pkt;
  - pełnił rolę Specjalisty ds. hurtowni danych w realizacji trzech (3) zamówień polegających na zaprojektowaniu i wdrożeniu hurtowni danych zakończonych wdrożeniem produkcyjnym oprogramowania – 2 pkt;
  - pełnił rolę Specjalisty ds. hurtowni danych w realizacji czterech (4) zamówień polegających na zaprojektowaniu i wdrożeniu hurtowni danych zakończonych wdrożeniem produkcyjnym oprogramowania – 3 pkt;
  - pełnił rolę Specjalisty ds. hurtowni danych w realizacji pięciu (5) zamówień polegających na zaprojektowaniu i wdrożeniu hurtowni danych zakończonych wdrożeniem produkcyjnym oprogramowania – 5 pkt;
  - pełnił rolę Specjalisty ds. hurtowni danych w realizacji sześciu (6) zamówień polegających na zaprojektowaniu i wdrożeniu hurtowni danych zakończonych wdrożeniem produkcyjnym oprogramowania – 6 pkt;
  - pełnił rolę Specjalisty ds. hurtowni danych w realizacji co najmniej siedmiu (7) zamówień polegających na zaprojektowaniu i wdrożeniu hurtowni danych zakończonych wdrożeniem produkcyjnym oprogramowania – 7 pkt.
- 10) Projektant UX/UI - jeśli wskazany ekspert delegowany do realizacji zamówienia posiada łącznie następujące kwalifikacje i doświadczenie: posiada minimum trzyletnie (3) doświadczenie zawodowe w roli Projektanta UX/UI oraz:
- pełnił rolę Projektanta UX/UI w realizacji dwóch (2) zamówień, każde o wartości co najmniej 200 000 zł brutto, zakończonych i odebranych przez zlecającego polegających na zaprojektowaniu i wdrożeniu portalu lub serwisu internetowego lub aplikacji, w ramach których odpowiadał za zbadanie i weryfikację potrzeb i oczekiwań klienta związanych z koncepcją wdrożenia/rozbudowy produktu wraz z propozycjami rozwiązań, jak również odpowiadał za wdrożenie tych rozwiązań/wymagań – 1 pkt;

- pełnił rolę Projektanta UX/UI w realizacji trzech (3) zamówień, każde o wartości co najmniej 200 000 zł brutto, zakończonych i odebranych przez zlecającego polegających na zaprojektowaniu i wdrożeniu portalu lub serwisu internetowego lub aplikacji, w ramach których odpowiadał za zbadanie i weryfikację potrzeb i oczekiwań klienta związanych z koncepcją wdrożenia/rozbudowy produktu wraz z propozycjami rozwiązań, jak również odpowiadał za wdrożenie tych rozwiązań/wymagań – 2 pkt;
- pełnił rolę Projektanta UX/UI w realizacji czterech (4) zamówień, każde o wartości co najmniej 200 000 zł brutto, zakończonych i odebranych przez zlecającego polegających na zaprojektowaniu i wdrożeniu portalu lub serwisu internetowego lub aplikacji, w ramach których odpowiadał za zbadanie i weryfikację potrzeb i oczekiwań klienta związanych z koncepcją wdrożenia/rozbudowy produktu wraz z propozycjami rozwiązań, jak również odpowiadał za wdrożenie tych rozwiązań/wymagań – 3 pkt;
- pełnił rolę Projektanta UX/UI w realizacji pięciu (5) zamówień, każde o wartości co najmniej 200 000 zł brutto, zakończonych i odebranych przez zlecającego polegających na zaprojektowaniu i wdrożeniu portalu lub serwisu internetowego lub aplikacji, w ramach których odpowiadał za zbadanie i weryfikację potrzeb i oczekiwań klienta związanych z koncepcją wdrożenia/rozbudowy produktu wraz z propozycjami rozwiązań, jak również odpowiadał za wdrożenie tych rozwiązań/wymagań – 5 pkt;
- pełnił rolę Projektanta UX/UI w realizacji sześciu (6) zamówień, każde o wartości co najmniej 200 000 zł brutto, zakończonych i odebranych przez zlecającego polegających na zaprojektowaniu i wdrożeniu portalu lub serwisu internetowego lub aplikacji, w ramach których odpowiadał za zbadanie i weryfikację potrzeb i oczekiwań klienta związanych z koncepcją wdrożenia/rozbudowy produktu wraz z propozycjami rozwiązań, jak również odpowiadał za wdrożenie tych rozwiązań/wymagań – 6 pkt;
- pełnił rolę Projektanta UX/UI w realizacji co najmniej siedmiu (7) zamówień, każde o wartości co najmniej 200 000 zł brutto, zakończonych i odebranych przez zlecającego polegających na zaprojektowaniu i wdrożeniu portalu lub serwisu internetowego lub aplikacji, w ramach których odpowiadał za zbadanie i weryfikację potrzeb i oczekiwań klienta związanych z koncepcją wdrożenia/rozbudowy produktu wraz z propozycjami rozwiązań, jak również odpowiadał za wdrożenie tych rozwiązań/wymagań – 7 pkt.

Zdaniem Odwołującego Asseco w ww. dodatkowych rolach, tj. roli Głównego Programisty, Specjalisty ds. hurtowni danych oraz Projektanta UX/UI, Zamawiający z niezrozumiałych przyczyn ograniczył możliwość wykazania posiadania doświadczenia tylko do zamówień obejmujących zaprojektowanie, budowę i wdrożenie systemu teleinformatycznego, pomijając kompletnie zamówienia obejmujące rozwój lub rozbudowę

systemów teleinformatycznych. System CANARD istnieje od 2013 r. i od tego czasu jest utrzymywany i rozwijany. Obecne postępowanie dotyczy zakupu przez Zamawiającego kolejnych usług utrzymania i rozwoju Systemu CANARD. Tymczasem – zgodnie z obecnym brzmieniem SWZ Odwołujący nie mógłby wskazać osób, które od lat wykonują usługi rozwoju i rozbudowy Systemu CANARD. Wynikałoby z tego, że Zamawiający uważa, że doświadczenie nabyte przy rozwoju i rozbudowie Systemu CANARD jest gorsze od doświadczenia nabytego przy budowie całkiem innego systemu, nawet nie podobnego do Systemu CANARD. Całkowicie nieuzasadnione jest w przypadku roli Głównego Programisty, Specjalisty ds. hurtowni danych oraz Projektanta UX/UI wykluczenie projektów obejmujących rozwój lub rozbudowę danego systemu teleinformatycznego, przy zachowaniu takich samych warunków co do okresu udziału w projekcie danej osoby lub też wartości projektu, jako potwierdzających wymagane doświadczenie. Zdaniem Odwołującego nie istnieje żadne racjonalne uzasadnienie wprowadzenia takiego ograniczenia w doświadczeniu. Jakże bowiem unikatowe doświadczenie nabywa np. Główny Programista biorąc udział przez okres 12 miesięcy w realizacji projektu informatycznego, którego zakres obejmował budowę i wdrożenie systemu teleinformatycznego, a jego wartość wynosiła co najmniej 10 mln zł brutto, a którego nie nabierze biorąc udział w takim samym projekcie, z tą różnicą, że projekt obejmował rozwój lub rozbudowę systemu teleinformatycznego? Projekty rozwojowe o zbliżonej wartości i okresie realizacji mają taki sam zakres obowiązków dla uczestniczących w nich osób, pełniących poszczególne role i pozwalają na zdobycie analogicznego doświadczenia zawodowego. Odwołujący nie widzi żadnego rozsądnego powodu dla ograniczenia możliwości nabycia adekwatnego doświadczenia przez Głównego Programistę, Specjalistę ds. hurtowni danych oraz Projektanta UX/UI jedynie w projektach obejmujących zaprojektowanie, budowę i wdrożenie systemu teleinformatycznego, z pominięciem możliwości nabycia tegoż doświadczenia w projektach obejmujących rozwój lub rozbudowę systemu teleinformatycznego. Postawione dla ww. ról warunki wykazania posiadania dodatkowego doświadczenia nie zapewniają zachowania zasad proporcjonalności, zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców – co stanowi naruszenie art. 112 ust. 1 PZP w związku art. 16 PZP.

Odwołujący wniósł o zastąpienie dotychczasowych wymagań następującymi:

Ppkt. 8.3.3. W ramach przedmiotowego kryterium punkty będą przyznawana na następujących zasadach: (...)

- 8) Główny Programista - jeśli wskazany ekspert delegowany do realizacji zamówienia posiada łącznie następujące kwalifikacje i doświadczenie: minimum pięcioletnie (5) doświadczenie zawodowe w roli Programisty z wykorzystaniem języka programowania Java oraz posiada ważny certyfikat z zakresu programowania z wykorzystaniem języka

programowania Java, potwierdzający posiadaną wiedzę na poziomie eksperckim (certyfikat na najwyższym poziomie dla danej firmy certyfikującej) oraz:

- brał udział w roli Programisty w realizacji dwóch (2) zamówień, każde o wartości nie mniejszej niż 10 000 000 zł brutto, przez minimum 12 miesięcy w każdym z zamówień, polegających na budowie i wdrożeniu lub rozbudowie lub rozwoju systemu teleinformatycznego - 1 pkt;
  - brał udział w roli Programisty w realizacji trzech (3) zamówień, każde o wartości nie mniejszej niż 10 000 000 zł brutto, przez minimum 12 miesięcy w każdym z zamówień, polegających na budowie i wdrożeniu lub rozbudowie lub rozwoju systemu teleinformatycznego - 2 pkt;
  - brał udział w roli Programisty w realizacji czterech (4) zamówień, każde o wartości nie mniejszej niż 10 000 000 zł brutto, przez minimum 12 miesięcy w każdym z zamówień, polegających na budowie i wdrożeniu lub rozbudowie lub rozwoju systemu teleinformatycznego - 3 pkt;
  - brał udział w roli Programisty w realizacji pięciu (5) zamówień, każde o wartości nie mniejszej niż 10 000 000 zł brutto, przez minimum 12 miesięcy w każdym z zamówień, polegających na budowie i wdrożeniu lub rozbudowie lub rozwoju systemu teleinformatycznego - 5 pkt;
  - brał udział w roli Programisty w realizacji sześciu (6) zamówień, każde o wartości nie mniejszej niż 10 000 000 zł brutto, przez minimum 12 miesięcy w każdym z zamówień, polegających na budowie i wdrożeniu lub rozbudowie lub rozwoju systemu teleinformatycznego - 6 pkt;
  - brał udział w roli Programisty w realizacji co najmniej siedmiu (7) zamówień, każde o wartości nie mniejszej niż 10 000 000 zł brutto, przez minimum 12 miesięcy w każdym z zamówień, polegających na budowie i wdrożeniu lub rozbudowie lub rozwoju systemu teleinformatycznego - 7 pkt.
- 9) Specjalista ds. hurtowni danych - jeśli wskazany ekspert delegowany do realizacji zamówienia posiada łącznie następujące kwalifikacje i doświadczenie: minimum trzyletnie (3) doświadczenie zawodowe w roli Specjalisty ds. hurtowni danych oraz:
- pełnił rolę Specjalisty ds. hurtowni danych w realizacji dwóch (2) zamówień polegających na zaprojektowaniu i wdrożeniu lub rozbudowie lub rozwoju hurtowni danych zakończonych wdrożeniem produkcyjnym oprogramowania - 1 pkt;



- pełnił rolę Specjalisty ds. hurtowni danych w realizacji trzech (3) zamówień polegających na zaprojektowaniu i wdrożeniu lub rozbudowie lub rozwoju hurtowni danych zakończonych wdrożeniem produkcyjnym oprogramowania - 2 pkt;
- pełnił rolę Specjalisty ds. hurtowni danych w realizacji czterech (4) zamówień polegających na zaprojektowaniu i wdrożeniu lub rozbudowie lub rozwoju hurtowni danych zakończonych wdrożeniem produkcyjnym oprogramowania - 3 pkt;
- pełnił rolę Specjalisty ds. hurtowni danych w realizacji pięciu (5) zamówień polegających na zaprojektowaniu i wdrożeniu lub rozbudowie lub rozwoju hurtowni danych zakończonych wdrożeniem produkcyjnym oprogramowania - 5 pkt;
- pełnił rolę Specjalisty ds. hurtowni danych w realizacji sześciu (6) zamówień polegających na zaprojektowaniu i wdrożeniu lub rozbudowie lub rozwoju hurtowni danych zakończonych wdrożeniem produkcyjnym oprogramowania - 6 pkt;
- pełnił rolę Specjalisty ds. hurtowni danych w realizacji co najmniej siedmiu (7) zamówień polegających na zaprojektowaniu i wdrożeniu lub rozbudowie lub rozwoju hurtowni danych zakończonych wdrożeniem produkcyjnym oprogramowania - 7 pkt.

10) Projektant UX/UI - jeśli wskazany ekspert delegowany do realizacji zamówienia posiada łącznie następujące kwalifikacje i doświadczenie: posiada minimum trzyletnie (3) doświadczenie zawodowe w roli Projektanta UX/UI oraz:

- pełnił rolę Projektanta UX/UI w realizacji dwóch (2) zamówień, każde o wartości co najmniej 200 000 zł brutto, zakończonych i odebranych przez zlecającego polegających na zaprojektowaniu i wdrożeniu lub rozbudowie lub rozwoju portalu lub serwisu internetowego lub aplikacji, w ramach których odpowiadał za zbadanie i weryfikację potrzeb i oczekiwań klienta związanych z koncepcją wdrożenia/rozbudowy produktu wraz z propozycjami rozwiązań, jak również odpowiadał za wdrożenie tych rozwiązań/wymagań - 1 pkt;
- pełnił rolę Projektanta UX/UI w realizacji trzech (3) zamówień, każde o wartości co najmniej 200 000 zł brutto, zakończonych i odebranych przez zlecającego polegających na zaprojektowaniu i wdrożeniu lub rozbudowie lub rozwoju portalu lub serwisu internetowego lub aplikacji, w ramach których odpowiadał za zbadanie i weryfikację potrzeb i oczekiwań klienta związanych z koncepcją wdrożenia/rozbudowy produktu wraz z propozycjami rozwiązań, jak również odpowiadał za wdrożenie tych rozwiązań/wymagań - 2 pkt;
- pełnił rolę Projektanta UX/UI w realizacji czterech (4) zamówień, każde o wartości co najmniej 200 000 zł brutto, zakończonych i odebranych przez zlecającego polegających

na zaprojektowaniu i wdrożeniu lub rozbudowie lub rozwoju portalu lub serwisu internetowego lub aplikacji, w ramach których odpowiadał za zbadanie i weryfikację potrzeb i oczekiwań klienta związanych z koncepcją wdrożenia/rozbudowy produktu wraz z propozycjami rozwiązań, jak również odpowiadał za wdrożenie tych rozwiązań/wymagań - 3 pkt;

- pełnił rolę Projektanta UX/UI w realizacji pięciu (5) zamówień, każde o wartości co najmniej 200 000 zł brutto, zakończonych i odebranych przez zlecającego polegających na zaprojektowaniu i wdrożeniu lub rozbudowie lub rozwoju portalu lub serwisu internetowego lub aplikacji, w ramach których odpowiadał za zbadanie i weryfikację potrzeb i oczekiwań klienta związanych z koncepcją wdrożenia/rozbudowy produktu wraz z propozycjami rozwiązań, jak również odpowiadał za wdrożenie tych rozwiązań/wymagań - 5 pkt;
- pełnił rolę Projektanta UX/UI w realizacji sześciu (6) zamówień, każde o wartości co najmniej 200 000 zł brutto, zakończonych i odebranych przez zlecającego polegających na zaprojektowaniu i wdrożeniu lub rozbudowie lub rozwoju portalu lub serwisu internetowego lub aplikacji, w ramach których odpowiadał za zbadanie i weryfikację potrzeb i oczekiwań klienta związanych z koncepcją wdrożenia/rozbudowy produktu wraz z propozycjami rozwiązań, jak również odpowiadał za wdrożenie tych rozwiązań/wymagań - 6 pkt;
- pełnił rolę Projektanta UX/UI w realizacji co najmniej siedmiu (7) zamówień, każde o wartości co najmniej 200 000 zł brutto, zakończonych i odebranych przez zlecającego polegających na zaprojektowaniu i wdrożeniu lub rozbudowie lub rozwoju portalu lub serwisu internetowego lub aplikacji, w ramach których odpowiadał za zbadanie i weryfikację potrzeb i oczekiwań klienta związanych z koncepcją wdrożenia/rozbudowy produktu wraz z propozycjami rozwiązań, jak również odpowiadał za wdrożenie tych rozwiązań/wymagań - 7 pkt.

Ad zarzut nr IV

Odwołujący Assceco podał, że w części II SWZ, Rozdział A, pkt 1.5 Zamawiający określił minimalne warunki udziału w postępowaniu dla Zdolności technicznej - w zakresie posiadania potencjału kadrowego. Dla Eksperta nr 1 – Kierownik projektu wymagania te zostały zdefiniowane następująco:

„1.5. Zdolności technicznej - w zakresie posiadania potencjału kadrowego: Wykonawca spełni powyższy warunek, jeżeli wykaże, że dysponuje osobami wyznaczonymi do świadczenia usług objętych niniejszym zamówieniem, posiadającymi kwalifikacje i

doświadczenie, zgodnie z poniższym wyszczególnieniem: 1) Ekspert nr 1 – Kierownik projektu

(...)

b) w ciągu ostatnich pięciu (5) lat przed upływem terminu składania ofert brał udział w roli Kierownika projektu przez nieprzerwany okres nie krótszy niż 6 miesięcy w realizacji:

- co najmniej 1 (jednego) zamówienia polegającego na rozwoju i utrzymaniu systemu teleinformatycznego każde o wartości tego zamówienia nie mniejszej niż 10 000 000 zł brutto, lub
- co najmniej 1 (jednego) zamówienia polegającego na budowie, wdrożeniu i utrzymaniu systemu teleinformatycznego każde o wartości tego zamówienia nie mniejszej niż 10 000 000 zł brutto, lub
- 2 (dwóch) zamówień o łącznej wartości tych zamówień nie mniejszej niż 10 000 000 zł brutto, z których jedno polegało na budowie i wdrożeniu systemu teleinformatycznego lub polegało na rozwoju systemu teleinformatycznego, a drugie polegało co najmniej na utrzymaniu systemu teleinformatycznego.

Odwołujący stwierdził, że z powyższego wynika, że warunek udziału może być wykazany (według wyboru wykonawcy) 1 lub 2 projektami. W części II SWZ, Rozdział B - Kryteria oceny ofert, ppkt 8.3.3 Zamawiający opisał z kolei zasady przyznawania punktów w ramach kryterium „8.3 Doświadczenie i kwalifikacje ekspertów wyznaczonych do realizacji zamówienia”. Zgodnie z informacją podaną pkt 8.3.3, ppkt. 1) dla Kierownika Projektu, Zamawiający zamierza przyznać punkty w tym kryterium za dodatkowe zamówienia wykazane na potwierdzeniem doświadczenia tego eksperta wg następującej zasady: „8.3.3. W ramach przedmiotowego kryterium punkty będą przyznawana na następujących zasadach:

1) Kierownik Projektu - punktowane będą dodatkowe projekty będące potwierdzeniem doświadczenia, zgodnie z wymaganiami określonymi w Części II lit. A pkt 1.5 SWZ dla roli Kierownik Projektu. Za każde dodatkowe zamówienie Wykonawca otrzyma punkty według następującej zasady:

- 2 (wymaganie minimalne) – 0 pkt;
- 3 – 1 pkt;
- 4 – 3 pkt;
- 5 – 5 pkt;
- 6 – 6 pkt;

- 7 i więcej – 7 pkt.”

Biorąc pod uwagę fakt, że w celu potwierdzenia zdolności technicznej w zakresie posiadania potencjału kadrowego Zamawiający określił wymaganie minimalne na doświadczenie Eksperta nr 1 – Kierownik projektu, w zakresie udziału w co najmniej 1 (jednym) zamówieniu lub 2 (dwóch) zamówieniach, niezrozumiałe dla Odwołującego jest przyjęcie zasady, że w przypadku gdy Wykonawca spełni wymaganie minimalne 1 (jednym) zamówieniem to dodatkowy punkt w tym kryterium zostanie mu przyznany dopiero, gdy przedstawi dla tego eksperta 3 (trzy) zamówienia. W ten sposób w przypadku spełnienia wymagania minimalnego 1 (jednym) zamówieniem, spełniającym warunki SWZ, udział w 2 (dwóch) zamówieniach, spełniających warunki SWZ, nie będzie w żaden sposób przez Zamawiającego premiowany. Dla tego eksperta udział w 2 (dwóch) zamówieniach Zamawiający traktuje zawsze jako wymaganie minimalne, tymczasem wymaganie minimalne to udział w 1 (jednym) lub 2 (dwóch) zamówieniach. Przy przyjęciu takiej zasady przyznawania punktów w kryterium dyskryminowani będą Kierownicy projektów, którzy zarządzają dużymi, długoletnimi, kompleksowymi (budowa/rozwój i utrzymanie) projektami, a preferowani będą tacy, którzy kierowali mniejszymi, mniej kompleksowymi (tylko budowa/rozwój albo tylko utrzymanie).

Odwołujący wniósł o zmianę zapisów w części II SWZ, Rozdział B, Kryteria oceny, pkt 8.3 Doświadczenie i kwalifikacje ekspertów wyznaczonych do realizacji zamówienia, ppkt 8.3.3”, dla roli Kierownik projektu w sposób następujący:

„8.3.3. W ramach przedmiotowego kryterium punkty będą przyznawana na następujących zasadach:

1) Kierownik Projektu - punktowane będą dodatkowe projekty będące potwierdzeniem doświadczenia, zgodnie z wymaganiami określonymi w Części II lit. A pkt 1.5 SWZ dla roli Kierownik Projektu. Za każde dodatkowe zamówienie Wykonawca otrzyma punkty według następującej zasady:

- wymaganie minimalne (1 lub 2 zamówienia) – 0 pkt;
- 1 projekt ponad wymagania minimalne – 1 pkt;
- 2 projekty ponad wymagania minimalne – 3 pkt;
- 3 projekty ponad wymagania minimalne – 5 pkt;
- 4 projekty ponad wymagania minimalne – 6 pkt;
- 5 projektów i więcej ponad wymagania minimalne – 7 pkt.”

Ad Zarzut nr V.

Odwołujący Asseco podał, że Zamawiający zastrzegł w § 6 i w § 11 PPU, że przysługuje mu prawo do skorzystania w trakcie realizacji Umowy Utrzymania z usług osoby trzeciej a w przypadku Usług Rozwoju z usług Podwykonawcy w celu kontroli jakości i sposobu prowadzenia przez Wykonawcę prac objętych odpowiednio Usługami Utrzymania lub Usługą Rozwoju.

„§ 6 ust. 2. Zamawiającemu przysługuje prawo do skorzystania w trakcie realizacji Usługi Utrzymania z usług osoby trzeciej, w celu kontroli, jakości i sposobu prowadzenia całości lub poszczególnych prac objętych Usługami Utrzymania. Osobie takiej Wykonawca zobowiązany będzie udzielić niezwłocznie wszelkich informacji, danych i wyjaśnień w żądanym zakresie, jak również zapewnić możliwość kontroli prowadzonych prac.”

„§ 11 ust. 2. Zamawiającemu przysługuje prawo do samodzielnego przeprowadzenia kontroli jakości przedmiotu Usługi Rozwoju, jak również prawo do korzystania w trakcie realizacji Usługi Rozwoju z usług Podwykonawców w celu kontroli jakości i sposobu prowadzenia całości prac w ramach Usługi Rozwoju lub poszczególnych prac objętych Usługą Rozwoju. Wykonawca będzie zobowiązany niezwłocznie udzielić wskazanej przez Zamawiającego osobie wyznaczonej do kontroli projektu wszelkich informacji, danych i wyjaśnień w żądanym zakresie, jak również zapewnić możliwość osobistej kontroli prowadzonych prac. Osoba przeprowadzająca kontrolę zostanie przez Zamawiającego zobowiązana do zachowania poufności informacji powziętych w toku kontroli.”

O ile, zdaniem Odwołującego, zrozumiałe jest samo przewidzenie przez Zamawiającego wykonywania kontroli jakości wykonania przedmiotu Umowy, o tyle postanowienia nakazujące wykonawcy współpracę z dowolnym podmiotem trzecim wskazanym przez Zamawiającego i udostępnienie informacji w tak szerokim zakresie, tj. „wszelkich informacji, danych i wyjaśnień w żądanym zakresie” dowolnemu podmiotowi trzeciemu jest z całą pewnością zbyt daleko idącym uprawnieniem Zamawiającego. Część informacji dotyczących realizacji Umowy stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy i są to informacje, które wykonawca ma prawo i obowiązek chronić. 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. W szczególności – aby podmiotem takim nie był podmiot stanowiący bezpośrednią konkurencję wykonawcy. W takim bowiem przypadku istnieje bardzo duże ryzyko, że podmiot trzeci pozyskane informacje wykorzysta do swojej własnej działalności gospodarczej lub będzie realizował swoje cele biznesowe poprzez kwestionowanie działań wykonawcy w toku realizacji Umowy. Wykonawca musi obawiać się nielojalnego działania podmiotu konkurencyjnego występującego w roli nadzorczej, któremu nie jest w stanie przeciwdziałać (brak w umowie procedur odwoławczych czy eskalacyjnych do Zamawiającego), nie może jednak określić ani

prawdopodobieństwa, ani skali takich działań – nie może zatem oszacować ryzyka umownego i skalkulować oferty. Obecne w/w postanowienia Umowy – wobec ich ogólnikowości – stanowią naruszenie art. 99 ust. 1 i 4 w związku z art. 16 Ustawy PZP, w związku z Ustawą o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, gdyż Zamawiający wymaga, aby Wykonawca udostępnił swoją tajemnicę przedsiębiorstwa dowolnej osobie trzeciej, w tym także swojemu konkurentowi. Dodatkowo w § 11 ust. 2 błędnie użyto terminu „Podwykonawca”. „Podwykonawca” to podmiot zatrudniony przez wykonawcę, a nie przez Zamawiającego. Zamawiającemu zapewne chodziło o użycie słowa „podwykonawca” - to jest podmiotu zatrudnionego przez Zamawiającego, a nie przez wykonawcę Umowy.

Odwołujący wniósł o wprowadzenie następujących zmian w Umowie:

- 1) Dodania w § 6 ust. 2 PPU oraz w § 11 ust. 2 PPU postanowień:
  - a. osoba trzecia oraz podwykonawca działający na rzecz Zamawiającego to podmioty profesjonalnie zajmujące się doradztwem projektowym i/lub przeprowadzaniem audytów umów informatycznych,
  - b. osoba trzecia oraz podwykonawca działający na rzecz Zamawiającego nie mogą stanowić konkurencji wobec Wykonawcy i nie mogą współpracować w jakiegokolwiek formie z podmiotem stanowiącym konkurencję wobec Wykonawcy.
- 2) W § 11 ust. 2 słowo „Podwykonawca” zamienić na „podwykonawca”.

Ad Zarzut nr VI.

Zamawiający w § 17 ust. 3 i 4 PPU określił w sposób następujący zasady wystawiania faktur za Usługi Utrzymania:

- „3. Faktury z tytułu realizacji przedmiotu Usługi Utrzymania będą wystawiane przez Wykonawcę po zakończeniu miesięcznego okresu rozliczeniowego. Podstawę do wystawienia faktury stanowić będzie podpisany przez Zamawiającego oryginał odpowiedniego Protokołu Odbioru Prac zgodnie z § 7 ust. 8 Umowy.
4. Fakturę VAT wraz z załączonym odpowiednim Protokołem Odbioru Prac podpisanym przez Strony, będącym podstawą wystawienia tej faktury, należy przysyłać na adres, o którym mowa w § 16 ust. 4 pkt 1 Umowy.”

Zdaniem Odwołującego Asseco Określony przez Zamawiającego sposób wystawiania faktur narusza powszechnie obowiązujący przepis art. 19a ust. 1 i 3 ustawy o podatku od towarów i usług, który zobowiązuje Wykonawcę do fakturowania usługi ciągłej o zryczałtowanej wartości, najpóźniej do 15 dnia miesiąca po zakończeniu danego okresu rozliczeniowego:

„Art. 19a. ust. 1. Obowiązek podatkowy powstaje z chwilą dokonania dostawy towarów lub wykonania usługi

(...)

3) 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.”

W § 17 PPU w ust. 1 i ust.2 dla Usługi Utrzymania, która jest usługą ciągłą, ustalono, że:

- a) wynagrodzenie przysługujące za tę usługę to wynagrodzenie zryczałtowane, którego wartość nie zależy od potwierdzenia odbiorem ilości wykonanych prac czy godzin lub innych zmiennych czynników.
- b) obowiązują miesięczne okresy rozliczeniowe.

Odwołujący Asseco wskazał, że dla wynagrodzenia ryczałtowego, rozliczanego w okresach rozliczeniowych, zgodnie z w/w przepisem art. 19a ust. 3 ustawy o podatku od towarów i usług, dla usług rozliczanych w okresach rozliczeniowych obowiązek podatkowy powstaje w ostatnim dniu okresu rozliczeniowego. Wobec z brzmienia przepisu art. Art. 106i ust. 1 w związku z art. 19a ust. 3 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 931, 974, 1137, każdy Wykonawca zobowiązany jest wystawić fakturę VAT najpóźniej do 15-go dnia miesiąca następującego po dniu powstania obowiązku podatkowego (zawsze ostatni dzień każdego umówionego okresu rozliczeniowego). Także przychód w podatku dochodowym od osób prawnych powstanie w tym samym dniu, co wynika wprost z przepisu art. 12 ust. 3c ustawy z dnia 17 września 2021 r. o podatku dochodowym od osób prawnych (Dz.U. z 2021 r. poz. 1800). Zatem przedmiotowe postanowienia PPU są niezgodne z powszechnie obowiązującym, przywołanym wyżej przepisem. Wykonawca zobowiązany jest bezwarunkowo do wystawienia faktury VAT do 15 dnia miesiąca następującego po zakończeniu danego okresu. Nie jest zatem możliwe, aby Zamawiający opóźniał wystawienie faktury poprzez wprowadzenie do PPU warunku w postaci podpisywania protokołu, gdyż jest to sprzeczne z dyspozycją przywołanego przepisu. Co więcej – takie brzmienie PPU naraża Wykonawcę na odpowiedzialność karno-skarbową, za opóźnianie fakturowania, a co za tym idzie – także za opóźnienie płatności podatków VAT i CIT. Zamawiający jako reprezentujący Skarb Państwa powinien umożliwić Wykonawcy zapłatę podatków w terminach ustawowych i wystawienie faktury w terminach ustawowych, w przeciwnym wypadku Zamawiający naraża zarówno Wykonawcę na sankcje karne, jak naraża Skarb Państwa na zmniejszenie wpływów budżetowych wynikające z opóźnienia

płatności podatków. Wykonawca nie sprzeciwia się, by płatność należności z faktur była warunkowana uprzednim podpisaniem stosownych protokołów odbiorów, ale wskazuje, że nie jest możliwe skuteczne odraczenie terminu wystawiania faktury tym protokołem. Tymczasem Zamawiający w sposób niezgodny z prawem chce wpływać na sam termin wystawienia faktury, doprowadzając do sytuacji niezgodnego z prawem podatkowym. Rozwiązaniem tej kwestii powinno być dostosowanie postanowień o wystawianiu faktur z tytułu usługi ciągłej do przepisów prawa, przy jednoczesnym zabezpieczeniu interesów Zamawiającego poprzez wprowadzenie warunku płatności tych faktur podpisanym protokołem odbiorów. W tej sytuacji Zamawiający otrzymuje fakturę, ale nie musi jej płacić przed odbiorem i podpisaniem odpowiednich protokołów.

Ponadto Odwołujący Asseco wskazał na sprzeczności SWZ: tj. w § 17 ust. 3 i 4 mowa o „Protokole Odbioru Prac”, a w OPZ pkt 15 mowa o „Protokole Odbioru Usług Utrzymania”. Sprzeczność ta powoduje wątpliwość, jaki Protokół uruchamia płatność za Usługę Utrzymania - czy chodzi o Protokół Odbioru Prac, czy Protokół Odbioru Usług Utrzymania i wymaga jednoznacznego doprecyzowania. Kolejna sprzeczność SWZ to rozbieżność pomiędzy zapisami §17 ust. 3 projektu umowy, gdzie ustalono miesięczne okresy rozliczeniowe, a zapisami Załącznika nr 1 do SWZ – Opis Przedmiotu Zamówienia (OPZ), pkt. 15.4.2.1, gdzie mówi się o kwartalnych okresach rozliczeniowych:

„15.4.2. Wymaga się, aby odbiór Usług Utrzymania oraz Usług Rozwoju realizowany był zgodnie z poniższymi założeniami:

15.4.2.1. Wykonawca na koniec każdego kwartału świadczenia Usług Utrzymania lub Usług Rozwoju w ciągu 5 Dni Roboczych po upływie ostatniego miesiąca danego kwartału zobowiązany będzie do przygotowania Raportu oddzielnie z wykonania Usług Utrzymania oraz oddzielnego Raportu z wykonania Usług Rozwoju i przekazania go Zamawiającemu. Raporty powinny zawierać w szczególności: (...)

Jednocześnie w pkt. 15.5 OPZ mówi się o odbiorach miesięcznych raportów.

Odwołujący wniósł o:

1) zmianę §17 ust. 3 i 4 na następujące:

„3. Faktury z tytułu realizacji przedmiotu Usługi Utrzymania będą wystawiane przez Wykonawcę po zakończeniu miesięcznego okresu rozliczeniowego zgodnie z art. 19a ust. 3 ustawy o podatku od towarów i usług. Podstawę do wypłaty wynagrodzenia wynikającego z danej faktury VAT stanowić będzie podpisany przez Zamawiającego oryginał odpowiedniego Protokołu Odbioru Usługi Utrzymania zgodnie z § 7 ust. 8 Umowy.



4. Fakturę VAT należy wystawić do 15-go dnia miesiąca następującego po danym okresie rozliczeniowym i przesyłać na adres, o którym mowa w § 16 ust. 4 pkt 1 Umowy.”;
- 2) zmianę nazwy w § 17 ust. 3 i 4 PPU z „Protokół Odbioru Prac” na „Protokół Odbioru Usług Utrzymania”;
- 3) Zmianę treści pkt. 15.4.2.1 w Załączniku nr 1 do SWZ – Opis Przedmiotu Zamówienia (OPZ), na następującą:

„15.4.2.1. Wykonawca na koniec każdego miesiąca świadczenia Usług Utrzymania lub Usługi Rozwoju w ciągu 5 Dni Roboczych po upływie danego miesiąca zobowiązany będzie do przygotowania Raportu oddzielnie z wykonania Usług Utrzymania oraz oddzielnego Raportu z wykonania Usług Rozwoju i przekazania go Zamawiającemu. Raporty powinny zawierać w szczególności: (...)”.

Ad Zarzut nr VII.

Odwołujący Asseco podał, że Zamawiający w § 18 ust. 4 i 6 PPU określił w sposób następujący zasady w zakresie fakturowania i rozliczeń Usług Rozwoju i Prawa Opcji w Zakresie Usługi Rozwoju:

„4. Podstawą do dokonania zapłaty Wynagrodzenia, o którym mowa w niniejszym paragrafie będą faktury VAT wystawione odpowiednio na podstawie Protokołów odbioru podpisanych przez upoważnionych przedstawicieli Stron, bez zastrzeżeń, za wykonanie poszczególnych elementów przedmiotu Usługi Rozwoju.

(...)

6. Fakturę VAT wraz z załączonym odpowiednim Protokołem Odbioru Produktu, Zmiany Rozwojowej lub odbioru końcowego – podpisanym przez Strony, będącym podstawą wystawienia tej faktury, należy przesyłać na adres, o którym mowa w § 16 ust. 4 pkt 1” Umowy.”

Jednocześnie w Załączniku nr 1 do SWZ – Opis Przedmiotu Zamówienia (OPZ), pkt 15.4.2 Zamawiający wskazuje na kwartalne odbiory Usług Rozwoju oraz na miesięczne odbiory raportów:

„15.4.2. Wymaga się, aby odbiór Usług Utrzymania oraz Usług Rozwoju realizowany był zgodnie z poniższymi założeniami:

15.4.2.1. Wykonawca na koniec każdego kwartału świadczenia Usług Utrzymania lub Usługi Rozwoju w ciągu 5 Dni Roboczych po upływie ostatniego miesiąca danego kwartału zobowiązany będzie do przygotowania Raportu oddzielnie z wykonania Usług

Utrzymania oraz oddzielnego Raportu z wykonania Usług Rozwoju i przekazania go Zamawiającemu. Raporty powinny zawierać w szczególności: (...)

Powyższe zapisy są nieprecyzyjne i budzą wątpliwości, jaki moment jest uważany za moment wykonania Usługi Rozwoju, czyli w konsekwencji powstania zobowiązań podatkowych i obowiązku wystawienia faktury VAT przez Wykonawcę.

- a. Zgodnie z ust. 4 Usługi Rozwoju uważa się za wykonane (co zobowiązuje do fakturowania zgodnie z art. 19a ust. 1 ustawy o podatku od towarów i usług) w momencie odbioru każdego z elementów przedmiotu Usługi Rozwoju.
- b. Z ust. 6 wynika, że za wykonanie Usługi Rozwoju uważa się dzień Podpisania Protokołu Odbioru Produktu, Zmiany Rozwojowej lub odbioru końcowego.
- c. Z OPZ wynika, że odbiory będą kwartalne.

Zdaniem Odwołującego niezbędne jest precyzyjne wskazanie w Umowie momentu wykonania i odbioru Usługi Rozwoju, gdyż od tego zależą momenty powstania zobowiązań podatkowych. Przy obecnym brzmieniu PPU w połączeniu z pkt 15.4.2 OPZ Usługi Rozwoju byłyby rozliczane w okresach kwartalnych/miesięcznych i w ramach danych okresów konieczne byłoby fakturowanie prac zakończonych w danym okresie, choćby oczekiwały jeszcze na swoje odbiory. Wynika to z utrwalonej linii interpretacyjnej stosowanej przez organy skarbowe, które, także w przypadkach prac podlegającym odbiorom, uważają, że momentem podatkowym (od którego liczy się termin do wystawienia faktury, jest zakończenie ostatnich czynności w ramach danej pracy, niezależnie od tego, że Wykonawca oczekuje jeszcze formalnych odbiorów. A więc również w tych przypadkach, protokołem można uzależnić zapłatę należności fakturowanej, ale należy zezwolić wykonawcy/podatnikowi na wystawienie faktury VAT i zapłatę podatków zgodnie z ustawami podatkowymi.

Odwołujący wniósł o zmianę zapisów w Załączniku nr 1 do SWZ – Opis Przedmiotu Zamówienia (OPZ), pkt 15.4.2 poprzez zmianę dotychczasowej treści pkt 15.4.2.1 poprzez ograniczenie go do odbioru Usług Utrzymania i dodanie nowego pkt 15.4.2.1a dotyczącego odbioru Usług Rozwoju:

„15.4.2.1. Wykonawca na koniec każdego miesiąca świadczenia Usług Utrzymania w ciągu 5 Dni Roboczych po upływie danego miesiąca zobowiązany będzie do przygotowania Raportu z wykonania Usług Utrzymania i przekazania go Zamawiającemu. Raporty powinny zawierać w szczególności:

15.4.2.1.1. Wykaz osób realizujących zadania.

15.4.2.1.2. Wykaz zrealizowanych prac w rozbiciu na poszczególne dni kalendarzowe.

15.4.2.1a. Wykonawca po wykonaniu poszczególnych elementów przedmiotu Usługi Rozwoju w ciągu 5 Dni Roboczych po wykonaniu danego elementów przedmiotu Usługi Rozwoju zobowiązany będzie do przygotowania Raportu z wykonania Usług Rozwoju i przekazania go Zamawiającemu. Raporty powinny zawierać w szczególności:

15.4.2.1a.1. Wykaz osób realizujących zadania.

15.4.2.1a.2. Wykaz zrealizowanych prac.”

Ad Zarzut nr VIII.

Odwołujący Asseco podał, że Zamawiający w § 20 PPU określił zasady świadczenia usług rękojmi, w ten sposób, że rękojmia ma być „udzielona” przez Wykonawcę oraz ma dotyczyć „efektów pracy” wykonanych w ramach Usług Utrzymania. Zamawiający stara się tym zapisem wykreować jakąś nową instytucję, nieznaną polskiemu prawu cywilnemu. Przy czym – w związku z faktem, że to Zamawiający jest jedynym twórcą PPU i wykonawca nie ma możliwości negocjowania treści PPU – Zamawiający narusza tutaj granice swobody umów określone w art. 353<sup>1</sup> KC. Kodeks Cywilny w przepisie art. 556 Kodeksu Cywilnego wyraźnie określa instytucję rękojmi: Sprzedawca jest odpowiedzialny względem kupującego, jeżeli rzecz sprzedana ma wadę fizyczną lub prawną (rękojmia). A zatem rękojmia nie jest udzielana – w odróżnieniu od gwarancji, ale zobowiązania z jej tytułu powstają z mocy prawa, muszą wynikać z postanowień Kodeksu Cywilnego (lub innych ustaw). Przy czym rękojmia określona w art. 556 KC dotyczy wyłącznie wad fizycznych lub prawnych rzeczy sprzedanej. Tymczasem w ramach Usługi Utrzymania nie dochodzi do sprzedaży rzeczy, a nawet żadna rzecz nie jest dostarczana czy wytwarzana. Kodeks Cywilny przewiduje jeszcze rękojmię przy dostawach, kontraktacji i umowie o roboty budowlane – oczywiście postanowienia te także nie mają zastosowania. W przepisie art. 638 Kodeksu Cywilnego uregulowano jeszcze rękojmię w przypadku umowy o dzieło: Do odpowiedzialności za wady dzieła stosuje się odpowiednio przepisy o rękojmi przy sprzedaży. Jednakże także ten przepis nie ma zastosowania – gdyż w ramach Usług Utrzymania nie jest wytwarzane dzieło w rozumieniu Kodeksu Cywilnego. Kodeks Cywilny wyraźnie rozdziela umowę o świadczenie usług od umowy o dzieło. Wyprzedzając argumentację Zamawiającego Odwołujący wskazuje, że nie jest też możliwe zastosowanie art. 558 § 1 KC: Strony mogą odpowiedzialność z tytułu rękojmi rozszerzyć, ograniczyć lub wyłączyć. Po pierwsze – odpowiedzialność z tytułu najpierw musi powstać – a powstać może tylko z mocy prawa. Dopiero następnie można taką odpowiedzialność z tytułu rękojmi ewentualnie rozszerzyć. Tymczasem – jak wykazano powyżej – „efekty pracy wykonanej w ramach w ramach Usług Utrzymania” nie są przedmiotem żadnej z umów stypizowanych w Kodeksie Cywilnym, dla których ustawodawca przewidział powstanie odpowiedzialności z tytułu rękojmi. Czyli –

odpowiedzialność z tytułu rękojmi w ogóle nie powstaje. Po drugie – nawet gdyby założyć, że taka odpowiedzialność w ogóle może powstać wyłącznie na podstawie umowy (czemu Odwołujący przeczy), to takie rozszerzenie odpowiedzialności z tytułu rękojmi, na jaką wskazuje Zamawiający w PPU jest naruszeniem swobody umów – takie określenie odpowiedzialności z tytułu rękojmi sprzeciwia się właściwości (naturze) stosunku cywilnoprawnego, jakim jest świadczenie Usług Utrzymania. Prawo cywilne nie przewiduje bowiem rękojmi w przypadku odpowiedzialności za świadczenie usług. Zamawiający powinien także mieć na uwadze, że wprowadzenie dodatkowych obowiązków wykonawcy, do tego obwarowanych wysoką karą umowną, skutkować będzie tym, że wykonawcy po prostu ujmą w cenie oferty koszty realizacji dodatkowych obowiązków. Tymczasem Zamawiający nie potrzebuje w ogóle takich usług świadczonych w ramach rękojmi. Nie potrzebuje ich, gdyż: w okresie obowiązywania tej Umowy – błędy będą usuwane w ramach Usługi Utrzymania, z reżimem SLA; po zakończeniu obowiązywania umowy – błędy będą usuwane w ramach kolejnej umowy, z przedmiotem umowy analogicznym do niniejszej. Tym samym Zamawiający będzie dwukrotnie płacił za te same usługi – co z pewnością nie jest racjonalne, a ponadto stanowi naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Całkowicie zaś niezrozumiałym i kuriozalnym jest wprowadzenie instytucji wykonania zastępczego. Także takie ryzyko musiałoby być wycenione i ujęte w cenie oferty. Tymczasem – Zamawiającemu w ogóle nie jest potrzebna taka usługa, gdyż bezpieczeństwo systemu CANARD zapewnia Zamawiający w inny sposób, poprzez zawieranie odpowiednich umów, obejmujących usługę Utrzymania systemu, w skład której wchodzi usuwanie Błędów i Incydentów.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: wykreślenia § 20 PPU ewentualnie zmiany § 20 PPU w sposób następujący: § 20. Gwarancja na efekty pracy wykonanej w ramach w ramach Usługi Utrzymania

1. Wykonawca w ramach Wynagrodzenia udziela Zamawiającemu 24 miesięcznej gwarancji na wszelkie efekty pracy wykonanej w ramach w ramach Usług Utrzymania. W ramach gwarancji Wykonawca zobowiązuje się usunąć na własny koszt nieprawidłowości stanowiące Incydent Krytyczny, Incydent Pilny lub Incydent Standardowy, powstałe we wszelkich efektach pracy wykonanej w ramach Usług Utrzymania w związku z realizacją niniejszej Umowy. Gwarancja zaczyna biec z upływem 2 miesięcy od dnia rozpoczęcia realizacji Usług Utrzymania. 2. Zamawiający ma prawo w pełni eksploatować System, w szczególności wprowadzać bieżące zmiany konfiguracyjne, bez utraty praw z tytułu niniejszej gwarancji – o ile Wykonawca autoryzuje takie zmiany.

Ad Zarzut nr IX.

Odwołujący Asseco podał, że Zamawiający w § 21 PPU określił zasady świadczenia usług rękojmi i gwarancji Usług Rozwoju. Odnośnie „udzielenia” rękojmi Odwołujący wskazał na argumentację jak w zarzucie powyżej. W zakresie gwarancji Odwołujący Asseco stwierdził natomiast, że możliwe jest udzielenie gwarancji na dzieło zgodnie z przepisem art. 638 § 2 KC, zaś w wyniku realizacji Usługi Rozwoju powstawać będą dzieła. Zatem możliwe jest udzielenie Zamawiającemu gwarancji jakości. Gwarancja ta w tym przypadku ma obejmować usuwanie Incydentów. Osobną jednak kwestią pozostaje – w jakim celu ta gwarancja miałaby być udzielana, co Zamawiający praktycznie zyskuje na jej udzieleniu? Gwarancja ma rozpocząć się od daty podpisania protokołu odbioru końcowego i trwać 24 miesiące. Nie jest jasne, o jaki protokół odbioru końcowego chodzi Zamawiającemu: czy protokół odbioru danej Zmiany Rozwojowej – wtedy gwarancja rozpoczynałaby się już w czasie obowiązywania Umowy, czy protokół odbioru końcowego całej umowy – wtedy gwarancja zaczynałaby się dopiero po zakończeniu umowy. Podobnie jak w przypadku rękojmi – Zamawiający nie potrzebuje w ogóle takich usług świadczonych w ramach gwarancji. Nie potrzebuje ich, gdyż: W okresie obowiązywania tej Umowy – Incydenty będą usuwane w ramach Usługi Utrzymania, z reżimem SLA; Po zakończeniu obowiązywania umowy – Incydenty będą usuwane w ramach kolejnej umowy, z przedmiotem umowy analogicznym do niniejszej. Co więcej - także jak w przypadku rękojmi - Zamawiający będzie dwukrotnie płacił za te same usługi, co stanowi naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Podkreślić ponownie trzeba, że dodanie do obowiązków wykonawcy dodatkowej usługi, tj. usuwania Incydentów w ramach gwarancji w bardzo rygorystycznym reżimie czasowym – 6 godzin roboczych na Incydent Krytyczny (nota bene – termin ten jest krótszy niż w przypadku Usługi Utrzymania, gdzie wynosi 8 godzin (sic!!)) – oraz obwarowane karami umownymi, powoduje, że każdy wykonawca doda do ceny oferty koszt świadczenia takiej usługi. A jest to koszt bardzo wysoki. Określenie zasad gwarancji w w/w sposób powoduje, że rzeczywiste świadczenie Usług Utrzymania trwać będzie nie 72 miesiące, ale 96 miesięcy – de facto Zamawiający będzie zawierał umowę w tym zakresie aż na 7 lat. Jeśli bowiem nie zostaną zmienione w/w postanowienia i gwarancja będzie obejmować świadczenie usług w tak wysokim reżimie SLA, którego koszty realizacji przecież będą ujęte w cenie oferty – to Zamawiający po upływie okresu 72 miesięcy świadczenia Usług Utrzymania nie będzie mógł zawrzeć nowej umowy na Usługi Utrzymania. Nie będzie mógł - gdyż będzie miał do wykorzystania opłacone z góry (w cenie oferty) usługi gwarancji. A jednocześnie – Zamawiający będzie musiał zawrzeć nową umowę na Usługi Rozwoju. Spowoduje to sytuację, gdy 2 różne podmioty na podstawie 2 różnych umów w tym samym czasie świadczyć będą usługi dla systemu CANARD. Przede wszystkim jednak przedmiotowe postanowienia nie mogą być źródłem skutecznego zobowiązania wykonawcy zgodnie z przepisem art. 387 § 1 KC – który stanowi, że umowa o świadczenie niemożliwe jest

nieważna. Otóż określenie restrykcyjnych wymagań na świadczenie usług gwarancji jak np. 6h na usunięcie Incydentu Krytycznego prowadzi do określenia w PPU obowiązku wykonawcy, który jest nierealizowalny w praktyce. Gwarancja ma być świadczona po zakończeniu obowiązywania Umowy. Zgodnie z § 19 ust. 1 Zamawiający udziela licencji Wykonawcy do korzystania z Systemu na czas określony, tj. do dnia wygaśnięcia Umowy – a zatem po wygaśnięciu Umowy wykonawca nie ma żadnych uprawnień, aby dokonywać czynności na Systemie. Dodatkowo zgodnie § 29 ust. 9 pkt 2 Umowy Wykonawca ma obowiązek zwrotu w terminie 5 dni roboczych od dnia zakończenia lub rozwiązania Umowy – wszelkich przekazanych Wykonawcy dokumentów i nośników, chyba że Zamawiający wskaże inaczej. Jednocześnie zgodnie z zapisami Załącznika nr 5 do Umowy § 4 ust. 6 Wykonawca jest zobowiązany usunąć wszelkie dane osobowe, które zostały mu powierzone do przetwarzania. Tymczasem w przypadku wystąpienia Incydentu konieczne będzie:

- a) w pierwszej kolejności udostępnienia przez Zamawiającego Wykonawcy aktualnych kodów źródłowych, dokumentacji i konfiguracji Systemu, ponadto konieczne jest przekazanie danych osobowych;
- b) po stronie Wykonawcy utworzenia na ich podstawie środowiska developerskiego i testowego,
- c) wytworzenie przez Wykonawcę wymaganej zmiany i jej przetestowanie (testy wewnętrzne, regresji ...),
- d) przekazanie zmiany do wdrożenia lub w skrajnym przypadku wdrożenia tej zmiany przez Wykonawcę w środowisku produkcyjnym i testowym CPD CANARD.

Ze względu na wielkość systemu CANARD oraz jego monolityczną architekturę same zadania przygotowania środowisk wytwórczych po stronie Wykonawcy na podstawie przekazanych aktualnych kodów źródłowych wraz z informacjami o konfiguracji i przygotowanie danych testowych znacząco przekroczą wymagany czas Naprawy Incydentu. Jest to okoliczność obiektywna, której Zamawiający nie może zaprzeczyć. Powyższe wykazuje, że Zamawiający chciałby zawrzeć w Umowie zobowiązanie do wykonania świadczenia niemożliwego.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany: § 21. Gwarancja Usługi Rozwoju

1. Wykonawca udziela Zamawiającemu 24 miesięcznej gwarancji na usunięcie Incydentów w zakresie Zmian Rozwojowych lub Dokumentacji przygotowanej w ramach Umowy licząc od daty podpisania protokołu odbioru końcowego. W ramach powyższej gwarancji Wykonawca zobowiązuje się usunąć na własny koszt Incydenty na zasadach określonych poniżej.

2. W przypadku wystąpienia Incydentu Wykonawca zobowiązany jest do ich usunięcia bez zbędnej zwłoki.
3. Zamawiający ma prawo w pełni użytkować System, w szczególności wprowadzać bieżące zmiany konfiguracyjne, bez utraty praw z tytułu niniejszej gwarancji – o ile Wykonawca autoryzuje takie zmiany.

Ad Zarzut nr X.

Odwołujący Asseco podał, że Zamawiający wprowadził do PPU zapisy, które pozornie spełniają wymagania zawarte w art. 439 PZP, tj. § 23. Waloryzacja wynagrodzenia: Zdaniem Odwołującego przedmiotowe postanowienia umowy nie mogą zostać uznane za realizujące cel i ideę wynikającą z normy prawa określonej w art. 439 PZP. Istotą wprowadzenia przedmiotowego przepisu było zobowiązanie zamawiających do wprowadzenia realnej waloryzacji wynagrodzeń wykonawców. Wskazuje na to wprost uzasadnienie projektu ustawy, gdzie użyto pojęcia klauzuli waloryzacyjnej. Tym samym odwołując się do językowego rozumienia pojęcia „waloryzacja” uznać należy, że jest to zwiększenie wartości pieniężnej świadczenia w celu utrzymania jego realnej wartości na niezmiennym poziomie – zgodnie z powszechnym, językowym rozumieniem słowa „waloryzacja”. Słownik Języka Polskiego pod redakcją W. Doroszewskiego jako waloryzację rozumie: przeliczenie należności lub zobowiązań pieniężnych ustalonych w danej jednostce monetarnej na inną o stałej wartości, dostosowanie wysokości zobowiązań pieniężnych do zmienionej wartości pieniądza. Truizmem jest twierdzenie, że w ciągu ostatniego okresu (ok. 2 lat) mamy do czynienia ze stałym, bardzo dynamicznym wzrostem wynagrodzeń, w tym w szczególności wynagrodzeń pracowników z branży IT, co obrazują dane zawarte w przedstawionej tabeli XX - Wzrost wynagrodzenia – dane GUS. Co więcej – wzrost wynagrodzeń jest o wiele wyższy niż inflacja, co obrazuje tabela XX - Inflacja - wskaźnik cen towarów i usług – dane GUS. W ostatnich miesiącach obserwowany jest znaczny wzrost inflacji. Inflacja konsumencka w Polsce w sierpniu 2022 r. wyniosła 16,1 % w ujęciu rocznym według danych Głównego Urzędu Statystycznego. Tak dynamiczny i rozpędzający się wzrost inflacji oraz wynagrodzeń powoduje, że są uzasadnione podstawy do przyjęcia, że sposób zwiększania wynagrodzenia wskazany w zaskarżonym postanowieniu umowy nawet w małym stopniu nie pokryje wzrostu kosztów, jakie musi ponosić wykonawca. Tymczasem Zamawiający przyjął następujące założenia dla waloryzacji:

- a. Pierwsza waloryzacja będzie miała miejsce dopiero po 12 miesiącach obowiązywania Umowy – biorąc pod uwagę okres, jaki upłynie pomiędzy złożeniem ofert, a zawarciem Umowy – Wykonawca może spodziewać się waloryzacji dopiero po 1,5 roku od dnia złożenia oferty. Co więcej – warunek ten w sposób oczywisty narusza przepis art. 439

ust. 3 PZP, w którym ustawodawca wyraźnie wskazał, że początkowym terminem ustalania zmiany wynagrodzenia jest dzień otwarcia ofert.

- b. zasadę, że warunkiem waloryzacji jest co najmniej 6% inflacja – skutkiem tego inflację niższą niż 6% każdy wykonawca doliczy do ceny oferty. W przypadku, gdyby inflacja była niższa niż 6%, Zamawiający poniesie koszt, którego mógłby nie ponieść w przypadku braku tego ograniczenia;
- c. konieczność sporządzania uzasadnienia i przedstawiania dowodów – podczas gdy jednocześnie waloryzacja opiera się na oficjalnych danych Głównego Urzędu Statystycznego, które są obiektywne i – jako fakt notoryjny -nie wymagają dowodzenia;
- d. całkowity wzrost wynagrodzenia nie może przekroczyć 10% wynagrodzenia netto. Wykonawca musi zatem z góry musi założyć, że w przypadku wzrostu kosztów realizacji umowy np. o 30%, jego wynagrodzenie zostanie zwiększone wyłącznie o 10%. Wprowadzenie tylko takiej zmiany umowy w sposób oczywisty łamie zasadę zachowania ekwiwalentności świadczeń

Tym samym, zdaniem Odwołującego Asseco – żeby realizacja umowy miała sens ekonomiczny – wykonawca musi uwzględnić w pierwotnej cenie oferty w/w ryzyka – co czyni waloryzację umowną całkowicie pozorną. W oparciu o klauzulę waloryzacyjną w obecnym brzmieniu wykonawca nie otrzyma wynagrodzenia w wysokości, która odpowiadałaby zasadzie ekwiwalentności świadczeń. Każdy racjonalnie działający wykonawca będzie miał świadomość powyższego – a zatem i tak będzie zmuszony uwzględnić w cenie oferty bardzo wysoką inflację oraz jeszcze wyższy wzrost wynagrodzeń w branży IT. A zatem Zamawiający – poprzez takie a nie inne ukształtowanie klauzuli waloryzacyjnej – działa de facto na swoją szkodę: otrzyma oferty z cenami znacznie wyższymi niż w przypadku, gdyby klauzula waloryzacyjna uczciwie uwzględniała zmiany kosztów realizacji zamówienia. Odwołujący powołał się na wyroki Izby: z 2 marca 2022 roku, sygn. akt: KIO 440/22 oraz z 5 stycznia 2022 roku, sygn. akt KIO 3600/21 i stwierdził, że celem klauzul waloryzacyjnych jest rzeczywiste i uczciwe utrzymanie równowagi ekonomicznej pomiędzy wykonawcą a zamawiającym. Przyjęcie z góry założenia, że zmiana wynagrodzenia możliwa jest jedynie o połowę wartości wynikającej z obiektywnego i niezależnego od stron wskaźnika – co więcej w połączeniu z dodatkowymi limitami – w oczywisty sposób nie spełnia tych wymagań. Zgodnie z art. 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współzycia społecznego. Tymczasem klauzula waloryzacyjna w obecnym brzmieniu narusza zarówno zasady współzycia społecznego, jak i sprzeciwia się właściwości stosunku prawnego. Skoro już w chwili składania ofert wiadomo,



że inflacja i wzrost wynagrodzeń wynosi znacznie więcej niż 10% - to naruszeniem zasady ekwiwalentności świadczeń jest założenie przez Zamawiającego, że przez cały okres realizacji umowy (tj. 72 miesiące) wynagrodzenie wykonawcy nie wzrośnie więcej niż 10%. Prawidłowo skonstruowana klauzula waloryzacyjna powinna służyć równomiernemu rozłożeniu ryzyka kontraktowego i być adekwatna do aktualnej sytuacji rynkowej – trudno jednak uznać, żeby obecne brzmienie § 23 realizowało te zasady.

Odwołujący Asseco wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany klauzuli waloryzacyjnej określonej w § 23 w taki sposób, aby uwzględniała następujące elementy:

- 1) Wynagrodzenie Wykonawcy będzie korygowane w celu oddania wzrostów lub spadków kosztów związanych z realizacją zamówienia w oparciu o wskaźniki mające wpływ na koszt realizacji zamówienia, tj.:
  - a. wskaźnik zmiany cen towarów i usług konsumpcyjnych („*WCPI*”)
  - b. wskaźnik zmiany przeciętnego wynagrodzenia miesięcznego brutto w sektorze przedsiębiorstw – informacja i komunikacja („*WR*”),  
publikowane przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego (zwanego dalej „Prezesem GUS”).
- 2) Początkowym terminem ustalenia zmiany wynagrodzenia jest Data Odniesienia, którą stanowi miesiąc następujący po miesiącu złożenia oferty.
- 3) Wynagrodzenie należne Wykonawcy w danym miesiącu podlegać będzie waloryzacji o współczynnik waloryzacyjny („*WW<sub>n</sub>*”) wyliczony według wzoru:

$$WW_n = 30\% * WCPI_n + 70\% * WR_n$$

gdzie:

$$WCPI_n = CPI_o / 100 * CPI_{o+1} / 100 * (...) * CPI_n / 100$$

$$WR_n = R_n / R_o \text{ gdzie:}$$

„*WW<sub>n</sub>*” – współczynnik waloryzacji jest mnożnikiem korygującym, do zastosowania w stosunku do wynagrodzenia przedstawionego w ofercie, za prace rozliczane w miesiącu *n+1* (data sprzedaży); zaokrąglonym do czwartego miejsca po przecinku

„*o*” – miesiąc następujący po miesiącu złożenia oferty,

„*n*” – miesiąc poprzedzający miesiąc wystawienia faktury za dane prace,

„*CPI<sub>o</sub>*” – miesięczny wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych (poprzedni miesiąc = 100) podany przez Prezesa GUS dla miesiąca następującego po miesiącu składania ofert,

„*CPI<sub>n</sub>*” – miesięczny wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych (poprzedni miesiąc = 100) podany przez Prezesa GUS dla miesiąca poprzedzającego miesiąc wystawienia faktury za dane prace,

„*WCPI<sub>n</sub>*” – wskaźnik zmiany cen towarów i usług konsumpcyjnych w okresie pomiędzy miesiącem następującym po miesiącu, w którym została złożona oferta (wartość odniesienia), a miesiącem poprzedzającym wystawienie faktury za dane prace; zaokrąglonym do czwartego miejsca po przecinku

„*R<sub>n</sub>*” - przeciętne wynagrodzenie miesięczne brutto w sektorze przedsiębiorstw – informacja i komunikacja publikowane przez Prezesa GUS (Raport - „Sytuacja społeczno-gospodarcza w kraju” dla danego miesiąca) dotyczące miesiąca poprzedzającego miesiąc, którego dotyczy rozliczenie,

„*R<sub>o</sub>*” - przeciętne wynagrodzenie miesięczne brutto w sektorze przedsiębiorstw – informacja i komunikacja publikowane przez Prezesa GUS (Raport - „Sytuacja społeczno-gospodarcza w kraju” dla danego miesiąca) dotyczące miesiąca, następującego po miesiącu, w którym została złożona oferta (wartość odniesienia),

„*WR<sub>n</sub>*” – wskaźnik zmiany wynagrodzenia w sektorze przedsiębiorstw – informacja i komunikacja w okresie od miesiąca następującego po miesiącu złożenia oferty do miesiąca poprzedzającego miesiąc wystawienia faktury za dane prace; zaokrąglonym do czwartego miejsca po przecinku

4) Wynagrodzenie będzie podlegało waloryzacji począwszy od pierwszego miesiąca, w którym dochodzi do zmiany cen lub kosztów.

5) Łączna wartość korekt wynikająca z waloryzacji nie przekroczy (+/-) 50 % wynagrodzenia netto. Przez łączną wartość korekt należy rozumieć wartość wzrostu lub spadku wynagrodzenia Wykonawcy wynikającą z waloryzacji

Ad Zarzut nr XI.

Odwołujący Asseco podał, że Zamawiający w § 26 ust. 1 pkt 3 wskazał: „1. Zamawiający jest uprawniony do naliczenia Wykonawcy następujących kar umownych, w następujących przypadkach niewykonania lub nienależytego wykonania przez Wykonawcę Umowy: (...) 3) w przypadku odstąpienia od Umowy, wypowiedzenia Umowy lub rozwiązania Umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy - w wysokości 30% wartości Wynagrodzenia brutto określonego w § 16 ust. 1 pkt 3 Umowy,” i stwierdził, wykonawca miałby być karany za „rozwiązanie Umowy”. Umowa nie przewiduje natomiast żadnego przypadku „rozwiązania Umowy”. Zdaniem Odwołującego także na podstawie obowiązujących przepisów prawa nie może nastąpić skutek w postaci „rozwiązania Umowy”, które to rozwiązanie miałoby być

podstawą karania wykonawcy karą umowną. Rozwiązanie Umowy to skutek – i może on nastąpić w wyniku właśnie odstąpienia czy wypowiedzenia. Inne przypadki, gdy może nastąpić taki skutek to upływ czasu, na który została zawarta Umowa, porozumienie Stron Umowy rozwiązujące umowę lub też ziszczenie się warunku rozwiązującego. Jednak Zamawiający nie wskazał w wyniku czego miałyby nastąpić „rozwiązanie Umowy” oraz jakie to miałyby być rozwiązanie z „przyczyn leżących po stronie Wykonawcy”. Tym samym nie istnieją żadne podstawy prawne, aby taka kara umowna została skutecznie zastrzeżona w PPU. Ponadto, w przypadku odstąpienia lub wypowiedzenia Zamawiający zastrzegł karę umowną w wysokości 30% maksymalnego wynagrodzenia brutto, niezależnie od tego jakiej części dotyczy wypowiedzenie czy odstąpienie. A zatem wykonawca będzie zobowiązany zapłacić wysoką karę umowną w sytuacji, w której wypowiedzenie Umowy dotyczyłoby np. świadczenia usługi utrzymania w ostatnim miesiącu realizacji Umowy lub też jakiejś pojedynczej modyfikacji. Przy szacowanym budżecie projektu prowadziłyby to do sytuacji, w której kara umowna wynosiłaby 30 milionów złotych, w przypadku, gdy wartość miesięcznej usługi utrzymania objętej wypowiedzeniem wynosiłaby 500.000 złotych. Zamawiający może odstąpić od umowy w części. Jednocześnie wypowiedzenie – ze swej istoty – dotyczyć może tylko części przedmiotu Umowy, tj. usług utrzymania i nie może dotyczyć usług rozwoju.

Odwołujący wniósł o zmianę § 26 ust. 1 pkt 3 PPU:

„1. Zamawiający jest uprawniony do naliczenia Wykonawcy następujących kar umownych, w następujących przypadkach niewykonania lub nienależytego wykonania przez Wykonawcę Umowy:

(...)

3) w przypadku odstąpienia od Umowy lub wypowiedzenia Umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy - w wysokości 30% wartości tej części Umowy, której dotyczy oświadczenie o odstąpieniu lub wypowiedzeniu,”

Ad Zarzut nr XII.

Odwołujący Asseco podał, że Zamawiający w § 26 ust. 1 pkt 4 wskazał: „Zamawiający jest uprawniony do naliczenia Wykonawcy następujących kar umownych, w następujących przypadkach niewykonania lub nienależytego wykonania przez Wykonawcę Umowy: (...) 4) 0,0005% wartości Wynagrodzenia brutto określonego w § 16 ust. 2 pkt 1 lit. c) Umowy za każdy dzień zwłoki w przystosowaniu Systemu do zmian w obowiązujących przepisach prawa od dnia wejścia w życie przepisu, z którym System powinien być zgodny,” i stwierdził, że jedyną przesłanką do naliczenia przedmiotowej kary umownej jest niedochowanie terminu „wejścia w życie przepisu, z którym System powinien być zgodny”. SWZ nie konstytuuje po stronie wykonawcy obowiązku dokonywania jakichkolwiek zmian

Systemu z własnej inicjatywy w przypadku zmian prawa. Wykonawca zobowiązany jest dostosowywać System do zmian prawa w ramach Usługi Rozwoju. Jednakże Usługa Rozwoju to usługa, którą wykonawca ma obowiązek świadczyć tylko wtedy, gdy Zamawiający dokona odpowiedniego zlecenia zmiany Systemu. A zatem może się zdarzyć sytuacja, w której Zamawiający w ogóle nie zleci wykonawcy danej zmiany Systemu, jego przystosowania do zmiany przepisów prawa. Skoro zatem nie byłoby takiego zlecenia ze strony Zamawiającego, to po stronie wykonawcy w ogóle nie powstanie żadne zobowiązanie umowne. A jednocześnie Zamawiający byłby uprawniony do naliczenia kary umownej, bo przecież System nie byłby przystosowany do zmiany prawa. Ponadto w OPZ w pkt 8.10 Zamawiający dopuszcza inny termin wdrożenia zmiany prawnej niż w terminie wejścia w życie regulacji powodującej zmianę rozwojową: "8.10 Wdrożenie Zmiany Rozwojowej na Środowisku Produkcyjnym będzie odbywać się w terminie uzgodnionym z Zamawiającym (dopuszczalne będą również dni wolne od pracy Zamawiającego). W przypadku zmian prawnych Zmiany Rozwojowe wdrożone są nie później niż w terminie wejścia w życie regulacji powodującej Zmianę Rozwojową. W przypadku braku możliwości dotrzymania ww. terminu będzie on podlegał osobnym ustaleniom między Wykonawcą a Zamawiającym."

Postanowienie § 26 ust. 1 pkt 4 jest zdaniem Odwołującego sprzeczne z OPZ. Z jednej strony uzgodniłyby inny termin, z drugiej zaś – Zamawiający byłby uprawniony do naliczenia kary umownej. Odwołujący wniósł o wykreślenie § 26 ust. 1 pkt 4) PPU.

Ad Zarzut nr XIII.

Odwołujący Asseco podał, że Zamawiający w § 26 ust. 1 pkt 8) wskazał: „Zamawiający jest uprawniony do naliczenia Wykonawcy następujących kar umownych, w następujących przypadkach niewykonania lub nienależytego wykonania przez Wykonawcę Umowy: (...) 8)w przypadku jakiegokolwiek niezgodnego z Umową wykonania dowolnej Zmiany Rozwojowej w stosunku do zasad realizacji uzgodnionych przez Strony zgodnie z procedurą Zmiany Rozwojowej, określoną w OPZ, w szczególności w przypadku zwłoki w dokonaniu Zmiany Rozwojowej w stosunku do uzgodnionego terminu lub w przypadku zwłoki w przywróceniu poprzedniej wersji Systemu – karę umowną w wysokości 0,0005% wartości Wynagrodzenia łącznego brutto określonego w § 16 ust. 2 pkt 2 lit. c) lub odpowiednio § 16 ust. 2 pkt 3 lit. c) Umowy za każdy dzień zwłoki;” i stwierdził, że po pierwsze – przedmiotowa kara umowna miałaby być należna zarówno za zwłokę w realizacji Zmiany Rozwojowej (co jest zasadne) oraz za „przypadek jakiegokolwiek niezgodnego z Umową wykonania dowolnej Zmiany Rozwojowej w stosunku do zasad realizacji uzgodnionych przez Strony zgodnie z procedurą Zmiany Rozwojowej”. Przy czym nie wiadomo – jak ta kara miałaby być liczona, czy także w dniach? Ponadto nie wiadomo, co właściwie miałoby być penalizowane. Jeśli bowiem celem Zamawiającego jest otrzymanie Zmiany Rozwojowej zgodnej z Umową, OPZ i

procedurą – to w przypadku dostarczenia takiej Zmiany Rozwojowej niezgodnej z Umową, OPZ czy procedurą Zamawiający po prostu nie dokona odbioru i wykonawca znajdzie się w zwłóce z realizacją Zmiany Rozwojowej. Zaś sama zwłoka – jest już objęta osobną karą, określoną w drugiej części punktu. Po drugie, w przypadku zwłoki w realizacji Zmiany Rozwojowej Zamawiający zastrzegł karę umowną, której podstawą naliczenia jest maksymalne wynagrodzenie za realizację Usługi Rozwoju, czyli kwota co najmniej 20.999.300,00 zł (iloczyn ceny 299,99 zł brutto za 1 RBH oraz liczby godzin określonej w SWZ na 70.000). Tymczasem wynagrodzenie za wykonanie danej Zmiany Rozwojowej to iloczyn ceny za 1 roboczogodzinę i pracochłonności za wykonanie Zmiany Rozwojowej, przy czym do tej pory wielkość pojedynczej Zmiany Rozwojowej to średnio ok. 180 roboczogodzin. A zatem średnie wynagrodzenie za pojedynczą Zmianę Rozwojową to ok. 54.000 zł. Tymczasem Zamawiający chciałby, aby podstawą obliczania kary umownej była kwota wielokrotnie wyższa, tj. ponad 20mln złotych.

Odwołujący wniósł o zmianę § 26 ust. 1 pkt 8) PPU:

„1. Zamawiający jest uprawniony do naliczenia Wykonawcy następujących kar umownych, w następujących przypadkach niewykonania lub nienależytego wykonania przez Wykonawcę Umowy:

(...)

8) w przypadku zwłoki w dokonaniu Zmiany Rozwojowej w stosunku do uzgodnionego terminu lub w przypadku zwłoki w przywróceniu poprzedniej wersji Systemu – karę umowną w wysokości 0,1% wartości wynagrodzenia brutto za wykonanie Zmiany Rozwojowej za każdy dzień zwłoki;”

Ad Zarzut nr XIV.

Odwołujący Asseco podał, że Zamawiający w § 27 ust. 4 pkt 4) wskazał: 4. Zamawiający może odpowiednio wypowiedzieć Umowę za 3 miesięcznym okresem wypowiedzenia ze skutkiem na koniec miesiąca kalendarzowego lub w innych prawem przewidzianych przypadkach, w szczególności w: (...) 4) przypadku, gdy Wykonawca w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego nie zmieni sposobu wykonywania przedmiotu Umowy, gdy w ocenie Zamawiającego prace wykonywane są wadliwie lub w sposób sprzeczny z Umową; Zgodnie z powyższą przesłanką Zamawiający jest uprawniony do wypowiedzenia Umowy według własnego uznania – Zamawiający może bowiem dowolnie uznać, że sposób realizacji Umowy przez wykonawcę jest wadliwy, oznajmić to wykonawcy, wezwać go do zmiany sposobu wykonania – i wobec braku takiej zmiany: Zamawiający może wypowiedzieć Umowę. Odwołujący zauważył, że wykonawca w ogóle nie może powoływać się na brzmienie Umowy czy też na brak winy po swojej stronie. Przedmiotowy

przepis wprost wskazuje, że jedyną przesłanką wypowiedzenia jest - „ocena Zamawiającego”. Nie ma żadnych ograniczeń czy zasad dla tej oceny, w szczególności nie wskazano, że Zamawiający ma coś wykazać, wskazać nieprawidłowości, itp. Jedynym elementem koniecznym do wypowiedzenia Umowy jest – „ocena” Zamawiającego. Taka regulacja wypowiedzenia umowy narusza zasadę swobody umów – gdyż jest sprzeczna zarówno z zasadami współżycia społecznego, jak i z istotą stosunku zobowiązaniowego.

Odwołujący wniósł o nakazanie zmiany § 27 ust. 4 pkt 4) PPU: 4) przypadku, gdy Wykonawca wykonuje przedmiot Umowy w sposób niezgodny z Umową oraz w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego nie krótszym niż 14 dni nie zmieni takiego wadliwego sposobu wykonywania przedmiotu Umowy,

Ad Zarzut nr XV.

Odwołujący Asseco podał, że Zamawiający w § 27 ust. 4 pkt 5) wskazał: 4. Zamawiający może odpowiednio wypowiedzieć Umowę za 3 miesięcznym okresem wypowiedzenia ze skutkiem na koniec miesiąca kalendarzowego lub w innych prawem przewidzianych przypadkach, w szczególności w: (...) 5) przypadku, gdy nastąpi jakiegokolwiek niewywiązywanie się Wykonawcy z innych istotnych postanowień Umowy. Odwołujący zauważył, że zgodnie z powyższą przesłanką Zamawiający jest uprawniony do wypowiedzenia Umowy właściwie w każdym momencie obowiązywania Umowy. Przesłanka wypowiedzenia jest bowiem tak niedookreślona, a właściwie – jest przesłanką otwartą – że Zamawiający w każdym momencie może uznać, że nastąpiło „jakiegokolwiek niewywiązywanie się” wykonawcy z postanowień Umowy. Na przykład – wykonawca dostarczył zamówioną Zmianę do systemu 1 dzień po terminie lub też usunie Incydent 1 godzinę po terminie – a Zamawiający już nabędzie prawo do wypowiedzenia Umowy. W praktyce przedmiotowy przepis to przyznanie tylko jednej stronie – Zamawiającemu – niczym nieskrępowanej możliwości wypowiedzenia umowy zawartej na czas określony. Taka możliwość przeczy idei tej umowy i stawia wykonawców w stan niepewności co do realizacji zamówienia publicznego. Taka regulacja wypowiedzenia umowy narusza zasadę swobody umów – gdyż jest sprzeczna zarówno z

Odwołujący wniósł o nakazanie wykreślenia § 27 ust. 4 pkt 5) PPU.

Ad Zarzut nr XVI.

Odwołujący Asseco podał, że Zamawiający w § 27 ust. 5) wskazał: 5. Zamawiający ma prawo, w każdym przypadku wypowiedzenia Umowy lub częściowego odstąpienia od Umowy, do dokończenia realizacji przedmiotu Umowy na koszt Wykonawcy w zakresie Usługi Rozwoju, jeżeli odstąpienie/wypowiedzenie zrealizowane zostało przez

Zamawiającego z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy. Wykonawca zobowiązany jest na wezwanie w terminie 7 dni do zwrotu Zamawiającemu kosztów wykonania zastępczego.

Odwołujący stwierdził, że zgodnie z powyższym postanowieniem Zamawiający może zlecić podmiotowi trzeciemu dokończenie realizacji przedmiotu Umowy w taki sposób, że w ogóle nie będzie istotny koszt tego dokończenia. Koszt taki może być wielokrotnie wyższy niż wynagrodzenie określone w Umowie. Wykonawca nie przeczy samemu uprawnieniu Zamawiającego do wykonania zastępczego – należy jednak tak uregulować tę instytucję, aby była ona uczciwa. Obecne brzmienie nie gwarantuje wcale, że Zamawiający dochowa rzetelności w wyborze wykonawcy zastępczego i będzie się starał, aby wykonanie to było dokonane za ceny rynkowe. Taka regulacja narusza zasadę swobody umów – gdyż jest sprzeczna zarówno z zasadami współżycia społecznego, jak i z istotą stosunku

Odwołujący wniósł o nakazanie zmiany § 27 ust. 5) PPU poprzez

- 1) Wykreślenie zdania: Wykonawca zobowiązany jest na wezwanie w terminie 7 dni do zwrotu Zamawiającemu kosztów wykonania zastępczego
- 2) dodanie nowej treści w tym ustępie: Zamawiający zobowiązany jest przedstawić wycenę wykonania zastępczego wykonaną przez niezależnego eksperta, specjalizującego się w wycenach projektów informatycznych o skali podobnej do Systemu. W przypadku braku akceptacji przez Wykonawcę wyceny przedstawionej przez Zamawiającego – Strony poddadzą kwestię wyceny pod mediację w Sądzie Polubownym przy Prokuraturii Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej.

Ad Zarzut nr XVII.

Odwołujący Asseco przytoczył w § 27 ust. 7 PPU i wskazał, że zgodnie z tym postanowieniem Zamawiający całkowicie dowolnie może określić stopień zaawansowania wykonania przedmiotu Umowy. Żaden przepis prawa nie zezwala natomiast, aby jedna ze stron Umowy dowolnie i jednostronnie określała istotne kwestie, w tym kwestie mające wpływ na wynagrodzenie należne wykonawcy. Równie dobrym postanowieniem zdaniem Odwołującego (i równie kuriozalnym) mogłoby być stwierdzenie, że to wykonawca będzie jednostronnie określał ten stopień zaawansowania – przecież wykonawca ma większą wiedzę w tym zakresie. Taka regulacja narusza zasadę swobody umów – gdyż jest sprzeczna zarówno z zasadami współżycia społecznego, jak i z istotą stosunku zobowiązaniowego.

Odwołujący wniósł o nakazanie zmiany § 27 ust. 7 PPU poprzez wykreślenie zdania: W razie wątpliwości stopień zaawansowania wykonania przedmiotu Umowy w zakresie Usługi Rozwoju jednostronnie określi Zamawiający oraz wpisanie w to miejsce nowej treści: W razie wątpliwości stopień zaawansowania wykonania przedmiotu Umowy w zakresie

Usługi Rozwoju Strony poddadzą pod mediację w Sądzie Polubownym przy Prokuraturii Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej.

Ad Zarzut nr XVIII.

Odwołujący Asseco podał, że w załączniku OPZ Zamawiający postawił wymaganie, aby przedmiot zamówienia był wykonywany w sposób zgodny z przepisami prawa oraz aktami wewnętrznymi Zamawiającego – i jest to wymaganie zasadne. Jednocześnie jednak – nie podał listy takich aktów, które mają mieć zastosowanie - 5.7.2. Przedmiot zamówienia wykonywany będzie zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa oraz aktami wewnętrznymi Zamawiającego, w tym w szczególności z:

Zdaniem Odwołującego Zamawiający w sposób naruszył przepis art. 99 ust. 1 PZP – ustawodawca wymaga, aby przedmiot zamówienia był opisany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący oraz zawierał wszystkie informacje niezbędne do przygotowania oferty. Obecnie zaś wykonawcy nie wiedzą, jakie akty prawne mają być przez nich uwzględniane przy realizacji Umowy.

Odwołujący wniósł o wykreślenie w Załączniku 1 OPZ w pkt 5.7.2. zwrotu „w tym w szczególności z”.

Ad Zarzut nr XIX.

Odwołujący podał, że w załączniku OPZ Zamawiający wskazał następujący obowiązek wykonawcy:

“7.3 Do zadań Wykonawcy w ramach świadczenia Usług Utrzymania należą w szczególności:

(...)

7.3.2. Prace w zakresie wdrażania, testowania i aktualizacji Systemu oraz utrzymywania aktualnej wersji Dokumentacji oraz konfiguracji Infrastruktury Teleinformatycznej, także w przypadku sprzętu dostarczanego w ramach odrębnych umów.

7.3.3. Prace związane z utrzymaniem i administrowaniem Infrastruktury Teleinformatycznej oraz prace instalacyjne i konfiguracyjne w przypadku wymiany, rozbudowy lub zmiany Infrastruktury Teleinformatycznej.

7.3.4. Wykonawca w ramach Usługi Utrzymania dokona zainstalowania i konfiguracji Systemu CPD CANARD (w tym zwirtualizowanie części maszyn) na rozbudowanej Infrastrukturze Teleinformatycznej zakupionej przez Zamawiającego w ramach projektu „Zwiększenie skuteczności i efektywności systemu automatycznego nadzoru nad ruchem drogowy”



Odwołujący Asseco podał, że Zamawiający wymaga (pkt 7.3.2), aby w zakresie świadczenia Usługi Utrzymania Wykonawca wykonywał prace polegające na instalacji i konfiguracji Infrastruktury Teleinformatycznej w przypadku sprzętu dostarczanego w ramach odrębnych umów, przy czym zakres tych jest niezdefiniowany. Wykonawca na etapie sporządzania oferty nie wie, kiedy i jakie obowiązki ma wykonywać, a tym samym – nie ma możliwości dokonać realnej wyceny kosztów takiej usługi). Tożsame zadanie (pkt 7.3.3) Wykonawca ma wykonać w przypadku wymiany, rozbudowy lub zmiany Infrastruktury Teleinformatycznej, przy czym Zamawiający nie zdefiniował zakresu tych zmian, wymagań ich dotyczących, a także ich ilości, tj. czy zmiany takie będą występowały raz w roku, raz na kwartał i w jakim zakresie. A zatem – także takiej usługi nie da się wycenić na etapie przygotowania oferty. Ponadto Zamawiający wymaga (pkt 7.3.4), aby Wykonawca w ramach Usług Utrzymania dokonał instalacji i konfiguracji Systemu CPD CANARD na rozbudowanej Infrastrukturze zakupionej przez Zamawiającego, przy czym nie jest na chwilę obecną wiadomo, na jakiej wynikającej z zamówienia Zamawiającego Infrastrukturze Teleinformatycznej należy te prace wykonać. Dotychczasowy przetarg na dostawę tej Infrastruktury został przez Zamawiającego unieważniony. Dodatkowo w zakresie pkt 7.3.4 nie jest określone: jakich maszyn dotyczy przeniesienie obecnego rozwiązania opartego na serwerach fizycznych na zwirtualizowane środowisko, w jakim zakresie Wykonawca ma partycypować w pracach związanych z projektowaniem zmiany, testach zmiany i jej wdrożeniu w środowisku produkcyjnym i testowym, w jakim zakresie Wykonawca będzie odpowiedzialny za wykonanie wymaganych migracji danych w tym w szczególności baz danych oraz zasobów plików przetrzymywanych na macierzach plików na nową infrastrukturę. W ocenie Odwołującego Przedstawiony zakres Usług Utrzymania w zakresie instalacji i konfiguracji dostarczanej przez Zamawiającego Infrastruktury Teleinformatycznej nie pozwala na rzetelne oszacowanie prac i przedstawienie wiarygodnej oferty na ich wykonanie.

Odwołujący wniósł o: zmianę pkt. 7.3.2 i 7.3.3 OPZ poprzez zmianę:

- 7.3.2. Prace w zakresie wdrażania, testowania i aktualizacji Systemu oraz utrzymywania aktualnej wersji Dokumentacji oraz konfiguracji Infrastruktury Teleinformatycznej, także w przypadku sprzętu dostarczonego przez Zamawiającego w ramach obsługi awarii sprzętu (naprawa poprzez wymianę na nowy sprzęt np. nowy serwer, macierz dyskowa, urządzenie sieciowe itp.) lub jego wymiany w przypadku końca wsparcia producenta,
- 7.3.3. Prace związane z utrzymaniem i administrowaniem Infrastruktury Teleinformatycznej oraz prace instalacyjne i konfiguracyjne w przypadku wymiany sprzętu w przypadku jego awarii lub zakończenia wsparcia producenta,

oraz uzupełnienie punktu 7.3.4 o następujące informacje:

- jakich maszyn dotyczy przeniesienie obecnego rozwiązania opartego na serwerach fizycznych na zwirtualizowane środowisko,
- w jakim zakresie Wykonawca ma partycypować w pracach związanych z projektowaniem zmiany, testach zmiany i jej wdrożeniu w środowisku produkcyjnym i testowym,
- w jakim zakresie Wykonawca będzie odpowiedzialny za wykonanie wymaganych migracji danych w tym w szczególności baz danych oraz zasobów plików przetrzymywanych na macierzach plików na nową infrastrukturę.

Ad Zarzut nr XX.

Odwołujący Asseco podał, że zgodnie z postanowieniem pkt 8.7.5 OPZ w przypadku braku akceptacji stron, co do wskazanej liczby roboczogodzin niezbędnych na realizację Zmiany Rozwojowej Zamawiający zastrzega sobie prawo do wyboru i korzystania z opinii biegłego. Biegły dokona oceny czasochłonności realizacji zmiany. Wykonawca będzie zobowiązany do rozliczenia wykonanych czynności w czasie wyliczonym przez biegłego, o ile tylko Zamawiający podejmie decyzję o konieczności jej realizacji, a koszty związane z powyższą opinią poniesie Wykonawca w przypadku, gdy wyliczenie biegłego będzie niższe, co najmniej o 10 % od wyliczenia Wykonawcy. Wskazane postanowienie przewiduje uprawnienie Zamawiającego do wyboru dowolnego biegłego, który w imieniu Zamawiającego ma weryfikować zaproponowaną przez Wykonawcę liczbę roboczogodzin niezbędnych do realizacji Zmiany Rozwojowej. Ponadto Wykonawca będzie zobowiązany do rozliczenia wykonanych czynności w czasie wyliczonym przez biegłego. Z punktu widzenia Wykonawcy, dowolność wyboru oznacza, że w charakterze biegłego może zostać wskazany dowolny biegły, w tym nie posiadający kompetencji do weryfikacji pracochłonności prac informatycznych. Stąd też konieczne jest określenie minimalnych wymogów, jakie powinien spełniać taki biegły. Co więcej - biegły może być nieobiektywny w swojej ocenie, gdyż może być konkurencją wykonawcy i w jego interesie będzie zaniżenie pracochłonności.

Odwołujący wniósł o zmianę pkt 8.7.5 OPZ:

8.7.5. W przypadku braku akceptacji stron, co do wskazanej liczby roboczogodzin niezbędnych na realizację Zmiany Rozwojowej Zamawiający zastrzega sobie prawo do wyboru i korzystania z opinii eksperta posiadającego:

- a) specjalistyczną wiedzę z dziedziny budowy i rozwoju systemów informatycznych wytworzonych w architekturze trójwarstwowej z wykorzystaniem szyny danych, silnika procesów z wykorzystaniem platformy programistycznej JEE w ramach typowego procesu wytwórczego (analiza, projektowanie, programowanie, testy, wdrożenie),

b) doświadczenie wskazane przez Zamawiającego dla Kierownika Projektu w Części II SWZ WARUNKI SZCZEGÓLNE (WSZ) A. Informacja o warunkach udziału w postępowaniu i podstawach wykluczenia oraz wykaz podmiotowych środków dowodowych pkt 1.5 ppkt 1) SWZ ("Ekspert"), przy czym Ekspert taki nie może prowadzić działalności konkurencyjnej w stosunku do Wykonawcy jak również nie może współpracować w jakiejkolwiek formie z podmiotem stanowiącym konkurencję wobec Wykonawcy. Ekspert dokona oceny czasochłonności realizacji zmiany. Wykonawca będzie zobowiązany do rozliczenia wykonanych czynności w czasie wyliczonym przez Eksperta, o ile tylko Zamawiający podejmie decyzję o konieczności jej realizacji, a koszty związane z powyższą opinią poniesie Wykonawca w przypadku, gdy wyliczenie Eksperta będzie niższe, co najmniej o 10 % od wyliczenia Wykonawcy.

Ad Zarzut nr XXI.

Odwolujący Asseco podał, że w pkt 13.2.4 OPZ Zamawiający wskazał: "13.2.4 Dostarczenie lub zapewnienie od producenta licencji dla Oprogramowania Obcego typu Open source z Usługą Utrzymania, wsparcia, serwisu przez okres świadczenia tych usług przez Wykonawcę w ramach realizacji niniejszej Umowy. Pozostałe licencje inne niż open source zapewnia Zamawiający." Zamawiający oczekuje dostarczenia licencji dla Oprogramowania Obcego typu Open source z Usługą Utrzymania, wsparcia, serwisu, nie wskazując jednoznacznie, którego oprogramowania z listy Oprogramowania Obcego zawartego w Załączniku nr. 4 do SWZ to dotyczy. Załącznik ten zawiera zarówno oprogramowanie Open source oparte na licencjach darmowych, jak i oprogramowanie Open source, dla których licencja wymaga wykupienia subskrypcji, np. Red Hat Enterprise Linux. Przedstawiony opis wymagania oraz lista Oprogramowania Obcego zawarta w Załączniku 4 do SWZ, bez określenia przez Zamawiającego zakupu jakich licencji/subskrypcji oraz wsparcia dla nich przez okres trwania Umowy oczekuje Zamawiający od Wykonawcy, powoduje, że nie jest możliwe jednoznaczne określenie zakresu zobowiązań Wykonawcy w tym zakresie, a co za tym idzie zapisy te nie pozwalają na przedstawienie porównywalnej z innymi oferty (dowolność wyboru) i nie pozwalają na rzetelne oszacowanie kosztów licencji/subskrypcji wraz z usługami wsparcia producenta i przedstawienie wiarygodnej oferty. Jednocześnie Zamawiający w ramach Usług Utrzymania (Usługi Utrzymania - załącznik nr 2 do SWZ) oczekuje od Wykonawcy Aktualizacji Oprogramowania Obcego: "13.1 Celem usługi Aktualizacji Oprogramowania Obcego jest: 13.1.1 Analiza poprawek i nowych wersji Oprogramowania Obcego. 13.1.2 Ocena czy wymagana jest ich instalacja. 13.1.3 W przypadku pozytywnej oceny wykonanie instalacji". Dostępność poprawek i nowych wersji Oprogramowania Obcego wymaga, aby także, dla Oprogramowania Obcego innego niż Open source było zapewnione wsparcie i serwis producenta.

Odwołujący wniósł o:

1. Wskazanie, przez Zamawiającego, dla których, licencji dla Oprogramowania Obcego typu Open source, wskazanego w Załączniku nr 4 do SWZ (Wykaz wykorzystywanego Oprogramowania Obcego) Zamawiający wymaga wykupienia od producenta licencji/subskrypcji z Usługą Utrzymania, wsparcia, serwisu przez okres świadczenia Usług Utrzymania przez Wykonawcę.
2. Potwierdzenie, że dla pozostałych licencji, innych niż Open source, Zamawiający nie wymaga zakupu i dostarczenia przez Wykonawcę wsparcia i serwisu producenta w trakcie trwania Umowy, jeżeli jednak jest takie wymaganie to wskazanie dla jakich pozycji Załącznika 4 do SWZ jest taka dostawa wymagana.
3. Zastąpienie aktualnego brzmienia pkt 13.2.4 poprzez następujący zapis: „13.2.4 Dostarczenie lub zapewnienie od producenta licencji/subskrypcji dla Oprogramowania Obcego typu Open source z Usługą Utrzymania, wsparcia i serwisu producenta, jeżeli jego wykorzystanie przez Zamawiającego wymaga wykupienia takiej licencji lub subskrypcji, przez okres świadczenia tych usług przez Wykonawcę w ramach realizacji niniejszej Umowy. Pozostałe licencje inne niż Open source zapewnia Zamawiający.”

Do odwołania zostały załączone: Wyciągi z Raportu GUS „Informacja o sytuacji społeczno-gospodarczej kraju w latach 2018 - 2021, Komunikaty Prezesa GUS w sprawie średniorocznego wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem w latach 2018 - 2021, Raport GUS „Wskaźniki cen towarów i usług konsumpcyjnych w sierpniu 2022 r.”

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania w całości z uwagi na bezzasadność podniesionej przez Odwołującego argumentacji.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający wskazał m.in., że 30 września 2022 r. zamieścił na stronie internetowej prowadzonego postępowania odpowiedzi na pytania wykonawców i modyfikacje treści SWZ. Jak wynika z pisma zmiany te pozostają w związku z zarzutami nr I, III, IV, XXI. Z uwagi na powyższe, Zamawiający wniósł o ich oddalenie, stwierdzając m.in., że Odwołujący nie może skutecznie zakwestionować nieistniejącej treści postanowień SWZ. Następnie 6 października 2022 r. dokonał kolejnej modyfikacji treści SWZ, wysłał ogłoszenie do Urzędu Publikacji Unii Europejskiej i niezwłocznie po tym jak ogłoszenie zostanie opublikowane zamieści treść zmiany SWZ na stronie internetowej prowadzonego postępowania. Odnosząc się do zarzutów V, VI, VII, XI, XII, XIII, XIV, XV, XIX Zamawiający poinformował, iż dokonał zmiany treści wskazanych postanowień, przedstawił treść wprowadzonych zmian i wniósł o oddalenie zarzutów. Odnosnie do zarzutu nr II, Zamawiający poinformował o zmianie SWZ dotyczącej warunku

udziału w postępowaniu, przedstawił Odnośnie do zarzutów nr II, VIII, IX, X, XVI, XVII, XVIII, XX Zamawiający przedstawił argumentację przemawiającą jego zdaniem za bezzasadnością zarzutów i wniósł o ich oddalenie.

### **Sygn. akt 2536/22**

Odwołujący Comarch zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 99 ust. 1 i 4 w zw. z art. 16 PZP - poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, za pomocą niedostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, bez uwzględnienia wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz w sposób utrudniający uczciwą konkurencję wskutek:
  - a. braku zapewnienia odpowiedniego okresu przejściowego na przejęcie świadczenia usług objętych zamówieniem przez nowego wykonawcę,
  - b. braku wprowadzenia precyzyjnych pomiarów dla Dopuszczalnego czasu trwania operacji,
  - c. braku wprowadzenia definicji dostępności Systemu i precyzyjnego mechanizmu liczenia poziomu dostępności Systemu,
  - d. braku precyzyjnego określenia procedury transferu wiedzy,
  - e. braku precyzyjnego określenia zakresu utrzymania narzędzia HP Service Manager,
  - f. braku precyzyjnego uregulowania zakresu utrzymania Infrastruktury Technicznej w przypadku jej rozbudowy lub zmiany, w szczególności kosztów tego utrzymania,
  - g. braku precyzyjnego określenia przedmiotu zamówienia w zakresie zainstalowania i konfiguracji Systemu na rozbudowanej Infrastrukturze Teleinformatycznej zakupionej przez Zamawiającego w ramach projektu „Zwiększenie skuteczności i efektywności systemu automatycznego nadzoru nad ruchem drogowym”;
- 2) art. 240 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 16 PZP w zw. z art. 99 ust. 1 PZP – poprzez sformułowanie opisu kryteriów oceny ofert w zakresie doświadczenia i kwalifikacji ekspertów wyznaczonych do realizacji zamówienia w odniesieniu do Kierownik Projektu w sposób niejednoznaczny, niezrozumiały i sprzeczny z pozostałą treścią SWZ;
- 3) art. 99 ust. 1 i 4 w zw. z art. 16 PZP w zw. w zw. z art. 5 i 353<sup>1</sup> KC w zw. z art. 8 ust. 1 PZP - poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, za pomocą niedostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, bez uwzględnienia wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, w tym także w zakresie wzoru umowy obowiązującego przy realizacji zamówienia w sposób naruszający równość stron

stosunku cywilnoprawnego oraz istotnie przekraczający zasadę swobody umów wskutek:

- a. braku określenia precyzyjnych zasad współpracy Wykonawcy w ramach Usługi Rozwoju z podmiotami trzecimi, braku precyzyjnego określenia odpowiedzialności Zamawiającego za dokonywanie uzgodnień z podmiotami trzecimi,
- b. a nadto w zw. z art. 480 § 1 KC w zw. z art. 636 § 1 KC - braku precyzyjnych zasad skorzystania z wykonania zastępczego przez Zamawiającego oraz braku przewidzenia uprzedniego wezwania Wykonawcy do realizacji Umowy przez skorzystaniem z wykonania zastępczego,
- c. wprowadzenia prawa Zamawiającego do jednostronnego określenia stopnia zaawansowania wykonania przedmiotu Umowy w zakresie Usługi Rozwoju w razie wątpliwości,
- d. braku określenia kto może (nie może) być biegłym,
- e. wprowadzenia nieograniczonego prawa Zamawiającego do żądania zmiany składu osobowego zespołu Współpracowników Wykonawcy.

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący Comarch wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonanie zmian SWZ zgodnie z żądaniami przedstawionymi w uzasadnieniu.

W uzasadnieniu zarzutu 1.a. Odwołujący Comarch podał, że Zamawiający w zakresie terminów podjęcia obowiązku rozpoczęcia świadczenia usług utrzymaniowych i rozwojowych Systemu przewidział we wzorze umowy następujące terminy: „§ 3. Termin realizacji Umowy

1. W przypadku podpisania Umowy do (włącznie) 26 marca 2023 r., rozpoczęcie świadczenia Usług Utrzymania następuje 26 marca 2023 r., zaś w przypadku podpisania Umowy po 26 marca 2023 r. rozpoczęcie świadczenia Usług Utrzymania następuje z dniem podpisania Umowy.
2. Usługi Utrzymania objęte przedmiotem zamówienia należy świadczyć w okresie 72 miesięcy od terminu rozpoczęcia świadczenia tych usług, a Usługi Rozwoju będą świadczone przez okres 70 miesięcy począwszy od 3 miesiąca od terminu rozpoczęcia Usługi Utrzymania, o którym mowa w ust. 1.
3. W okresie 45 dni od rozpoczęcia świadczenia Usługi Utrzymania, usługi te mogą być realizowane bez zachowania SLA.”

Analogiczne terminy rozpoczęcia świadczenia usług zostały przewidziane przez Zamawiającego w ust. 3 i 4 OPZ. Zgodnie z SWZ, Wykonawca jest zobowiązany do

świadczenia Usług Utrzymania od odpowiednio 26 marca 2023 r. lub dnia podpisania Umowy, natomiast Usług Rozwoju - począwszy od 3 miesiąca od terminu rozpoczęcia Usługi Utrzymania. Oznacza to, że rozpoczęcie świadczenia Usług Utrzymania następuje bez żadnego okresu przejściowego. Zarówno termin rozpoczęcia świadczenia Usług Utrzymania, ja i termin rozpoczęcia świadczenia Usług Rozwoju są okresami zbyt krótkimi na zapoznanie się przez nowego Wykonawcę z Systemem, w sposób który umożliwi mu naukę systemu oraz spełnienie świadczenia w określonych umową rygorach (po upływie 45 dni, w których możliwe jest świadczenie Usługi Utrzymania bez SLA). Przedmiotowe zapisy SWZ nadto w sposób oczywisty faworyzują wykonawcę, który obecnie świadczy usługi utrzymania i rozwoju Systemu. Rzeczą oczywistą oraz powszechnie praktykowaną na rynku profesjonalnych usług IT jest zapewnienie wykonawcy, który przejmuje usługę utrzymania systemu informatycznego, czasu umożliwiającego mu zapoznanie się z systemem, kodem źródłowym, wszystkimi jego komponentami, dokumentacją, dotychczasowymi zgłoszeniami serwisowymi itp. Brak w SWZ okresu przejściowego nie umożliwia żadnemu profesjonalnemu wykonawcy przygotowanie się do świadczenie wskazanych usług - poza wykonawcą obecnie świadczącym analogiczną usługę, co de facto ogranicza konkurencję do jednego, dotychczasowego wykonawcy.

Odwołujący zaznaczył, że Zamawiający jest autorem SWZ i nie neguje uprawnienia Zamawiającego do uzyskania zamówienia zgodnego z jego uzasadnionymi potrzebami, jednak Zamawiający nie może specyfikować przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności uprzywilejowywać pewnych wykonawców. Potrzeby Zamawiającego muszą być realne, niezbędne, nie dające się uzyskać w żaden inny sposób. Tym samym nie jest dopuszczalna sytuacja, w której Zamawiający opisuje przedmiot zamówienia ograniczając w istotny sposób konkurencję, podczas gdy inny niż opisany w SWZ sposób wykonania tegoż zamówienia pozwoliłby mu uzyskać ten sam efekt, tj. uzyskanie wykonawcy posiadającego odpowiednią wiedzę do świadczenia usług utrzymania i rozwoju systemu, w szczególności poprzez danie mu szansy na zapoznanie się ze specyfiką systemu podczas początkowego, co najmniej trzymiesięcznego trwania okresu przejściowego. Zamiast zrezygnowania z SLA w okresie pierwszych 45 dni świadczenia Usług Utrzymania, skuteczniejszym sposobem na zapewnienie odpowiedniego poziomu świadczenia usług utrzymania systemu przez nowego wykonawcę jest wprowadzenie odpowiedniego okresu pomiędzy dniem zawarcia Umowy a dniem rozpoczęcia świadczenia usług przewidzianych Umową, tj. Okresu Przejściowego, przeznaczonego na zapoznanie się z systemem informatycznym, w szczególności jego dokumentacją, infrastrukturą oraz kodami źródłowymi. W przypadku wyłonienia w ramach przedmiotowego postępowania innego podmiotu niż obecnie świadczący usługi, dojdzie do sytuacji, w której nowy wykonawca bez

znajomości dokumentacji, kodów źródłowych, infrastruktury ma rozpocząć świadczenie usług z dnia na dzień. Już bowiem w pierwszym dniu obowiązywania Umowy mogą być mu zlecane prace lub zgłoszone błędy systemu. Nawet przy braku obowiązku zachowania poziomu SLA, nowy wykonawca będzie zobligowany do ich realizacji. Jednomiesięczny okres odstąpienia od egzekwowania wymaganych czasów SLA w żaden sposób nie warunkuje powzięcia przez nowego wykonawcę odpowiedniej wiedzy, żeby zapewnić świadczenie serwisu systemu na odpowiednim poziomie. Celem wprowadzenia Okresu Przejściowego, w przypadku zamówień na utrzymanie systemów informatycznych, jest stworzenie warunków do przejęcia utrzymania systemu od obecnego wykonawcy usług utrzymania. Zastosowanie tego rozwiązania jest warunkiem sine qua non zapewnienia realnej konkurencyjności w postępowaniu o udzielenie zamówień na utrzymanie systemów, a jego istota sprowadza się do swego rodzaju wyrównania szans wykonawców zainteresowanych złożeniem oferty w przetargu i przejęciem nowego dla nich systemu oraz obecnego wykonawcy, który aktualnie świadczy usługi utrzymaniowe, przez co już zna system, w szczególności jego dokumentację, wykorzystywaną infrastrukturę i kody źródłowe. Obecny wykonawca posiada w związku z tym na starcie przewagę nad innymi wykonawcami zainteresowanymi utrzymaniem systemu. Tematyka Okresu Przejściowego w procesie udzielania zamówień publicznych na usługi utrzymania systemów była poruszana w oficjalnych rekomendacjach Urzędu Zamówień Publicznych. Rekomendacje te mają długą historię i wynika z nich, że prawidłowe zastosowanie rozwiązań w tym zakresie ma kluczowe znaczenie z punktu widzenia prawidłowości prowadzenia procedur zamówieniowych z ustawą PZP. Nie można bowiem prawidłowo realizować umowy, jeśli nie otrzymuje się od Zamawiającego odpowiedniego Okresu Przejściowego, w ramach którego wykonawca może „nauczyć” się, w jaki sposób prawidłowo utrzymywać system.

Odwołujący Comarch podkreślił, że dla przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców nie wystarczy wprowadzenie „jakiegokolwiek” Okresu Przejściowego. Zgodność z ustawą PZP może zapewnić jedynie ustalenie Okresu Przejściowego, którego długość będzie adekwatna do poziomu skomplikowania systemu, jego stanu i charakterystyki oraz rodzaju i skali obowiązków kontraktowych wykonawcy usług rozwoju i utrzymania. Podsumowując, wymagane jest ustalenie Okresu Przejściowego, który zapewnia realną możliwość przejęcia systemu przez nowego wykonawcę. Konieczne jest stworzenie warunków które wyrównają szanse wykonawców ubiegających się o udzielenia zamówienia – obecnego wykonawcy oraz nowego wykonawcy zainteresowanego zawarciem umowy – w taki sposób, aby warunki te nie były dyskryminujące. Nie chodzi przy tym o podjęcie próby całkowitego zniwelowania naturalnej przewagi obecnego wykonawcy, który



świadczy usługi utrzymania niejednokrotnie na podstawie wieloletniej umowy i przez ten okres nabywa wiedzę i doświadczenie dotyczące systemu, ale o zapewnienie swego rodzaju minimum, umożliwiającego nabycie wiedzy niezbędnej do przejęcia systemu i rozpoczęcia świadczenia usług na poziomie oczekiwanym przez instytucję zamawiającą. Naturalną rzeczą jest, że nowy wykonawca musi włożyć więcej wysiłku organizacyjnego i zaangażowania w początkowej fazie projektu utrzymania niż obecny wykonawca kontynuujący taki projekt. W postępowaniach prowadzonych przez innych Zamawiających dotyczących utrzymania ważnych dla interesu publicznego systemów informatycznych dobrą praktyką było stosowanie okresów przejściowych polegających na usystematyzowanym i uporządkowanym zapoznaniu się przez nowego wykonawcę z systemem. Wprowadzenie adekwatnego (co do jego konstrukcji), 3miesięcznego Okresu Przejściowego jest nie tylko w interesie wykonawców zainteresowanych pozyskaniem zamówienia, ale przede wszystkim jest w interesie Zamawiającego. Korzyść dla Zamawiającego należy przy tym rozpatrywać w dwóch wymiarach. Pierwszy wymiar związany jest z zapewnieniem warunków do konkurencji wykonawców ceną i jakością świadczonych usług na równych warunkach, dzięki czemu Zamawiający będzie mógł zakupić usługi o najlepszym stosunku jakości do ceny, co koresponduje z zasadami wydatkowania środków publicznych, wynikającymi z ustawy o finansach publicznych, celem procedur zamówieniowych oraz zasadą „best value for money”. Drugi wymiar korzyści dla Zamawiającego przejawia się w tym, że zapewnienie właściwych proporcji pomiędzy długością Okresu Przejściowego a przedmiotem Umowy zwiększy bezpieczeństwo Zamawiającego. Zamawiający będzie miał pewność, że system przejmuje nowy wykonawca, który miał warunki do poznania Systemu, w tym dokumentacji i kodów źródłowych i jest w stanie zapewnić oczekiwany poziom usług od pierwszego dnia ich faktycznego świadczenia, co przełoży się na zapewnienie wymaganych parametrów dostępności systemu dla jego użytkowników oraz jego niezawodność. W ocenie Odwołującego nie można pozwolić na to, aby system był przejmowany w sposób nieuporządkowany, pod nieuzasadnioną presją czasu, na warunkach generujących zaniżone czasy reakcji na naprawę błędów i bez usystematyzowanego procesu przejęcia.

Odwołujący Comarch przedstawił wyciąg postanowień z innych postępowań, dotyczących utrzymania ważnych dla interesu publicznego systemów informatycznych, w których zamawiający zastosowali Okres przejściowy, polegający na uporządkowanym i zorganizowanym zapoznaniu się nowego wykonawcy z systemem, tj. z postępowania na Zakup usługi Utrzymania i Rozwoju Aplikacji ZSZiK, IACSplus, GIS, SIZ, PZSiPplus, PA oraz eWniosekPlus na okres 47 miesięcy", nr referencyjny: DPiZP.2610.20.2018, gdzie zamawiającym była Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa; na Zakup usługi Utrzymania i rozwoju systemu informatycznego OFSA na okres 47 miesięcy, nr referencyjny:

DPiZP.2610.19.2018, okres przejściowy: 3 miesiące, gdzie zamawiającym była Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa; na Utrzymanie w ruchu i rozwój systemu informatycznego SIOEPKZ w tym prace programistyczne oraz usługi im towarzyszące, Numer referencyjny: CKE/2/2021, gdzie zamawiającym była Centralna Komisja Egzaminacyjna; na Utrzymanie i rozwój systemu informatycznego HD BI, numer referencyjny: DPiZP.2610.41.2020, gdzie zamawiającym była Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa; na Świadczenie usługi utrzymania Projektu pn. Elektroniczna Platforma Gromadzenia, Analizy i Udostępniania zasobów cyfrowych o Zdarzeniach Medycznych (Projekt P1) i jego rozwój, nr sprawy: WRZ.270.159.2021, gdzie zamawiającym było Centrum e - Zdrowia; na Świadczenie usług wsparcia eksploatacji i utrzymania Kompleksowego Systemu Informatycznego Zakładu Ubezpieczeń Społecznych (KSI ZUS) znak postępowania: TZ/271/65/19, gdzie zamawiającym był Zakład Ubezpieczeń Społecznych.

Nadto Odwołujący Comarch wskazał na Rekomendacje UZP – wytyczne z dokumentu pn.: „UDZIELANIE ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH NA SYSTEMY INFORMATYCZNE REKOMENDACJE Urząd Zamówień Publicznych 2009 r.”, zaznaczając, że wynika z nich postulat zapewnienia wykonawcy czasu niezbędnego na przejęcie wiedzy o konstrukcji systemu: „R.6.2 „Udzielając zamówienia na wykonanie prac rozwojowych w trybie konkurencyjnym i kształtując warunki umowne należy zapewnić czas niezbędny na przejęcie wiedzy o konstrukcji systemu. Zarezerwowanie odpowiedniego czasu na przejęcie wiedzy o konstrukcji systemu jest warunkiem sine qua non skutecznego przejęcia wiedzy o konstrukcji systemu przez nowego wykonawcę.” Odwołujący zaznaczył, że wprowadzenie Okresu przejściowego na warunkach przez niego proponowanych i zgodnego z powszechną praktyką zamawiających, pozwoli Zamawiającemu na zweryfikowanie czy nowy wykonawca jest faktycznie przygotowany i kompetentny do realizacji przedmiotu zamówienia. SWZ w obecnym kształcie nie zapewnia choćby minimalnych postanowień, które pozwoliłyby Zamawiającemu dokonać weryfikacji wspomnianej wyżej wiedzy. Chodzi tu przede wszystkim o możliwość weryfikacji faktycznych, a nie deklarowanych umiejętności kluczowego personelu wykonawcy. Nie ulega przy tym wątpliwości, że jest to wiedza kluczowa dla obsługi serwisu bieżącego i świadczenia usług rozwoju Systemu. Co za tym idzie, istnieje znaczące ryzyko awarii i przestojów systemu, który dla Zamawiającego stanowi kluczowy system dziedzinowy.

Odwołujący Comarch wniósł o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji SWZ poprzez wprowadzenie do SWZ Okresu Przejściowego zdefiniowanego jako nieodpłatny trzy miesięczny okres po podpisaniu umowy możliwy do skrócenia przez Zamawiającego na wniosek wykonawcy, w którym wykonawca podejmie czynności zmierzające do rozpoczęcia

świadczenia Usług Utrzymania i Usług Rozwoju w pełnym zakresie w sposób, który w największym możliwym stopniu minimalizuje ryzyko zakłócenia funkcjonowania Zamawiającego, w którym:

A. wykonawca miałby możliwość przeprowadzenia takich czynności jak:

- a) zapoznanie się z infrastrukturą Systemu,
- b) zapoznanie się z dokumentacją Systemu,
- c) zestawienie dostępu do środowisk i weryfikacja możliwości logowania,
  - zapoznanie się wykonawcy z kodem źródłowym i weryfikacja dostępu do repozytorium,
  - weryfikacja możliwości kompilacji kodów źródłowych,
  - przeprowadzenie sprawdzenia możliwości korzystania z systemu obsługi zgłoszeń,
  - ustalenie zasad komunikacji między stronami,

B. w sytuacji, gdy wykonawcą wyłonionym w ramach Postępowania byłby inny podmiot niż świadczący przedmiotowe usługi dotychczas, wówczas Zamawiający zobowiązany byłby do:

- a) zapewnienia transferu wiedzy od dotychczasowego wykonawcy przedmiotowych usług
- b) informowania o wszelkich planowanych i będących w toku zmianach Systemu
- c) udostępnienia wszystkich środowisk Systemu w celu obserwacji jego działania.

W uzasadnieniu zarzutu nr 1.b. Odwołujący Comarch podał, że zgodnie z pkt 14 Definicji we wzorze umowy: „14. „Dopuszczalny czas trwania operacji” – wartość określająca czas trwania Operacji synchronicznej prostej i Operacji synchronicznej złożonej, której przekroczenie wiąże się z powstaniem po stronie Zamawiającego obowiązku nałożenia na Wykonawcę stosownej kary umownej. Wartości wynoszą odpowiednio: 5 sekund dla Operacji synchronicznej prostej oraz 20 sekund dla Operacji synchronicznej złożonej.” Zgodnie z definicją zawartą we wzorze umowy: „32. „Operacja synchroniczna” – operacja w Systemie, która rozpoczyna się po otrzymaniu przez system zlecenia jej realizacji i która wymaga dla realizacji jej biznesowego celu wstrzymania działania użytkownika do momentu, w którym system zakończy realizację tej operacji. 33. „Operacja synchroniczna prosta” – operacja w Systemie, która dotyczy jednego obiektu i obejmuje jedną z następujących operacji: 1) wyświetlenie danych jednego obiektu, 2) zapisanie danych jednego obiektu, 3) przyjęcie jednego komunikatu zasilającego, zawierającego dane nie więcej niż jednego obiektu.”

Zdaniem Odwołującego Comarch SWZ w zakresie dopuszczalnego czasu trwania operacji jest nieprecyzyjny, nie wskazuje bowiem jak dokładnie należy liczyć upływ 5 sekund dla Operacji synchronicznej prostej oraz 20 sekund dla Operacji synchronicznej złożonej (brak kryteriów pomiarów). Precyzyjne określenie sposobu wyliczenia upływu terminów dla dopuszczalnego czasu trwania operacji jest niewrażliwe, w związku z tym, że jego przekroczenie jest obwarowane wysokimi karami umownymi – za każdą sekundę przekroczenia terminu – zgodnie z § 26 ust. 1 pkt 6) i 7) wzoru umowy:

- „6) 500,00 zł (słownie: pięćset złotych 00/100) za każdą pełną sekundę przekroczenia Dopuszczalnego czasu trwania operacji dla Operacji synchronicznej złożonej liczonego dla poszczególnych usług Systemu zdefiniowanych w Katalogu Usług w okresie miesiąca z 99% transakcji, o każdą sekundę powyżej dopuszczalnych 20 sekund,
- 7) 500,00 zł (słownie: pięćset złotych 00/100) za każdą pełną sekundę przekroczenia Dopuszczalnego czasu trwania operacji dla Operacji synchronicznej prostej liczonego dla poszczególnych usług Systemu zdefiniowanych w Katalogu Usług w okresie miesiąca z 99% transakcji, o każdą sekundę powyżej dopuszczalnych 5 sekund,”.

Mając powyższe na uwadze, zdaniem Odwołującego Comarch konieczne jest wprowadzenie w SWZ precyzyjnych i obiektywnych postanowień, pozwalających na stwierdzenie, kiedy dochodzi do przekroczenia Dopuszczalnego czasu trwania operacji dla Operacji synchronicznej prostej oraz Operacji synchronicznej złożonej. Zarówno definicja Dopuszczalnego czasu trwania operacji, jak i wartości będące podstawą do wyliczenia kwot kar umownych z tytułu jego przekroczenia podane są w sekundach. Jednostki te, dla poprawnego i obiektywnego stwierdzenia zachowania lub przekroczenia Dopuszczalnego czasu trwania operacji oraz wyliczenia stosownych kar umownych, powinny być mierzone w sposób automatyczny – przy użyciu odpowiedniego oprogramowania. Zachowanie lub przekroczenie Dopuszczalnego czasu trwania operacji nie może podlegać ocenie organoleptycznej, gdyż niedokładność i subiektywność takich pomiarów prowadziłaby do powstawania błędów, a w konsekwencji nakładania na Wykonawcę nienależnych kar umownych (przy niewłaściwym – np. intuicyjnym – doborze momentu początkowego i końcowego pomiaru można by „zmierzyć” przykładowo 3 sekundy przekroczenia dopuszczalnego czasu reakcji, podczas gdy pomiar automatyczny mógłby wykazać 1,10 sekundy albo nawet 0,99 sekundy – co w oczywisty sposób albo powodowałoby 3-krotne zawyżenie kary umownej albo wręcz naliczenie nienależnej kary). W związku z powyższym istnieje konieczność zapewnienia w SWZ dokładnej procedury wyjaśniającej jak należy liczyć Dopuszczalne czasy trwania operacji, w taki sposób, aby możliwe było jednoznaczne stwierdzenie, kiedy Dopuszczalny czas trwania operacji jest zachowany, a kiedy przekroczony. Brak wprowadzenia w SWZ precyzyjnych pomiarów dla Dopuszczalnego

czasu trwania operacji, skutkujące nieprecyzyjnym skonstruowaniem kar umownych za jego przekroczenie, nie pozwala na poprawne oszacowanie kosztów oferty. Kwestie wydajności oprogramowania stanowią istotną pozycję kosztową przy planowaniu budżetu na wykonanie tego oprogramowania, gdyż powodują konieczność przyjęcia odpowiedniej, zwykle skomplikowanej strategii i techniki programowania. Przykładowo, jeżeli oprogramowanie będzie skonstruowane tak, że kilka tysięcy Operacji synchronicznych prostych przekroczy dopuszczalny czas o 1 sekundę, to kary umowne z tego tytułu osiągną poziom milionów złotych. Aby odpowiednio konstruować oprogramowanie względem uchronienia się od konieczności naliczenia ww. kar umownych, w budżecie przedsięwzięcia należy przewidzieć stosowne koszty związane z wykorzystaniem specjalistów o odpowiednich kwalifikacjach i doświadczeniu, a także należy przewidzieć kwoty ewentualnych kar umownych z tytułu ryzyka wyprodukowania oprogramowania niespełniającego omawianych wydajnościowych reżimów. To jednak będzie możliwe dopiero po precyzyjnym określeniu, które konkretnie stany systemu, opisane z dokładnością pozwalającą ściśle wskazać odpowiadających im miejsc w oprogramowaniu, powodują rozpoczęcie i zakończenie pomiaru „Dopuszczalnego czasu trwania operacji”.

Odwołujący Comarch wniósł o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji SWZ poprzez precyzyjne określenie stanów systemu, opisanych z dokładnością pozwalającą na ściśle wskazać odpowiadających im miejsc w oprogramowaniu, które wyznaczają momenty rozpoczęcia i zakończenia pomiaru „Dopuszczalnego czasu trwania operacji”.

W uzasadnieniu zarzutu nr 1.c Odwołujący Comarch podał, że zgodnie z § 7 ust. 4 wzoru umowy: „Strony ustalają, że Wykonawca należy wykonać swoje zobowiązania wynikające z warunków świadczenia Umowy, jeśli Wykonawca dokonał Naprawy wszystkich zgłoszonych przez Zamawiającego Incydentów w terminach ustalonych w ust. 3 oraz jednocześnie dostępność Systemu badana miesięcznie utrzymana była przez Wykonawcę na poziomie nie niższym niż 99,9 %. Do wyliczenia dostępności Systemu nie są ujmowane planowane i uzgodnione przez Strony przerwy serwisowe.” Zamawiający wymaga, by dostępność Systemu badana miesięcznie utrzymana była przez Wykonawcę na poziomie nie niższym niż 99,9 %. Zamawiający nie wskazał, jednak na czym dostępność Systemu ma polegać (Zamawiający nie wprowadził definicji dostępności Systemu), ani precyzyjnie nie określił, w jaki sposób dostępność Systemu będzie mierzona. Precyzyjne określenie zasad dostępności systemu jest newralgiczna w związku z ustanowieniem przez Zamawiającego kary umownej za przekroczenie dostępności Systemu w § 26 ust. 1 pkt 5) wzoru umowy: „5) 0,005% wartości Wynagrodzenia brutto określonego w § 16 ust. 2 pkt 1 lit. c) Umowy za przekroczenie wskaźnika dostępności Systemu określonego w § 7 ust. 4 weryfikowanego miesięcznie, za każdy 0,1% przekroczenia poniżej założonej wartości”

Odwołujący Comarch zauważył, że pewne reguły dostępności Systemu Zamawiający zamieścił w ust. 10.3. OPZ. Opis ten jest, jednak nieprecyzyjny i niejasny, wewnętrznie sprzeczny, a nadto nie sposób z niego wywnioskować w jaki sposób mierzona jest dostępność Systemu. Przykładowo nie wiadomo:

- czy brak dostępności np. 5 usług Systemu dla 100 użytkowników przez 1 godzinę liczony jest jako: brak dostępności przez 100 użytkowników \* 1 godzina = 100 godzin, czy brak dostępności przez 100 użytkowników \* 5 usług \* 1 godzina = 500 godzin, czy brak dostępności 5 usług \* 1 godzina = 5 godzin;
- co Zamawiający ma na myśli pisząc, że „Łączny czas niedostępności wynikającej z Incydentu Krytycznego, uniemożliwiającej pracę dowolnej grupie użytkowników nie może przekraczać 80 godzin w skali roku w okresie świadczenia usług.”, skoro przy założeniu, że średnio w miesiącu jest 21 dni roboczych, w których maksymalna Dostępność (100%) w godzinach 6:00-22:00 (16 godzin) wynosi  $21 * 16 * 12 = 4032$  godziny, 80 godzin niedostępności wynosi 2%? Przecież daje to Dostępność na poziomie  $100\% - 2\% = 98\%$ , czyli niższą niż 99,9%. W tym zakresie w ocenie Wykonawcy SWZ zdaje się być wewnętrznie sprzeczny. W dodatku owe 80 godzin dotyczą tylko Incydentu Krytycznego, a co z niedostępnością spowodowaną np. Incydentami Pilnymi, dla których również należy przewidzieć pewien czas niedostępności Systemu do czasu zafunkcjonowania obejścia?
- co Zamawiający ma na myśli pisząc, że „Łączny czas niedostępności Systemu CPD CANARD w okresie świadczenia usług objętych Umową związany z Incydemtem Krytycznym uniemożliwiającym pracę wszystkich użytkowników nie przekracza 6 godzin w miesiącu” skoro przy założeniu, że średnio w miesiącu jest 21 dni roboczych, w których maksymalna Dostępność (100%) w godzinach 6:00-22:00 (16 godzin) wynosi  $21 * 16 = 336$  godzin, 6 godzin niedostępności wynosi 1,9%? Przecież daje to Dostępność na poziomie  $100\% - 1,9\% = 98,1\%$ , czyli niższą niż 99,9%. W tym zakresie w ocenie Wykonawcy SWZ zdaje się być wewnętrznie sprzeczny. W dodatku owe 6 godzin dotyczą tylko Incydentu Krytycznego, a co z niedostępnością spowodowaną np. Incydentami Pilnymi, dla których również należy przewidzieć pewien czas niedostępności Systemu do czasu zafunkcjonowania obejścia?

Przy tak niejasnym i sprzecznym opisie dostępności Systemu, już same zapisy OPZ sprawiają wrażenie, że zakładana dostępność Systemu na poziomie 99,9% może zostać w sposób legalny (tj. na mocy samego opisu dostępności Systemu) obniżona. Wskutek braku wprowadzenia definicji dostępności Systemu, nieprecyzyjnego i sprawiającego wrażenie sprzecznego opisu dostępności Systemu, Wykonawca dodatkowo nie jest w stanie

stwierdzić, jakie sytuacje prowadzą do naliczenia kar umownych, a co za tym idzie, nie jest w stanie oszacować ani kosztów zapobiegania naliczeniom tych kar, ani ich przewidywanej (jako element ryzyka) wysokości.

Odwołujący Comarch wniósł o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji SWZ poprzez wprowadzenie w SWZ definicji dostępności Systemu i precyzyjnego mechanizmu pomiaru poziomu dostępności Systemu.

W uzasadnieniu zarzut nr 1.d. Odwołujący podał, że w § 4 ust. 11 pkt 1) wzoru umowy Zamawiający określił transfer wiedzy w następujący sposób: „4. Wykonawca w ramach Wynagrodzenia określonego w § 16 ust. 1 Umowy zobowiązany jest także do: 1) współpracy z Zamawiającym w celu przekazania Zamawiającemu lub wyznaczonym przez niego podmiotom wiedzy na temat Systemu oraz wiedzy na temat realizacji Umowy, w niezbędnym dla Zamawiającego zakresie.”. Powyższe zobowiązanie jest nieprecyzyjne i niejasne, a nadto nie uwzględnia wszystkich okoliczności mających wpływ na wycenę i złożenie oferty. Zamawiający w żaden sposób nie określa: co ma obejmować transfer wiedzy, w jakim terminie ten transfer nastąpić, na jak długi okres przewidywany jest ten proces, jakie są kryteria odbioru, czyli uznania, że transfer wiedzy został wykonany skutecznie, czy Zamawiający wskaże zespoły które mają lub powinny posiadać zdolność do przejęcia wiedzy i samodzielnego utrzymania Systemu. Tym samym, Zamawiający wymaga od Wykonawcy transferu wiedzy umożliwiającej samodzielne utrzymanie i rozwijanie Systemu na rzecz podmiotu, co do którego nie ma gwarancji, że w ogóle jest w stanie samodzielnie takie działania prowadzić, a nawet że jest przygotowany na skuteczne pozyskanie wiedzy z tego zakresu. W efekcie wymaganie to może prowadzić do przeprowadzenia wieloaspektowych szkoleń z zakresu informatyki, w niemożliwym do określenia obszarze czasowym, bez gwarancji (tj. bez jasnych kryteriów) skutecznego zakończenia tego procesu, a więc bez możliwości przewidzenia i oszacowania kosztów tego zadania. Wobec braku określenia w SWZ powyższych elementów, w szczególności terminu, w jakim ma nastąpić transfer wiedzy oraz długości trwania tego procesu (w roboczogodzinach/roboczodniach) Wykonawca nie jest w stanie oszacować kosztów tego transferu i wkalkulować go w cenę oferty.

Odwołujący Comarch wniósł o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji SWZ poprzez wprowadzenie precyzyjnego opisu zawierającego następujące informacje:

- co ma obejmować transfer wiedzy,
- w jakim terminie transfer ten nastąpi,
- na jak długi okres przewidywany jest ten proces,
- jakie są kryteria odbioru, czyli uznania, że transfer wiedzy został wykonany skutecznie,

- zobowiązanie Zamawiającego do wskazania zespołu/osób, które mają lub powinny posiadać zdolność do przejęcia wiedzy i samodzielnego utrzymania Systemu, a więc do skutecznego przyswojenia transferowanej wiedzy w założonym terminie.

W uzasadnieniu zarzutu nr 1.e. Odwołujący Comarch wskazał, że zgodnie z ust. 7.7. OPZ: „Wykonawca zobowiązany jest do korzystania, utrzymania, zarządzania oprogramowaniem będącym w posiadaniu Zamawiającego – HP Service Manager, jako narzędzie wspierające pracę Service Desk oraz procesów zarządzania Incydentami, Problemami, zmianą i konfiguracją. Zamawiający dostarczy Wykonawcy niezbędną dokumentację obsługi HP Service Manager. Zapewnione licencje stanowią własność Zamawiającego.” Ust. 7.7. OPZ nakłada na Wykonawcę obowiązek m.in. utrzymania oprogramowania HP Service Manager, jednak nie precyzuje, na czym utrzymanie to miałoby polegać, jakie czynności powinny zostać wykonane w ramach tego utrzymania, w jakim reżimie, odnośnie utrzymania jakich parametrów itp. Nie wiadomo więc, jak liczny skład osobowy, o jakiej strukturze kompetencji, na jaki okres i w jakim reżimie czasowym powinien zapewnić Wykonawca do wywiązania się obowiązku utrzymania HPSM Zamawiającego. Od precyzyjnego wskazania działań, jakie Wykonawca miałby podejmować w ramach utrzymania HPSM wprost zależą koszty, jakie musiałby Wykonawca ponieść, a zatem koszty jakie powinien on uwzględnić w cenie oferty. Dodatkowo ww. ustęp zawiera postanowienie, zgodnie z którym „Zapewnione licencje stanowią własność Zamawiającego”, które to zdanie nie precyzuje, która ze stron ma obowiązek licencje te zakupić/odnowić/przedłużyć. Jest to również istotny wydatek do ewentualnego uwzględnienia w kosztach Wykonawcy, a więc finalnie w cenie oferty.

Odwołujący Comarch wniósł o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji SWZ poprzez wprowadzenie opisu zobowiązań Wykonawcy w odniesieniu do korzystania, utrzymania, zarządzania oprogramowaniem będącym w posiadaniu Zamawiającego – HP Service Manager oraz ponoszenia kosztów opłat licencyjnych.

W uzasadnieniu zarzutu nr 1.f. Odwołujący Comarch wskazał, że zgodnie z pkt 22 Definicji we wzorze umowy: „Infrastruktura Teleinformatyczna” – urządzenia teleinformatyczne wchodzące w skład Systemu wraz z oprogramowaniem wymaganym dla prawidłowego funkcjonowania tych urządzeń w Systemie, niezbędne do jego prawidłowego funkcjonowania oraz niezbędne do realizacji Umowy. Infrastruktura Teleinformatyczna obejmuje zarówno urządzenia wchodzące w skład Systemu w chwili zawarcia Umowy, jak i dołączone do Systemu przez Zamawiającego, Wykonawcę lub jakikolwiek podmiot trzeci w trakcie obowiązywania Umowy.” Infrastruktura Teleinformatyczna jest częścią Systemu podlegającą obowiązkowi świadczenia przez Wykonawcę Usług utrzymania w ramach podpisanej Umowy. Wszelkie zapisy dotyczące obowiązków (odpowiedzialności) związanych



z utrzymaniem Systemu dotyczą również Infrastruktury Teleinformatycznej. Co więcej, OPZ (pkt 7.3.2., 7.3.3., 7.3.4) w sposób jawny nakłada obowiązki utrzymaniowe w stosunku do infrastruktury rozbudowywanej przez podmioty inne niż Wykonawca. Zgodnie bowiem z § 6 ust. 3 wzoru umowy, Wykonawca będzie świadczyć Usługi Utrzymania, niezależnie od Infrastruktury Teleinformatycznej i Oprogramowania Zamawiającego, które zostaną nabyte i zainstalowane przez Zamawiającego w trakcie obowiązywania Umowy. Według definicji, Infrastruktura Teleinformatyczna obejmuje nie tylko urządzenia wchodzące w skład Systemu w chwili zawarcia Umowy oraz dołączone do Systemu przez Wykonawcę, lecz także urządzenia dołączone do Systemu przez Zamawiającego lub jakikolwiek podmiot trzeci w trakcie obowiązywania Umowy. Oznacza to, że ani przed zawarciem Umowy, ani w trakcie jej realizacji Wykonawca nie będzie mógł oszacować kosztów utrzymania w części dotyczącej infrastruktury dostarczonej w trakcie realizacji Umowy przez Wykonawcę lub podmiot trzeci. Prowadzi to do sytuacji, w której realizacja Umowy wiąże się z koniecznością ponoszenia kosztów niemożliwych do oszacowania ani przed podpisaniem Umowy (w trakcie postępowania), ani w trakcie jej realizacji. Takie zobowiązanie mogłoby być ewentualnie realizowane w ramach odrębnego zlecenia, które podlegałoby wycenieniu - tj. Usług Rozwoju. Przedmiotowymi zapisami SWZ Zamawiający tworzy sytuację, w której Wykonawca nie jest w stanie przewidzieć i oszacować w terminie złożenia oferty kosztów świadczenia Usług Utrzymania Systemu. Dodatkowo Zamawiający nie gwarantuje, że przyszła Infrastruktura Teleinformatyczna będzie umożliwiała spełnienie wymogów SLA dla Systemu.

Odwołujący Comarch wniósł o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji SWZ poprzez:

- wyrażne sprecyzowanie, że Wykonawca nie będzie zobowiązany do świadczenia Usług Utrzymania w odniesieniu do tej części Infrastruktury Teleinformatycznej, która w trakcie realizacji Umowy nie została dostarczona przez Wykonawcę, lub
- przewidzenie zmiany wynagrodzenia Wykonawcy z tytułu świadczenia Usług Utrzymania w odniesieniu do Infrastruktury Teleinformatycznej, która w trakcie realizacji Umowy nie została dostarczona przez Wykonawcę, lub
- wskazanie, że utrzymanie przez Wykonawcę tej części Infrastruktury Teleinformatycznej, która w trakcie realizacji Umowy nie została dostarczona przez Wykonawcę będzie rozliczane w ramach Usług Rozwoju.

W uzasadnieniu zarzutu nr 1.g. Odwołujący Comarch podał, że zgodnie z ust. 7.3.4. OPZ: „Wykonawca w ramach Usługi Utrzymania dokona zainstalowania i konfiguracji Systemu CPD CANARD (w tym zwirtualizowanie części maszyn) na rozbudowanej Infrastrukturze Teleinformatycznej zakupionej przez Zamawiającego w ramach projektu „Zwiększenie skuteczności i efektywności systemu automatycznego nadzoru nad ruchem

drogowym”. W odniesieniu do powyższego postanowienia (ponad argumenty podnoszone przez Odwołującego w Zarzucie nr 1.f.), należy wskazać, że Zamawiający nie określił precyzyjnie zakresu przywołanego projektu „Zwiększenie skuteczności i efektywności systemu automatycznego nadzoru nad ruchem drogowym, terminu jego realizacji ani żadnych innych wymagań w zakresie realizacji tego punktu – co tym samym prowadzi do braku wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia i braku możliwości skalkulowania ww. zobowiązania w cenie oferty.

Odwołujący Comarch wniósł o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji ust. 7.3.4. OPZ poprzez precyzyjne opisanie rozbudowanej Infrastruktury Teleinformatycznej zakupionej przez Zamawiającego w ramach projektu pn. „Zwiększenie skuteczności i efektywności systemu automatycznego nadzoru nad ruchem drogowym”, a także podanie terminu realizacji tego projektu oraz pozostałych aspektów z tym związanych, o ile będą one miały wpływ na realizację przedmiotowego zobowiązania.

W uzasadnieniu zarzutu nr 2 Odwołujący Comarch wskazał, że Zamawiający określił w SWZ opis kryteriów oceny ofert w zakresie doświadczenia i kwalifikacji ekspertów wyznaczonych do realizacji zamówienia w odniesieniu do Kierownika Projektu w sposób następujący: „8.3.3. W ramach przedmiotowego kryterium punkty będą przyznawane na następujących zasadach:

- 1) Kierownik Projektu - punktowane będą dodatkowe projekty będące potwierdzeniem doświadczenia, zgodnie z wymaganiami określonymi w Części II lit. A pkt 1.5 SWZ dla roli Kierownik Projektu. Za każde dodatkowe zamówienie Wykonawca otrzyma punkty według następującej zasady:
  - 2 (wymaganie minimalne) – 0 pkt;
  - 3 – 1 pkt;
  - 4 – 3 pkt;
  - 5 – 5 pkt;
  - 6 – 6 pkt;
  - 7 i więcej – 7 pkt.”
2. Zamawiający wskazał, że w przypadku wskazania 2 projektów będących „wymaganiami minimalnymi” dla Kierownika Projektu, Wykonawca otrzyma 0 pkt.
3. Tymczasem, „wymaganie minimalne” w zakresie wymaganych projektów dla Kierownika projektu wcale nie wynoszą 2, a mogą wynosić – w zależności od stanu faktycznego – 1 lub 2 projekty. Zgodnie bowiem z ust. 1.5. II Części SWZ:

„1.5. Zdolności technicznej - w zakresie posiadania potencjału kadrowego:

Wykonawca spełni powyższy warunek, jeżeli wykaże, że dysponuje osobami wyznaczonymi do świadczenia usług objętych niniejszym zamówieniem, posiadającymi kwalifikacje i doświadczenie, zgodnie z poniższym wyszczególnieniem:

1) Ekspert nr 1 – Kierownik projektu – wymagana liczba osób jedna (1):

a) posiada minimum 5-letnie doświadczenie zawodowe w zarządzaniu projektami teleinformatycznymi, oraz

b) w ciągu ostatnich pięciu (5) lat przed upływem terminu składania ofert brał udział w roli Kierownika projektu przez nieprzerwany okres nie krótszy niż 6 miesięcy w realizacji:

- co najmniej 1 (jednego) zamówienia polegającego na rozwoju i utrzymaniu systemu teleinformatycznego każde o wartości tego zamówienia nie mniejszej niż 10 000 000 zł brutto, lub

- co najmniej 1 (jednego) zamówienia polegającego na budowie, wdrożeniu i utrzymaniu systemu teleinformatycznego każde o wartości tego zamówienia nie mniejszej niż 10 000 000 zł brutto, lub

- 2 (dwóch) zamówień o łącznej wartości tych zamówień nie mniejszej niż 10 000 000 zł brutto, z których jedno polegało na budowie i wdrożeniu systemu teleinformatycznego lub polegało na rozwoju systemu teleinformatycznego, a drugie polegało co najmniej na utrzymaniu systemu teleinformatycznego,

c) posiada znajomość metodyki zarządzania projektami PRINCE2 potwierdzoną posiadaniem ważnego certyfikatu PRINCE2 na poziomie Practitioner – lub równoważnego,

d) posiada ważny certyfikat ITIL na poziomie co najmniej Foundation – lub równoważny.”

Warunek udziału w przedmiotowym postępowaniu będzie spełniony w sytuacji, gdy Kierownik Projektu będzie legitymować się doświadczeniem w co najmniej jednym zamówieniu (projekcie). Opis kryteriów oceny ofert nie uwzględnia jednak tego faktu, przyznając 0 punktów w sytuacji wskazania dla Kierownika Projektu 2 projektów (w którym jeden projekt może być projektem dodatkowym ponad „wymaganie minimalne”).

Odwołujący Comarch wniósł o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji SWZ w następujący sposób: „8.3.3. W ramach przedmiotowego kryterium punkty będą przyznawane na następujących zasadach:

1) Kierownik Projektu - punktowane będą dodatkowe projekty będące potwierdzeniem doświadczenia, zgodnie z wymaganiami określonymi w Części II lit. A pkt 1.5 SWZ dla roli Kierownik Projektu. Za każde dodatkowe zamówienie Wykonawca otrzyma punkty według następującej zasady:

- 1 lub 2 (wymaganie minimalne) – 0 pkt;
- 1 projekt ponad wymaganie minimalne – 1 pkt;
- 2 projekty ponad wymaganie minimalne – 3 pkt;
- 3 projekty ponad wymaganie minimalne – 5 pkt;
- 4 projekty ponad wymaganie minimalne – 6 pkt;
- 5 i więcej projektów ponad wymaganie minimalne – 7 pkt.”

W uzasadnieniu zarzutu nr 3.a. Odwołujący Comarch wskazał, że zgodnie z § 11 ust. 3 wzoru umowy: „3. Wykonawca, w ramach Usługi Rozwoju, zobowiązany jest uwzględnić konieczność współpracy z innymi dostawcami sprzętu, oprogramowania lub usług, które Zamawiający wskazał w OPZ, jako przewidziane do współpracy z Systemem.” Zamawiający nakładając na konieczność współpracy Wykonawcy z innymi dostawcami sprzętu nie określił na czym ta współpraca miałaby polegać. SWZ jest nieprecyzyjny w tym zakresie – Wykonawca nie wie jakie czynności konkretnie miałyby wchodzić w zakres wymaganej współpracy – co w konsekwencji wpływa na brak możliwości oszacowania kosztów tej współpracy. Zobowiązanie do współpracy zawarte w § 11 ust. 3 wzoru umowy, jest sformułowane zbyt ogólnie, w szczególności w sposób, który może sugerować przeprowadzanie wszelkich uzgodnień przez Wykonawcę i brania na siebie odpowiedzialności za formę i skutki tych uzgodnień. Tym samym Zamawiający traktuje wskazanych w OPZ innych dostawców sprzętu, oprogramowania i usług niemalże jako obowiązkowych podwykonawców Wykonawcy, w dodatku w zakresie niemożliwym do przewidzenia w dniu składania oferty w przedmiotowym postępowaniu. Należy wskazać, że to Zamawiający powinien być odpowiedzialny za wszelkie uzgodnienia i komunikację z podmiotami trzecimi, a także zobowiązania z podmiotami trzecimi. Odstępstwa od tych zasad mogą dotyczyć jedynie kontaktów roboczych wykonawcy z podmiotami trzecimi. Brak precyzyjnego określenia zakresu i zasad współpracy wykonawcy z podmiotami trzecimi rodzi nadto negatywne skutki w postaci niemożliwych do przewidzenia (przez wykonawcę) i oszacowania liczby, zakresu, charakteru i skutków współpracy wymaganej z podmiotami trzecimi (wskazanymi przez Zamawiającego), a zatem uniemożliwia uwzględnienie tych kosztów w cenie oferty.

Odwołujący Comarch wniósł o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji SWZ poprzez precyzyjne określenie zakresu i zasad współpracy Wykonawcy z innymi dostawcami w ramach Usług Rozwoju oraz wskazanie, że to Zamawiający jest odpowiedzialny za wszelkie uzgodnienia i komunikację z podmiotami trzecimi, a także za zobowiązania wobec podmiotów trzecich.

W uzasadnieniu zarzutu nr 3.b. Odwołujący Comarch wskazał, że zgodnie z § 27 ust. 5 wzoru umowy: „Zamawiający ma prawo, w każdym przypadku wypowiedzenia Umowy lub częściowego odstąpienia od Umowy, do dokończenia realizacji przedmiotu Umowy na koszt Wykonawcy w zakresie Usługi Rozwoju, jeżeli odstąpienie/wypowiedzenie zrealizowane zostało przez Zamawiającego z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy. Wykonawca zobowiązany jest na wezwanie w terminie 7 dni do zwrotu Zamawiającemu kosztów wykonania zastępczego.” Powyższe postanowienie jest nieprecyzyjne, nie opisane w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, a nadto nie uwzględnia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. W szczególności brak jest informacji: na jakich zasadach będzie ustalany koszt zastępczy i w stosunku do jakiego zakresu zobowiązania Zamawiający będzie mógł skorzystać z wykonania zastępczego. We wzorze umowy nie przewidziano także procedury wezwania Wykonawcy do wykonania zobowiązania wraz z wyznaczeniem Wykonawcy odpowiedniego terminu pod rygorem skorzystania z wykonania zastępczego. Zgodnie z art. 480 § 1 KC, wykonanie zastępcze wymaga wcześniejszego upoważnienia przez sąd do wykonania czynności na koszt dłużnika. Zważywszy na swój specyficzny charakter – co również zauważył ustawodawca – wykonanie zastępcze powinno być w jakiś sposób zlimitowane, aby wierzyciel nie mógł swobodnie obciążać dłużnika kosztami wykonania zastępczego. Nadto, zgodnie z art. 636 § 1 KC, jeżeli przyjmujący zamówienie wykonywa dzieło w sposób wadliwy albo sprzeczny z umową, zamawiający może wezwać go do zmiany sposobu wykonania i wyznaczyć mu w tym celu odpowiedni termin. Po bezskutecznym upływie wyznaczonego terminu zamawiający może od umowy odstąpić albo powierzyć poprawienie lub dalsze wykonanie dzieła innej osobie na koszt i niebezpieczeństwo przyjmującego zamówienie.

Odwołujący Comarch wniósł o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji § 27 ust. 5 wzoru umowy poprzez określenie, że wykonanie zastępcze będzie dotyczyć wyłącznie niewykonanego zakresu Umowy, oraz procedury wezwania Wykonawcy do wykonania zobowiązania wraz z wyznaczeniem Wykonawcy odpowiedniego terminu pod rygorem skorzystania z wykonania zastępczego.

W uzasadnieniu zarzutu nr 3.c. Odwołujący Comarch wskazał, że zgodnie z § 27 ust. 7 wzoru umowy: „W przypadku zaistnienia sytuacji, o której mowa w ust. 6, odbiór przedmiotu Umowy w zakresie Usługi Rozwoju zostanie dokonany protokołem zdawczo-

odbiorczym podpisanym przez uprawnionych przedstawicieli obu Stron. Wynagrodzenie za wykonaną część przedmiotu Umowy zostanie obliczone w oparciu o stopień zaawansowania wykonania przedmiotu Umowy, określony w protokole inwentaryzacji w stosunku do całkowitego wynagrodzenia wynikającego z Umowy. W razie wątpliwości stopień zaawansowania wykonania przedmiotu Umowy w zakresie Usługi Rozwoju jednostronnie określi Zamawiający. Do czasu przekazania protokołem zdawczo-odbiorczym prac Zamawiającemu, Wykonawca ponosi pełną odpowiedzialność za utratę, uszkodzenie lub inne zmniejszenie użyteczności i wartości przedmiotu Umowy.” Zamawiający przewidział procedurę, zgodnie z którą w razie wątpliwości stopień zaawansowania wykonania przedmiotu Umowy w zakresie Usługi Rozwoju jednostronnie określi Zamawiający. Powyższe postanowienie jest nieprecyzyjne, nie opisane w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, a nadto nie uwzględnia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Wykonawca bowiem nie wie ile finalnie otrzyma wynagrodzenia za zrealizowane Usługi Rozwoju, skoro Zamawiający ma pełne prawo jednostronnie określić stopień zaawansowania wykonania przedmiotu Umowy w zakresie Usług Rozwoju, przy czym uprawnienie to przysługuje Zamawiającemu „w razie wątpliwości” (w abstrakcyjnej sytuacji Zamawiający zawrze może powziąć wątpliwości i jednostronnie decydować o mniejszym stopniu zaawansowania prac). Nadto, Zamawiający sam wskazuje, że zgodnie z § 11 ust. 4 wzoru umowy, „Wykonawca jest uważany za profesjonalistę w zakresie działalności związanej z realizacją przedmiotu Umowy. Niezależnie od zakresu wiedzy informatycznej i organizacyjnej, którą dysponuje Zamawiający, Zamawiający nie jest uważany za profesjonalistę w tej dziedzinie.”. Skoro Zamawiający nie jest uznawany za profesjonalistę w zakresie działalności związanej z realizacją przedmiotu Umowy, wątpliwości budzi fakt rzetelnego jednostronnego określenia stopnia zaawansowania wykonania przedmiotu Umowy w zakresie Usług Rozwoju. Nadto, tak ukształtowane postanowienie jest rażąco sprzeczne z zasadami równości stron stosunku prawnego – w sytuacji rozbieżnych zdań Stron, Zamawiającemu przyznane jest prawo do jednostronnego podjęcia decyzji. W ocenie wykonawcy, w razie wątpliwości stopień zaawansowania wykonania przedmiotu Umowy w zakresie Usługi Rozwoju powinien określić biegły – możliwość udziału którego została przewidziana w ramach przedmiotowej Umowy (ust. 8.7.5. OPZ).

Odwołujący Comarch wniósł o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji § 27 ust. 7 wzoru umowy w następujący sposób: „W przypadku zaistnienia sytuacji, o której mowa w ust. 6, odbiór przedmiotu Umowy w zakresie Usługi Rozwoju zostanie dokonany protokołem zdawczo-odbiorczym podpisanym przez uprawnionych przedstawicieli obu Stron. Wynagrodzenie za wykonaną część przedmiotu Umowy zostanie obliczone w oparciu o

stopień zaawansowania wykonania przedmiotu Umowy, określony w protokole inwentaryzacji w stosunku do całkowitego wynagrodzenia wynikającego z Umowy. W razie wątpliwości stopień zaawansowania wykonania przedmiotu Umowy w zakresie Usługi Rozwoju określi biegły. Do czasu przekazania protokołem zdawczoodbiórczym prac Zamawiającemu, Wykonawca ponosi pełną odpowiedzialność za utratę, uszkodzenie lub inne zmniejszenie użyteczności i wartości przedmiotu Umowy.”

W uzasadnieniu zarzutu nr 3.d. Odwołujący Comarch wskazał, że zgodnie z ust. 8.7.5. OPZ: „W przypadku braku akceptacji stron, co do wskazanej liczby roboczogodzin niezbędnych na realizację Zmiany Rozwojowej Zamawiający zastrzega sobie prawo do wyboru i korzystania z opinii biegłego”. Prawo do wyboru i korzystania z opinii biegłego przez Zamawiającego jest jednostronne i niczym nieograniczone. Tak skonstruowane postanowienie jest sprzeczne z zasadą równości stron stosunku prawnego. Wskutek tak sformułowanego postanowienia Zamawiający mógłby powołać jako biegłego np. kierownika projektu po stronie Zamawiającego, który nie spełniałby podstawowej idei powołania biegłego – tj. osoby rzetelnej, eksperckiej, niezależnej od Stron. W ocenie Wykonawcy zachodzi potrzeba potwierdzenia, że biegłym nie będzie osoba lub podmiot powiązany z Zamawiającym, a także, że biegłym będzie osoba wpisana na listę biegłych sądowych.

Odwołujący Comarch wniósł o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji ust. 8.7.5. OPZ poprzez wskazanie, że biegłym nie będzie osoba zatrudniona przez Zamawiającego na podstawie umowy o pracę lub innej umowy cywilnoprawnej lub osoba zatrudniona na podstawie umowy o pracę lub innej umowy cywilnoprawnej przez podmiot powiązany z Zamawiającym oraz że biegłym będzie osoba wpisana na listę biegłych sądowych.

W uzasadnieniu zarzutu nr 3.e. Odwołujący Comarch wskazał, że zgodnie z § 15 ust. 4 wzoru umowy: „Zamawiającemu przysługuje prawo do żądania zmiany składu osobowego zespołu Współpracowników pisemnej w przypadku, gdy w opinii Zamawiającego nie daje ona rękojmi prawidłowego wykonania przedmiotu Umowy.” Zamawiający nie przewidział żadnych kryteriów dla podejmowania decyzji o zmianie składu osobowego zespołu Wykonawcy. Opinia Zamawiającego w przedmiocie braku dawania rękojmi prawidłowego wykonania przedmiotu Umowy jest pojęciem niejasnym i niedookreślonym, przyznając Zamawiającemu dużą swobodę w ingerencji w zespół Wykonawcy. Takie postanowienie należy uznać za sprzeczne z zasadą równości stron stosunku prawnego. Dodatkowo może to prowadzić do skutecznego jednostronnego wypowiedzenia umowy przez Zamawiającego w sytuacji, gdy będzie on negował bezpodstawnie kompetencje wszystkich delegowanych przez Wykonawcę osób. W ocenie Odwołującego, tak szerokie uprawnienie Zamawiającego powinno być powiązane przynajmniej z koniecznością pisemnego uzasadnienia opinii

Zamawiającego w odniesieniu do każdej osoby, w odniesieniu do której Zamawiający występuje z żądaniem wymiany.

Odwołujący Comarch wniósł o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji § 15 ust. 4 wzoru umowy poprzez wprowadzenie konieczności pisemnego uzasadnienia przez Zamawiającego opinii o braku dawania rękojmi prawidłowego wykonania przedmiotu Umowy w odniesieniu do każdej osoby, w stosunku do której Zamawiający występuje z żądaniem wymiany.

Odwołujący Comarch nadto wskazał, że taki opis przedmiotu zamówienia, w którym Zamawiający nie udostępnia wykonawcy informacji niezbędnych do złożenia i wyceny oferty, w sposób rażąco narusza zasady uczciwej konkurencji oraz dyrektywy ustawowe w zakresie sporządzania opisu przedmiotu zamówienia, ustanowione w treści art. 99 ust. 1 i 4 PZP. Zamawiający zobowiązany jest w świetle ustawy PZP do jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zgodnie z ugruntowanym orzecnictwem Krajowej Izby Odwoławczej, określenie przedmiotu zamówienia w sposób pełny i jednoznaczny jest obowiązkiem Zamawiającego.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie w całości z uwagi na bezzasadność podniesionej przez Odwołującego argumentacji. W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający wskazał m.in., że 30 września 2022 r. zamieścił na stronie internetowej prowadzonego postępowania odpowiedzi na pytania wykonawców i modyfikacje treści SWZ. Następnie w dniu 6 października 2022 r. dokonał kolejnej modyfikacji treści SWZ, w zakresie zgodnym z treścią niniejszej odpowiedzi, wysłał ogłoszenie do Urzędu Publikacji Unii Europejskiej i niezwłocznie po tym jak ogłoszenie zostanie opublikowane zamieści treść zmiany SWZ na stronie internetowej prowadzonego postępowania.

Odnosząc się do zarzutów odwołania, Zamawiający stwierdził, że postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów nr 1c, 1f, 1g, 2 i 3e jest bezprzedmiotowe, gdyż odnosi się do treści SWZ, która została zmieniona. Zamawiający przedstawił zmienioną treść SWZ i dodał, że gdyby Odwołujący chciał zakwestionować obecne brzmienie OPZ, to powinien rozważyć złożenie odrębnego odwołania na nową treść SWZ. Z uwagi na powyższe, Zamawiający wniósł o oddalenie tych zarzutów w całości, stwierdzając, że Odwołujący nie może skutecznie zakwestionować nieistniejącej treści postanowień SWZ. Ustosunkowując się do pozostałych zarzutów i wniosków podniesionych przez Odwołującego Comarch, jak również argumentacji przytoczonej na ich poparcie, Zamawiający przedstawił argumentację, która jego zdaniem wskazuje na ich bezzasadność.



## Sygn. akt KIO 2544/22

Odwołujący DXC zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 16 pkt 1, 2 i 3 Pzp, art. 17 ust. 1 Pzp, art. 112 ust. 1 Pzp, art. 99 ust. 1 Pzp, art. 353<sup>1</sup> kc, art. 483 kc, art. 484 §2 kc w związku z art. 8 ust. 1 Pzp, art. 431 Pzp, art. 440 y Pzp oraz wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji SWZ w zakresie wskazanym w odwołaniu, poprzez zamianę zaskarżonych postanowień w sposób określony w odwołaniu lub ich doprecyzowanie zgodnie z żądaniami zawartymi w odwołaniu.

Odwołujący zaznaczył, że Zamawiający opisał przedmiot zamówienia, a w konsekwencji przedmiot umowy, w sposób uniemożliwiający złożenie przez Odwołującego DXC oferty w warunkach równego traktowania i konkurencyjności. Postanowienia SWZ i załączników do SWZ, w tym Wzoru umowy, winny zostać zmienione w sposób, o jaki wnioskuje Odwołujący. Zmiana taka umożliwi Odwołującemu DXC złożenie oferty, a nadto spowoduje, że w postępowaniu zachowana zostanie zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz proporcjonalności i przejrzystości postępowania.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania w zakresie SWZ Odwołujący DXC wskazał:

1. Dotyczy § 26 ust. 1 pkt 6) i 7) i § 26 ust. 7 Projektowanych Postanowień Umowy (Kary umowne)

a) Rażąco wygórowana kara umowna

W umowie przewidziano szereg kar umownych na poszczególne uchybienia w realizacji postanowień umownych. W stosunku do dwóch z okoliczności stanowiących podstawę do naliczenia wykonawcy karę umowną określono, że uprawnienie wykonawcy do jej naliczenia materializować się będzie już po upływie jednej sekundy przekroczenia dopuszczalnego czasu trwania operacji - § 26 ust. 1 pkt 6) i 7) Projektowanych Postanowień Umowy:

- „6) 500,00 zł (słownie: pięćset złotych 00/100) za każdą pełną sekundę przekroczenia Dopuszczalnego czasu trwania operacji dla Operacji synchronicznej złożonej liczonego dla poszczególnych usług Systemu zdefiniowanych w Katalogu Usług w okresie miesiąca z 99% transakcji, o każdą sekundę powyżej dopuszczalnych 20 sekund,
- 7) 500,00 zł (słownie: pięćset złotych 00/100) za każdą pełną sekundę przekroczenia Dopuszczalnego czasu trwania operacji dla Operacji synchronicznej prostej liczonego dla poszczególnych usług Systemu zdefiniowanych w Katalogu Usług w okresie miesiąca z 99% transakcji, o każdą sekundę powyżej dopuszczalnych 5 sekund”

Odwołujący DXC podkreślił, że taka konstrukcja kary umownej nie znajduje uzasadnienia w potencjalnych stratach Zamawiającego, jakie ten mógłby ponieść w związku

z przekroczeniem czasu o np. 1 czy 5 sekund. Tytułem przykładu Odwołujący wskazał, że przekroczenie czasu o 1 minutę wiązać się będzie z koniecznością zapłaty kary umownej w wysokości 30 000 PLN, podczas gdy sam Zamawiający posługuje się w SWZ stawkami roboczogodziny nie wyższymi niż 600 PLN. Co oznacza, że minuta przekroczenia czasu trwania operacji będzie równoważna co najmniej 50 roboczogodzinom pracy. Odwołujący przywołał przepis art. 483. § 1 kc i tezy z orzecznictwa i stwierdził, że okoliczności te przesądzą o tym, że w niniejszym przypadku mamy do czynienia z karą rażąco wygórowaną i wniósł o zmianę wskazanych postanowień umownych poprzez ustalenie kary umownej za każdą pełną minutę przekroczenia Dopuszczalnego czasu trwania operacji zarówno dla operacji synchronicznej złożonej, jak i dla operacji synchronicznej prostej.

b) Kara umowna przewidziana za opóźnienie

Odwołujący DXC wskazał, że taki sposób konstrukcji kary umownej stanowi jednocześnie klauzulę abuzywną w rozumieniu art. 433 pkt 1 ustawy Pzp, bowiem zakłada, że Zamawiającemu przysługuje uprawnienie do naliczenia kary umownej w sytuacji gdy nastąpi przekroczenie Dopuszczalnego czasu trwania operacji, niezależnie od tego czy okoliczność ta została zawiniona przez wykonawcę czy też nie. Odwołujący pragnie jednakże wskazać, że przekroczenia Dopuszczalnego czasu trwania operacji może być niezależne od wykonawcy. Okolicznościami, które spowodują przekroczenie dopuszczalnego czasu, a są całkowicie niezależne od działania i zaniechania wykonawcy są np. brakiem dostępności infrastruktury sieciowej, słaba przepustowość łącza, wydajność sprzętu, na którym rozwiązanie zostało zainstalowane. Zamawiający, niezgodnie z art. 433 pkt 1 ustawy Pzp zastosował karę za opóźnienie, jednocześnie nie używając terminu „opóźnienie” a „przekroczenie Dopuszczalnego czasu trwania operacji”. Nie zmienia to, jednak intencji Zamawiającego, który zastrzegł w umowie karę za opóźnienie. W przypadku zastrzeżenia kary za opóźnienie istotne jest ściśle określenie okoliczności, w jakich kara ta może zostać naliczona za opóźnienie – zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 października 2021 r., KIO 2762/21: „Przepis art. 433 p.z.p. wskazuje, że odpowiedzialność wykonawcy za opóźnienie musi być uzasadniona okolicznościami lub zakresem zamówienia, a zatem musi być sformułowana w odniesieniu do ściśle określonych okoliczności.”

Odwołujący DXC wniósł o zmianę wskazanych postanowień umownych poprzez zastrzeżenie kary umownej za zwłokę, nie zaś, jak w chwili obecnej, za opóźnienie.

c) Brak korelacji maksymalnego limitu kary umownej, z wynagrodzeniem faktycznie otrzymywanym przez Wykonawcę.

Odwołujący DXC wskazał, że w § 27 ust. 7 Projektowanych Postanowień Umowy Zamawiający zastrzegł, że: „Maksymalna wysokość kar umownych dochodzonych w ramach

Umowy nie przekroczy 30% wartości Wynagrodzenia brutto określonego w § 16 ust. 1 pkt 3 Umowy.” Nastąpiło zatem skorelowanie maksymalnego pułapu kary umownej, jaki może zostać naliczony wykonawcy z ogólnym wynagrodzeniem w ramach umowy, podczas gdy z § 17 i § 18 Projektowanych Postanowień Umowy wynika, że rozliczenie realizowane będzie w cyklach miesięcznych. W ocenie Odwołującego zasadnym jest natomiast skorelowanie maksymalnego pułapu kary z okresem rozliczeniowym.

Odwołujący DXC wniósł o zmianę maksymalnego poziomu kar umownych dochodzonych w ramach umowy poprzez przyjęcie, że limit ten nie może być wyższy każdorazowo niż 30% wynagrodzenia należnego wykonawcy w danym okresie rozliczeniowym.

## 2. Dotyczy § 23 ust. 5 Projektowanych Postanowień Umowy (Waloryzacja wynagrodzenia)

Odwołujący DXC wskazał, że w § 23, który reguluje zasady waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy, który będzie realizował zamówienie, w ust. 5 Umowy Zamawiający zastrzegł, że: „Łączna maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia Wykonawcy, jaką dopuszcza Zamawiający w efekcie zastosowania postanowień dotyczących waloryzacji wynagrodzenia, o których mowa w niniejszym paragrafie, nie może przekroczyć 10% wynagrodzenia netto, określonego w ust. § 16 ust. 1 pkt 1.” Tak sformułowane zasady dotyczące waloryzacji oznaczają, zdaniem Odwołującego, że istnieje wysokie prawdopodobieństwo, że waloryzacja de facto nie pokryje rzeczywistego wzrostu cen towarów i usług konsumpcyjnych. Publikowany bowiem przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego wskaźnik inflacji w Polsce jest zdecydowanie wyższy niż przewidziany poziom wzrostu wynagrodzenia i nadal ma tendencję wzrostową (styczeń 2022 r. – 9,2 %, maj 2022 r. – 13,9%, sierpień 2022 r. – 16,1 %). Wprowadzenie limitu 10% spowoduje, że waloryzacja w praktyce będzie w znaczny sposób ograniczona, a tym samym wykonawcy nie mogą liczyć na zmianę wynagrodzenia w oparciu o jasne zasady i niezależne dane GUS. W trakcie trwania kilkuletniej umowy sytuacja taka może skutkować nawet niemożliwością kontynuacji realizacji umowy na pewnym jej etapie w zależności od sytuacji gospodarczej i wpływie zmiany cen na koszty realizacji zamówienia. Brak prawidłowo skonstruowanej klauzuli waloryzacyjnej w umowie zmusza wykonawców do ujęcia w wyliczeniu ceny oferty własnych założeń wzrostu cen i kosztów w nadchodzących latach, co może przyczynić się do zarzutów o nierealność cen, przeszacowanie lub niedoszacowanie cen ofertowych, a nawet nieporównywalności ofert. Dlatego aby zachować zasady konkurencyjności i równego traktowania wykonawców Zamawiający powinien dokonać zmiany zasad waloryzacji, zgodnie z obecnie panującą sytuacją rynkową i danymi wskaźnikowymi GUS. Również Krajowa Izba Odwoławcza, zwraca uwagę na istotność i wpływ klauzuli waloryzacyjnej na prawidłowość realizacji umowy ale i na prawidłowe

oszacowanie oferty, m.in. w wyroku KIO z dnia 05 stycznia 2022 r. sygn. akt 3600/21: „Jak trafnie wskazuje się w doktrynie, stosowanie klauzul waloryzacyjnych w umowie w sprawie zamówienia publicznego pozwala na zachowanie równowagi ekonomicznej stron umowy w stosunku do stanu na dzień złożenia oferty przez wykonawcę, minimalizując ryzyko pokrzywdzenia obu stron umowy na skutek zmiany siły nabywczej pieniądza w okresie realizacji zamówienia. Klauzule te zapewniają bowiem konieczną elastyczność w kształtowaniu kosztów związanych z realizacją zamówienia w dłuższym okresie, umożliwiając jednocześnie bieżące dostosowanie stosunku zobowiązaniowego łączącego zamawiającego z wykonawcą do zmiany okoliczności. (...) Waloryzacja wynagrodzenia wykonawcy jest również korzystna dla zamawiających, gdyż umożliwia ponoszenie przez nich rzeczywistych kosztów wykonania zamówienia, bez wliczania ryzyka ich wzrostu już w cenę oferty. Wreszcie wskazuje się, że stosowanie klauzul waloryzacyjnych zapobiega również powstawaniu sytuacji, kiedy wykonanie zamówienia przestaje być opłacalne, a tym samym sprzyja trwałości stosunku umownego, co niewątpliwie jest korzystne dla obu stron umowy [por. M. Jaworska, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, komentarz do art. 439, Warszawa 2021 oraz A. Matusiak, Waloryzacja umów, Zamówienia Publiczne. Doradca. 2021, nr 9].”

Odwołujący podkreślił, że w obecnej sytuacji polityczno-gospodarczej, w okresie, kiedy potencjalni wykonawcy rezygnują z zawierania umów o realizację zamówienia publicznego ze względu na brak klauzul waloryzacyjnych realnie odzwierciedlających poziom wzrostu cen towarów i usług, tak znaczące ograniczenia wzrostu wynagrodzenia w Postępowaniu jest czynnikiem znacząco zaburzającym równowagę stron umowy. Dodatkowo warto zwrócić uwagę na działania podjęte w celu ochrony interesów wykonawców, którzy zawarli umowę przed okresem gwałtownych wzrostów cen. Urząd Zamówień Publicznych opublikował już w maju 2022 r. rekomendacje, zgodnie z którymi zamawiający mogą dokonywać zmian umowy w sytuacji, gdy nie przewidzieli waloryzacji, bądź też przewidziane klauzule są niewystarczające do pokrycia wskaźnika inflacji, wskazując, że obecna sytuacja gospodarczo-polityczna ma charakter zdarzenia nieprzewidzianego. Ponadto – trwają prace nad specustawą, która ma ochronić wykonawców realizujących zamówienia publiczne na podstawie umów zawartych przed wystąpieniem tak znacznych zakłóceń na rynku. Przy czym w niniejszym Postępowaniu nie możemy już mówić o czynniku „nieprzewidywalności zdarzenia”. Wysoka inflacja jest faktem i tak znaczne ograniczenie wartości waloryzacji wynagrodzenia w umowie jest przejawem nadużycia przez Zamawiającego dominującej pozycji w postępowaniu. Zaproponowana bowiem wartość już na dziś nie pokryje rzeczywistego wzrostu kosztów, a zawarcie umowy na niniejszych warunkach może prowadzić do znacznych strat wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Odwołujący DXC wniósł o usunięcie limitu waloryzacji i ustalenie zasad waloryzacji w sposób gwarantujący, że waloryzacja będzie dotyczyć pełnej wartości średniorocznego wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem ogłaszanego przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego.

3. Dotyczy pkt 3 OPZ oraz § 3 ust. 3 Projektowanych Postanowień Umowy (Termin realizacji) - SLA dla usług realizacji w okresie wdrożenia

Odwołujący DXC podał, że Zamawiający zastrzegł, że w okresie wdrożenia projektu: „W okresie 45 dni od rozpoczęcia świadczenia Usługi Utrzymania, usługi te mogą być realizowane bez zachowania SLA.” W ocenie Odwołującego termin ten jest zbyt krótki, a jego zastosowanie w praktyce oznaczać będzie odpowiedzialność wykonawcy za błędy poprzednika, od którego przejmie realizację projektu. Realny czas „okresu przejściowego” przy tak dużym i złożonym projekcie nie powinien być krótszy niż 90 dni. Dodatkowo – w Projektowanych Postanowieniach Umowy brak jest klauzuli, która wskazywałaby na odpowiedzialność poprzedniego dostawcy usługi za błędy powstałe w okresie kiedy jeszcze tą usługę świadczył. Winnych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego na utrzymanie i rozwój systemów o podobne wielkości, okres przejściowy, w którym następuje przejście systemu pomiędzy wykonawcami (dotychczasowym i nowym) standardowo trwa minimum kilka miesięcy, a niekiedy bywa przedłużany do nawet pół roku. Nie istnieją obiektywne przesłanki tak znacznego skrócenia tego czasu, również biorąc pod uwagę fakt, że jest to okres, w którym może nastąpić zidentyfikowanie błędów w działaniu systemu, a Zamawiający może liczyć na ich naprawienie w ramach rękojmi i gwarancji uprzedniego wykonawcy.

Odwołujący DXC wniósł o:

- 1) zmianę warunków zamówienia poprzez zmianę okresu świadczenia Usług utrzymania bez SLA i jego wydłużenie do 90 dni;
- 2) zmianę warunków zamówienia poprzez wprowadzenie do Projektowanych Postanowieniach Umowy zastrzeżenia, zgodnie z którym błędy powstałe w wyniku świadczenia usług poprzedniego dostawcy, które zostaną zgłoszone w okresie przejściowym zostaną naprawione przez wykonawcę dotychczas świadczącego usługi utrzymania.
4. Dotyczy pkt 8.7.5 Opisu Przedmiotu Zamówienia – załącznika nr 1 do SWZ, § 6 ust. 2 Projektowanych Postanowień Umowy (Postanowienia ogólne Usługi Utrzymania) oraz § 11 ust. 2 Projektowanych Postanowień Umowy (Postanowienia ogólne Usługi Rozwoju)

Odwołujący DXC wskazał, że w pkt 8.7.5 Opisu Przedmiotu Zamówienia (dalej: „OPZ”) Zamawiający zastrzegł możliwość powołania biegłego, który posiadać będzie

rozstrzygający w ewentualnym sporze pomiędzy stronami umowy w zakresie wyceny czasochłonności prac rozwojowych: „W przypadku braku akceptacji stron, co do wskazanej liczby roboczogodzin niezbędnych na realizację Zmiany Rozwojowej Zamawiający zastrzega sobie prawo do wyboru i korzystania z opinii biegłego. Biegły dokona oceny czasochłonności realizacji zmiany. Wykonawca będzie zobowiązany do rozliczenia wykonanych czynności w czasie wyliczonym przez biegłego, o ile tylko Zamawiający podejmie decyzję o konieczności jej realizacji, a koszty związane z powyższą opinią poniesie Wykonawca w przypadku, gdy wyliczenie biegłego będzie niższe, co najmniej o 10 % od wyliczenia Wykonawcy.” Podobne treściowo postanowienia zawiera również sama Umowa – w § 6 ust. 2 wskazano, że: „Zamawiającemu przysługuje prawo do skorzystania w trakcie realizacji Usługi Utrzymania z usług osoby trzeciej, w celu kontroli, jakości i sposobu prowadzenia całości lub poszczególnych prac objętych Usługami Utrzymania. Osobie takiej Wykonawca zobowiązany będzie udzielić niezwłocznie wszelkich informacji, danych i wyjaśnień w żądanym zakresie, jak również zapewnić możliwość kontroli prowadzonych prac.” Ponadto – w § 11 ust. 2 zawarto postanowienie o treści: „Zamawiającemu przysługuje prawo do samodzielnego przeprowadzenia kontroli jakości przedmiotu Usługi Rozwoju, jak również prawo do korzystania w trakcie realizacji Usługi Rozwoju z usług Podwykonawców w celu kontroli jakości i sposobu prowadzenia całości prac w ramach Usługi Rozwoju lub poszczególnych prac objętych Usługą Rozwoju. Wykonawca będzie zobowiązany niezwłocznie udzielić wskazanej przez Zamawiającego osobie wyznaczonej do kontroli projektu wszelkich informacji, danych i wyjaśnień w żądanym zakresie, jak również zapewnić możliwość osobistej kontroli prowadzonych prac. Osoba przeprowadzająca kontrolę zostanie przez Zamawiającego zobowiązana do zachowania poufności informacji powziętych w toku kontroli.”

Odwołujący zaznaczył, że nie kwestionuje samej idei korzystania przez Zamawiającego z zewnętrznych podmiotów w celu zweryfikowania poprawności realizacji zobowiązań umownych. Jednakże obawy Odwołującego budzi sam sposób powoływania biegłego oraz innych podmiotów trzecich powołanych do oceny prawidłowości działań wykonawcy. Bowiem Zamawiający zastrzegł sobie pełną jednostronność oraz arbitralność decyzji. Wykonawca realizujący umowę, w myśl postanowień dokumentacji projektowych, jest pozbawiony jakiegokolwiek wpływu na tenże wybór, również w sytuacji, gdy biegły lub inny podmiot trzeci powołany przez Zamawiającego będzie mieć konflikt interesów (np. gdy będzie to wcześniejszy wykonawca systemu). Podkreślił, że trudno oczekiwać, aby osoba lub podmiot zatrudniany i opłacany przez Zamawiającego pozostał w pełni niezależny i był w stanie rozstrzygać spory między Zamawiającym a Wykonawcą w sposób obiektywny i bezstronny. Tym bardziej, że Zamawiający w żaden sposób nie określił sposobu prac

biegłego i innych podmiotów trzecich powołanych do weryfikacji poprawności realizacji umowy. Ponadto, w pkt 8.7.5 OPZ znalazło się zastrzeżenie, zgodnie z którym wykonawca będzie zobligowany wykonać sporną usługę w czasie wskazanym przez biegłego, a także obciążenie wykonawcy kosztami opinii biegłego: „(...) koszty związane z powyższą opinią poniesie Wykonawca w przypadku, gdy wyliczenie biegłego będzie niższe, co najmniej o 10 % od wyliczenia Wykonawcy.” Takie zastrzeżenie może oznaczać dla wykonawcy brak jakiegokolwiek wiedzy na temat szczegółów i uzasadnienia rozstrzygnięcia. Tego typu model oceny wymiarowania pracy wykonawcy w ramach realizacji przedmiotu zamówienia, powoduje, że wykonawca nie jest w stanie określić ryzyka związanego z realizacją umowy, a tym samym nie może rzetelnie wycenić oferty w tym zakresie. Ponadto koszty te mogą okazać się niewspółmiernie wysokie, gdyż Zamawiający ma pełną dowolność w wyborze biegłego i innych podmiotów trzecich powołanych do oceny poprawności realizacji umowy, a wykonawca nie jest w stanie nawet założyć jakie koszty będzie finalnie musiał ponieść. Do niezależnej oceny wyceny prac w ramach oferty oraz w celu zapewnienia ponoszenia racjonalnych kosztów, obie strony sporu winny mieć wpływ na możliwości wyboru biegłego i innych podmiotów trzecich powołanych do oceny poprawności realizacji umowy oraz wspólnie, niezależnie od rozstrzygnięcia sporu powinny ponosić koszty tych podmiotów. Powyższe postanowienie zdaniem Odwołującego w sposób istotny narusza równowagę stron umowy, jak również prowadzi do braku możliwości realnej wyceny usług świadczonych w ramach przedmiotu zamówienia.

Odwołujący DXC wniósł o:

- 1) Zmianę pkt 8.7.5 OPZ poprzez wprowadzenie mechanizmu wyboru biegłego, w ramach którego Zamawiający i Wykonawca wybiorą po jednym niezależnym biegłym, natomiast wskazani biegli wybiorą sami bez wpływu Zamawiającego i Wykonawcy kolejnego biegłego do dokonania oceny. Koszty biegłych zostaną pokryte w równym stopniu przez Zamawiającego i Wykonawcę niezależnie od rozstrzygnięcia biegłego;
- 2) Zmianę § 6 ust. 2 i § 11 ust. 2 Projektowanych Postanowień Umowy poprzez wprowadzenie mechanizmu wyboru podmiotów trzecich powołanych do weryfikacji poprawności realizacji umowy przez wykonawcę polegającego na sporządzeniu w dniu zawarcia umowy (lub bezpośrednio przed jej zawarciem) zamkniętej listy min. 3 podwykonawców, co do których żadna ze stron nie zgłosi istotnych przeszkód do pełnienia tej roli, w tym w szczególności – nie wystąpi konflikt interesów pomiędzy wykonawcą a podmiotem powołanym do weryfikacji poprawności realizacji umowy przez wykonawcę;

3) oraz o dostosowanie treści warunków zamówienia określonych w dokumentach zamówienia do wprowadzonych zmian.

#### 5. Dotyczy pkt 11.5 Opisu Przedmiotu Zamówienia – załącznika nr 1 do SWZ

Odwołujący DXC wskazał, że zgodnie z wymogami Zamawiającego zawartymi w pkt 11.5 OPZ – codziennie w trakcie realizacji umowy co najmniej jeden administrator zobowiązany jest realizować zadania w siedzibie Zamawiającego: „Oddelegowany dedykowany zespół administratorów i operatorów ze wskazaniem imienia i nazwiska, podaniem pełnionych ról oraz ich odpowiedzialności, wraz z dedykowaną osobą kierującą zespołem. W trybie 24/7/365 pracują operatorzy w liczbie, która pozwala na zapewnienie obsady 3 zmianowej w miesiącu (6:00-14:00, 14:00-22:00, 22:00-6:00), z zachowaniem przepisów kodeksu pracy. Administratorzy pracują od 6:00 do 22:00 na dwie zmiany. Na każdej zmianie pracuje co najmniej dwóch administratorów z czego jeden wykonuje zadania w siedzibie Zamawiającego.” W ocenie Odwołującego wymóg ten jest wymogiem nadmiernym oraz nie odzwierciedla rzeczywistych potrzeb Zamawiającego, a dodatkowo – niepotrzebnie zwiększa koszty realizacji zamówienia. Specyfika pracy administratora sprawia, że wszystkie zadania związane z realizacją projektu mogą być realizowane zdalnie bez żadnego uszczerbku dla jakości tejże pracy. Przebywając w siedzibie Zamawiającego administrator będzie realizował dokładnie te same czynności jakie realizowałby pracując zdalnie. Jego obecność w siedzibie jest zbędna z punktu widzenia rodzaju zadań jakie będzie realizował. W szczególności, w dobie pandemii COVID-19, kiedy większość pracodawców zapewnia możliwość pracy zdalnej, a na wykonawcy jako pracodawcy, ciąży obowiązek zapewnienia pracownikowi bezpiecznych i higienicznych warunków pracy, oddelegowanie go do pracy do siedziby Zamawiającego jest wymogiem zdecydowanie nadmiernym. Warto również zwrócić uwagę na podwyższanie kosztów realizacji zamówienia przez dodanie takiego wymogu. Faktem notoryjnym jest różne kształtowanie się poziomów wynagrodzeń pracowników IT w zależności od regionu geograficznego, w którym praca ta jest wykonywana. Oczywistym jest również, że poziom wynagrodzeń jest najwyższy w Warszawie, gdzie siedzibę ma Zamawiający. Dlatego też – wprowadzenie wymogu pracy administratora w siedzibie Zamawiającego zwiększy koszty realizacji zamówienia, przy braku wartości dodanej wynikającej z takiego trybu pracy.

Wskazane postanowienia stanowią naruszenie przepisów m.in. art. 16 pkt 1), 2) i 3) ustawy Pzp, art. 431 ustawy Pzp, art. 3531 kc w związku z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący wniósł o zmianę warunków zamówienia poprzez wykreślenie obowiązku realizacji zadań przez jednego z administratorów w siedzibie Zamawiającego.

#### 6. Dotyczy pkt 8.3.3 Części II SWZ – kryteria oceny ofert – doświadczenie ekspertów



Odwołujący DXC podał, że jednym z kryteriów oceny ofert jest doświadczenie i kwalifikacje ekspertów wyznaczonych do realizacji zadań przez wykonawcę. Zamawiający wskazał, że maksymalną liczbę punktów uzyska odpowiednio: kierownik projektu, analityk biznesowy, architekt systemu, specjalista ds. testów, programista, specjalista ds. bezpieczeństwa informatycznego, specjalista ds. utrzymania systemów, główny programista, specjalista ds. hurtowni danych oraz projektant UX/UI, którzy ponad określone przez Zamawiającego warunki udziału w Postępowaniu posiadają doświadczenie w realizacji minimum 7 projektów o określonej przez Zamawiającego wartości. Sposób przyznawania przez Zamawiającego punktów w ramach dodatkowych kryteriów (w szczególności punktowanie ilości projektów, nie zaś właściwego czasu realizacji zadań projektowych) może prowadzić wprost do sytuacji, w której maksymalną liczbę punktów osiągnie osoba o relatywnie krótkim doświadczeniu zawodowym (np. 3,5 roku pracy dla Kierownika projektu jeżeli w każdym z 7 projektów pełniła tę rolę przez okres min. 6 miesięcy), zaś osoby o bogatym doświadczeniu (np. 10 lat doświadczenia zdobytych na 5 projektach – po 2 lata na każdym) otrzymają zdecydowanie niższą liczbę punktów. W ocenie Odwołującego taka sytuacja dyskryminuje osoby, które nabyły rzeczywiste doświadczenie zawodowe, które mogą wykorzystać w realizacji projektu, zaś premiuje osoby, które bardzo szybko zmieniają projekty, w rzeczywistości nie nabywające cennego doświadczenia zawodowego. Tak postawione kryteria punktowe faworyzują de facto personel o niewielkich kwalifikacjach zawodowych nabytych podczas realizacji tylko niewielkiej fazy całego projektu. W ocenie Odwołującego wymagania te są niewspółmierne do rzeczywistych ról projektowych w stosunku do kierownika projektu, architekta systemu, programisty oraz głównego programisty.

a) Kierownik projektu

W zakresie Kierownika projektu Zamawiający wskazał, że: „punktowane będą dodatkowe projekty będące potwierdzeniem doświadczenia, zgodnie z wymaganiami określonymi w Części II lit. A pkt 1.5 SWZ dla roli Kierownik Projektu. Za każde dodatkowe zamówienie Wykonawca otrzyma punkty według następującej zasady:

- 2 (wymaganie minimalne) – 0 pkt;
- 3 – 1 pkt;
- 4 – 3 pkt;
- 5 – 5 pkt;
- 6 – 6 pkt;
- 7 i więcej – 7 pkt.

Wymaganiem zaś podstawowym, umożliwiającym złożenie oferty w Postępowaniu jest natomiast dysponowanie Kierownikiem projektu spełniającym następujące wymagania:

- a) „posiada minimum 5-letnie doświadczenie zawodowe w zarządzaniu projektami teleinformatycznymi, oraz
- b) w ciągu ostatnich pięciu (5) lat przed upływem terminu składania ofert brał udział w roli Kierownika projektu przez nieprzerwany okres nie krótszy niż 6 miesięcy w realizacji:
  - co najmniej 1 (jednego) zamówienia polegającego na rozwoju i utrzymaniu systemu teleinformatycznego każde o wartości tego zamówienia nie mniejszej niż 10 000 000 zł brutto, lub
  - co najmniej 1 (jednego) zamówienia polegającego na budowie, wdrożeniu i utrzymaniu systemu teleinformatycznego każde o wartości tego zamówienia nie mniejszej niż 10 000 000 zł brutto, lub
  - 2 (dwóch) zamówień o łącznej wartości tych zamówień nie mniejszej niż 10 000 000 zł brutto, z których jedno polegało na budowie i wdrożeniu systemu teleinformatycznego lub polegało na rozwoju systemu teleinformatycznego, a drugie polegało co najmniej na utrzymaniu systemu teleinformatycznego,
- c) posiada znajomość metodyki zarządzania projektami PRINCE2 potwierdzoną posiadaniem ważnego certyfikatu PRINCE2 na poziomie Practitioner – lub równoważnego,
- d) posiada ważny certyfikat ITIL na poziomie co najmniej Foundation – lub równoważny.

Odwołujący podkreślił, że średni czas trwania projektu informatycznego o wartości 10 mln PLN wynosi ok 1,5 – 2 lat. Zatem – wymóg min 6 miesięcy pełnienia roli projektowej w takim projekcie (co jest premiowane dodatkowym punktem w ramach kryteriów oceny ofert) oznacza, że osoba taka realizowała projekt nie dłużej niż 1/3 czasu jego trwania. W ocenie Odwołującego jest to czas niewystarczający do nabycia kompetencji i doświadczenia niezbędnego do realizacji zadania, wymagania Zamawiającego w tym zakresie w sposób znaczący wpływają na zaburzenie równowagi konkurencyjnej pomiędzy wykonawcami. Odwołujący zawniósł o zmianę pkt 8.3.3 ppkt 1) Części II SWZ poprzez zmianę zasad punktowania, tak aby maksymalną liczbę punktów można było uzyskać za 3 projekty, które potwierdzają doświadczenia dla roli Kierownik Projektu, przy czym wartość każdego punktowanego projektu powinna być nie niższa niż 10 mln PLN, zaś okres pełnienia roli Kierownika projektu – każdorazowo nie krótszy niż 12 miesięcy.

b) Architekt systemu

Podobnie – w przypadku Architekta systemu – zgodnie z pkt 8.3.3 ppkt 3) SWZ – kryterium oceny ofert jest doświadczenie takiej osoby w zakresie uprzednio realizowanych projektów: „punktowane będą dodatkowe projekty będące potwierdzeniem doświadczenia, zgodnie z wymaganiami określonymi w Części II lit. A pkt 1.5 SWZ dla roli Architekt Systemu. Za każde dodatkowe zamówienie Wykonawca otrzyma punkty według następującej zasady:

- 2 (wymaganie minimalne) – 0 pkt;
- 3 – 1 pkt;
- 4 – 3 pkt;
- 5 – 5 pkt;
- 6 – 6 pkt;
- 7 i więcej – 7 pkt.”

W ramach wymogu podstawowego Architekt systemu winien charakteryzować się następującymi kwalifikacjami:

- a) „w ciągu ostatnich pięciu (5) lat przed upływem terminu składania ofert nabył minimum trzyletnie (3) doświadczenie w pełnieniu roli Architekta systemu w realizacji projektów teleinformatycznych,
- b) brał udział w roli Architekta systemu w realizacji co najmniej dwóch (2) zamówień, każde o wartości nie mniejszej niż 10 000 000 zł brutto, przez minimum 6 miesięcy w każdym, polegających na budowie lub utrzymaniu lub rozwoju systemu teleinformatycznego.”

Odwołujący podkreślił, że specyfika pracy architekta i zakres zadań, jakie ma do wykonania w projekcie, a jednocześnie punktowanie bardzo dużej ilości projektów przy jednoczesnym relatywnie krótkim czasookresie jego obecności w projekcie powoduje znaczne zaburzenia równowagi konkurencyjnej pomiędzy wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia. Każdy projekt ma swoją specyfikę i architekt każdy z nich projektuje indywidualnie, dostosowując proponowane przez siebie rozwiązania do wymagań Zamawiającego, ale również stanu zastanego, w ramach którego projekt jest realizowany – niezależnie od samej wartości projektu. Dlatego też – zastosowanie kryterium, które tak znacząco premiuje osoby, które jedynie zaprojektowały dany system i to być może nie zawsze do końca (tylko 6 miesięcy pełnienia roli projektowej), zaś w projektach o dużej wartości powoduje znaczne naruszenie równowagi konkurencyjnej pomiędzy wykonawcami.

Odwołujący wniósł o zmianę pkt 8.3.3 ppkt 3) Części II SWZ poprzez zmianę zasad punktowania, tak aby maksymalną liczbę punktów można było uzyskać za realizację 3 projektów o wartości nie mniejszej niż 10 000 000,00 PLN, które potwierdzają doświadczenia

dla roli Architekta systemu, zaś okres pełnienia roli Architekta – każdorazowo nie krótszy niż 12 miesięcy.

### c) Programista

Odwołujący wskazał, że w przypadku osoby na stanowisko Programisty Zamawiający zastosował następujące kryteria oceny ofert: „punktowane będą dodatkowe projekty będące potwierdzeniem doświadczenia, zgodnie z wymaganiami określonymi w Części II lit. A pkt 1.5 SWZ dla roli Programista. Za każde dodatkowe zamówienie Wykonawca otrzyma punkty według następującej zasady:

- 2 (wymaganie minimalne) – 0 pkt;
- 3 – 1 pkt;
- 4 – 3 pkt;
- 5 – 5 pkt;
- 6 – 6 pkt;
- 7 i więcej – 7 pkt.”

W ramach wymogu podstawowego Programista winien charakteryzować się następującymi kwalifikacjami:

- a) „w ciągu ostatnich pięciu (5) lat przed upływem terminu składania ofert nabył minimum trzyletnie (3) doświadczenie w pełnieniu roli Programisty w realizacji projektów teleinformatycznych z wykorzystaniem języka programowania Java,
- b) posiada wiedzę i doświadczenie z zakresu projektowania i programowania relacyjnych baz danych,
- c) brał udział w roli Programisty w realizacji co najmniej dwóch (2) zamówień, każde o wartości nie mniejszej niż 5 000 000 zł brutto, przez minimum 12 miesięcy w każdym, polegających na rozwoju systemu teleinformatycznego z wykorzystaniem języka programowania Java.”

O ile budzi wątpliwość zastosowania tak wysokiej wartości projektu dla projektów realizowanych przez Architekta Systemu, o tyle obniżenie tejże wartości na roli Programisty jest dla Odwołującego co najmniej niezrozumiałe. Programista angażowany jest do projektu w zależności od stopnia posiadanych umiejętności i oczywistym jest, że wyłączenie programistów o najwyższych kompetencjach mogą być angażowani w realizację projektów o najwyższej wartości. Warto przy tym podkreślić, że wykonywanie prostych czynności przez okres 12 miesięcy w ramach projektu niskiej wartości jest doświadczeniem znacznie niższym cenowym na rynku niż programowanie w projektach o wartości 10 mln PLN i wyższej.

W ramach zachowania równowagi konkurencyjnej wykonawców, a także – przyznawania punktów osobom posiadającym rzeczywiście najwyższe możliwe doświadczenie zawodowe - Odwołujący wniósł o zmianę pkt 8.3.3 ppkt 5) Części II SWZ poprzez zmianę zasad punktowania, tak aby maksymalną liczbę punktów można było uzyskać za realizację 3 projektów, które potwierdzają doświadczenia dla roli Programisty, o wartości nie mniejszej niż 10 mln PLN każdy, zaś okres pełnienia roli Projektanta – każdorazowo nie krótszy niż 12 miesięcy.

d) Główny programista

W przypadku osoby na stanowisko Głównego programisty Zamawiający zastosował następujące kryteria oceny ofert: Główny Programista - jeśli wskazany ekspert delegowany do realizacji zamówienia posiada łącznie następujące kwalifikacje i doświadczenie: minimum pięcioletnie (5) doświadczenie zawodowe w roli Programisty z wykorzystaniem języka programowania Java oraz posiada ważny certyfikat z zakresu programowania z wykorzystaniem języka programowania Java, potwierdzający posiadaną wiedzę na poziomie eksperckim (certyfikat na najwyższym poziomie dla danej firmy certyfikującej) oraz:

- a) brał udział w roli Programisty w realizacji dwóch (2) zamówień, każde o wartości nie mniejszej niż 10 000 000 zł brutto, przez minimum 12 miesięcy w każdym z zamówień, polegających na budowie i wdrożeniu systemu teleinformatycznego – 1 pkt;
- b) brał udział w roli Programisty w realizacji trzech (3) zamówień, każde o wartości nie mniejszej niż 10 000 000 zł brutto, przez minimum 12 miesięcy w każdym z zamówień, polegających na budowie i wdrożeniu systemu teleinformatycznego – 2 pkt;
- c) brał udział w roli Programisty w realizacji czterech (4) zamówień, każde o wartości nie mniejszej niż 10 000 000 zł brutto, przez minimum 12 miesięcy w każdym z zamówień, polegających na budowie i wdrożeniu systemu teleinformatycznego – 3 pkt;
- d) brał udział w roli Programisty w realizacji pięciu (5) zamówień, każde o wartości nie mniejszej niż 10 000 000 zł brutto, przez minimum 12 miesięcy w każdym z zamówień, polegających na budowie i wdrożeniu systemu teleinformatycznego – 5 pkt;
- e) brał udział w roli Programisty w realizacji sześciu (6) zamówień, każde o wartości nie mniejszej niż 10 000 000 zł brutto, przez minimum 12 miesięcy w każdym z zamówień, polegających na budowie i wdrożeniu systemu teleinformatycznego – 6 pkt;
- f) brał udział w roli Programisty w realizacji co najmniej siedmiu (7) zamówień, każde o wartości nie mniejszej niż 10 000 000 zł brutto, przez minimum 12 miesięcy w każdym z zamówień, polegających na budowie i wdrożeniu systemu teleinformatycznego – 7 pkt.

Zdaniem Odwołującego DXC analogicznie jak w przypadku programisty – również w przypadku Głównego programisty należy skorelować sposób przyznawania punktów za realne doświadczenie zdobyte przez daną osobę Realnego doświadczenia nie sposób jednak mierzyć, w szczególności w przypadku pozycji Głównego programisty liczą zrealizowanych projektów. W ocenie Odwołującego 4 zrealizowane projekty w sposób wystarczający potwierdzają kompetencje danej osoby. Żądanie uczestnictwa w 7 projektach jest wymaganiem co najmniej nadmiernym i premiuje wykonawców, którzy praktykują jedynie „papierowe” wpisywanie osób na pozycje w realizowanych projektach.

Odwołujący wniósł o zmianę pkt 8.3.3 ppkt 8) Części II SWZ poprzez zmianę zasad punktowania, tak aby maksymalną liczbę punktów można było uzyskać za realizację 4 projektów, które potwierdzają doświadczenia dla roli Głównego Programisty.

W uzasadnieniu prawnym w celu uzupełnienia stanowiska prawnego uzasadniającego przedstawionego przy każdym z zarzutów i odnosząc się całościowo do przesłanek zasadności wniesienia Odwołujący DXC wskazał m.in., że określenie treści SWZ wraz z załącznikami, w tym w szczególności z treścią umowy w sprawie zamówienia, która zostanie podpisana z wybranym wykonawcą jest jednym z uprawnień Zamawiającego wynikających z ustawy Pzp. Zamawiający nie może czynić z powyższego uprawnienia użytku, który byłby sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie Zamawiającego nie może być uznane za wykonywanie prawa i nie powinno korzystać z ochrony. W ocenie DXC wskazane we wcześniejszej części odwołania postanowienia wzoru umowy i załączników do SWZ, poza licznymi naruszeniami przepisów Pzp, naruszają także podstawowe zasady prawa cywilnego, takie jak zasadę swobody umów i zasadę równości stron stosunku cywilnoprawnego, a także stanowią nadużycie prawa podmiotowego. Dodatkowo, poprzez brak doprecyzowania postanowień OPZ, Projektowanych Postanowień Umowy (PPU), Zamawiający doprowadził do sytuacji, w której wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia nie posiadają precyzyjnych informacji. Konsekwencją takiej sytuacji będzie uzyskanie przez Zamawiającego zamówienia za kwotę znacznie wyższą (ponieważ obejmującą wiele niesprecyzowanych elementów i ryzyk wymagających podwyższenia ceny oferty), niż ta, za którą mógłby uzyskać zamówienie przygotowując jednoznaczną i pozbawioną niedomówień dokumentację postępowania, a w skrajnym przypadku brak ofert. Zgodnie z orzecznictwem KIO zaniechanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący oraz sformułowanie wzoru umowy w sposób niejasny i sprzeczny z zasadami współżycia społecznego, zdaniem Izby uniemożliwia rzetelną wycenę oferty. W ocenie Odwołującego, Zamawiający zaniechał dokonania należytego opisu przedmiotu zamówienia, przygotowania OPZ oraz Projektowanych Postanowień Umowy w

sposób umożliwiający dokonanie rzetelnej i realnej wyceny, czym narusza wskazane w komparycji przepisy ustawy Pzp, a dodatkowo sformułował postanowienia umowy oraz SWZ w sposób, który nie zapewnia równego traktowania wykonawców, co stanowi naruszenie art. 16 pkt 1) ustawy Pzp. Odwołujący podkreślił, że co do zasady zamawiający uprawniony jest do kształtowania postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego, jednak formułując wzór umowy nie może zapominać o zasadzie swobody umów wyrażonej w art. 353<sup>1</sup> kc i art. 5 kc. Odwołujący wskazał również na skutek kwestionowanych działań i zaniechań Zamawiającego w sferze dyscypliny finansów publicznych. Na poparcie swojego stanowiska Odwołujący DXC przywołał tezy z orzeczeń KIO oraz stanowisko doktryny.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania w całości z uwagi na bezzasadność podniesionej przez Odwołującego argumentacji. W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający wskazał, że 30 września 2022 r. Zamawiający zamieścił na stronie internetowej prowadzonego postępowania odpowiedzi na pytania wykonawców i modyfikacje treści SWZ. Następnie w dniu 6 października 2022 r. dokonał kolejnej modyfikacji treści SWZ, w zakresie zgodnym z treścią niniejszej odpowiedzi, wysłał ogłoszenie do Urzędu Publikacji Unii Europejskiej i niezwłocznie po tym jak ogłoszenie zostanie opublikowane zamieści treść zmiany SWZ na stronie internetowej prowadzonego postępowania.

Zamawiający oświadczył, że nie podziela przedstawionych przez Odwołującego zarzutów i wnosi o oddalenie odwołania w całości z uwagi na bezzasadność podniesionej przez Odwołującego argumentacji. Ustosunkowując się do poszczególnych zarzutów i wniosków podniesionych przez Odwołującego DXC, Zamawiający przedstawił argumentację przemawiającą jego zdaniem za ich bezzasadnością.

Wypełniając wymogi ustawowe do postępowania odwoławczego po stronie Odwołujących przystąpili wykonawcy: S&T Services Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie - w sprawach sygn. akt KIO 2532/22, KIO 2536/22 i KIO 2544/22, Asseco Poland Spółka Akcyjna z siedzibą w Rzeszowie - w sprawach sygn. akt KIO 2536/22 i KIO 2544/22, Comarch Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie - w sprawie sygn. akt KIO 2544/22, DXC Technology Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie - w sprawie sygn. akt KIO 2536/22.

Wobec wycofania przez Odwołującego Asseco zarzutu nr XVI oraz wycofania przez Odwołującego Comarch zarzutów nr 1a i 1b Izba umorzyła w tym zakresie postępowanie

odwoławcze w sprawach odpowiednio sygn. akt: KIO 2532/22 i KIO 2536/22 na podstawie art. 568 pkt 1 Pzp.

Z uwagi na dokonanie przez Zamawiającego zmian SWZ i związanych z tym wniosków o umorzenie postępowania złożonych przez: Odwołującego Asseco zakresie zarzutów nr: I, II, III, IV, VI, VII, XII, XIII, XIV, XV, XVIII, XIX oraz Odwołującego Comarch w zakresie zarzutów nr 1c, 2, 3e Izba umorzyła w tym zakresie postępowanie odwoławcze odpowiednio w sprawach sygn. akt: KIO 2532/22 i KIO 2536/22 na podstawie art. 568 pkt 2 Pzp.

Z uwagi na zaprezentowanie przez Zamawiającego stanowiska, iż zarzuty co do których Odwołujący Asseco i Odwołujący Comarch złożyli wnioski o umorzenie postępowania odwoławczego na podstawie art. 568 Pzp powinny być oddalone, chyba, że Odwołujący je wycofają, wskazania wymaga, że zgodnie z art. 568 pkt 2 Pzp Izba umarza postępowania odwoławcze w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne.

W analizowanym postępowaniu Zamawiający dokonał zmian postanowień SWZ w zakresie objętym ww. zarzutami w sposób zgodny z oczekiwaniami Odwołujących albo w taki sposób, który, jakkolwiek nie w pełni odpowiadał żądaniom postawionym w odwołaniach, to jednak spowodował, że postanowienia te straciły treść i sens, z powodu których zostały zaskarżone. Oznacza to, że czynności, wobec których zostało wniesione odwołanie utraciły swój byt. Tym samym nie istnieje tzw. substrat zaskarżenia, niezbędny do tego, aby Izba mogła rozpoznać odwołanie merytorycznie i stwierdzić, czy Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów Pzp. Powyższe powoduje, że postępowanie odwoławcze staje się zbędne, gdyż przedmiot zaskarżenia przestał istnieć, co stanowi podstawę umorzenia postępowania odwoławczego w oparciu o art. 568 pkt 2 Pzp.

Z tych względów Izba umorzyła w ww. zakresie postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt KIO 2532/22 i KIO 2536/22.

Z powyższego wynika, że rozpoznaniu przez Izbę podlegały następujące zarzuty:

- 1) w sprawie sygn. akt KIO 2532/22 - zarzuty nr: V, VIII, IX, X, XI, XVII, XX,
- 2) w sprawie sygn. akt KIO 2536/22 - zarzuty nr: 1d, 1e, 1f, 1g, 3a, 3b, 3c, 3d,
- 3) w sprawie sygn. akt KIO 2544/22 – zarzuty nr 1a, 1b, 1c, 2, 3, 4, 5, 6, tj. wszystkie zarzuty odwołania.

W zakresie ww. zarzutów na rozprawie strony i przystępujący podtrzymali swoje stanowiska.



Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego.

**Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając odwołania, uwzględniając dokumentację postępowania oraz stanowiska Stron i Przystępujących, a także zgromadzone dowody, ustaliła i zważyła co następuje:**

Odwołania nie zawierają braków formalnych. Wpisy w prawidłowej wysokości zostały wniesione w ustawowym terminie. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołań, o których mowa w art. 528 Pzp.

Wykazując swoje uprawnienie do skorzystania ze środków ochrony prawnej Odwołujący Asseco wskazał m.in., że gdyby nie sprzeczność z prawem objętych odwołaniem postanowień SWZ oraz Ogłoszenia, Odwołujący mógłby złożyć ofertę, uzyskać zamówienie, a następnie należycie realizować zamówienie. Ustalenie przez Zamawiającego przedmiotowej treści SWZ oraz Ogłoszenia uniemożliwia Odwołującemu udział w postępowaniu. Ponadto w wyniku w/w naruszeń przepisów ustawy może dojść do następczego unieważnienia postępowania, co także naraziłoby Odwołującego na poniesienie szkody.

Wykazując swoje uprawnienie do skorzystania ze środków ochrony prawnej Odwołujący Comarch wskazał m.in., że jest podmiotem zdolnym do jego wykonania, posiadającym w tym zakresie odpowiednie kompetencje i doświadczenie. Poprzez sformułowanie przez Zamawiającego postanowień SWZ w sposób naruszający przepisy ustawy Odwołujący może być pozbawiony możliwości złożenia oferty i uzyskania zamówienia, tym samym w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Odwołujący może ponieść szkodę polegającą na braku uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Wykazując swoje uprawnienie do skorzystania ze środków ochrony prawnej Odwołujący DXC wskazał m.in., że na skutek wadliwie przygotowanych warunków zamówienia określonych w dokumentach zamówienia może ponieść szkodę polegającą na braku możliwości złożenia oferty w postępowaniu, a następnie jej wyboru jako oferty najkorzystniejszej, a w konsekwencji niezyskaniu zamówienia.

W ocenie Izby Odwołujący Asseco, Odwołujący Comarch i Odwołujący DXC legitymują się uprawnieniem do skorzystania w przedmiotowym postępowaniu ze środków ochrony prawnej. Zostały bowiem wypełnione przesłanki, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący są wykonawcami w rozumieniu przepisu art. 7 pkt 30 Pzp zainteresowanymi udziałem w postępowaniu. W związku z tym są zainteresowani, aby dokumenty zamówienia były zgodne z przepisami prawa.

**Izba zważyła, co następuje:**

**Sygn. akt KIO 2532/22**

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Ad zarzuty nr V. i XX. dotyczące postanowień regulujących kwestie kontroli jakości i sposobu prowadzenia prac przez Wykonawcę (§ 6 i § 11 PPU) oraz uprawnienia Zamawiającego do korzystania z opinii biegłego w przypadku realizacji Zmiany Rozwojowej (Załącznik nr 1 do SWZ - OPZ pkt 8.7.5)

W zakresie zarzutu nr V spór dotyczy sposobu określenia przez Zamawiającego w § 6 ust. 2. i § 11 ust. 2. PPU przysługującego mu prawa do skorzystania w trakcie realizacji Umowy Utrzymania z usług osoby trzeciej, a w przypadku Usług Rozwoju z usług podwykonawcy w celu kontroli jakości i sposobu prowadzenia przez Wykonawcę prac objętych odpowiednio Usługami Utrzymania lub Usługą Rozwoju.

Zdaniem Odwołującego, jakkolwiek Zamawiający ma prawo do kontroli jakości wykonania przedmiotu Umowy, to postanowienia nakazujące Wykonawcy udostępnienie informacji w szerokim zakresie, w tym stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, dowolnemu podmiotowi, powinny wskazywać na ograniczony dostęp do takich informacji. W szczególności podmiotem, któremu miałyby one być udostępnione nie może być podmiot stanowiący bezpośrednią konkurencję wykonawcy, bowiem istnieje ryzyko, że taki podmiot pozyskane informacje wykorzysta do swojej własnej działalności gospodarczej lub będzie realizował swoje cele biznesowe poprzez kwestionowanie działań wykonawcy w toku realizacji Umowy. Dodatkowo Odwołujący wskazał, że w § 11 ust. 2 błędnie użyto terminu „Podwykonawca”, który odnosi się do podmiotu zatrudnionego przez wykonawcę, a nie przez Zamawiającego.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający poinformował, iż dokonał zmiany treści zarzutu nr V i wniósł o oddalenie zarzutu. Zauważenia jednak wymaga, że w odniesieniu do omawianego zarzutu Zamawiający dokonał jedynie zmiany w § 11 ust. 2 PPU w taki sposób, że zmienił wyraz „Podwykonawca” na „podwykonawca”. Nie odniósł się zatem do istoty zarzutu.

Z kolei w odniesieniu do zarzutu nr XX spór dotyczy osoby biegłego powoływanego przez Zamawiającego w celu weryfikacji zaproponowanej przez Wykonawcę liczby godzin niezbędnych do realizacji Zmiany Rozwojowej, w wyniku której Wykonawca będzie zobowiązany do rozliczenia wykonanych czynności w czasie wyliczonym przez biegłego.

Według Odwołującego dowolność wyboru biegłego może skutkować tym, iż zostanie wskazany biegły nieposiadający odpowiednich kompetencji, nadto niegwarantujący obiektywnej oceny z uwagi na to, że może być podmiotem konkurencyjnym wobec Wykonawcy.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający stwierdził, że jako odbiorca zamówienia i realizujący dzięki niemu swoje zadania racjonalnie podejmuje decyzje w zakresie nadzoru nad realizacją Umowy, a także wydatkowania środków publicznych. W związku z tym nie będzie do oceny prac informatycznych wybierał biegłego z innej dziedziny, niebędącego ekspertem w branży informatycznej. Zamawiający wskazał jednocześnie, że na tym etapie nie chce zawężać kręgu ekspertów do zakresu np. eksperta posiadającego wiedzę z architektury trójwarstwowej z wykorzystaniem szyny danych. Decyzje w sprawie kompetencji i specjalistycznej wiedzy informatycznej biegłego Zamawiający będzie podejmował na podstawie zakresu Zmiany Rozwojowej planowanej do wdrożenia. Zamawiający podniósł, że biegli będą profesjonalistami w obszarze realizacji umowy oraz będą zobowiązani zachować poufność wykonywanych zadań. Tym samym, Odwołujący wnosząc o zmiany postanowień OPZ w tym zakresie nadmiernie ingeruje w sposób realizacji zamówienia przez Zamawiającego oraz proponuje niezasadne zmiany w OPZ.

Zarzuty (w zakresie nie uwzględnionym przez Zamawiającego) podlegały zatem rozpoznaniu przez Izbę.

Kwestionowane przez Odwołującego postanowienia PPU stanowią:

*„§ 6 ust. 2. Zamawiającemu przysługuje prawo do skorzystania w trakcie realizacji Usługi Utrzymania z usług osoby trzeciej, w celu kontroli, jakości i sposobu prowadzenia całości lub poszczególnych prac objętych Usługami Utrzymania. Osobie takiej Wykonawca zobowiązany będzie udzielić niezwłocznie wszelkich informacji, danych i wyjaśnień w żądanym zakresie, jak również zapewnić możliwość kontroli prowadzonych prac.”*

*„§ 11 ust. 2. Zamawiającemu przysługuje prawo do samodzielnego przeprowadzenia kontroli jakości przedmiotu Usługi Rozwoju, jak również prawo do korzystania w trakcie realizacji Usługi Rozwoju z usług Podwykonawców w celu kontroli jakości i sposobu prowadzenia całości prac w ramach Usługi Rozwoju lub poszczególnych prac objętych Usługą Rozwoju. Wykonawca będzie zobowiązany niezwłocznie udzielić wskazanej przez Zamawiającego osobie wyznaczonej do kontroli projektu wszelkich informacji, danych i wyjaśnień w żądanym zakresie, jak również zapewnić możliwość osobistej kontroli prowadzonych prac. Osoba przeprowadzająca kontrolę zostanie przez Zamawiającego zobowiązana do zachowania poufności informacji powziętych w toku kontroli.”*

Pkt 8.7.5 OPZ stanowi: „W przypadku braku akceptacji stron, co do wskazanej liczby roboczogodzin niezbędnych na realizację Zmiany Rozwojowej Zamawiający zastrzega sobie prawo do wyboru i korzystania z opinii biegłego. Biegły dokona oceny czasochłonności realizacji zmiany. Wykonawca będzie zobowiązany do rozliczenia wykonanych czynności w czasie wyliczonym przez biegłego, o ile tylko Zamawiający podejmie decyzję o konieczności jej realizacji, a koszty związane z powyższą opinią poniesie Wykonawca w przypadku, gdy wyliczenie biegłego będzie niższe, co najmniej o 10 % od wyliczenia Wykonawcy”.

Umowa w sprawie zamówienia publicznego jest umową cywilnoprawną, a jej celem jest należyte wykonanie zamówienia z poszanowaniem interesów stron. Z określonego w art. 431 Pzp obowiązku współdziałania zamawiającego i wykonawcy przy wykonywaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego wynika, że obie strony powinny działać zgodnie w celu prawidłowego wykonania zamówienia. Współdziałanie po stronie zamawiającego może polegać m.in. na niepodejmowaniu działań, które mogłyby utrudnić wykonanie przedmiotu świadczenia.

W związku z tym, w sytuacji kontroli jakości i sposobu prowadzenia prac przez Wykonawcę, wskazane przez Zamawiającego osoby trzecie lub podwykonawca, jak też, w przypadku braku akceptacji stron co do liczby roboczogodzin dla realizacji Zmiany Rozwojowej, powołany przez Zamawiającego biegły, powinny to być osoby, które spełniają wymogi zarówno w zakresie odpowiednich do przydzielonego im zadania kwalifikacji i doświadczenia, jak też co do ich bezstronności.

Jak wynika z twierdzeń Zamawiającego, zaprezentowanych jedynie odnośnie do biegłego, deklaruje on, że będzie to osoba o odpowiednich kompetencjach, profesjonalista w obszarze realizacji umowy, zobowiązana zachować poufność wykonywanych zadań. Jest to jednak jedynie stanowisko wyrażone w postępowaniu odwoławczym, nie udostępnione na równych zasadach wykonawcom, nadto, jak zauważył Odwołujący Asseco, w przypadku, gdyby miała to być osoba będąca konkurentem Wykonawcy, samo zobowiązanie jej do poufności, może okazać się niewystarczające. Bowiem nie chodzi tylko o to, aby pozyskane informacje (które mogą stanowić know-how i być chronione jako tajemnica przedsiębiorstwa Wykonawcy i przesądzać o jego przewadze rynkowej), nie zostały upublicznione czy rozpowszechnione, ale przede wszystkim o to, aby podmiot konkurencyjny nie wszedł w ich posiadanie.

W ocenie Izby w sprawie została wykazana potrzeba zapewnienia obiektywizmu przez ww. osoby wskazywane przez Zamawiającego do wykonania przypisanych im zadań. Zgodzić się należy z Odwołującym Asseco, że istnieje ryzyko braku takiego obiektywizmu, w sytuacji, gdy osoba trzecia, podwykonawca czy biegły prowadziliby działalność

konkurencyjną wobec Wykonawcy lub współpracowałiby z podmiotem stanowiącym konkurencję wobec Wykonawcy. Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego, że domaganie się, aby biegłym nie była osoba prowadząca konkurencyjną działalność wobec Wykonawcy lub osoba współpracująca w jakiegokolwiek formie z podmiotem stanowiącym konkurencję wobec Wykonawcy, jest oczekiwaniem nadmiernym.

W związku z tym Izba uznała obecne postanowienia za niewystarczające i nakazała doprecyzowanie ww. postanowień w sposób wskazany w wyroku.

Ad zarzuty nr VIII i IX dotyczące postanowień rękojmi i gwarancji w zakresie Usług Utrzymania i Rozwoju (§ 20 i §21 PPU).

Jak zauważył Odwołujący Asseco, z Kodeksu cywilnego wynika, że zobowiązania z tytułu rękojmi powstają z mocy przepisów prawa. Rękojmia nie jest zatem udzielana przez Wykonawcę, jak wskazał Zamawiający. Nadto określona w art. 556 k.c. rękojmia dotyczy wyłącznie wad fizycznych lub prawnych rzeczy sprzedanej, zaś rękojmia określona w art. 638 k.c. dotyczy dzieła, a zatem nie dotyczy ona prawidłowego działania Systemu. W ramach Usługi Utrzymania żadna rzecz nie jest dostarczana czy wytwarzana, jak też nie jest wytwarzane dzieło w rozumieniu Kodeksu cywilnego. Odwołujący stwierdził również, że Zamawiający nie potrzebuje usług świadczonych w ramach rękojmi, gdyż w okresie obowiązywania umowy błędy będą usuwane w ramach Usługi Utrzymania z reżimem SLA, a po zakończeniu umowy będą usuwane w ramach kolejnej umowy, z przedmiotem analogicznym do niniejszej.

Kwestionowane postanowienia PPU stanowią:

*§ 20. Rękojmia Usługi Utrzymania*

- 1. Wykonawca w ramach Wynagrodzenia udziela Zamawiającemu 24 miesięcznej rękojmi na wszelkie efekty pracy wykonanej w ramach Usług Utrzymania. W ramach rękojmi Wykonawca zobowiązuje się usunąć na własny koszt nieprawidłowości stanowiące Incydent Krytyczny, Incydent Pilny lub Incydent Standardowy, powstałe we wszelkich efektach pracy wykonanej w ramach Usług Utrzymania w związku z realizacją niniejszej Umowy. Rękojmia zaczyna biec z upływem 2 miesięcy od dnia rozpoczęcia realizacji Usług Utrzymania.*
- 2. Zamawiający ma prawo w pełni eksploatować System, w szczególności wprowadzać bieżące zmiany konfiguracyjne, bez utraty praw z tytułu niniejszej rękojmi.*
- 3. W przypadku niewywiązania się Wykonawcy z obowiązków określonych w niniejszym paragrafie przez okres 30 dni Zamawiający ma prawo wykonać niezbędne prace, o których mowa w niniejszym paragrafie na koszt i ryzyko Wykonawcy, we własnym*

zakresie bądź zlecić je podmiotom trzecim. Dla ustalenia wysokości kosztów, o których mowa w zdaniu poprzednim rozstrzygające znaczenie będą miały dokumenty rozliczeniowe wystawione dla Zamawiającego w związku z tymi pracami.

4. W sytuacji, o której mowa w ust. 3 Zamawiający nie traci uprawnień na gruncie niniejszego paragrafu, zaś kary umowne, o których mowa w § 26 ust. 1 Umowy, naliczane są do dnia zakończenia prac opisanych w ust. 3.

#### § 21. Gwarancja i rękojmia Usługi Rozwoju

1. Wykonawca udziela Zamawiającemu 24 miesięcznej gwarancji i rękojmi na usunięcie Incydentów w zakresie Zmian Rozwojowych lub Dokumentacji przygotowanej w ramach Umowy licząc od daty podpisania protokołu odbioru końcowego. W ramach powyższej gwarancji Wykonawca zobowiązuje się usunąć na własny koszt Incydenty na zasadach określonych poniżej.
2. W przypadku wystąpienia Incydentu Wykonawca zobowiązany jest do ich usunięcia w następujących terminach:
  - 1) Incydent Krytyczny – 6 Godzin Roboczych;
  - 2) Incydent Pilny – 48 Godzin Roboczych;
  - 3) Incydent Standardowy – 80 Godzin Roboczych.

Powyższe Terminy liczone będą od momentu Zgłoszenia do Wykonawcy przez Zamawiającego Incydentu za pośrednictwem Service Desk). W wyjątkowych przypadkach, w szczególności, gdy nie działa Service Desk, a wystąpił Incydent, Zamawiający może dokonać Zgłoszenia drogą telefoniczną na numer telefonu [ • ] lub na adres poczty elektronicznej (e-mail): [ • ].

3. Zamawiający ma prawo w pełni użytkować System, w szczególności wprowadzać bieżące zmiany konfiguracyjne, bez utraty praw z tytułu niniejszej gwarancji.

4. W przypadku nie wywiązania się Wykonawcy z obowiązków określonych w niniejszym paragrafie Zamawiający ma prawo po udzieleniu Wykonawcy dodatkowego terminu nie krótszego niż:
    - 1) Incydent Krytyczny – 6 Godzin Roboczych;
    - 2) Incydent Pilny – 48 Godzin Roboczych;
    - 3) Incydent Standardowy – 80 Godzin Roboczych.
- wykonać niezbędne prace, o których mowa w niniejszym paragrafie na koszt i ryzyko Wykonawcy. Dla ustalenia wysokości kosztów, o których mowa w zdaniu poprzednim

*rozstrzygające znaczenie będą miały dokumenty rozliczeniowe wystawione dla Zamawiającego w związku z tymi pracami.*

5. *W sytuacji, o której mowa w ust. 4, Zamawiający nie traci uprawnień na gruncie niniejszego paragrafu, zaś kary umowne, o których mowa w § 26 ust. 1 Umowy, naliczane są do dnia zakończenia prac opisanych w ust. 2.*

Z odpowiedzi na odwołanie wynika, że odpowiedzialność z tytułu rękojmi odnosi się do efektów pracy wykonawcy, przez co Zamawiający rozumie powstanie dzieła w rozumieniu Kodeksu cywilnego, co jest jego zdaniem możliwe także w ramach Usług Utrzymania. Odwołujący nie przedstawił przekonujących argumentów, wskazujących na brak zasadności stanowiska Zamawiającego, co do tego, że także w ramach Usług Utrzymania możliwe jest uzyskanie efektu w postaci dzieła.

W ocenie Izby nie zostało wykazane, aby wyeliminowanie z umowy postanowień dotyczących rękojmi było uzasadnione. Za konieczne należało natomiast uznać doprecyzowanie postanowień PPU w tym zakresie, tak, aby wszyscy wykonawcy, a nie tylko uczestnicy postępowania odwoławczego, pozyskali na równych zasadach wiedzę, co do sposobu rozumienia przez Zamawiającego odnośnych postanowień PPU.

Następnie odnosząc się do kwestii braku możliwości świadczenia przez Wykonawcę usług po zakończeniu obowiązywania Umowy, wskazania wymaga, że, jak stwierdził Odwołujący Asseco i co wynika z dokumentów zamówienia, po wygaśnięciu Umowy Wykonawca nie ma żadnych uprawnień, aby dokonywać czynności na Systemie. Wykonawca ma bowiem obowiązek zwrotu w terminie 5 dni roboczych od dnia zakończenia lub rozwiązania Umowy wszelkich przekazanych Wykonawcy dokumentów i nośników, chyba że Zamawiający wskaże inaczej. Jednocześnie Wykonawca jest zobowiązany usunąć wszelkie dane osobowe, które zostały mu powierzone do przetwarzania. Tymczasem w przypadku wystąpienia Incydentu konieczne będzie po stronie Zamawiającego: udostępnienie Wykonawcy aktualnych kodów źródłowych, dokumentacji i konfiguracji Systemu oraz przekazanie danych osobowych, zaś po stronie Wykonawcy: utworzenie na ich podstawie środowiska developerskiego i testowego, wytworzenie wymaganej zmiany i jej przetestowanie (testy wewnętrzne, regresji ...), przekazanie zmiany do wdrożenia lub w skrajnym przypadku wdrożenia tej zmiany przez Wykonawcę w środowisku produkcyjnym i testowym CPD CANARD. Zauważenia w tym zakresie wymaga, że Zamawiający na rozprawie stwierdził, że udostępni Wykonawcy dostęp do Systemu, jednak nie wskazał postanowień Umowy, z których miałyby to wynikać.

W ocenie Izby, zważywszy na specyfikę zamówienia i to, że obowiązki wynikające z gwarancji i rękojmi będą realizowane po zakończeniu obowiązywania Umowy, dla

umożliwienia wywiązania się z nich przez Wykonawcę w określonym terminie, tj. 6, 48 i 80 Godzin Roboczych, za uzasadnione należało uznać wprowadzenie w Umowie zmiany sposobu liczenia terminu, tj., w miejsce obecnego rozpoczęcia jego biegu od momentu zgłoszenia do Wykonawcy przez Zamawiającego Incydentu, wprowadzenie postanowień wskazujących, że terminy na usunięcie odpowiednio: Incydentu Krytycznego, Incydentu Pilnego i Incydentu Standardowego rozpoczynają swój bieg od udostępnienia Wykonawcy Systemu i danych osobowych.

W związku z tym orzeczono jak w sentencji.

#### Ad zarzut nr X. dotyczący postanowień waloryzacji wynagrodzenia (§ 23 PPU)

*§ 23 PPU Waloryzacja wynagrodzenia stanowi:*

1. *W przypadku wystąpienia konieczności wprowadzenia zmian w zakresie wysokości wynagrodzenia Wykonawcy, tj. wynagrodzenia Wykonawcy netto, określonego w § 16 ust. 1 pkt 1, w wyniku zmian cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją Umowy, Strona ma prawo do wystąpienia o waloryzację wynagrodzenia, o którym mowa powyżej. Zastrzega się przy tym, iż waloryzacja wynagrodzenia będzie mogła zostać dokonana w przypadku zaistnienia zmian istotnych (nadzwyczajnych, nieprzewidzianych) w kontekście poziomu cen i kosztów (identyfikowana poziomem 6 %, o którym mowa w ust. 4 pkt 1, a ryzyka związane z normalną fluktuacją cenową i kosztową (weryfikowalną na podstawie w szczególności doświadczeń w realizacji analogicznych zadań, czy zwyczajnych zachowań rynku, w szczególności wiadomymi wahaniami, czy okresowymi spadkami, wzrostami określonych kategorii cen, kosztów) winny zostać uwzględnione w ryzyku Wykonawcy i w kalkulowane w cenę ofertową.*
2. *Wynagrodzenie Wykonawcy będzie waloryzowane w oparciu o średnioroczny wskaźnik inflacji (dalej „Wskaźnik waloryzacji”): procentowy wzrost cen towarów i usług konsumpcyjnych ustalony w okresie objętym waloryzacją na podstawie informacji Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego w sprawie średniorocznego wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem za poprzedni rok w stosunku do roku, w którym upłynął kolejny okres 12 miesięcy obowiązywania Umowy*
3. *Strona ma prawo do wystąpienia o waloryzację wynagrodzenia w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją Umowy, przy łącznym spełnieniu następujących przesłanek:*
  - 1) *przy spadku Wskaźnika waloryzacji, o co najmniej 6% za ostatni rok poprzedzający złożenie wniosku o waloryzację (przy czym wskaźnik waloryzacji na poziomie równym - 6% zwany jest dalej „Progiem Spadku”), przy czym Waloryzacja będzie obliczana na*



podstawie średniej wskaźnika określonego według Wskaźnika waloryzacji określonego powyżej, za ostatni rok poprzedzający złożenie wniosku o waloryzację, przy wzroście Wskaźnika waloryzacji, o co najmniej 6% za ostatni rok poprzedzający złożenie wniosku o waloryzację (przy czym wskaźnik waloryzacji na poziomie równym 6% zwany jest dalej „Progiem Wzrostu”), przy czym Waloryzacja będzie obliczana na podstawie średniej wskaźnika określonego według Wskaźnika waloryzacji określonego powyżej, za ostatni rok poprzedzający złożenie wniosku o waloryzację;

- 2) wniosek o waloryzację powinien być odpowiednio uzasadniony poprzez określenie wpływu zmiany wysokości Wskaźnika waloryzacji na koszt wykonania zamówienia na podstawie sporządzonych szczegółowych obliczeń proponowanej nowej wysokości wynagrodzenia oraz dokumentów potwierdzających dokonane obliczenia;
  - 3) wartość waloryzacji wynagrodzenia Wykonawcy będzie odpowiadać uzasadnionej zmiany wysokości wynagrodzenia ustalonej zgodnie z pkt 2) powyżej i maksymalnie nie będzie przekraczać różnicy: pomiędzy Wskaźnikiem waloryzacji ustalonym dla okresu objętego waloryzacją, a Progiem Wzrostu - dla wzrostu Wskaźnika waloryzacji, pomiędzy Wskaźnikiem waloryzacji ustalonym dla okresu objętego waloryzacji, a Progiem Spadku - dla spadku Wskaźnika waloryzacji;
  - 4) waloryzacją objęte są materiały i usługi, których odpowiednio pozyskanie przez Wykonawcę i wykonanie rozpoczęło się po zwaloryzowaniu wynagrodzenia, o ile rozpoczęcie wykonania usługi rozpoczęło się po zwaloryzowaniu wynagrodzenia zgodnie z Umową lub z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego.
4. Jeśli obliczenia, informacje i dokumenty przedstawione przez Stronę żądającą waloryzacji są wystarczające, Strony zobowiązane są do zawarcia stosownego aneksu w terminie 30 dni od dnia otrzymania wniosku wraz z kompletem informacji i dokumentów. Zmiana wynagrodzenia następuje od dnia zawarcia aneksu do Umowy.
  5. Łączna maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia Wykonawcy, jaką dopuszcza Zamawiający w efekcie zastosowania postanowień dotyczących waloryzacji wynagrodzenia, o których mowa w niniejszym paragrafie, nie może przekroczyć 10% wynagrodzenia netto, określonego w ust. § 16 ust. 1 pkt 1.
  6. Każdorazowo dokonując waloryzacji wynagrodzenia zgodnie z Umową Wykonawca zobowiązany jest do zmiany wynagrodzenia przysługującego podwykonawcy, z którym zawarł umowę, w zakresie odpowiadającym dokonany zmianom, o których mowa w ust. 1-6. Postanowienia art. 439 ust. 5 Ustawy Pzp stosuje się odpowiednio.

7. *W zakresie w jakim zmiana wysokości wynagrodzenia należnego Wykonawcy wynikająca ze zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją Umowy nie jest objęta postanowieniami niniejszego lub innych paragrafów Umowy, Strony przyjmują, że wynagrodzenie określone w Umowie uwzględnia wszelkie wzrosty i spadki cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją Umowy przez Wykonawcę.*
8. *Jeżeli Umowa została zawarta po upływie 180 dni od dnia upływu terminu składania ofert, początkowym terminem ustalenia zmiany wynagrodzenia jest dzień otwarcia ofert, chyba że Zamawiający określi termin wcześniejszy.*

Zdaniem Odwołującego przewidziana w Umowie łączna maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia Wykonawcy netto, określonego w ust. § 16 ust. 1 pkt 1 Umowy, jaką dopuszcza Zamawiający w efekcie zastosowania postanowień dotyczących waloryzacji wynagrodzenia, tj. 10%, nie pozwala na zapewnienie ekwiwalentności świadczeń stron Umowy, nie niwelujący ryzyk związanych ze zmianami kosztów wykonania zamówienia publicznego.

Zamawiający natomiast twierdzi, że nie jest możliwe z jego strony podwyższenie w wyniku waloryzacji wynagrodzenia Wykonawcy o więcej niż przewidziane w Umowie, jak też, nie ma uzasadnienia, aby w całości to Zamawiającego obciążało ryzyko związane z inflacją. Zamawiający nie wykazał jednak, dlaczego nie może określić wzrostu wynagrodzenia Wykonawcy ponad 10%.

W ocenie Izby, zważywszy na aktualny poziom inflacji, która przekracza 17% i rozbieżne prognozy co do zmian tego poziomu, mając na uwadze, że okres obowiązywania Umowy wynosi 72 miesiące, dla zachowania zgodności z zasadami współżycia społecznego, za uzasadnione należy uznać podwyższenie tego progu. Chodzi bowiem o to, aby nie doszło do zdecydowanego zachwiania równowagi ekonomicznej stron na niekorzyść Wykonawcy, jak też, aby nadmierne podwyższenie wynagrodzenia nie doprowadziło do negatywnych konsekwencji dla Zamawiającego.

W art. 439 ust. 2 pkt 4 Pzp zostało wskazane, że w umowie określa się maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień dotyczących wprowadzenia zmiany wysokości wynagrodzenia. Z przepisu tego wynika zatem, że do Zamawiającego należy określenie wysokości zmian wynagrodzenia w wyniku zastosowania określonego przez niego wskaźnika. Winno to jednak następować z uwzględnieniem sytuacji rynkowej oraz prognoz w tym zakresie. Izba uznała, że aktualnie zwiększenie maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia Wykonawcy netto do 20% jest wystarczające dla zapewnienia równowagi kontraktowej stron.

W ocenie Izby, zważywszy na obecnie obserwowaną dynamikę zmian cen oraz przyjętą w Umowie procedurę wprowadzania zmian wynagrodzenia, należy uznać za wskazane, aby pierwsza waloryzacja miała miejsce po 6 miesiącach obowiązywania Umowy, a nie po 12 miesiącach, jak to obecnie wynika z Umowy.

Izba nie dopatrzyła się naruszenia wskazanych w odwołaniu przepisów prawa poprzez zastosowanie przez Zamawiającego jedynie wskaźnika zmiany cen towarów i usług konsumpcyjnych. Z przepisów tych nie wynika, że do zmiany wynagrodzenia przysługującego wykonawcy, Zamawiający ma obowiązek zastosować jednocześnie wskaźnik wzrostu wynagrodzeń.

Przebieg postępowania odwoławczego, w tym stanowisko Odwołującego Asseco, który stwierdził na rozprawie, że nie wyklucza, że wzrost wynagrodzeń w pewnym momencie przystopuje, jak też nie wykazał, że sam automatycznie podwyższa wynagrodzenie swoim pracownikom wraz ze wzrostem wskaźnika wzrostu wynagrodzeń, pozwala na przyjęcie, że powyższe zmiany Umowy pozwolą na urealnienie ustalonej w niej wysokości wynagrodzenia, a także na odpowiednie skalkulowanie cen ofert, przy jednoczesnym rozłożeniu ryzyka związanego ze zmianami kosztów wykonania zamówienia.

Mając powyższe na uwadze Izba jedynie w części uwzględniła żądania Odwołującego Asseco.

#### Ad zarzut nr XI. dotyczący kary umownej określonej w § 26 ust. 1 pkt 3 PPU

*Przepis § 26 Kary umowne ust. 1 pkt 3 PPU stanowi, że Zamawiający jest uprawniony do naliczenia Wykonawcy następujących kar umownych, w następujących przypadkach niewykonania lub nienależytego wykonania przez Wykonawcę Umowy: 3) w przypadku odstąpienia od Umowy, wypowiedzenia Umowy lub rozwiązania Umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy - w wysokości 30% wartości Wynagrodzenia brutto określonego w § 16 ust. 1 pkt 3 Umowy,*

Zdaniem Odwołującego uregulowanie w powyższy sposób kary umownej jest nieproporcjonalne do zakresu odstąpienia lub wypowiedzenia Umowy i narusza równowagę kontraktową stron. Przedmiot zamówienia obejmuje bowiem niejako dwie części, tj. Usługi Rozwojowe rozliczane kosztorysowo i Usługi Utrzymaniuowe rozliczane ryczałtem.

Odwołujący domagał się wykreślenia zwrotu „rozwiązanie Umowy” m.in. z uwagi na brak jego doprecyzowania oraz ustalenia, że podstawą naliczenia kary umownej będzie wartość tej części Umowy, której dotyczy oświadczenie o odstąpieniu lub wypowiedzeniu, wskazując, iż wypowiedzenie ze swej istoty dotyczyć może tylko części przedmiotu Umowy, tj. usług utrzymania i nie może dotyczyć usług rozwoju, a zatem nie jest uzasadnione, aby w

każdym przypadku, niezależnie od tego jakiej części dotyczy odstąpienie czy wypowiedzenie Umowy, kara umowna naliczana była od maksymalnej wysokości wynagrodzenia.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający poinformował o wykreśleniu zwrotu „rozwiązanie Umowy” i wniósł o oddalenie zarzutu jako bezprzedmiotowego, stwierdzając, że Odwołujący nie może skutecznie kwestionować nieistniejącej treści postanowień SWZ.

Zauważenia wymaga, że wprowadzona przez Zamawiającego zmiana SWZ dotyczy tylko części zarzutu. W związku z tym w pozostałym zakresie zarzut podlega rozpoznaniu.

Na rozprawie Zamawiający stwierdził, że kara umowna musi być dotkliwa. Jeśli byłaby powiązana z czynnościami danego zakresu, co do którego nastąpiłoby rozwiązanie umowy, to szkoda po stronie Zamawiającego zważywszy na jej możliwą skalę mogłaby nie być zrekompensowana. Zamawiający pomija natomiast, że w § 26 ust. 3 PPU zastrzegł, że niezależnie od zastrzeżonych w tym paragrafie kar umownych może dochodzić odszkodowania przenoszącego wysokość kar umownych, do wysokości pełnej szkody, na zasadach ogólnych stosownie do art. 484 Kodeksu cywilnego.

W ocenie Izby, przyjmując, że kara umowna pełni m.in. funkcję zabezpieczającą wykonanie zobowiązań kontraktowych, a w wypadku niewykonania lub nienależytego wykonania tych zobowiązań - funkcję kompensacyjną, ułatwiając uzyskanie odszkodowania, oraz mając na uwadze, iż Zamawiający nie przedstawił wiarygodnych argumentów przemawiających za istnieniem w analizowanym postępowaniu podstaw do odniesienia tej kary do całkowitego wynagrodzenia umownego, za zasadne należało uznać żądanie, aby w przypadku odstąpienia od Umowy lub wypowiedzenia Umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy kara umowna określona na poziomie 30% wynagrodzenia odnosiła się do tej części umowy, której dotyczy odpowiednio odstąpienie lub wypowiedzenie, tj., aby była określona w sposób proporcjonalny do zakresu odstąpienia lub wypowiedzenia Umowy.

Ad zarzut nr XVII. dotyczący postanowienia przewidującego uprawnienia Zamawiającego do jednostronnego określenia stopnia zaawansowania wykonania przedmiotu umowy (§ 27 ust. 7 PPU)

Zgodnie z § 27 ust. 7 PPU: *„W przypadku zaistnienia sytuacji, o której mowa w ust. 6, odbiór przedmiotu Umowy w zakresie Usługi Rozwoju zostanie dokonany protokołem zdawczo-odbiorczym podpisanym przez uprawnionych przedstawicieli obu Stron. Wynagrodzenie za wykonaną część przedmiotu Umowy zostanie obliczone w oparciu o stopień zaawansowania wykonania przedmiotu Umowy, określony w protokole inwentaryzacji w stosunku do całkowitego wynagrodzenia wynikającego z Umowy. W razie wątpliwości stopień zaawansowania wykonania przedmiotu Umowy w zakresie Usługi Rozwoju jednostronnie określi Zamawiający. Do czasu przekazania protokołem zdawczo-*

*odbiorczym prac Zamawiającemu, Wykonawca ponosi pełną odpowiedzialność za utratę, uszkodzenie lub inne zmniejszenie użyteczności i wartości przedmiotu Umowy.”*

*§ 27 ust. 6 PPU stanowi: „W przypadku wypowiedzenia Umowy lub odstąpienia od Umowy przez Zamawiającego w części, Wykonawca sporządzi przy udziale Zamawiającego protokół inwentaryzacji na dzień wypowiedzenia lub odstąpienia od Umowy w zakresie Usługi Rozwoju. W każdym przypadku wypowiedzenia lub częściowego odstąpienia przez Zamawiającego od Umowy w zakresie Usługi Rozwoju (zarówno z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy jak i nieleżących po stronie Wykonawcy), Wykonawca ma obowiązek przy podpisaniu protokołu inwentaryzacji przekazać wykonaną część przedmiotu Umowy, przy czym z chwilą przekazania tej części i jej przyjęcia przez Zamawiającego, Zamawiający nabywa prawa majątkowe autorskie do przekazanych Utworów zgodnie z postanowieniami § 19 Umowy”.*

Według Odwołującego Asseco przy takim brzmieniu Umowy Zamawiający całkowicie dowolnie może określić stopień zaawansowania wykonania jej przedmiotu. Żaden przepis prawa nie zezwala natomiast, aby jedna ze stron Umowy dowolnie i jednostronnie określała istotne kwestie, w tym mające wpływ na wynagrodzenie należne wykonawcy. Taka regulacja narusza zasadę swobody umów, gdyż jest sprzeczna zarówno z zasadami współżycia społecznego, jak i z istotą stosunku zobowiązaniowego.

Zdaniem Zamawiającego natomiast, jako odbiorca zamówienia ma prawo do ostatecznego przyjęcia zrealizowanych prac. Wynika to z § 14 ust. 3 PPU i procedur odbiorowych opisanych w OPZ. Zatem tym bardziej w przypadku rozliczeń na podstawie protokołu inwentaryzacji Zamawiający ma prawo określić stopień zaawansowania wykonania prac w zakresie Usługi Rozwoju. Jednocześnie Zamawiający wskazał m.in., że w przypadku rozwiązania umowy faktyczne rozliczenie będzie dotyczyło aktualnie realizowanych zleceń dotyczących Zmian Rozwojowych. Ponadto Wykonawca wskaże zrealizowaną liczbę roboczogodzin w ramach Zmiany Rozwojowej.

Zauważenia wymaga, że nie jest kwestionowane przez Odwołującego prawo Zamawiającego do ostatecznego przyjęcia zrealizowanych prac. Spór dotyczy natomiast tego, kto powinien określić stopień zaawansowania wykonania przedmiotu Umowy w zakresie Usług Rozwoju, w razie, gdy powstaną wątpliwości w tym zakresie.

W ocenie Izby określenie zasad, aby w razie wątpliwości co do stopnia zaawansowania wykonania przedmiotu Umowy w zakresie Usług Rozwoju, jedna ze stron umowy – w tym przypadku Zamawiający - jednostronnie określała taki stopień zaawansowania, wskazuje na ryzyko arbitralności decyzji w tym zakresie, dla uniknięcia której, wskazane jest, aby wypowiedział się w tym zakresie niezależny biegły.

W związku z tym, Izba orzekła jak w sentencji.

### **Sygn. akt KIO 2536/22**

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie w części, tj. w zakresie zarzutów nr 1d, 1e, 3b, 3c, 3d. W zakresie natomiast zarzutów nr 1f, 1g, 3a odwołanie podlega oddaleniu.

#### Ad zarzut nr 1d dotyczący braku precyzyjnego określenia procedury transferu wiedzy

Zdaniem Odwołującego Comarch dokonany w tym zakresie opis przedmiotu zamówienia jest niejednoznaczny. Zamawiający bowiem w § 4 ust. 4 pkt 1 PPU określił transfer wiedzy w sposób niejasny, który nie uwzględnia wszystkich okoliczności mających wpływ na wycenę i złożenie oferty, bowiem nie określił co ma obejmować transfer wiedzy, w jakim terminie ten transfer nastąpić, na jak długi okres przewidywany jest ten proces, jakie są kryteria odbioru, czyli uznania, że transfer wiedzy został wykonany skutecznie, czy Zamawiający wskaże zespoły które mają lub powinny posiadać zdolność do przejęcia wiedzy i samodzielnego utrzymania Systemu.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający podał, że transfer wiedzy przede wszystkim będzie realizowany w ramach szkoleń dla użytkowników i administratorów Systemu, opisanych szczegółowo w OPZ.

§ 4 ust. 4 pkt 1 stanowi: „4. Wykonawca w ramach Wynagrodzenia określonego w § 16 ust. 1 Umowy zobowiązany jest także do: 1) współpracy z Zamawiającym w celu przekazania Zamawiającemu lub wyznaczonym przez niego podmiotom wiedzy na temat Systemu oraz wiedzy na temat realizacji Umowy, w niezbędnym dla Zamawiającego zakresie.”.

Z powyższego postanowienia nie wynika wprost, że przekazywana przez Wykonawcę wiedza miałaby się odbywać w formie szkoleń opisanych w OPZ. Skoro intencją Zamawiającego było, aby następowało to właśnie w ramach szkoleń opisanych w OPZ, to powinien to jasno wskazać w PPU. Jeśli miałoby to przybrać także inną formę, również powinno to być przekazane na równych zasadach wykonawcom w dokumentach zamówienia.

W związku z tym Izba orzekła jak w sentencji.

#### Ad zarzut 1e dotyczący braku precyzyjnego określenia zakresu utrzymania narzędzia HP Service Manager

Zdaniem Odwołującego Comarch pkt 7.7. OPZ nakłada na Wykonawcę obowiązek m.in. utrzymania oprogramowania HP Service Manager, jednak nie precyzuje, na czym

utrzymanie to miałyby polegać, jakie czynności powinny zostać wykonane w ramach tego utrzymania, w jakim reżimie, odnośnie do utrzymania jakich parametrów itp. Nie wiadomo więc, jak liczny skład osobowy, o jakiej strukturze kompetencji, na jaki okres i w jakim reżimie czasowym powinien zostać zapewniony przez Wykonawcę celem wywiązania się obowiązku utrzymania HPSM Zamawiającego. Nadto nie precyzuje którą ze stron ma obowiązek zakupić/odnowić/przedłużyć licencje. Powoduje to brak wiedzy jakie koszty należy uwzględnić przy wycenie oferty. Odwołujący Comarch wniósł o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji SWZ poprzez wprowadzenie opisu zobowiązań Wykonawcy w odniesieniu do korzystania, utrzymania, zarządzania oprogramowaniem będącym w posiadaniu Zamawiającego – HP Service Manager oraz ponoszenia kosztów opłat licencyjnych.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wyjaśnił, że Wykonawca zobowiązany jest do wykonywania kwartalnych przeglądów Oprogramowania Obcego wykorzystywanego w ramach realizacji Umowy celem aktualizacji lub instalacji nowych jego wersji. W ramach utrzymania HPSM do zadań Wykonawcy będą należeć: usuwanie przez Wykonawcę błędów oprogramowania HPSM Zamawiającego oraz wszystkich jego komponentów, implementacja aktualizacji poprawek oprogramowania HPSM i wszystkich jego komponentów oraz nowych wersji tego oprogramowania, dostosowanie funkcjonalności systemu HPSM do bieżących potrzeb Zamawiającego, modyfikacja i analiza konfiguracji, wydajności oraz optymalizacja funkcjonowania systemu HPSM, modyfikacja i analiza konfiguracji procesów funkcjonujących w systemie HPSM, utrzymanie, modyfikacja, projektowanie i implementacja mechanizmów integracyjnych, prowadzenie testów wydajnościowych i audytów bezpieczeństwa systemu HPSM, Aktualizacja dokumentacji systemu HPSM. Zamawiający wymaga, aby Wykonawca świadczył usługi utrzymania z wykorzystaniem narzędzia HPSM w związku z tym określenie reżimu, będzie spoczywało na Wykonawcy z uwzględnieniem zachowania ciągłości świadczenia usług utrzymania. W przypadku braku możliwości wsparcia przez HP Service Manager przy korzystaniu z Systemu lub gdy System nie będzie wspierany Zamawiający dostarczy odpowiednie oprogramowanie, a Wykonawca będzie je konfigurował. Dostarczone oprogramowanie będzie konfigurowane na zasadach opisanych w pkt. 7.3.2.-7.3.4 OPZ.

Pkt 7.7. OPZ stanowi: *„Wykonawca zobowiązany jest do korzystania, utrzymania, zarządzania oprogramowaniem będącym w posiadaniu Zamawiającego – HP Service Manager, jako narzędzie wspierające pracę Service Desk oraz procesów zarządzania Incydentami, Problemami, zmianą i konfiguracją. Zamawiający dostarczy Wykonawcy niezbędną dokumentację obsługi HP Service Manager. Zapewnione licencje stanowią własność Zamawiającego.”*

W ocenie Izby treść ww. postanowienia oraz odpowiedzi na odwołanie potwierdza zarzucany przez Odwołującego Comarch brak wystarczającego opisu obowiązków

Wykonawcy w dokumentach zamówienia, który został uzupełniony w piśmie procesowym. Stanowisko Zamawiającego zawarte w odpowiedzi na odwołanie znane jest jednak jedynie uczestnikom postępowania odwoławczego. Odpowiednie informacje powinny natomiast zostać przekazane na równych zasadach wszystkim wykonawcom zainteresowanym udziałem w postępowaniu.

W związku z tym orzeczono jak w sentencji.

Ad zarzut 1.f. dotyczący braku precyzyjnego uregulowania zakresu utrzymania Infrastruktury Technicznej w przypadku jej rozbudowy lub zmiany, w szczególności kosztów tego utrzymania oraz zarzut nr 1.g dotyczący braku precyzyjnego określenia przedmiotu zamówienia w zakresie zainstalowania i konfiguracji Systemu na rozbudowanej Infrastrukturze Teleinformatycznej zakupionej przez Zamawiającego w ramach projektu „Zwiększenie skuteczności i efektywności systemu automatycznego nadzoru nad ruchem drogowym”.

Odwołujący Comarch wskazał, że Infrastruktura Teleinformatyczna jest częścią Systemu podlegającą obowiązkowi świadczenia przez Wykonawcę Usług Utrzymania w ramach podpisanej Umowy. Wszelkie zapisy dotyczące obowiązków (odpowiedzialności) związanych z utrzymaniem Systemu dotyczą również Infrastruktury Teleinformatycznej. Co więcej, OPZ (pkt 7.3.2., 7.3.3., 7.3.4) nakłada obowiązki utrzymaniowe w stosunku do infrastruktury rozbudowywanej przez podmioty inne niż Wykonawca. Zgodnie bowiem z § 6 ust. 3 PPU, Wykonawca będzie świadczyć Usługi Utrzymania, niezależnie od Infrastruktury Teleinformatycznej i Oprogramowania Zamawiającego, które zostaną nabyte i zainstalowane przez Zamawiającego w trakcie obowiązywania Umowy. Według definicji, Infrastruktura Teleinformatyczna obejmuje nie tylko urządzenia wchodzące w skład Systemu w chwili zawarcia Umowy oraz dołączone do Systemu przez Wykonawcę, lecz także urządzenia dołączone do Systemu przez Zamawiającego lub jakikolwiek podmiot trzeci w trakcie obowiązywania Umowy.

Zdaniem Odwołującego Comarch przed zawarciem Umowy, jak też w trakcie jej realizacji Wykonawca nie będzie mógł oszacować kosztów utrzymania w części dotyczącej infrastruktury dostarczonej w trakcie realizacji Umowy przez Wykonawcę lub podmiot trzeci. Takie zobowiązanie mogłoby być ewentualnie realizowane w ramach odrębnego zlecenia, które podlegałoby wycenieniu - tj. Usług Rozwoju. Zdaniem Odwołującego Comarch przedmiotowymi zapisami SWZ Zamawiający tworzy sytuację, w której Wykonawca nie jest w stanie przewidzieć i oszacować w terminie złożenia oferty kosztów świadczenia Usług Utrzymania Systemu. Dodatkowo Zamawiający nie gwarantuje, że przyszła Infrastruktura Teleinformatyczna będzie umożliwiała spełnienie wymogów SLA dla Systemu. Odwołujący



Comarch wniósł o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji SWZ poprzez wyraźne sprecyzowanie, że Wykonawca nie będzie zobowiązany do świadczenia Usług Utrzymania w odniesieniu do tej części Infrastruktury Teleinformatycznej, która w trakcie realizacji Umowy nie została dostarczona przez Wykonawcę, lub przewidzenie zmiany wynagrodzenia Wykonawcy z tytułu świadczenia Usług Utrzymania w odniesieniu do Infrastruktury Teleinformatycznej, która w trakcie realizacji Umowy nie została dostarczona przez Wykonawcę, lub wskazanie, że utrzymanie przez Wykonawcę tej części Infrastruktury Teleinformatycznej, która w trakcie realizacji Umowy nie została dostarczona przez Wykonawcę będzie rozliczane w ramach Usług Rozwoju.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający poinformował, że dokonał zmiany pkt 7.3.2. OPZ oraz 7.3.3. OPZ podając nową treść tych postanowień, tj.

„7.3.2. Prace w zakresie wdrażania, testowania i aktualizacji Systemu oraz utrzymywania aktualnej wersji Dokumentacji oraz konfiguracji Infrastruktury Teleinformatycznej, także w przypadku sprzętu dostarczonego przez Zamawiającego w ramach obsługi awarii sprzętu (naprawa poprzez wymianę na nowy sprzęt np. nowy serwer, macierz dyskowa, urządzenie sieciowe itp.) lub jego wymiany w przypadku końca wsparcia producenta,”

„7.3.3 Prace związane z utrzymaniem i administrowaniem Infrastruktury Teleinformatycznej oraz prace instalacyjne i konfiguracyjne w przypadku wymiany sprzętu w przypadku jego awarii lub zakończenia wsparcia producenta,”

i wniósł o oddalenie odwołania jako bezprzedmiotowego, gdyż odnosi się do treści SWZ, która została zmieniona.

Zamawiający jednocześnie wskazał, że celem Usługi Utrzymania jest sprawne, niezawodne, bezpieczne i wydajne funkcjonowanie Systemu w całym okresie trwania umowy, czyli w trakcie 72 miesiącach. W tak długim czasie trwania Umowy, przy zmieniających się przepisach dotyczących realizowanych przez System zadań oraz zmianach technologicznych i sprzętowych wiadomym jest, że również System w tym jego Infrastruktura Teleinformatyczna będzie modyfikowana w celu rozwijania i ulepszania Systemu. Zatem w pkt 7.3.2 i 7.3.3 OPZ określił jaki jest zakres obowiązków Wykonawcy przy zmianie Infrastruktury Teleinformatycznej. Oczywistym jest, że w skład Systemu wchodzi urządzenia istniejące w chwili obecnej jak również urządzenia, które będą dołączane w trakcie trwania umowy. Wszystkie elementy Systemu tworzą jedną całość, a uzasadnionym jest, że Wykonawca odpowiedzialny za utrzymanie systemu będzie odpowiadał za całość jego poprawnego funkcjonowania. Wyłączenie pewnych zobowiązań Wykonawcy utrudniałoby realizację tego zadania. Zamawiający wskazuje, że jest możliwym oszacowanie kosztów utrzymania całości Systemu, w tym utrzymania zmieniającego się

systemu. Zapisom tym nie można zatem zarzucić naruszenia art. 99 ust. 1 i 4 w zw. z art. 16 Pzp. Natomiast, żądania Odwołującego w zakresie wyłączenia niektórych obowiązków lub innego sposobu wynagradzania nie są spójne z celami i sposobem utrzymywania Systemu w ramach Usługi Utrzymania. Zamawiający wskazał, że jest możliwe oszacowanie kosztów utrzymania całości Systemu, w tym utrzymania zmieniającego się systemu.

Odwołujący, pomimo dokonanej przez Zamawiającego zmiany SWZ, podtrzymał zarzut i żądania zawarte w odwołaniu.

Zgodnie z pkt 22 Definicji w PPU: *„Infrastruktura Teleinformatyczna – urządzenia teleinformatyczne wchodzące w skład Systemu wraz z oprogramowaniem wymaganym dla prawidłowego funkcjonowania tych urządzeń w Systemie, niezbędne do jego prawidłowego funkcjonowania oraz niezbędne do realizacji Umowy. Infrastruktura Teleinformatyczna obejmuje zarówno urządzenia wchodzące w skład Systemu w chwili zawarcia Umowy, jak i dołączone do Systemu przez Zamawiającego, Wykonawcę lub jakikolwiek podmiot trzeci w trakcie obowiązywania Umowy.”*

Zamawiający w pkt. 7.3.2 i 7.3.3 OPZ określił jaki jest zakres obowiązków Wykonawcy przy zmianie Infrastruktury Teleinformatycznej. Jak słusznie zauważył na rozprawie Zamawiający, postępowanie adresowane jest do profesjonalistów, a dołączane urządzenia mogą także ułatwiać realizację usług. W skład Systemu wchodzi urządzenia istniejące w chwili wszczęcia postępowania, jak również urządzenia, które będą dołączane w trakcie realizacji umowy przewidzianej na 72 miesiące. Wszystkie elementy Systemu tworzą jedną całość.

Zgodzić się zatem należy z Zamawiającym, że uzasadnionym jest, aby Wykonawca odpowiedzialny za utrzymanie systemu odpowiadał za całość jego poprawnego funkcjonowania. Wyłączenie niektórych zobowiązań Wykonawcy utrudniałoby bowiem realizację tego zadania.

Nie została także wykazana przez Odwołującego Comarch zasadność alternatywnego żądania, aby utrzymanie przez Wykonawcę tej części Infrastruktury Teleinformatycznej, która w trakcie realizacji Umowy nie została dostarczona przez Wykonawcę, była rozliczana nie ryczałtowo jak Usługi Utrzymania, lecz w ramach Usług Rozwoju.

W omawianym przypadku chodzi o Usługi Utrzymania, a nie Usługi Rozwoju. Nadto, jak wskazał na rozprawie odnosząc się do zarzutów nr 1 f i 1 g System jest skomplikowany, a chodzi o ewolucyjne zmiany. Charakter utrzymania pozostaje ten sam. W związku z tym istnieje możliwość oszacowania kosztów utrzymania. Zamawiający jednoznacznie opisał co składa się na usługi rozwoju, które będą wyceniane odrębnie. Nadto w ramach planowanych

zakupów będą kupowane nowsze/nowocześniejsze urządzenia. Może się więc zdarzyć, że po ich wdrożeniu utrzymanie będzie mogło następować na korzystnych dla wykonawcy warunkach cenowych/kosztowych.

Następnie Odwołujący Comarch podał, że zgodnie z ust. 7.3.4. OPZ: *„Wykonawca w ramach Usługi Utrzymania dokona zainstalowania i konfiguracji Systemu CPD CANARD (w tym zwirtualizowanie części maszyn) na rozbudowanej Infrastrukturze Teleinformatycznej zakupionej przez Zamawiającego w ramach projektu „Zwiększenie skuteczności i efektywności systemu automatycznego nadzoru nad ruchem drogowym”.*

Zdaniem Odwołującego Comarch Zamawiający nie określił precyzyjnie zakresu przywołanego projektu, co prowadzi do braku wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia i braku możliwości skalkulowania ww. zobowiązania w cenie oferty.

Odwołujący Comarch wniósł o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji ust. 7.3.4. OPZ poprzez precyzyjne opisanie rozbudowanej Infrastruktury Teleinformatycznej zakupionej przez Zamawiającego w ramach projektu pn. „Zwiększenie skuteczności i efektywności systemu automatycznego nadzoru nad ruchem drogowym”, a także podanie terminu realizacji tego projektu oraz pozostałych aspektów z tym związanych, o ile będą one miały wpływ na realizację przedmiotowego zobowiązania.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający poinformował, że dokonał zmiany treści pkt 7.3.4. OPZ w następujący sposób:

*„Wykonawca w ramach Usługi Utrzymania dokona zainstalowania i konfiguracji Systemu CPD CANARD (w tym zwirtualizowanie części maszyn) na rozbudowanej Infrastrukturze Teleinformatycznej zakupionej przez Zamawiającego w ramach projektu „Zwiększenie skuteczności i efektywności systemu automatycznego nadzoru nad ruchem drogowym”. Zamawiający planuje zakup infrastruktury teleinformatycznej i oprogramowania w zakresie rzeczowym określonym w OPZ postępowaniu BDG.ZPB.072.10.2022, które zostanie opublikowane w dniu 7.10.2022 roku. Wykonawca zobowiązany jest do dokonania analizy możliwości wirtualizacji środowisk produkcyjnych i testowych w największym możliwym zakresie na jaki pozwoli dostarczony przez Zamawiającego sprzęt. Następnie Wykonawca przygotuje maszyny wirtualne w środowisku dostarczonym przez Zamawiającego i zmigruje na nie systemy i dane z maszyn fizycznych wskazanych ww. analizie i zaakceptowane przez Zamawiającego. Ponadto wykonawca jest zobowiązany do przygotowania i wdrożenia polityki wykonywania kopii bezpieczeństwa maszyn wirtualnych w systemie dostarczonym przez Zamawiającego. Wykonawca zobowiązany jest także do dokonania analizy możliwości migracji baz danych i zasobów plikowych w największym możliwym zakresie na jaki pozwoli dostarczony przez Zamawiającego sprzęt. Ponadto wykonawca zobowiązany jest do*

skonfigurowania przestrzeni na dostarczonych macierzach oraz do dokonania migracji na nie bazy danych i zasobów plikowe wskazanych w analizie i zaakceptowanych przez Zamawiającego.” i wniósł o oddalenie tego zarzutu, z uwagi na to, że jest bezprzedmiotowy, gdyż odnosi się do treści SWZ, która została zmieniona przez Zamawiającego.

W ocenie Izby, skoro Zamawiający dopiero planuje zakup infrastruktury teleinformatycznej i oprogramowania, i poinformował o tym w zmienionym ww. pkt 7.3.4. OPZ, ze wskazaniem sposobu zapoznania się z jego oczekiwaniami w tym zakresie, to należy uznać, że odniósł się do oczekiwań Odwołującego poprzez odesłanie do OPZ innego postępowania, które ma być dopiero przeprowadzone. Zgodzić się zatem należy z Zamawiającym, że wobec nowej treści SWZ wykonawcom przysługują środki ochrony prawnej, co oznacza, że to nowe brzmienie nie może być przedmiotem rozpoznania w obecnym postępowaniu.

Odwołujący podtrzymał ten zarzut. Na rozprawie stwierdził, że Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie odwołuje się do nowego, odrębnego postępowania i przewidzianego dla niego OPZ. Jednakże postępowanie to jeszcze na dzień odpowiedzi na odwołanie nie było wszczęte, ponadto taki OPZ może być zmieniony np. na skutek zadawanych pytań przez wykonawców. Pokazuje to, że Odwołujący odnosi argumentację do nowego brzmienia SWZ. Tymczasem jak wyżej wskazano, Zamawiający dokonał istotnej zmiany kwestionowanego przez Odwołującego Comarch postanowienia.

W związku z tym odwołanie w tym zakresie podlega oddaleniu.

Ad zarzut nr 3a dotyczący braku precyzyjnych zasad współpracy Wykonawcy w ramach Usługi Rozwoju z podmiotami trzecimi, brak precyzyjnego określenia odpowiedzialności Zamawiającego za dokonywanie uzgodnień z podmiotami trzecimi

Odwołujący Comarch wskazał, że zgodnie z § 11 ust. 3 wzoru umowy: „3. Wykonawca, w ramach Usługi Rozwoju, zobowiązany jest uwzględnić konieczność współpracy z innymi dostawcami sprzętu, oprogramowania lub usług, które Zamawiający wskazał w OPZ, jako przewidziane do współpracy z Systemem.”

Zdaniem Odwołującego Comarch Zamawiający nakładając na Wykonawcę konieczność współpracy z innymi dostawcami sprzętu nie określił, na czym ta współpraca miałaby polegać. Wykonawca nie wie, jakie czynności konkretnie miałyby wchodzić w zakres wymaganej współpracy, wpływa na brak możliwości oszacowania kosztów tej współpracy. Zobowiązanie do współpracy zawarte w § 11 ust. 3 wzoru umowy, jest sformułowane zbyt ogólnie, w szczególności w sposób, który może sugerować przeprowadzanie wszelkich uzgodnień przez Wykonawcę i brania na siebie odpowiedzialności za formę i skutki tych uzgodnień. Tym samym Zamawiający traktuje wskazanych w OPZ innych dostawców

sprzętu, oprogramowana i usług niemalże jako obowiązkowych podwykonawców Wykonawcy, w dodatku w zakresie niemożliwym do przewidzenia w dniu składania oferty w przedmiotowym postępowaniu. Brak precyzyjnego określenia zakresu i zasad współpracy wykonawcy z podmiotami trzecimi rodzi nadto negatywne skutki w postaci niemożliwych do przewidzenia przez wykonawcę i oszacowania liczby, zakresu, charakteru i skutków współpracy wymaganej z podmiotami trzecimi wskazanymi przez Zamawiającego, a zatem uniemożliwia uwzględnienie tych kosztów w cenie oferty.

Odwołujący Comarch wniósł o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji SWZ poprzez precyzyjne określenie zakresu i zasad współpracy Wykonawcy z innymi dostawcami w ramach Usług Rozwoju oraz wskazanie, że to Zamawiający jest odpowiedzialny za wszelkie uzgodnienia i komunikację z podmiotami trzecimi, a także za zobowiązania wobec podmiotów trzecich.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający zaznaczył, że § 11 ust. 3 PPU musi być czytany łącznie z pozostałymi zapisami OPZ. W pkt 8 OPZ został zawarty opis wymagań Usługi Rozwoju. Zgodnie z pkt 8.3. OPZ Wykonawca w ramach Usług Rozwoju będzie modyfikował i aktualizował zakres wymienianych danych z systemami zewnętrznymi zgodnie z potrzebami Zamawiającego. Ponadto, zgodnie z pkt. 8.5. OPZ Wykonawca będzie zobowiązany do przeprowadzania analizy wskazanych przez Zamawiającego optymalizacji funkcjonalności Systemu CPD CANARD, w tym oszacowania pracochłonności (w roboczogodzinach) zleconej zmiany optymalizacyjnej.

Zgodnie z OPZ każda Zmiana Rozwojowa będzie odrębnie zlecana i precyzyjnie opisywana w momencie jej zlecenia. W każdym zleceniu będzie określana specyfika świadczonej usługi rozwojowej. W przypadku konieczności współpracy Wykonawcy z innymi dostawcami sprzętu, oprogramowania lub usług Zamawiający uwzględni i doprecyzuje te elementy w zleceniu. Ponadto, każde zlecenie będzie podlegało oszacowaniu pracochłonności i ustaleniu warunków przez Strony. Jak wyżej wskazane wynagrodzenie jest kosztorysowe,

W ocenie Izby, zarzut nie znajduje potwierdzenia. Został on bowiem postawiony bez powiązania z pozostałymi postanowieniami OPZ i bez wykazania, że czytając je łącznie przedstawiony opis narusza przepis art. 99 ust. 1 i 4 w zw. z art. 16 Pzp.

Zauważenia przy tym również wymaga, że stanowisko Odwołującego Comarch zaprezentowane w odwołaniu jest niespójne. Z jednej bowiem strony stwierdza, że: „... to Zamawiający powinien być odpowiedzialny za wszelkie uzgodnienia i komunikację z podmiotami trzecimi, a także zobowiązania z podmiotami trzecimi. Odstępstwa od tych zasad mogą dotyczyć jedynie kontaktów roboczych wykonawcy z podmiotami trzecimi.” A

jednocześnie w żądaniu oczekuje: „... nakazania Zamawiającemu wskazania, że to Zamawiający jest odpowiedzialny za wszelkie uzgodnienia i komunikację z podmiotami trzecimi, a także za zobowiązania wobec podmiotów trzecich”.

Ad zarzut 3.b. dotyczący braku precyzyjnych zasad skorzystania z wykonania zastępczego przez Zamawiającego oraz brak przewidzenia uprzedniego wezwania Wykonawcy do realizacji Umowy przed skorzystaniem z wykonania zastępczego

Odwołujący Comarch wskazał, że zgodnie z § 27 ust. 5 wzoru umowy: „Zamawiający ma prawo, w każdym przypadku wypowiedzenia Umowy lub częściowego odstąpienia od Umowy, do dokończenia realizacji przedmiotu Umowy na koszt Wykonawcy w zakresie Usługi Rozwoju, jeżeli odstąpienie/wypowiedzenie zrealizowane zostało przez Zamawiającego z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, Wykonawca zobowiązany jest na wezwanie w terminie 7 dni do zwrotu Zamawiającemu kosztów wykonania zastępczego.”

Powyższe postanowienie jest w ocenie Odwołującego Comarch nieprecyzyjne, nie uwzględnia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. W szczególności brak jest informacji: na jakich zasadach będzie ustalany koszt zastępczy i w stosunku do jakiego zakresu zobowiązania Zamawiający będzie mógł skorzystać z wykonania zastępczego. We wzorze umowy nie przewidziano także procedury wezwania Wykonawcy do wykonania zobowiązania wraz z wyznaczeniem odpowiedniego terminu pod rygorem skorzystania z wykonania zastępczego. Zgodnie z art. 480 § 1 KC, wykonanie zastępcze wymaga wcześniejszego upoważnienia przez sąd do wykonania czynności na koszt dłużnika. Zważywszy na swój specyficzny charakter wykonanie zastępcze powinno być w jakiś sposób zlimitowane, aby wierzyciel nie mógł swobodnie obciążać dłużnika kosztami wykonania zastępczego. Nadto, zgodnie z art. 636 § 1 KC, jeżeli przyjmujący zamówienie wykonywa dzieło w sposób wadliwy albo sprzeczny z umową, zamawiający może wezwać go do zmiany sposobu wykonania i wyznaczyć mu w tym celu odpowiedni termin.

Odwołujący Comarch wniósł o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji § 27 ust. 5 wzoru umowy poprzez określenie, że wykonanie zastępcze będzie dotyczyć wyłącznie niewykonanego zakresu Umowy, oraz procedury wezwania Wykonawcy do wykonania zobowiązania wraz z wyznaczeniem Wykonawcy odpowiedniego terminu pod rygorem skorzystania z wykonania zastępczego.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający stwierdził, że jego zdaniem § 27 ust. 5 PPU wskazuje na dokończenie realizacji przedmiotu Umowy na koszt Wykonawcy i w tym zakresie wykonanie zastępcze. Do wykonania zastępczego jako podmiot publiczny będzie musiał stosować zasady dysponowania środkami publicznymi, w szczególności ustawy Pzp

oraz regulacje wewnętrzne Zamawiającego w przypadku wartości zamówienia poniżej 130.000,00 zł. W takim przypadku nie ma możliwości uzgadniania z Wykonawcą wartości wykonania zastępczego. Jednocześnie w przypadku, gdy Wykonawca nie będzie się zgadzał z kosztami wykonania zastępczego ma prawo dochodzenia roszczeń w tym zakresie. W myśl bowiem art. 471 KC dłużnik obowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi.

Ze stanowiska Odwołującego Comarch wynika, że istotą zarzutu jest brak precyzji opisu w zakresie wykonania zastępczego, w tym brak opisu procedury wezwania Wykonawcy do wykonania zobowiązania wraz z wyznaczeniem odpowiedniego terminu pod rygorem skorzystania z wykonania zastępczego. Izba orzeka w granicach zarzutów odwołania. Przyjmując zatem umowny charakter tych regulacji, za zasadne należy uznać, aby Umowa w tym zakresie została doprecyzowana i przewidywała, że przed zleceniem wykonania zastępczego, Wykonawca będzie wezwany przez Zamawiającego do wykonania zobowiązania wraz z wyznaczeniem Wykonawcy odpowiedniego terminu.

Ad zarzut 3.c. dotyczący jednostronnego określenia przez Zamawiającego stopnia zaawansowania wykonania przedmiotu Umowy w zakresie Usługi Rozwoju w razie wątpliwości (§ 27 ust. 7 PPU)

Zdaniem Odwołującego Comarch przewidziana przez Zamawiającego procedura, zgodnie z którą w razie wątpliwości stopień zaawansowania wykonania przedmiotu Umowy w zakresie Usługi Rozwoju jednostronnie określi Zamawiający, jest nieprecyzyjna, nie uwzględnia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Wykonawca bowiem nie wie, jakie otrzyma wynagrodzenie za zrealizowane Usługi Rozwoju, skoro Zamawiający ma pełne prawo jednostronnie określić stopień zaawansowania wykonania przedmiotu Umowy w zakresie Usług Rozwoju, przy czym uprawnienie to przysługuje Zamawiającemu „w razie wątpliwości”. Skoro Zamawiający, jak sam przyznaje, nie jest uznawany za profesjonalistę w zakresie działalności związanej z realizacją przedmiotu Umowy, wątpliwości zdaniem Odwołującego, budzi fakt rzetelnego jednostronnego określenia stopnia zaawansowania wykonania przedmiotu Umowy w zakresie Usług Rozwoju. W ocenie wykonawcy, w razie wątpliwości stopień zaawansowania wykonania przedmiotu Umowy w zakresie Usługi Rozwoju powinien określić biegły, możliwość udziału którego została przewidziana w ramach pkt 8.7.5. OPZ.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie przedstawił argumentację analogiczną, do tej, jaką zaprezentował odnośnie do zarzutu nr XVII w odwołaniu Asseco, zarzut w tym zakresie został bowiem także podniesiony przez Odwołującego Asseco.

W związku z tym za aktualne należy uznać stanowisko Izby wyrażone powyżej w odniesieniu do zarzutu nr XVII postawionego przez Odwołującego Asseco. Izba podzieliła stanowisko Odwołujących, że powstałe wątpliwości nie powinny być rozstrzygane przez stronę Umowy, lecz przez niezależny, gwarantujący obiektywizm, podmiot, uznając, iż właściwą osobą będzie biegły, tj. osoba posiadająca odpowiednie doświadczenie i kompetencje z dziedziny, której dotyczy przedmiot zamówienia i zakresu, dla którego ma być zaangażowana, gwarantująca bezstronność i obiektywizm, która nie prowadzi działalności konkurencyjnej wobec wykonawcy, jak również nie współpracuje w jakiegokolwiek formie z podmiotem stanowiącym konkurencję wobec Wykonawcy, posiadająca odpowiednie kwalifikacje i doświadczenie.

W związku z tym orzeczono jak w sentencji.

#### Ad. zarzut nr 3.d. dotyczący braku określenia kto może być biegłym

Odwołujący Comarch wskazał na pkt 8.7.5. OPZ i przewidziane tam dla Zamawiającego prawo do wyboru i korzystania z opinii biegłego w przypadku braku akceptacji stron, co do wskazanej liczby roboczogodzin niezbędnych na realizację Zmiany Rozwojowej i stwierdził, że postanowienie to jest sprzeczne z zasadą równości stron stosunku prawnego. Zamawiający mógłby bowiem powołać jako biegłego np. kierownika projektu po stronie Zamawiającego, który nie spełniałby podstawowej idei powołania biegłego, tj. osoby rzetelnej, eksperckiej, niezależnej od Stron. W ocenie Wykonawcy zachodzi potrzeba potwierdzenia, że biegłym nie będzie osoba lub podmiot powiązany z Zamawiającym, a także, że biegłym będzie osoba wpisana na listę biegłych sądowych.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie przedstawił argumentację analogiczną, do tej, jaką zaprezentował odnośnie do zarzutu nr XX w odwołaniu Asseco.

W związku z tym za aktualne należy uznać stanowisko Izby wyrażone powyżej w odniesieniu do zarzutu nr XX, postawionego przez Odwołującego Asseco. Izba podzieliła stanowisko Odwołujących, że biegłym powinna być osoba, która posiada odpowiednie doświadczenie i kompetencje z dziedziny, której dotyczy przedmiot zamówienia i zakresu, dla którego ma być zaangażowana, gwarantująca bezstronność i obiektywizm, która nie prowadzi działalności konkurencyjnej wobec wykonawcy, jak również nie współpracuje w jakiegokolwiek formie z podmiotem stanowiącym konkurencję wobec Wykonawcy.

W związku z tym orzeczono jak w sentencji.



## Sygn. akt KIO 2544/22

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie w zakresie zarzutów nr 1b, 2, 4. Zarzuty nr 1a, 1c, 3, 5, 6 podlegają oddaleniu.

### Zarzut 1a dotyczący rażąco wygórowanej kary umownej (§ 26 ust. 1 pkt 6 i 7 PPU)

Odwołujący wskazał, że w § 26 ust. 1 pkt 6 i 7 PPU Zamawiający przewidział karę umowną naliczaną po upływie jednej sekundy przekroczenia dopuszczalnego czasu trwania operacji:

- „6) 500,00 zł (słownie: pięćset złotych 00/100) za każdą pełną sekundę przekroczenia Dopuszczalnego czasu trwania operacji dla Operacji synchronicznej złożonej liczonego dla poszczególnych usług Systemu zdefiniowanych w Katalogu Usług w okresie miesiąca z 99% transakcji, o każdą sekundę powyżej dopuszczalnych 20 sekund,
- 7) 500,00 zł (słownie: pięćset złotych 00/100) za każdą pełną sekundę przekroczenia Dopuszczalnego czasu trwania operacji dla Operacji synchronicznej prostej liczonego dla poszczególnych usług Systemu zdefiniowanych w Katalogu Usług w okresie miesiąca z 99% transakcji, o każdą sekundę powyżej dopuszczalnych 5 sekund”

W ocenie Odwołującego DXC taka konstrukcja kary umownej nie znajduje uzasadnienia w potencjalnych stratach Zamawiającego, jakie ten mógłby ponieść w związku z przekroczeniem czasu o np. 1 czy 5 sekund. Tytułem przykładu Odwołujący wskazał, że przekroczenie czasu o 1 minutę wiązać się będzie z koniecznością zapłaty kary umownej w wysokości 30 000 PLN, podczas gdy sam Zamawiający posługuje się w SWZ stawkami roboczogodziny nie wyższymi niż 600 PLN. Co oznacza, że minuta przekroczenia czasu trwania operacji będzie równoważna co najmniej 50 roboczogodzynom pracy. Odwołujący przywołał przepis art. 483 § 1 k.c. oraz tezy z orzecznictwa i stwierdził, że okoliczności te przesądzają o tym, że jest to kara rażąco wygórowana i wniósł o zmianę wskazanych postanowień umownych poprzez ustalenie kary umownej za każdą pełną minutę przekroczenia dopuszczalnego czasu trwania operacji zarówno dla operacji synchronicznej złożonej, jak i dla operacji synchronicznej prostej.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie podał, że zastrzeżona kara umowna jest związana z zobowiązaniem dotyczącym czasu trwania operacji Wykonawcy związanym bezpośrednio z prawidłowym wykonaniem przedmiotu umowy i mającym znaczenie dla Zamawiającego. Ustalenie naliczania kar umownych za każdą pełną sekundę przekroczenia dopuszczalnego czasu trwania operacji wiąże się ściśle z liczbami spraw i czynnościami realizowanymi przez System CPD CANARD. Dla przykładu wykonanie przez pracownika

czynności, polegającej na zatwierdzeniu wezwania kierowanego do właściciela pojazdu trwa średnio 30 sekund. Zatem w ciągu całego dnia pracy jedna osoba (uwzględniając przysługujące przerwy od pracy) jest w stanie średnio wykonać 840 czynności polegających na zatwierdzeniu wezwania kierowanego do właścicieli pojazdów. Wydłużenie czasu trwania tych operacji o dopuszczalną minutę spowodowałoby niemal trzykrotny spadek zrealizowanych przez pracownika czynności w ciągu dnia, a także wpłynęłoby drastycznie na spadek wydajności pracy wszystkich pracowników realizujących zadania w Systemie CPD CANARD. W perspektywie czasu sytuacja ta prowadziłaby do znacznych opóźnień w realizacji spraw, braku możliwości zrealizowania ich terminowo, a w konsekwencji do nieskutecznego, niezgodnego z założeniami działania w zakresie ustalania i doprowadzania do ukarania kierujących, naruszających przepisy ruchu drogowego.

Jednocześnie, Zamawiający poinformował, iż dokonał zmiany treści § 26 ust. 1 pkt 6 i 7 PPU w ten sposób, że kwoty 500 zł zastąpił kwotami 250 zł.

W ocenie Izby Zamawiający wykazał swoją uzasadnioną potrzebę dla przedstawionego dyscyplinowania Wykonawcy i braku uzasadnienia dla wydłużenie czasu trwania Operacji synchronicznej złożonej, jak i Operacji synchronicznej prostej o dopuszczalną minutę. Odwołujący DXC natomiast nie wykazał, aby zastrzeżone kary umowne były rażąco wygórowane, a kary umowne naliczane zgodnie z jego oczekiwaniami spełniały pozostałe funkcje kary umownej, w tym kompensacyjną. Argumentacji dotyczącej wysokości kwot mandatów nie można bowiem uznać za przekonującą w tym zakresie. Nie został bowiem wykazany związek pomiędzy czasem trwania ww. operacji a aktualnie obowiązującymi wysokościami mandatów.

#### Ad zarzut 1b dotyczący kary umownej za opóźnienie

Odwołujący DXC wskazał, że zastosowany w ww. § 26 ust. 1 pkt 6 i 7 PPU sposób konstrukcji kary umownej stanowi jednocześnie klauzulę abuzywną w rozumieniu art. 433 pkt 1 Pzp, bowiem zakłada, że Zamawiającemu przysługuje uprawnienie do naliczenia kary umownej w sytuacji gdy nastąpi przekroczenie dopuszczalnego czasu trwania operacji, niezależnie od tego, czy okoliczność ta została zawiniona przez wykonawcę czy też nie. Odwołujący pragnie jednakże wskazać, że przekroczenie dopuszczalnego czasu trwania operacji może być niezależne od wykonawcy. Okoliczności, które spowodują przekroczenie dopuszczalnego czasu, są całkowicie niezależne od działania i zaniechania wykonawcy, a także wynikają z braku dostępności infrastruktury sieciowej, słabej przepustowości łącza, wydajności sprzętu, na którym rozwiązanie zostało zainstalowane.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazał, że w kwestionowanym przez Odwołującego DXC postanowieniu umownym nie została zastrzeżona kara za opóźnienie,

lecz za zwłokę. W przedmiotowej sytuacji zastosowanie będą miały zasady ogólne kodeksu cywilnego i Wykonawca będzie ponosił odpowiedzialność kontraktową na zasadzie winy. W myśl bowiem art. 471 KC dłużnik obowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi.

Ze stanowiska zaprezentowanego przez Zamawiającego na rozprawie wynika, że o tym, że w omawianym przypadku chodzi o karę umowną za zwłokę świadczy to, że nie wskazał, że jest to kara umowna za opóźnienie. Tymczasem sposób sformułowania przez Zamawiającego innych postanowień regulujących inne kary umowne, wskazuje na wyraźne zaznaczenie, że chodzi o karę umowną za zwłokę.

W ocenie Izby nie ma zatem uzasadnienia, dla pominięcia takiego jednoznacznego wskazania w PPU, w odniesieniu do ww. kary umownej. Tym bardziej, że przedstawiony powyżej sposób rozumienia przez Zamawiającego został zawarty w piśmie procesowym znanym uczestnikom postępowania odwoławczego, a nie wszystkim wykonawcom zainteresowanym udziałem w postępowaniu.

Z tych względów w ocenie Izby za uzasadnione należy uznać jednoznaczne zaznaczenie w PPU, że zastrzeżone § 26 ust. 1 pkt 6 i 7 PPU kary umowne dotyczące przekroczenia dopuszczalnego czasu trwania operacji przysługują za zwłokę.

Ad zarzut 1c dotyczący brak korelacji maksymalnego limitu kary umownej, z wynagrodzeniem faktycznie otrzymywanym przez Wykonawcę.

Odwołujący DXC wskazał, że w § 27 ust. 7 Projektowanych Postanowień Umowy Zamawiający zastrzegł, że: „*Maksymalna wysokość kar umownych dochodzonych w ramach Umowy nie przekroczy 30% wartości Wynagrodzenia brutto określonego w § 16 ust. 1 pkt 3 Umowy.*” Nastąpiło zatem skorelowanie maksymalnego pułapu kary umownej, jaki może zostać naliczony wykonawcy z ogólnym wynagrodzeniem w ramach umowy, podczas gdy z § 17 i § 18 Projektowanych Postanowień Umowy wynika, że rozliczenie realizowane będzie w cyklach miesięcznych. W ocenie Odwołującego zasadnym jest natomiast skorelowanie maksymalnego pułapu kary z okresem rozliczeniowym.

Odwołujący DXC wniósł o zmianę maksymalnego poziomu kar umownych dochodzonych w ramach umowy poprzez przyjęcie, że limit ten nie może być wyższy każdorazowo niż 30% wynagrodzenia należnego wykonawcy w danym okresie rozliczeniowym.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazał, że zgodnie z art. 436 pkt 3 ustawy Pzp umowa zawiera postanowienia określające łączną maksymalną wysokość kar

umownych, których mogą dochodzić strony. Zamawiający zastosował się do dyspozycji tego przepisu i określił maksymalną wysokość kar na niewygórowanym 30% poziomie. Określony w PPU limit kar nie narusza wskazanych w odwołaniu przepisów, ponieważ żaden z ww. przepisów nie ustanawia limitu kar, którego strona mogłaby maksymalnie dochodzić.

Zauważenia wymaga, że Odwołujący nie kwestionuje samej maksymalnej wysokości kar, lecz to, że odnosi się ona do wynagrodzenia, o którym mowa w § 16 ust. 1 pkt 3 Umowy. Zdaniem Odwołującego DXC określony w § 16 ust. 1 pkt 3 Umowy przez Zamawiającego poziom 30% wartości wynagrodzenia brutto, powinien odnosić się do wynagrodzenia należnego wykonawcy w danym okresie rozliczeniowym. Odwołujący pomija, że § 26 ust. 1 PPU pkt 1 – 14 przewiduje szereg kar umownych, w tym określoną w pkt 3 karę umowną naliczaną w przypadku odstąpienia od Umowy, wypowiedzenia Umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy w wysokości 30% wartości Wynagrodzenia brutto określonego w § 16 ust. 1 pkt 3 Umowy, której nie kwestionuje. Jest natomiast oczywistym, że maksymalna wysokość kar umownych nie może być określona na poziomie niższym, niż jedna ze składowych, jaka może się składać na ten poziom. Podnoszony zatem przez Odwołującego DXC argument, że rozliczenie będzie następowało w cyklach miesięcznych, nie ma w tym zakresie znaczenia.

Z tych względów w ocenie Izby Izby zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

#### Ad zarzut nr 2. dotyczący waloryzacji wynagrodzenia (§ 23 ust. 5 PPU)

Zdaniem Odwołującego DXC określone w § 23 PPU zasady dotyczące waloryzacji określające w ust. 5 jej limit na poziomie 10 % oznaczają, że istnieje wysokie prawdopodobieństwo, że waloryzacja nie pokryje rzeczywistego wzrostu cen towarów i usług konsumpcyjnych. Publikowany bowiem przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego wskaźnik inflacji w Polsce jest zdecydowanie wyższy niż przewidziany poziom wzrostu wynagrodzenia i nadal ma tendencję wzrostową (styczeń 2022 r. – 9,2 %, maj 2022 r. – 13,9%, sierpień 2022 r. – 16,1 %). Wprowadzenie limitu 10% spowoduje, że waloryzacja w praktyce będzie w znaczny sposób ograniczona, a tym samym wykonawcy nie mogą liczyć na zmianę wynagrodzenia w oparciu o jasne zasady i niezależne dane GUS. W trakcie trwania kilkuletniej umowy sytuacja taka może skutkować nawet niemożliwością kontynuacji realizacji umowy na pewnym jej etapie w zależności od sytuacji gospodarczej i wpływie zmiany cen na koszty realizacji zamówienia.

Odwołujący DXC stwierdził, że dla zachowania zasady konkurencyjności i równego traktowania wykonawców Zamawiający powinien dokonać zmiany zasad waloryzacji, zgodnie z obecnie panującą sytuacją rynkową i danymi wskaźnikowymi GUS oraz zawniósł o usunięcie limitu waloryzacji i ustalenie zasad waloryzacji w sposób

gwarantujący, że waloryzacja będzie dotyczyć pełnej wartości średniorocznego wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem ogłaszanego przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający stwierdził, że odniósł się do obiektywnych wskaźników badających sytuację ekonomiczną na rynku i mającą przełożenie na realizowane zamówienia. W przypadku istotnej zmiany tego wskaźnika Wykonawca będzie uprawniony do złożenia wniosku inicjującego możliwość skorzystania z klauzuli waloryzacyjnej w trakcie realizacji zamówienia. Zamawiający określił maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia na poziomie 10%, co wynika z możliwości finansowych Zamawiającego. Wniosek Wykonawcy o usunięcie jakiegokolwiek limitu waloryzacji wynagrodzenia wynikającego z Umowy jest w ocenie Zamawiającego wymaganiem wygórowanym. Uwzględnienie żądania Odwołującego związanego z usunięciem limitu zmiany wynagrodzenia wykonawcy w wyniku waloryzacji wiązałoby się w istocie z przeniesieniem w całości ryzyka inflacji na Zamawiającego. Takie rozwiązanie nie jest uzasadnione ze względów budżetowych. Dodatkowo przeniesienie całości ryzyka inflacyjnego na Zamawiającego stanowiłoby naruszenie równowagi ekonomicznej na korzyść wykonawcy w sytuacji, gdy postulowane jest rozłożenie ryzyk związanych z realizacją zamówienia pomiędzy stronami kontraktu.

Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, które odczytywane wraz z żądaniem zniesienia usunięcia limitu waloryzacji, miałyby prowadzić do stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów prawa

W ocenie Izby wskazane w odwołaniu przepisy prawa nie zakazują wprowadzenia limitu zmiany wynagrodzenia umownego w związku z jego waloryzacją. Osobna kwestia jest natomiast poziom tego limitu.

W tym zakresie zachoruje aktualność stanowisko Izby wyrażone powyżej odnośnie do zarzutu nr X w odwołaniu Asseco. W ocenie Izby, aktualnie zmiana limitu z przewidzianego poziomu 10% na 20%, pozwoli na zachowanie równowagi ekonomicznej stron Umowy.

#### Ad zarzut nr 3 dotyczący terminu realizacji bez SLA (pkt 3 OPZ oraz § 3 ust. 3 PPU)

Zdaniem Odwołującego DXC zastrzeżony przez Zamawiającego w okresie wdrożenia 45 dniowy termin od rozpoczęcia świadczenia Usługi Utrzymania bez zachowania SLA jest zbyt krótki, a jego zastosowanie w praktyce oznaczać będzie odpowiedzialność wykonawcy za błędy poprzednika, od którego przejmie realizację projektu. Realny czas „okresu przejściowego” przy tak dużym i złożonym projekcie nie powinien być krótszy niż 90 dni. Dodatkowo w PPU brak jest klauzuli, która wskazywałaby na odpowiedzialność

poprzedniego dostawcy usługi za błędy powstałe w okresie, kiedy jeszcze tą usługę świadczył. W innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego na utrzymanie i rozwój systemów o podobne wielkości, okres przejściowy, w którym następuje przejście systemu pomiędzy wykonawcami (dotychczasowym i nowym) standardowo trwa minimum kilka miesięcy, a niekiedy bywa przedłużany do nawet pół roku. Nie istnieją obiektywne przesłanki tak znacznego skrócenia tego czasu, również biorąc pod uwagę fakt, że jest to okres, w którym może nastąpić zidentyfikowanie błędów w działaniu systemu, a Zamawiający może liczyć na ich naprawienie w ramach rękojmi i gwarancji uprzedniego wykonawcy. Odwołujący DXC wniósł o: zmianę warunków zamówienia poprzez zmianę okresu świadczenia Usług utrzymania bez SLA i jego wydłużenie do 90 dni oraz zmianę warunków zamówienia poprzez wprowadzenie do Projektowanych Postanowieniach Umowy zastrzeżenia, zgodnie z którym błędy powstałe w wyniku świadczenia usług poprzedniego dostawcy, które zostaną zgłoszone w okresie przejściowym zostaną naprawione przez wykonawcę dotychczas świadczącego usługi utrzymania.

Długość okresu świadczenia usług utrzymania bez SLA nie wynika z żadnego powszechnie obowiązującego przepisu prawa. Należy zatem mieć na uwadze okoliczności związane z realizacją zamówienia, w tym uzasadnione potrzeby Zamawiającego. Zamawiający ma prawo opisać przedmiot zamówienia w sposób uwzględniający jego uzasadnione potrzeby. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie przedstawił argumenty przemawiające za tym, że w jego interesie jest, by okres przejściowy nie trwał dłużej, niż to określił w SWZ. Zamawiający wskazał, że 45 dniowy okres realizacji Usługi Utrzymania bez zachowania SLA jest wystarczający do przejścia Usługi Utrzymania i należytego wykonywania usługi w tym czasie. Skomplikowanie Systemu, jego charakterystyka i obowiązki Wykonawcy są na takim poziomie, na który wystarczy 45 dni świadczenia usługi bez SLA do prawidłowego wykonywania zamówienia. Tym samym, nie jest potrzebny dłuższy okres bez zachowania SLA. Jednocześnie Zamawiający podniósł, że jako odbiorca zamówienia oraz podmiot, który w celach realizacji swoich zadań odpowiada za System ma jasno określone potrzeby w związku z realizacją niniejszej umowy. Wprowadzenie okresu przejściowego w wykonywaniu umowy pozbawiłoby pracowników Zamawiającego należytego wsparcia technicznego w ich pracy. Tym samym, wydłużenie tego okresu utrudniałoby lub uniemożliwiłoby wykonywanie zadań służbowych.

W ocenie Izby Odwołujący DXC nie wykazał, aby 45 dniowy okres realizacji Usługi Utrzymania bez zachowania SLA nie był wystarczający do przejścia Usługi Utrzymania i należytego wykonywania usługi w tym czasie. Każdy zamawiający mając na uwadze specyfikę prowadzonego postępowania ocenia potrzebę długości okresu przejściowego. W związku z tym argumentacja Odwołującego DXC wskazująca na przyjmowane przez innych

zamawiających większych długości omawianego okresu, bez wykazania, że chodzi o analogiczne postępowania, należy uznać za niewystarczający. Zamawiający natomiast wykazał, że przyjęta przez niego długość okresu realizacji Usługi Utrzymania bez zachowania SLA uwzględnia jego uzasadnione potrzeby i nie narusza wskazanych w odwołaniu przepisów prawa. Nadto, odnośnie do możliwości naprawiania błędów w ramach rękojmi i gwarancji wykonawcy aktualnie realizującego zamówienie, słusznie zauważył, że jest to niezależne zobowiązanie od bieżącego utrzymywania Systemu przez nowego Wykonawcę.

Ad zarzut nr 4. dotyczący pkt 8.7.5 OPZ, § 6 ust. 2 PPU oraz § 11 ust. 2 PPU

Odwołujący DXC stwierdził, że nie kwestionuje samej idei korzystania przez Zamawiającego z zewnętrznych podmiotów w celu zweryfikowania poprawności realizacji zobowiązań umownych. Jednakże obawy Odwołującego budzi sam sposób powoływania biegłego oraz innych podmiotów trzecich powołanych do oceny prawidłowości działań wykonawcy. Zamawiający zastrzegł sobie bowiem pełną jednostronność oraz arbitralność decyzji. Wykonawca realizujący umowę, w myśl postanowień dokumentacji projektowych, jest pozbawiony jakiegokolwiek wpływu na ten wybór, również w sytuacji, gdy biegły lub inny podmiot trzeci powołany przez Zamawiającego będzie mieć konflikt interesów (np. gdy będzie to wcześniejszy wykonawca systemu). Odwołujący DXC wniósł o: zmianę pkt 8.7.5 OPZ poprzez wprowadzenie mechanizmu wyboru biegłego, w ramach którego Zamawiający i Wykonawca wybiorą po jednym niezależnym biegłym, natomiast wskazani biegli wybiorą sami bez wpływu Zamawiającego i Wykonawcy kolejnego biegłego do dokonania oceny. Koszty biegłych zostaną pokryte w równym stopniu przez Zamawiającego i Wykonawcę niezależnie od rozstrzygnięcia biegłego, a także zmianę § 6 ust. 2 i § 11 ust. 2 PPU poprzez wprowadzenie mechanizmu wyboru podmiotów trzecich powołanych do weryfikacji poprawności realizacji umowy przez wykonawcę polegającego na sporządzeniu w dniu zawarcia umowy (lub bezpośrednio przed jej zawarciem) zamkniętej listy min. 3 podwykonawców, co do których żadna ze stron nie zgłosi istotnych przeszkód do pełnienia tej roli, w tym w szczególności – nie wystąpi konflikt interesów pomiędzy wykonawcą a podmiotem powołanym do weryfikacji poprawności realizacji umowy przez wykonawcę oraz o dostosowanie treści warunków zamówienia określonych w dokumentach zamówienia do wprowadzonych zmian.

Zamawiający, tak jak w odpowiedzi na odwołanie Asseco zauważył, że jako odbiorca zamówienia i realizujący dzięki niemu swoje zadania racjonalnie podejmuje decyzje w zakresie nadzoru nad realizacją umowy, a także wydatkowania środków publicznych. Odnośnie argumentu Odwołującego dotyczącego obaw związanych z wyborem niezależnego biegłego i procedurą wyboru biegłego, a także podmiotów trzecich powołanych

do weryfikacji poprawności realizacji umowy Zamawiający podnosi, że Zamawiającemu zależy na należytym wykonaniu umowy, jak również jego prawidłowej kontroli. Zamawiający wskazuje, że wnioski Odwołującego są zbędnymi i czasochłonnymi wymaganiami, a dodatkowo zwiększają koszty zamówienia. W zakresie argumentu o konflikcie interesów Zamawiający nadmienia, że biegli/podmioty trzecie będą profesjonalistami w obszarze realizacji umowy oraz będą zobowiązani zachować poufność wykonywanych zadań. Tym samym, Odwołujący wnosząc o zmiany postanowień OPZ w tym zakresie nadmiernie ingeruje w sposób realizacji zamówienia przez Zamawiającego oraz proponuje niezasadne zmiany w OPZ.

Zarzut dotyczący ww. postanowień SWZ został postawiony przez Odwołującego Asseco (zarzuty nr V i XX). W związku z tym stanowisko Izby zachowuje aktualność. W ocenie Izby, wskazane przez Zamawiającego osoby trzecie lub podwykonawca (sytuacji kontroli jakości i sposobu prowadzenia prac przez Wykonawcę), jak też powołany przez Zamawiającego biegły (w przypadku braku akceptacji stron co do liczby roboczogodzin dla realizacji Zmiany Rozwojowej), powinny to być osoby, które spełniają wymogi zarówno w zakresie odpowiednich do przydzielonego im zadania kwalifikacji i doświadczenia, jak też co do ich bezstronności.

W związku z tym Izba uznała obecne postanowienia za niewystarczające i nakazała doprecyzowanie ww. postanowień w sposób wskazany w wyroku.

#### Ad zarzut nr 5. dotyczący pkt 11.5 OPZ

W ocenie Odwołującego wymóg określony w pkt 11.5 OPZ, tj., że codziennie w trakcie realizacji umowy co najmniej jeden administrator zobowiązany jest realizować zadania w siedzibie Zamawiającego: *„Oddelegowany dedykowany zespół administratorów i operatorów ze wskazaniem imienia i nazwiska, podaniem pełnionych ról oraz ich odpowiedzialności, wraz z dedykowaną osobą kierującą zespołem. W trybie 24/7/365 pracują operatorzy w liczbie, która pozwala na zapewnienie obsady 3 zmianowej w miesiącu (6:00-14:00, 14:00-22:00, 22:00-6:00), z zachowaniem przepisów kodeksu pracy. Administratorzy pracują od 6:00 do 22:00 na dwie zmiany. Na każdej zmianie pracuje co najmniej dwóch administratorów z czego jeden wykonuje zadania w siedzibie Zamawiającego.”* jest nadmierny i nie odzwierciedla rzeczywistych potrzeb Zamawiającego, nadto zwiększa koszty realizacji zamówienia. Zdaniem Odwołującego DXC obecność administratora w siedzibie jest zbędna z punktu widzenia rodzaju zadań jakie będzie realizował. Odwołujący wniósł o zmianę warunków zamówienia poprzez wykreślenie obowiązku realizacji zadań przez jednego z administratorów w siedzibie Zamawiającego.



W ocenie Izby Odwołujący DXC nie wykazał, że kwestionowany przez niego wymóg dotyczący pracy administratora narusza wskazane przez niego przepisy, tj. art. 16 pkt 1, 2 i 3 Pzp, art. 431 Pzp, art. 353<sup>1</sup> kc w związku z art. 8 ust. 1 Pzp. Zamawiający jako gospodarz postępowania ma prawo opisać przedmiot zamówienia w sposób, jaki najbardziej odpowiada jego potrzebom, służy realizacji celu, jaki chce osiągnąć. Zamawiający wskazał, że wykonywanie zadań w siedzibie Zamawiającego przez jednego z administratorów ma na celu nadzorowanie bieżących czynności w zakresie utrzymania Systemu, jest to niezbędne z punktu widzenia potrzeb Zamawiającego i nie jest wymogiem nadmiernym. Zamawiający zaznaczył, że zna rzeczywiste potrzeby w zakresie czynności administratorów i nie można zgodzić się z argumentem, że administrator w ten sam sposób realizuje zadania zdalnie jak w siedzibie Zamawiającego. Administrator pracujący na miejscu może bezpośrednio udzielić informacji i konsultacji w zakresie funkcjonowania Systemu.

Ad zarzut nr 6. dotyczący pkt 8.3.3 Części II SWZ – kryteria oceny ofert – doświadczenie ekspertów

Zdaniem Odwołującego DXC sposób przyznawania przez Zamawiającego punktów w ramach dodatkowych kryteriów, w szczególności punktowanie ilości projektów, zamiast właściwego czasu realizacji zadań projektowych, może prowadzić do sytuacji, w której maksymalną liczbę punktów osiągnie osoba o relatywnie krótkim doświadczeniu zawodowym (np. 3,5 roku pracy dla Kierownika projektu, jeżeli w każdym z 7 projektów pełniła tę rolę przez okres min. 6 miesięcy), zaś osoby o bogatym doświadczeniu (np. 10 lat doświadczenia zdobytych na 5 projektach – po 2 lata na każdym) otrzymają zdecydowanie niższą liczbę punktów.

W ocenie Odwołującego taka sytuacja dyskryminuje osoby, które nabyły rzeczywiste doświadczenie zawodowe, które mogą wykorzystać w realizacji projektu, zaś premiuje osoby, które bardzo szybko zmieniają projekty, w rzeczywistości nienabywające doświadczenia zawodowego. Tak postawione kryteria punktowe faworyzują personel o niewielkich kwalifikacjach zawodowych nabytych podczas realizacji tylko niewielkiej fazy całego projektu. W ocenie Odwołującego wymagania te są niewspółmierne do rzeczywistych ról projektowych w stosunku do kierownika projektu, architekta systemu, programisty oraz głównego programisty.

Odwołujący DXC, w odniesieniu do Kierownika projektu wniósł o zmianę pkt 8.3.3 ppkt 1) Części II SWZ poprzez zmianę zasad punktowania, tak aby maksymalną liczbę punktów można było uzyskać za 3 projekty, które potwierdzają doświadczenia dla roli Kierownik Projektu, przy czym wartość każdego punktowanego projektu powinna być nie niższa niż 10 mln PLN, zaś okres pełnienia roli Kierownika projektu – każdorazowo nie

krótszy niż 12 miesięcy. W odniesieniu do Architekta systemu wniósł o zmianę pkt 8.3.3 ppkt 3) Części II SWZ poprzez zmianę zasad punktowania, tak aby maksymalną liczbę punktów można było uzyskać za realizację 3 projektów o wartości nie mniejszej niż 10 000 000,00 PLN, które potwierdzają doświadczenia dla roli Architekta systemu, zaś okres pełnienia roli Architekta – każdorazowo nie krótszy niż 12 miesięcy. W odniesieniu do Programisty Odwołujący wniósł o zmianę pkt 8.3.3 ppkt 5) Części II SWZ poprzez zmianę zasad punktowania, tak aby maksymalną liczbę punktów można było uzyskać za realizację 3 projektów, które potwierdzają doświadczenia dla roli Programisty, o wartości nie mniejszej niż 10 mln PLN każdy, zaś okres pełnienia roli Projektanta – każdorazowo nie krótszy niż 12 miesięcy. W odniesieniu do Głównego programisty Odwołujący DXC wniósł o zmianę pkt 8.3.3 ppkt 8) Części II SWZ poprzez zmianę zasad punktowania, tak aby maksymalną liczbę punktów można było uzyskać za realizację 4 projektów, które potwierdzają doświadczenia dla roli Głównego Programisty.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający podniósł, że konstruując zarzut najprawdopodobniej kierował się jedynie możliwością uzyskania potencjalnie lepszej pozycji w postępowaniu poprzez uzyskanie większej ilości punktów w ramach kryterium odnoszącego się do doświadczenia ekspertów wskutek wnioskowanej zmiany treści SWZ. Wnioski zawarte w odwołaniu zdaniem Zamawiającego zmierzają jedynie do dostosowania punktowanego doświadczenia do tego, które najprawdopodobniej posiada Odwołujący, co samo w sobie powinno dyskwalifikować żądania odwoławcze. Uwzględnienie wniosków zawartych w odwołaniu mogłoby bowiem prowadzić do zaburzenia równowagi konkurencyjnej w postępowaniu poprzez wprowadzenie kryteriów oceny ofert, które mogłoby premiować doświadczenie jednego z wykonawców. Dodatkowo, gdyby doszło do uwzględnienia wniosku Odwołującego o ponad dwukrotnym zmniejszeniu wymogu liczby zrealizowanych projektów, nie zostałyby osiągnięte cele kryterium. W ocenie Zamawiającego wielu wykonawców byłoby w stanie osiągnąć maksymalną liczbę punktów w ramach tak ustanowionego kryterium, co świadczyłoby o jego pozorności. W istocie o udzieleniu zamówienia decydowałaby zatem cena, co nie jest zgodne z założeniami Zamawiającego w przypadkach ustalania kryteriów pozacenowych oceny ofert. Propozycje Odwołującego są w ocenie Zamawiającego niespójne, gdyż miałyby prowadzić do częściowego zwiększenia wymagań (np. w odniesieniu do okresu realizacji projektu dla roli Kierownika Projektu) i jednocześnie ich zmniejszenia w innych obszarach (np. liczby zrealizowanych projektów dla roli Kierownika Projektu), przy czym trudno doszukać się uzasadnienia dla modyfikacji kryteriów w sposób wnioskowany przez Odwołującego. Dodatkowo Odwołujący nie wskazuje precyzyjnie, na czym miałyby polegać rzekome naruszenie po stronie Zamawiającego. Treść odwołania odnosi się do aspektów, które nie zostały

zakwestionowane przez pozostałych wykonawców, co może potwierdzać tezę o tendencyjnym charakterze żądań Odwołującego.

Zamawiający wskazał również, że dnia 30 września 2022 r. opublikowana została zmiana treści SWZ odnosząca się do Kierownika Projektu. Modyfikacja dotyczyła jednak elementów innych niż te, które są kwestionowane przez Odwołującego.

Odnosząc się zbiorczo do zasadniczo tożsamy argumentów dotyczących kryteriów oceny ofert w zakresie doświadczenia i kwalifikacji różnych ekspertów wyznaczonych do realizacji zamówienia Zamawiający wskazał, że przedmiotowe kryterium jest adekwatne, prawidłowe i zgodne z przepisami ustawy Pzp. Zamawiający nie zgadza się z twierdzeniem, jakoby promowane było doświadczenie osób, które posiadają niewielkie kwalifikacje zawodowe. W sytuacji, gdy Zamawiający ustanawia kryterium dotyczące doświadczenia ekspertów wyznaczonych do realizacji zamówienia (jeżeli może ono mieć znaczący wpływ na realizację zamówienia, czego nie kwestionował żaden z wykonawców składających odwołanie w postępowaniu), to po jego stronie leży wybór metody ukształtowania tego kryterium, oczywiście w granicach określonych przepisami prawa. Innymi słowy, to Zamawiający decyduje, czy istotniejsza dla realizacji konkretnego projektu będzie powtarzalność doświadczenia (liczba zrealizowanych projektów), czy też inne aspekty, takie jak wielkość zrealizowanych projektów (ich wartość), niemniej każde z tych rozwiązań jest dopuszczone przez Pzp. Dla skuteczności zarzutu Odwołujący powinien wykazać, na czym polega niezgodność ustanowionego kryterium z ustawą Pzp. Jeżeli zdaniem Odwołującego kryterium narusza zasadę uczciwej konkurencji, to powinien wykazać jakie elementy kryterium zaburzają równowagę konkurencyjną i w jaki sposób. Odwołanie nie wskazuje natomiast z jakich przyczyn miałyby dojść do naruszenia zasady uczciwej konkurencji. Trudno zatem uwzględnić zarzut naruszenia zasady uczciwej konkurencji w sytuacji, gdy nie jest wskazane, na czym to naruszenie miałyby polegać. Jedynym argumentem w tym zakresie nie może być chęć dostosowania kryteriów oceny ofert do doświadczenia jednego z wykonawców.

W ocenie Izby zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Nie zostało wykazane, aby sposób określenia kryteriów oceny ofert naruszał wskazane w odwołaniu przepisy prawa.

Jak zauważył Zamawiający zarzut nie dotyczy warunków udziału w postępowaniu, a kryteriów oceny ofert, a zatem nie wszyscy wykonawcy uzyskają maksymalną liczbę punktów w ramach określonego kryterium. Temu bowiem służą ustanowione w postępowaniu kryteria, tj. mają prowadzić do wyłonienia podmiotu, którego oferta zawiera najlepszy bilans ceny i innym kryteriów oceny ofert. Zamawiającemu zależy na wyłonieniu wykonawcy, który dysponuje zespołem o największym doświadczeniu, co może przełożyć

się na lepszą realizację zamówienia. Wprowadzanie kryteriów dotyczących doświadczenia, które spełnialiby wszyscy wykonawcy, nie spełniłoby celu ustanowienia tych kryteriów. W ocenie Zamawiającego wymóg 6 miesięcy realizacji konkretnego projektu dla Kierownika Projektu i Architekta Systemu jest wystarczający dla stwierdzenia posiadanego doświadczenia dla zamówienia w przedmiocie utrzymania i rozwoju systemu teleinformatycznego. Zamówienie nie dotyczy bowiem kompleksowego wdrożenia systemu teleinformatycznego (które to wdrożenia zazwyczaj faktycznie wymagają dłuższego okresu realizacji dla przeprowadzenia projektu od początku do końca), a jego utrzymania i rozwoju, a więc czynności zasadniczo mniej złożonych niż wieloetapowe wdrożenie systemu teleinformatycznego. Czynności wykonywane w ramach usług utrzymania mają charakter powtarzalny. Projekt obejmujący utrzymanie systemu teleinformatycznego może trwać miesiąc i jeżeli tak wynika z umowy, to może w tym okresie zostać zrealizowany od początku do końca. Natomiast rozwój systemu teleinformatycznego polega na wprowadzaniu zmian rozwojowych, które mogą mieć różny stopień skomplikowania – jedne z nich mogą obejmować krótszy, inne dłuższy okres. Wykluczenie doświadczenia dla Kierownika Projektu i Architekta Systemu w ramach realizacji krótkich zmian rozwojowych lub krótkich projektów utrzymania systemów o znacznej wartości w ocenie Zamawiającego nie jest zasadne. Zamawiający wskazał także, że kwestia doświadczenia ekspertów realizujących projekty informatyczne jest złożona, gdyż wskutek zmian technologicznych może dochodzić do pewnej dezaktualizacji doświadczenia osób posiadających wykonujących starsze projekty. W związku z tym w ocenie Zamawiającego sam fakt posiadania dłuższego doświadczenia nie musi w każdym przypadku prowadzić do wniosku, że doświadczenie to jest lepsze od doświadczenia krótszego, które zostało nabyte stosunkowo niedawno w ramach większej liczby zamówień. Zatem nie w każdym przypadku w odniesieniu do projektów teleinformatycznych doświadczenie 10-letnie (5 projektów realizowanych przez 2 lata) będzie lepsze od doświadczenia 4-letniego (8 projektów realizowanych przez pół roku). Odwołujący nie przedstawia jakiegokolwiek argumentu, dla którego miałoby dojść do zmniejszenia liczby wymaganych projektów niezbędnych dla uzyskania maksymalnej liczby punktów w zakresie doświadczenia Kierownika Projektu, zatem nie sposób odnieść się szczegółowo do przedmiotowego żądania. W ocenie Zamawiającego wymóg liczby projektów dla uzyskania maksymalnej liczby punktów został ustanowiony prawidłowo i pozwala premiować wykonawców dysponujących wysokim doświadczeniem zespołu ekspertów skierowanych do realizacji zamówienia. Nawiązując do argumentów przedstawionych powyżej Zamawiający podkreśla, że zarzut nie dotyczy warunków udziału w postępowaniu a kryteriów oceny ofert, co oznacza, że podmioty z mniejszym doświadczeniem ekspertów w dalszym ciągu mogą konkurować z podmiotami o większym doświadczeniu ekspertów. Z punktu widzenia interesu Zamawiającego nie jest pożądana sytuacja, w której wszyscy wykonawcy uzyskują

maksymalną liczbę punktów w ramach pozacenowych kryteriów oceny ofert. Odnosząc się do argumentów w zakresie poszczególnych ról Zamawiający wskazał, że nie zgadza się z twierdzeniem, jakoby średni czas trwania projektu teleinformatycznego o wartości 10 000 000 złotych wynosił 1,5 – 2 lata. Z doświadczeń Zamawiającego wynika, że przy realizacji projektów dotyczących rozbudowanych systemów teleinformatycznych (tak jak w przypadku systemu, którego dotyczy Postępowanie) przedmiotowy próg może zostać osiągnięty znacznie wcześniej. Przedstawiając argumentację w zakresie wydłużenia okresu doświadczenia Architekta Systemu Odwołujący pomija fakt, że przedmiotem niniejszego zamówienia jest rozwój systemu informatycznego, zatem doświadczenie polegające na kompleksowym zaprojektowaniu zmiany rozwojowej może obejmować krótszy okres niż zaprojektowanie wdrożenia systemu teleinformatycznego. Odmienne jest w przypadku Programistów i Głównych Programistów – wykonanie założeń trwa zazwyczaj dłużej, niż ich zaprojektowanie, zatem uzasadnione jest wydłużenie wymaganego okresu. Rola Programisty i Głównego Programisty poza wiedzą teoretyczną wymaga doświadczenia w posługiwaniu się danym językiem kodowania. Im dłuższy czas realizacji zadań Programisty/Głównego Programisty danego języka, tym większa skuteczność i biegłość w posługiwaniu się nim przy projektowaniu i rozwoju systemów informatycznych. W ocenie Zamawiającego powtarzalność doświadczenia świadczy o utrwaleniu wiedzy i umiejętności, zatem wbrew twierdzeniom Odwołującego liczba zrealizowanych projektów może potwierdzać kompetencje danej osoby.

W ocenie Izby Odwołujący DXC nie wykazał naruszenia przepisów prawa poprzez zastosowane przez Zamawiającego określenie kryteriów oceny ofert w zakresie doświadczenia i kwalifikacji ekspertów wyznaczonych do realizacji zamówienia. Nie przeciwstawił także przekonujących kontrargumentów wobec ww. twierdzeń Zamawiającego.

W związku z tym zarzut podlega oddaleniu.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy NPzp, *Izba uwzględni odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.* W analizowanych sprawach stwierdzono zarzucane przez Odwołujących naruszenie przepisów ustawy, co musiało skutkować uwzględnieniem odwołań: w sprawie KIO 2532/22 w całości, w sprawach KIO 2536/22 i 2544/22 w części.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 553 zdanie pierwsze ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.*

W sprawie KIO 2532/22 Izba uwzględniła odwołanie. W związku z tym odpowiedzialność za wynik postępowania ponosi Zamawiający. Na koszty postępowania wynoszące 18 600,00 zł składają się: kwota 15 000,00 zł tytułem wpisu uiszczanego przez Odwołującego Asseco i kwota 3 600,00 zł tytułem kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego Asseco.

W sprawie KIO 2536/22 Izba uwzględniła odwołanie w 62,5%. Na koszty postępowania wynoszące 18 600,00 zł składają się: kwota 15 000,00 zł tytułem wpisu uiszczanego przez Odwołującego Comarch i kwota 3 600,00 zł tytułem kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego, co oznacza 2325 zł za każdy zarzut. Zamawiający ponosi Odpowiedzialność za pięć (z ośmiu) uwzględnionych zarzutów, tj. za wynik postępowania 62,5% co odpowiada kwocie 11 625,00 zł i Odwołujący Comarch w 37,5%, co odpowiada kwocie 6 975,00 zł. Zamawiający poniósł koszty w wysokości 3 600,00. Odwołujący poniósł koszty w wysokości 15 000,00 zł. W związku z tym Zamawiający powinien zwrócić Odwołującemu Comarch kwotę 8025,00 zł (15000 – 6975 = 8025).

W sprawie KIO 2544/22 Izba uwzględniła odwołanie w 37,5%. Na koszty postępowania wynoszące 22 200,00 zł składają się: kwota 15 000,00 zł tytułem wpisu uiszczanego przez Odwołującego DXC, kwota 3 600,00 zł tytułem kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego i kwota 3 600,00 zł tytułem kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego, co oznacza 2 775,00 zł za każdy zarzut. Zamawiający ponosi Odpowiedzialność za trzy (z ośmiu) uwzględnione zarzuty odwołania, tj. za wynik postępowania 37,5%, co odpowiada kwocie 8 325,00 zł (i Odwołujący DXC w 62,5%, co odpowiada kwocie 13 875,00. Zamawiający poniósł koszty w wysokości 3 600,00. Odwołujący poniósł koszty w wysokości 18 600,00 zł. W związku z tym Zamawiający powinien zwrócić Odwołującemu DXC kwotę 4 725,00 zł (18 600,00 -13 875,00 = 4 725,00).

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b, § 7 ust.1 pkt 1 i § 7 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), przy uwzględnieniu maksymalnej kwoty wynagrodzenia pełnomocnika strony, wynikającej w ww. rozporządzenia.

Z tych względów orzeczono jak w sentencji.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....