

Sygn. akt: KIO 2493/11

WYROK

z dnia 6 grudnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Protokolant: Małgorzata Wilim

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 grudnia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 listopada 2011 r. przez wykonawcę **IFS Industrial and Financial Systems Poland Sp. z o.o., ul. M. Flisa 4, 02-247 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **PKP Energetyka S.A., ul. Hoża 63/67, 00-681 Warszawa**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża **IFS Industrial and Financial Systems Poland Sp. z o.o., ul. M. Flisa 4, 02-247 Warszawa** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **IFS Industrial and Financial Systems Poland Sp. z o.o., ul. M. Flisa 4, 02-247 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie negocjacji z ogłoszeniem, postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „dostawa licencji, zaprojektowanie, wdrożenie i serwis Zintegrowanego Systemu Informatycznego klasy ERP wraz z odpowiednim oprogramowaniem dla PKP Energetyka S.A.” Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 29 czerwca 2010 r., pod numerem: 2010/S 123-188605.

W niniejszym postępowaniu Odwołujący wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm.), dalej zwanej pzp:

- 1) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 2 poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo iż oferta ta jest zgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a w konsekwencji również
- 2) naruszenie art. 93 ust. 1 pkt. 1 poprzez unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pomimo, iż w postępowaniu złożono ofertę niepodlegającą odrzuceniu,

ewentualnie:

- 3) naruszenie art. 87 ust. 1 poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty, pomimo iż uzasadnienie podstaw odrzucenia oferty Odwołującego wskazuje na wątpliwości Zamawiającego co do treści tej oferty;

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności unieważnienia postępowania;
- 2) unieważnienia czynności oceny oferty Odwołującego i czynności odrzucenia jego oferty,
- 3) dokonania ponownej oceny ofert, a w jej toku:
 - a) uznanie, że oferta Odwołującego jest zgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
 - b) wybór najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem oferty Odwołującego;

ewentualnie:

- 1) unieważnienia czynności unieważnienia postępowania;
- 2) unieważnienia czynności oceny oferty Odwołującego i czynności odrzucenia jego oferty;
- 3) dokonania ponownej oceny ofert, a w jej toku wezwanie Odwołującego do wyjaśnienia treści złożonej oferty;
- 4) dokonania ponownej oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący podnosi, co następuje:

1. Jednorodność Systemu.

Przedstawiając proponowaną koncepcję wdrożenia systemu ERP Odwołujący zaoferował oprogramowanie do edytowania raportów Crystal Reports. Odwołujący nie jest producentem tego oprogramowania, a ponieważ w ramach wdrożenia zaoferowane zostało jednocześnie dostarczenie i skonfigurowanie oprogramowanie IFS Applications, którego Odwołujący jest producentem, w ocenie Zamawiającego, zaoferowany przez Odwołującego system nie spełnia wymagania jednorodności.

Z treści pisma Zamawiającego można wnioskować, że jego zdaniem wymaganie jednorodności systemu oznacza konieczność „wyprodukowania” całości oprogramowania składającego się na system przez jeden podmiot. Tego rodzaju interpretacja byłaby jednak całkowicie oderwana od rzeczywistości, skoro na system musi składać się oprogramowanie bazodanowe (Oracle, MS-SQL, SAP itp.). Zamawiający dopuścił do etapu negocjacji Odwołującego, który nie jest producentem oprogramowania bazodanowego, jednoznacznie zatem potwierdził możliwość zaoferowania systemu spójnego i zintegrowanego przez jeden podmiot, czyli „wytworzonego w jednolitej technologii przez jednego producenta”, choć opartego na oprogramowaniu różnych producentów.

Wbrew obawom Zamawiającego, system zaoferowany przez Odwołującego będzie wytworzony przez jednego producenta, tj. Odwołującego. Odwołujący tworzy bowiem mechanizmy zapewniające zintegrowanie oprogramowania IFS Applications z oprogramowaniem Crystal Reports. Rozwiązanie zaoferowane przez Odwołującego zapewnia realizację założonego celu, ponieważ tworzenie raportów nie wymaga logowania do innego systemu. Polecenia tworzenia raportów wydawane są z poziomu aplikacji. Nie ulega zatem wątpliwości, że zaoferowane przez Odwołującego rozwiązanie jest w pełni zgodne z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

2. Opis proponowanych rozwiązań.

Zamawiający zarzuca Odwołującemu zaoferowanie alternatywnych rozwiązań (trzy wersje systemu bazy danych i cztery różne serwery aplikacyjne środowiska J2EE). Z żadnego postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie wynika jednak, że przedstawienie kilku możliwych rozwiązań jest niedopuszczalne.

Wręcz przeciwnie, Zamawiający wymagał od wykonawców przedstawienia opisu proponowanej koncepcji wdrożeniowej, lecz faktyczna koncepcja opracowana będzie dopiero na etapie realizacji umowy. Zamawiający nie zdecydował się w przedmiotowym postępowaniu na opisanie w specyfikacji szczegółowych wymagań w zakresie dostarczanego systemu. W SIWZ brak konkretnych wymagań w zakresie rodzajów oprogramowania i parametrów sprzętu komputerowego. Oznacza to, że Zamawiający pozostawił wykonawcom określoną swobodę w

uksztaltowaniu propozycji rozwiązania. Odwołujący podkreśla przy tym, że przedstawienie koncepcji, która dopuszcza kilka rozwiązań, nie stanowi oferty wariantowej w rozumieniu art. 2 pkt 7 ustawy Pzp, ponieważ zgodnie z tym przepisem oferta wariantowa to oferta, obejmująca „odmienny, niż określony przez zamawiającego sposób wykonania zamówienia”, zaś w omawianym przypadku Zamawiający nie zdefiniował żadnego sposobu wykonania zamówienia, lecz właśnie od Wykonawców oczekiwał wskazania koncepcji jego realizacji. Nawet, gdyby Zamawiający miał wątpliwość co do treści koncepcji, to kwestia ta mogła być przedmiotem wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp i nie powinna stanowić podstawy odrzucenia oferty.

a) zaoferowane wersje bazy danych:

Odwołujący stoi na stanowisku, iż nie sposób zarzucić Odwołującemu, że zaoferowane przez niego rozwiązania w zakresie baz danych nie zapewniają skalowalności systemu. Skalowalność oznacza zapewnienie możliwości rozbudowy systemu poprzez zwiększanie liczby jego elementów składowych, przy czym jest to szerokie i niejednoznaczne pojęcie. Skalowalność systemu możliwa do zrealizowania w różnych zakresach i na wiele różnych sposobów. Wszystkie zaoferowane wersje oprogramowania bazodanowego zapewniają skalowalność, przy czym Odwołujący określił w ofercie, że dwie z nich zapewniają skalowalność wraz z obsługą RAC (Real Application Clusters), a jedna - bez obsługi RAC. Zamawiający nie wymagał jednak w SIWZ, aby skalowalność zapewniana była przez zaoferowanie oprogramowania bazodanowego wraz z obsługą RAC. Propozycja Odwołującego nie jest również sprzeczna z treścią rozdziału 12 Załącznika nr 1 do SIWZ, ponieważ - wbrew twierdzeniom Zamawiającego - w rozdziale tym Zamawiający nie określił wymagania, aby skalowalność zapewniona była przez dodawanie dodatkowych serwerów. Wymagania w zakresie skalowalności sformułowane są w SIWZ bardzo ogólnie. Konkretnie rozwiązanie w zakresie skalowalności powinno być zatem dostosowane do potrzeb Zamawiającego na etapie analizy procesów biznesowych i tworzenia Projektu systemu, a więc w ramach realizacji umowy.

Odwołujący podkreśla ponadto, że wszystkie rozwiązania zostały wkalkulowane przez Odwołującego w cenę oferty, ponieważ cena oferty określona została zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, w sposób uwzględniający wszystkie wydatki i koszty poniesione przez Wykonawcę, jak również jego wynagrodzenie z tytułu wykonania przez niego wszystkich jego zobowiązań, jakie pośrednio lub bezpośrednio wynikają z realizacji przedmiotu zamówienia, w tym wynagrodzenie za przeniesienie praw autorskich.

b) zaoferowane serwery aplikacyjne

Zarzut Zamawiającego sprowadza się do tego, że Odwołujący oferuje 4 możliwe do wykorzystania serwery, przy czym nie zaleca dwóch z czterech zaproponowanych rozwiązań. Twierdzenie to nie jest jednak zgodne z prawdą. Odwołujący przedstawił w ofercie dostępne

rozwiązania dla systemu IFS Applications w omawianym zakresie (czyli Serwery Aplikacyjne J2EE certyfikowane dla systemu IFS Applications - str. 200 oferty), a są nimi 4 serwery aplikacyjne (JBoss, JBoss Enterprise, IBM WebSphere oraz WebLogic). W dalszej części oferty Odwołujący dokonał opisu dwóch metod zapewnienia skalowalności systemu: przez rozbudowę istniejącej maszyny (serwera) lub przez dodanie do tego serwera dodatkowych serwerów (str. 202 oferty). Jedynie w przypadku zastosowania klastra kilku serwerów (czyli wyboru drugiej metody) preferowane są serwery WebSphere oraz WebLogic, jednak preferencja ta polega na uproszczeniu określonych procedur dla wykonawcy rozbudowującego system, a nie na „lepszej” wydajności rozbudowanego systemu. Serwery aplikacyjne JBoss również zapewniają możliwość rozbudowy systemu przez dodanie dodatkowych serwerów. Przede wszystkim jednak serwery JBoss w optymalny sposób zapewniają skalowalność w przypadku, gdy skalowalność ma być osiągnięta w przyszłości przez rozbudowę istniejącego serwera, a - jak wskazano - Zamawiający nie wyłączył możliwości zapewnienia skalowalności przez rozbudowę serwera.

Treść pisma Zamawiającego wskazuje na to, że Zamawiający nie tyle uznaje ofertę Odwołującego za niezgodną z SIWZ, co nie jest do końca przekonany, jakie konkretnie rozwiązanie zaoferował Odwołujący i czy zaoferowane przez niego rozwiązania spełniają wymagania określone w SIWZ. Tego rodzaju wątpliwości powinny być wyjaśniane w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający nie miał zatem podstaw do uznania, że fakt ten stanowi jakąkolwiek podstawę do odrzucenia oferty Odwołującego.

3. Zgodność zaoferowanych Produktów Projektu podlegających formalnemu odbiorowi.

Odwołujący podnosi, iż Zamawiający sformułował szereg zarzutów wobec zgodności opisu oferowanych przez Odwołującego produktów z wymaganiami Zamawiającego. Treść zarzutów wskazuje jednak na to, że Zamawiający nie odnalazł odniesień do własnych wymagań w opisie produktów Odwołującego i z tego wywodzi wskazane braki. Wszystkie wymagania Zamawiającego w zakresie produktów zostały jednak uwzględnione w opisie produktów Odwołującego. Odwołujący opisał Produkty z wykorzystaniem nieco innych sformułowań, lecz ich zakres treściowy jest identyczny do wymaganego przez Zamawiającego.

Dla przykładu - Zamawiający w pkt. 3.7. pisma z dnia 10 listopada 2011 r. zarzuca, że opis produktu Odwołującego „Plan szkoleń dla administratorów i trenerów” nie zawiera elementów określonych przez Zamawiającego w produkcie P308 „Przygotowanie planu szkoleń”, to jest: szczegółowego określenia tematów szkoleń i opisu podziału odpowiedzialności na zadania. Elementy te są zawarte w produkcie Odwołującego, opis tego produktu obejmuje wskazane elementy pod sformułowaniem „Plan szkoleń zawierający zakres szkoleń” i „Plan szkoleń zawierający warunki przygotowania i przeprowadzenia szkoleń, w tym lokalizacje szkoleniowe i infrastrukturę szkoleniową oraz harmonogram szkoleń”. Odniesienia do

poszczególnych elementów produktów Zamawiającego znajdują się w odpowiednich produktach Odwołującego - dotyczy to wszystkich wyszczególnionych zarzutów w pkt. 3.1., 3.3., 3.4., 3.5., 3.6., 3.7., 3.8., 3.9., 3.10. i 3.11. pisma Zamawiającego z dnia 10 listopada 2011 r.

Niektóre z zarzutów Zamawiającego wskazują również na niezrozumienie metodyki Odwołującego. Dla przykładu w pkt. 3.11. Zamawiający podnosi, że możliwa jest sytuacja, w której rozpoczęta zostanie eksploatacja systemu pomimo nieusuniętych nieprawidłowości wykrytych w trakcie testów. Metodyka IFS takiej możliwości nie przewiduje. Decyzja o produkcyjnym uruchomieniu systemu zostanie podjęta po usunięciu wad i nieprawidłowości - do uruchomienia systemu można przejść po usunięciu błędów wykrytych podczas testów. Podczas dostarczania produktu „Stabilny System” zostają usunięte tylko błędy wykryte podczas eksploatacji produkcyjnej, ponieważ tylko takie błędy mogą się pojawić w systemie. Zatem, opisywana przez Zamawiającego sytuacja nie będzie miała miejsca.

W punkcie 3.2. pisma z dnia 10 listopada 2011 r. Zamawiający zarzuca, że w metodyce Odwołującego dodany został produkt P205, podczas gdy z założeń do metodyki określonych w SIWZ, Zamawiający nie przewidywał odbioru takiego produktu. Po pierwsze, zdaniem Odwołującego, z postanowień SIWZ nie wynika zakaz dodania dodatkowych produktów podlegających odbiorowi - wykonawcy są zobowiązani do ujęcia wszystkich produktów Zamawiającego w opisie swojej metodyki, co nie jest jednoznaczne z obowiązkiem ograniczenia się tylko do tych produktów, które opisał Zamawiający, tym bardziej że przenoszenie jednej metodyki na inną zazwyczaj wiąże się ze zmianą ilości produktów. Po drugie - jeśli Zamawiający stanowczo sprzeciwia się odbieraniu produktu P205, to może go nie odbierać. Zmianę w tym zakresie można wprowadzić albo przez poprawienie omyłki na podstawie art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp albo w ostatecznej wersji metodyki, opracowanej w ramach realizacji umowy.

Ponadto Odwołujący wskazuje, że Zamawiający nie wymagał dokładnego „przepisania” przez wykonawców metodyki i opisów produktów zawartych w SIWZ. Zgodnie z treścią punktu 4 ppkt 4 Załącznika nr 1 do SIWZ - Opis przedmiotu zamówienia (Wymagania w zakresie metodyki projektowej), metodyka zarządzania projektem będzie uzgadniana w początkowej fazie projektu w ramach produktu „Dokument Inicjujący Projekt”, a więc dopiero na etapie realizacji umowy. Zamawiający jednoznacznie wskazał, że opisane przez niego procedury zostaną szczegółowo opisane w początkowej fazie projektu w formie produktu Dokument Inicjujący Projekt. Jednocześnie w ppkt 5 Zamawiający wymaga, aby przedstawiona przez wykonawcę metodyka zapewniła dostarczenie wszystkich produktów projektu opisanych w rozdziale 5 „Wymagania w zakresie produktów projektu.” Powyższe zostało przez Odwołującego spełnione - opisana w ofercie metodyka zapewnia dostarczenie wszystkich wymienionych przez Zamawiającego produktów.

Odwołujący miał wszelkie podstawy, aby w ten właśnie sposób interpretować wymagania Zamawiającego. W wezwaniu do wyjaśnienia oferty wstępnej (pismo z dnia 31 maja 2011 r.) Zamawiający wzywał do przypisania produktów zaproponowanych przez wykonawcę do produktów wskazanych przez Zamawiającego. Wezwanie dotyczyło innych produktów niż te, o których mowa w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty, ale z treści wezwania wyraźnie wynika, że Zamawiający nie oczekiwał skopiowania własnych produktów, tylko ich odzwierciedlenia w produktach wykonawcy. Odwołujący ponownie zwraca też uwagę na fakt, że omawiane zarzuty Zamawiającego nie powinny być podstawą odrzucenia oferty, lecz wezwania do wyjaśnień. Wszelkie wymagane elementy znajdują się bowiem w treści oferty i wyjaśnienia sprowadzałyby się do wskazania tych zapisów w ofercie, które odpowiadają poszczególnym wymaganiom, a których Zamawiający nie odnalazł.

4. Zgodność okresu trwania eksploatacji nadzorowanej.

Odwołujący podaje, iż zgodnie z wymaganiami Zamawiającego okres eksploatacji nadzorowanej nie może być krótszy niż 2 miesiące. Z przedstawionego w ofercie wykresu Ganta wynika, że rozpoczęcie eksploatacji produkcyjnej zostało zaplanowane przez Odwołującego na 3 września 2012 r. To działanie rozpoczyna fazę „Eksploatacja Uruchomionego Systemu”, która kończy się Punktem Kontrolnym - Projekt Zakończony, w dniu 2 listopada 2012 r. Zatem, określony w ofercie Odwołującego okres eksploatacji nadzorowanej i trwa 2 miesiące, a więc spełnia warunek w zakresie wymaganego przez Zamawiającego czasu trwania.

Również opis produktu P520 „Wsparcie eksploatacji produkcyjnej” jest zgodny z wymaganiami Zamawiającego. Odwołujący określił (str. 267 oferty), że w ramach tego Produktu wykonane zostaną usługi „wsparcia wdrożeniowego przy rozwiązywaniu problemów użytkowników końcowych podczas produkcyjnej eksploatacji systemu w okresie pierwszego miesiąca od daty uruchomienia produkcyjnego”. Wykonawca nie określił, że będzie to pierwszy miesiąc kalendarzowy. W przypadku projektów w obszarze księgowości pierwszy miesiąc oznacza czas do zamknięcia pierwszego miesiąca księgowego, zatem zachowany zostanie wspomniany okres 2-miesięcznej eksploatacji nadzorowanej.

5. Zgodność oferty z treścią SIWZ w zakresie definicji ról i zakresów odpowiedzialności.

Zdaniem Odwołującego, treść sformułowanych wobec niego zarzutów wskazuje na to, że albo Zamawiający nie odnalazł w treści oferty Odwołującego treści, które w tej ofercie są zawarte albo nieprawidłowo interpretuje treść oferty Odwołującego. Dla przykładu, w pkt. 5.1. lit. e pisma z dnia 10 listopada 2011 r. Zamawiający twierdzi, że nie zostało w ofercie Odwołującemu przypisane, zespołom lub osobom realizującym projekt po stronie wykonawcy, zadanie 6.2.12. pkt. 1 „Przeprowadzenie analizy technicznej i przygotowanie projektu

wykonawczego". Zadanie to zostało jednak przypisane w ofercie Odwołującego Inżynierowi Systemowemu (jako „Przeprowadzenie analizy technicznej i przygotowanie opisu wymaganej infrastruktury technicznej” oraz „Przygotowanie technicznej dokumentacji projektowej” - str. 275 oferty Odwołującego).

Definicje ról i przypisane im zakresy odpowiedzialności są zatem zgodne z założeniami do metodyki określonymi w SIWZ. Odwołujący doprecyzowuje określone zadania i odpowiedzialność, nie zmienia jednak narzuconych przez Zamawiającego założeń. Odmienność nazewnictwa, bądź zaproponowanie bardziej szczegółowych opisów, nie może być podstawą do odrzucenia oferty, zarzuty Zamawiającego są zatem bezzasadne.

Zgodnie z treścią Załącznika nr 1 do SWZ - Opis przedmiotu zamówienia, pkt. 6: „Zaprezentowana struktura organizacyjna Projektu może zostać doprecyzowana w ramach metodyki wdrożenia, która zostanie ustalona przez strony w ramach produktu DIP, o którym mowa w rozdziale 5.2.1 niniejszego dokumentu.” Tak jak w przypadku opisu procesów w Projekcie, Zamawiający założył, że ostateczna treść struktury organizacyjnej (a więc również definicje ról i zakresy odpowiedzialności) będą określone na etapie realizacji umowy - będą produktem podlegającym odbiorowi przez Zamawiającego. jeśli opracowana przez wykonawcę w ramach tego produktu metodyka nie będzie zgodna z oczekiwaniami Zamawiającego określonymi w SIWZ, Zamawiający będzie miał prawo do odmowy odbioru tego produktu.

6.1. Postanowienia projektu umowy licencyjnej.

6.1.1. Pola eksploatacji.

Skoro intencją Zamawiającego było otrzymanie uprawnień do korzystania z dokumentacji oprogramowania dla celów realizacji projektu, to treść umowy licencyjnej Odwołującego zapewnia Zamawiającemu uzyskanie takich uprawnień. Odwołujący zapewnił przekazanie Zamawiającemu nawet szerszych uprawnień niż oczekiwane, ponieważ uprawnienia będą przekazane bez ograniczenia do konkretnych celów.

Podobnie niezrozumiałe są zarzuty Zamawiającego w zakresie braku pola eksploatacji polegającego na „sprzedaży, najmie, dzierżawie, wniesieniu jako aport oraz każdym odpłatnym i nieodpłatnym oddaniu do używania lub używania i pobierania pożytków a także użyczenia dokumentacji i jej egzemplarzy wyłącznie na rzecz podmiotów powiązanych kapitałowo z Zamawiającym na zasadach określonych w umowie licencji”. W projekcie umowy licencyjnej Odwołujący oferuje udzielenie Zamawiającemu licencji na polu eksploatacji obejmującym „rozpowszechnianie”. Pojęcie „rozpowszechnianie” jest pojęciem szerokim, obejmującym również rozpowszechnianie przez sprzedaż, najem, dzierżawę, wniesienie aportem i wszelkie inne wymienione przez Zamawiającego przypadki rozpowszechniania dokumentacji. Fakt, że określone sformułowania nie zostały jednoznacznie „przepisane” do umowy licencyjnej z

Załącznika nr 4 do SIWZ nie oznacza, że wymagane uprawnienia nie zostały przyznane Zamawiającemu w projekcie umowy licencyjnej.

6.1.2. Wynagrodzenie.

Odwołujący przedstawił wynagrodzenie w ofercie w kwotach brutto (tabela cenowa na str. 312 oferty). Projekt umowy licencyjnej nie zawiera żadnych kwot, konkretne kwoty będą przepisane do tej umowy z tabeli cenowej oferty przed podpisaniem umowy. Nie ma więc żadnych podstaw do uznania, że oferta Odwołującego jest w jakimkolwiek zakresie niezgodna z SIWZ. Jednak nawet gdyby przyjąć taki pogląd za prawidłowy, jest to typowy przypadek możliwości poprawienia treści oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp

6.1.3. Pkt. 12.3 umowy licencyjnej.

Zdaniem Zamawiającego, Odwołujący nałożył na Zamawiającego dodatkowe, nieprzewidziane w SIWZ zobowiązanie pieniężne. Odwołujący stoi na stanowisku, iż takiego zobowiązania nie wprowadził. Powołane przez Zamawiającego postanowienie dotyczy kary umownej w przypadku niewłaściwego korzystania z oprogramowania przez Zamawiającego. Zamawiający nie określił w żadnym miejscu SIWZ, że tego rodzaju postanowienia nie mogą być wprowadzane do projektu umów przedstawianych przez wykonawców. Nie może zatem na obecnym etapie zarzucać wykonawcom, że oprócz postanowień wymaganych przez Zamawiającego w założeniach do umowy licencyjnej, wprowadzili do projektu umowy dodatkowe, niesprzeczne z tymi wymaganiami postanowienia. Zamawiający powinien być świadomy ryzyka, jakie wiąże się z niezłączeniem do SIWZ projektów umów. W SIWZ przedstawiony został wyłącznie projekt umowy wdrożeniowej i do tego projektu wykonawcy nie mogli rzeczywiście dodać żadnych własnych postanowień. Jednak pozostałe projekty, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, powinni przygotowywać wykonawcy, Zamawiający nie ma zatem możliwości kwestionowania w tym momencie faktu opracowania tych projektów według przyjętych przez nich założeń.

6.1.4. Pkt. 13.4 umowy licencyjnej

Za niezrozumiały Odwołujący uznaje zarzut Zamawiającego, dotyczący wyłączenia odpowiedzialności wykonawcy za wady oprogramowania osób trzecich. Załącznik nr 4 do SIWZ nie zawiera bowiem postanowień zakazujących wykonawcom wyłączenia tej odpowiedzialności, a Zamawiający - będąc profesjonalnym uczestnikiem obrotu - musi zdawać sobie sprawę z faktu, że wykonawca nie ma jakiegokolwiek realnej możliwości poniesienia odpowiedzialności za wady oprogramowania osób trzecich.

Nie jest również prawdziwe twierdzenie, że umowa licencyjna nie zawiera wymaganych przez punkt 11 Załącznika nr 4 do SIWZ postanowień ustanawiających odpowiedzialność

wykonawcy z tytułu roszczeń podnoszonych wobec Zamawiającego w związku z oprogramowaniem lub dokumentacją. Powołane postanowienia zawarte są w pkt. 7.2. projektu umowy licencyjnej (str. 320 oferty). Odwołujący istotnie przyjął na siebie odpowiedzialność za roszczenia zasadne, ale w ocenie Odwołującego nie jest to sprzeczne z wyrażoną przez Zamawiającego w pkt 11 Załącznika nr 11 do SIWZ intencją.

6.1.5. Kontrola jakości projektu.

Zgodnie z treścią pkt 3.7 Załącznika nr 2 do SIWZ wykonawcy zostali zobowiązani do udzielenia osobom trzecim wszelkich informacji, danych i wyjaśnień i zapewnienia możliwości osobistej kontroli prowadzonych prac. Wbrew twierdzeniu Zamawiającego, postanowienie to zobowiązuje do udostępnienia wyjaśnień i informacji oraz dostępu wykonawcę a nie Zamawiającego. Zamawiający nie musi zatem posiadać uprawnień do przekazywania komukolwiek wskazanych wyjaśnień i informacji, nie musi też umożliwiać nikomu dostępu do oprogramowania. Tym samym zobowiązanie Zamawiającego do nieudostępniania oprogramowania osobom trzecim jest w świetle postanowień SIWZ całkowicie uprawnione.

6.1.6. Warunki licencjonowania oprogramowania Crystal Reports.

Za niezrozumiały Odwołujący uznaje zarzut braku pełnej licencji na oprogramowanie Crystal Reports. Zamawiający wymagał jedynie, aby umowa licencji przewidywała, że „na rzecz Zamawiającego zostaje udzielona licencja na bazę danych oraz na wszelkie niezbędne oprogramowania osób trzecich” (pkt 13 Załącznika nr 4 do SIWZ) oraz „objęcia umową licencyjną licencji na bazę danych oraz wszelkiego niezbędnego oprogramowania osób trzecich” (pkt 21 Załącznika nr 4 do SIWZ). W treści SIWZ nie postawiono wymagania przedstawienia pełnej umowy licencyjnej dla oprogramowania osób trzecich. Udzielenie licencji na oprogramowanie Crystal Reports zostało przewidziane w ofercie Wykonawcy, a zatem treść oferty odpowiada treści powoływanych przez Zamawiającego postanowień SIWZ.

6.2. Postanowienia projektu umowy serwisowej.

6.2.1. Warunki wypowiedzenia umowy przez Zamawiającego.

W opinii Odwołującego, wbrew zarzutom Zamawiającego, postanowienia umowy serwisowej są zgodne z treścią SIWZ. W powoływanym w uzasadnieniu rozstrzygnięcia punkcie Zamawiający wymagał prawa natychmiastowego wypowiedzenia Umowy w razie jej naruszenia przez Wykonawcę i nieusunięcia tego naruszenia w „odpowiednim terminie”, a zatem opisując zasady wypowiedzenia, Zamawiający wprowadził otwartą klauzulę, nie precyzując ani minimalnego, ani maksymalnego terminu. Odwołujący w zakwestionowanym postanowieniu umowy serwisowej jedynie sprecyzował tę otwartą klauzulę umieszczoną w SIWZ.

Ponadto, uprawnienie do wypowiedzenia umowy przysługiwać będzie także na mocy bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa. Umowa serwisowa ma charakter umowy o świadczenie usług, czyli zgodnie z art. 750 k.c. stosuje się do niej odpowiednio przepisy o umowie zlecenia. Stosownie do art. 746 §1 k.c. w zw. z art. 750 k.c. usługodawca może wypowiedzieć umowę w każdym czasie, a zgodnie z art. 746 §3 k.c. nie można wyłączyć uprawnienia do wypowiedzenia umowy z ważnych powodów. Nie ulega wątpliwości, że naruszenie umowy powinno być potraktowane jako ważny powód, a zatem także z mocy przepisów prawa Zamawiającemu będzie przysługiwać uprawnienie do wypowiedzenia umowy w zakresie wymaganym w SIWZ.

6.2.2. Zmienność wysokości wynagrodzenia.

„Zmienna wysokość wynagrodzenia”, do której odnosi się Zamawiający, nie dotyczy przedmiotu zamówienia, albowiem został on wyceniony w ofercie Wykonawcy ryczałtowo, razem z serwisem za cały okres trwania umowy (s. 311-312 szczegółowego opisu oferty).

Zakwestionowane postanowienia, umieszczone w punkcie 5 umowy serwisowej, stanowią standardowe warunki producenta, które mają zastosowanie jedynie w sytuacji, w której Zamawiający nabywa nowe elementy oprogramowania. Postanowienia te określają, jak dostosowywać cenę za utrzymanie oprogramowania, jeżeli dojdzie do rozbudowy Systemu. Taka rozbudowa musiałaby być przeprowadzana w oparciu o przepisy prawa zamówień publicznych, a zatem Zamawiający nie będzie tymi standardowymi postanowieniami związany.

6.2.3. Dostosowanie Systemu do obowiązujących przepisów.

Niezrozumiały jest zarzut niezgodności umowy serwisowej z punktem 6 Załącznika nr 5 do SIWZ. W postanowieniu tym, Zamawiający posłużył się niedookreślonym zwrotem, ponieważ wymagał, aby dostosowania Oprogramowania i dokumentacji do zmian w przepisach prawa następowało „w terminach pozwalających Zamawiającemu na terminowe dostosowanie rozwiązań kastomizacyjnych”. W żadnym miejscu w SIWZ Zamawiający nie sformułował wymagania, aby w umowie serwisowej Wykonawca przyjmował na siebie obowiązek bieżącego monitorowania zmian w prawie i proponowania modyfikacji, jak sugeruje Zamawiający w uzasadnieniu rozstrzygnięcia. Obowiązkiem Wykonawcy było przedstawienie umowy licencyjnej. Realizując ten obowiązek, Wykonawca wyłącznie doprecyzował nieostre wymaganie SIWZ.

Niezrozumiały jest także zarzut, jakoby Wykonawca ograniczył wprowadzanie zmian do przypadków, gdy jest to możliwe poprzez modyfikacje. Dostosowanie oprogramowania do zmian normatywnych może nastąpić albo przez jego parametryzację, albo przez modyfikację (aktualizację). Zgodnie z punktem 2.1.1 załącznika nr 1 do umowy serwisowej, jeżeli parametryzacja będzie niewystarczająca, Wykonawca dokona takiej aktualizacji, czyli w umowie

zostały uwzględnione wszystkie możliwości dostosowania oprogramowania do zmian. Nie ulega przy tym wątpliwości, że w przypadku dokumentacji w rachubę wchodzi jedynie aktualizacja, ponieważ dokumentów z natury się nie „parametryzuje”.

6.2.4. Zarzuty dotyczące niezgodności umowy serwisowej z SIWZ.

6.2.4.1. Nie można zgodzić się z zarzutem, że punkt 4.2 umowy serwisowej ogranicza korzystanie z modyfikacji i rozszerzeń wytworzonych samodzielnie przez Zamawiającego lub na jego rzecz. Powoływany przez Zamawiającego punkt 19 Załącznika nr 5 do SIWZ zawiera wymaganie, aby zgodnie z umową Zamawiający „miał prawo do korzystania z modyfikacji i rozszerzeń wytworzonych samodzielnie przez Zamawiającego lub wskazane przez niego osoby trzecie (bez udziału producenta oprogramowania) w całym okresie eksploatacji systemu, bez występowania o zgodę Wykonawcy lub producenta standardowego oprogramowania ERP, producenta bazy danych, producenta oprogramowania firm trzecich”.

Postanowienie SIWZ zostało wprost przeniesione do zakwestionowanego punktu 4.2 umowy serwisowej. Stwierdzenie, że ma to następować „w zakresie Zmiany” nie ogranicza praw Zamawiającego, albowiem definicja ta - jak zauważa sam Zamawiający - jest bardzo ogólna i obejmuje wszystkie możliwe operacje wiążące się z modyfikowaniem oprogramowania. Zgodnie z punktem 1.29 umowy serwisowej, Zmianą jest „jakikolwiek ulepszenie, tłumaczenie, przystosowanie, modyfikacje rozszerzenia lub jakiegokolwiek inne zmiany w Oprogramowaniu IFS, Modyfikacjach i/lub Rozszerzeniach dokonane przez Klienta lub osobę trzecią działającą na jego rzecz”. Identyczna definicja znajduje się w umowie deweloperskiej. Nie będzie zatem konieczne badanie, czy dana modyfikacja stanowi Zmianę, ponieważ zmianę stanowi każda modyfikacja, także modyfikacja w zakresie kodu źródłowego.

Niezrozumiały jest także zarzut, że punkty 4.1 i 4.2 umowy serwisowej nie precyzują pól eksploatacji, na których będzie możliwe korzystanie z modyfikacji wykonanych przez Zamawiającego lub na jego rzecz. Wskazanie tych pól nie było wymagane w SIWZ, a ponadto nie byłoby konieczne, ponieważ prawa autorskie do oprogramowania, o którym tu mowa, nie będą przysługiwać Wykonawcy, bo nie on będzie je wykonywał. To od Zamawiającego będzie zależęć, jakie to będą pola eksploatacji - nie ma przeszkód, aby były to wszystkie pola eksploatacji opisane w ustawie o prawie autorskim i prawach pokrewnych, jeżeli modyfikację stworzą pracownicy Zamawiającego, albo jeśli nabędzie on od osoby trzeciej całość autorskich praw majątkowych albo odpowiednio szeroką licencję.

6.2.4.2. Nie można uznać za trafny zarzutu, że Wykonawca w punkcie 4.3 umowy serwisowej niezgodnie z postanowieniami SIWZ wyłączył z usług serwisowych modyfikacje i rozszerzenia Oprogramowania Aplikacyjnego wytworzone przez Zamawiającego lub wskazane przez niego osoby trzecie.

Zakwestionowane przez Zamawiającego postanowienie nie jest sprzeczne z żadnym postanowieniem SIWZ, co pośrednio wynika z uzasadnienia rozstrzygnięcia, w którym Zamawiający nie wskazał na żaden konkretny punkt Załącznika nr 5 do SIWZ. Podkreśla ono jedynie, że serwisem jest objęty konkretny system wdrażany przez Wykonawcę, a nie jego ewentualne późniejsze zmiany dokonywane przez inne osoby.

Zgodnie z punktem 3 Załącznika nr 5 do SIWZ, usługi serwisowe mają obejmować „usuwanie błędów lub innych nieprawidłowości funkcjonowania Oprogramowania”. Z kolei w punkcie 1 Załącznika nr 5 wprost stwierdzono, że umowa serwisowa ma dotyczyć Oprogramowania Producenta. Tym samym, z treści SIWZ wprost wynika, że modyfikacje wykonane przez Zamawiającego lub na jego zlecenie przez osoby trzecie nie jest objęte umową serwisową.

Odnosząc się natomiast do zarzutu konieczności weryfikacji, czy dana modyfikacja jest Zmianą, aktualne są rozważania zawarte w punkcie 6.2.4.1 odwołania.

6.2.4.3. do 6.2.4.10 Niezrozumiały jest także zarzut dotyczący wprowadzenia do umowy serwisowej przesłanek wyłączenia odpowiedzialności. Stosownie do punktu 10 Załącznika nr 5 do SIWZ: „Oczekiwaniem Zamawiającego jest przedstawienie w ramach Umowy serwisowej zasad odpowiedzialności Wykonawcy za niewykonanie lub nienależyte wykonanie Umowy serwisowej”. Zamawiający w żadnym miejscu nie stwierdził, że przepis ten zawiera wyczerpującą regulację dotyczącą odpowiedzialności, ponieważ w takim wypadku „przedstawienie zasad odpowiedzialności” miałyby się sprowadzać się jedynie do powtarzania za SIWZ.

Gdyby takie było oczekiwanie Zamawiającego, powinien on wyrazić je w specyfikacji i sam przedstawić wzór umowy, korzystając z możliwości wynikającej z art. 36 ust. 1 pkt 16 pzp w zw. z art. 57 ust. 5 pzp, tak jak to uczynił w odniesieniu do umowy wdrożeniowej. Pozostawiając wykonawcom swobodę, powinien być świadomy ryzyka, że przedstawione przez nich umowy nie będą całkowicie zgodne z oczekiwaniami, które nie zostały wyartykułowane w SIWZ.

Odnosnie 6.2.4.3:, Odwołujący wskazuje, iż przedmiotem umowy serwisowej jest usuwanie błędów, czyli nie można z definicji oczekiwać odpowiedzialności za skutki ich występowania. W razie wystąpienia błędu, wykonawca będzie zobowiązany do podjęcia określonych działań i do usunięcia błędów. Zakwestionowane postanowienie w istocie nie wprowadza żadnych ograniczeń, tylko opisuje faktyczną odpowiedzialność z tytułu realizacji umowy serwisowej. Odpowiedzialność za skutki wystąpienia błędów mogłaby ewentualnie być opisana w umowie wdrożeniowej, ale wzór tej umowy był całkowicie narzucony przez Zamawiającego, a zatem nie było możliwości wprowadzenia poprawek na etapie składania oferty ostatecznej.

Odnosnie punktów 6.2.4.4 do 6.2.4.10: Odwołujący wskazuje, iż w punkcie 1 Załącznika nr 5 wprost stwierdzono, że umowa serwisowa ma dotyczyć oprogramowania producenta. Tym samym, umowa ta nie dotyczy czynności dokonanych przez Zamawiającego bez jakiegokolwiek nadzoru ze strony wykonawcy. Nie można oczekiwać, że Wykonawca przyjmie na siebie nieograniczoną odpowiedzialność za wszelkie działania Zamawiającego, obejmujące możliwe daleko posunięte ingerencje w oprogramowanie (parametryzacje, modyfikacje) czy niestosowanie procedur bezpieczeństwa (wprowadzenie wirusa komputerowego do systemu).

Odnosnie pkt 6.2.4.11., niezrozumiały jest także zarzut, jakoby umowa serwisowa była sprzeczna z punktem 1.2.2 załącznika A do Załącznika nr 3 do SIWZ. Powoływane przez Zamawiającego postanowienie SIWZ w ogóle nie dotyczy treści umowy serwisowej, którą zakwestionowano w rozstrzygnięciu. Zakwestionowana umowa to umowa serwisowa producenta, której minimalne wymagania zostały określone w Załączniku nr 5 do SIWZ. Wzorcem, który Zamawiający przyłożył do tej umowy uzasadniając rozstrzygnięcie, jest natomiast Załącznik nr 3 do SIWZ, który określa treść umowy gwarancyjnej wykonawcy, a zatem nie jest adekwatny do oceny umowy serwisowej producenta. Okoliczność, że Załącznik nr 3 do SIWZ dotyczy umowy gwarancyjnej wykonawcy, wynika z szeregu zawartych w nim postanowień, w tym już z ogólnych klauzul definiujących jej przedmiot (np. pkt 2.3). Załącznik nr 5 do SIWZ nie odsyła do załącznika nr 3 do SIWZ. Nieracjonalne jest porównywanie treści umowy serwisowej producenta, mającej spełniać pewne minimalne wymagania, ale której wzór ma przedstawić wykonawca, z treścią kompletnego wzoru umowy gwarancyjnej wykonawcy.

Zdaniem Odwołującego, zarzut nie jest trafny także w odniesieniu do umowy serwisowej producenta, przedstawionej przez Wykonawcę. W żadnym miejscu nie stwierdza ona, że odrzucenie zgłoszenia nie będzie uzasadniane, ani że nie będzie możliwe ponowne zgłoszenie tego samego zdarzenia. Zgłaszanie i odrzucanie zgłoszeń jest dokonywane w systemie informatycznym i ten system przewiduje uzasadnianie i możliwość ponownego zgłoszenia.

Odnosnie pkt 6.2.4.12., za niezrozumiały Odwołujący uznaje zarzut sprzeczności umowy serwisowej producenta z punktem 4.3 Załącznika nr 5 do SIWZ. Zakwestionowany punkt 27 załącznika nr 2 do umowy serwisowej zawiera tabelę określającą „Czas Naprawy” dla poszczególnych kategorii błędów. Już nazwa rubryki nie pozostawia wątpliwości, że określono tu maksymalny czas usunięcia błędów, zgodnie z wymaganiami z punktu 4.3 Załącznika nr 5 do SIWZ. Potwierdza to także treść punktu 28 tego załącznika, zgodnie z którym: „Za czas Naprawy uznaje się sumę czasów, jaki Zgłoszenie spędziło w statusie po stronie Wykonawcy”.

W aspekcie pkt 6.2.5. Zmiana warunków serwisowania produktów RedHat, Odwołujący nie zgadza się z zarzutem, że „wykonawca dopuszcza zmiany warunków (...) decyzją firmy RedHat, bez aneksowania umowy”. Gdyby zakwestionowane przez Zamawiającego warunki interpretować tak, jak czyni to Zamawiający, byłyby one całkowicie bezskuteczne, ponieważ taka „jednostronna zmiana umowy” nie jest możliwa. Zakwestionowane przez Zamawiającego

postanowienie należy rozumieć w ten sposób, że jeśli RedHat Inc. zmieni warunki korzystania z oprogramowania, ceny i inne tego typu postanowienia, to w przyszłości obowiązywać będą właśnie takie nowe warunki. Tego typu zmiany pozostawałyby jednak bez wpływu na prawa i obowiązki wynikające z umowy zawieranej między Wykonawcą a Zamawiającym, ponieważ treść tej umowy będzie zdefiniowana w chwili jej zawarcia, będzie ona określać ryczałtową cenę, a wszelkie jej zmiany będą wymagały aneksu podpisanego zgodnie z przepisami prawa zamówień publicznych oraz pkt 3.2.d Kontraktu, który dopuszcza aneksowanie umowy „w przypadku zmiany warunków świadczenia serwisu utrzymaniowego producenta Oprogramowania, wpływające na zakres, sposób lub terminy realizacji Kontraktu”. Tym samym, z oczywistych względów nie będą mogły być wprowadzone jednostronną decyzją wykonawcy.

W przedmiocie pkt 6.2.6. Wynagrodzenie z tytułu asysty technicznej JBoss, Odwołujący podnosi, iż niezrozumiałą jest zarzut odnoszący się do podania w umowie dotyczącej JBoss kwot netto. Wykonawca pragnie podkreślić, że zarówno kwota podana w jego ofercie, jak i kwota w tzw. Kontrakcie są podane w wartościach brutto.

Mimo, że w umowie dotyczącej JBoss została podana częściowa kwota netto, to należy podkreślić, że to samo postanowienie wyraźnie stwierdza, że zostanie doliczony podatek VAT. Ponadto, nie ulega wątpliwości, jaka stawka podatku VAT jest w tym przypadku właściwa. Tym samym, nawet gdyby taki stan uznać za niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, to Zamawiający powinien w takim wypadku zastosować procedurę przewidzianą z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Odnośnie pkt 6.2.7. Niezgodności w umowie asysty technicznej JBoss, zdaniem Wykonawcy, Zamawiający nie ma racji, zarzucając niezgodność oferty z treścią SIWZ, wynikającą z rzekomej sprzeczności umowy asysty technicznej JBoss ze specyfikacją. Zasady świadczenia serwisu producenta wobec oprogramowania JBoss wynikają bowiem z punktu 3.1.1 umowy serwisowej producenta, zgodnie z którym: „Usługi serwisowe obejmują usługi w zakresie Oprogramowania Aplikacyjnego, Oprogramowania Oracle, a także Oprogramowania Osób Trzecich, zgodnie z zasadami określonymi w Załączniku nr 1, 2 i 3 do Umowy”. Oprogramowanie Osób Trzecich zostało zdefiniowane w punkcie 1.19 z odwołaniem do Załącznika nr 2 do umowy licencyjnej, czyli załącznika zatytułowanego „Warunki licencjonowania oprogramowania osób trzecich” (s. 329 i nast. szczegółowego opisu oferty”), dotyczącego właśnie oprogramowania JBoss. Skoro tak, to oprogramowanie JBoss jest objęte umową serwisową na określonych w niej warunkach, które nie zostały uchylone przez umowę asysty technicznej oprogramowania JBoss. Nawet jeśli umowa asysty technicznej reguluje zasady serwisu oprogramowania JBoss inaczej niż umowa serwisowa, nie zwalnia to Wykonawcy z realizacji świadczeń serwisowych w zakresie JBoss zgodnie z umową serwisową.

Odnosnie pkt 6.2.7.1. , Odwołujący podnosi, iż nie można zgodzić się z zarzutem, że punkt 4.5 umowy JBoss jest sprzeczny z punktami 3 i 4 Załącznika nr 5 do SIWZ, ponieważ „nie przewidują one wyłączenia” z serwisu zmodyfikowanego oprogramowania. W pierwszej kolejności Wykonawca pragnie wskazać, że cytowane przez Zamawiającego postanowienia SIWZ regulują zupełnie inne zagadnienia, a mianowicie zakres prac polegających na serwisie (pkt 3) i kategoryzację problemów z czasami reakcji i realizacji napraw (pkt 4). Zakwestionowane postanowienie umowy JBoss nie może być z nimi sprzeczne, ponieważ nie są one dla niego adekwatnym wzorcem. Ponadto, aktualne są rozważania zawarte w odwołaniu w odniesieniu do punktów 6.2.4.2 i 6.2.4.3.

Z punktu 1 Załącznika nr 5 do SIWZ wyraźnie wynika, że umowa serwisowa ma dotyczyć Oprogramowania Producenta, a zatem nie musi obejmować wszelkich modyfikacji wprowadzonych do niego. Gdyby natomiast Zamawiający chciał postawić takie wymaganie, powinien był je wyraźnie określić, na przykład przedstawiając wzór umowy serwisowej, tak jak to uczynił w odniesieniu do umowy wdrożeniowej.

W przedmiocie pkt 6.2.7.2., za nietrafny Odwołujący uznaje zarzut uwzględnienia w umowie JBoss w punkcie 4.9 „dodatkowych” przesłanek odpowiedzialności. Aktualne są tu rozważania dotyczące punktów 6.2.4.3 do 6.2.4.10.

Stosownie do punktu 10 Załącznika nr 5 do SIWZ: „Oczekiwaniem Zamawiającego jest przedstawienie w ramach Umowy serwisowej zasad odpowiedzialności Wykonawcy za niewykonanie lub nienależyte wykonanie Umowy serwisowej”. Zamawiający w żadnym miejscu nie stwierdził, że przepis ten zawiera wyczerpującą regulację dotyczącą odpowiedzialności, ponieważ w takim wypadku przedstawienie zasad odpowiedzialności miałyby się sprowadzać jedynie do powtarzania za SIWZ. Skoro Zamawiający dopuścił ustalanie tych zasad przez Wykonawców, musi liczyć się z sytuacją, w której treść oferty nie będzie w pełni uwzględniać tych oczekiwań, które nie zostały wyraźnie określone w SIWZ.

Wykonawca pragnie także zwrócić uwagę, że nie ma racjonalnego powodu, aby nakładać na niego odpowiedzialność za utratę danych w sytuacji niewypełnienia przez Zamawiającego obowiązków związanych z ochroną tych danych. Ochrona danych nie jest objęta zakresem umowy serwisowej, opisanym w Załączniku nr 5 do SIWZ, natomiast Zamawiający zobowiązany jest w celu tej ochrony podjąć szereg czynności (np. zapewnić kopie zapasowe).

Odnosnie pkt 6.2.7.3. Odwołujący stwierdza, iż zarzut ten dotyczący punktu 4.11 umowy JBoss, został opisany w uzasadnieniu rozstrzygnięcia w punkcie 6.2.7.3. i punkcie 6.2.5. W związku z tym, aktualne są rozważania dotyczące punktu 6.2.5.

W przedmiocie pkt 6.2.7.4., Odwołujący zauważa, iż uzasadniając zarzut, dotyczący punktu 6.2 umowy dotyczącej JBoss, Zamawiający powołuje się na brzmienie punktu 10 Załącznika nr 5 do SIWZ nadane w odpowiedzi na pytanie nr 160, gdzie wprost wskazano, że

odpowiedzialność ta ma być ograniczona do wysokości jednokrotności wynagrodzenia, o którym mowa w punkcie 2.2.d Załącznika nr 7 do SIWZ.

Załącznik nr 7 do SIWZ (Kontrakt) w punkcie 2.2.d odnosi się do wynagrodzenia za realizację umowy serwisowej producenta. Wykonawca zwrac uwagę, że oprogramowanie JBoss jest objęte usługami serwisowymi określonymi w przedłożonej w ofercie ostatecznej umowie serwisowej producenta, jako oprogramowanie osób. Ograniczenia odpowiedzialności, uregulowane w punkcie 8.2 umowy serwisowej producenta są zaś w pełni zgodne z punktem 10 Załącznika nr 5 do SIWZ i nie zostały zakwestionowane.

Nawet jednak gdyby uznać, że wskazanie „opłaty jednorocznej” w treści umowy innej, niż umowa serwisowa producenta, do której odnosi się Załącznik nr 5 do SIWZ i Załącznik nr 7 do SIWZ, jest sprzeczne z treścią specyfikacji, jest to niewątpliwie omyłka, która może być samodzielnie poprawiona przez Zamawiającego, ponieważ jej usunięcie nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Odnosnie pkt 6.2.7.5. , za niezrozumiały Odwołujący uznaje zarzut niezgodności umowy dotyczącej JBoss z treścią Załącznika nr 3 do SIWZ. Załącznik nr 3 do SIWZ zawiera wzór umowy gwarancyjnej wykonawcy, a zatem nie może być wzorcem do oceny umów serwisowych producenta. Okoliczność, że Załącznik nr 3 do SIWZ dotyczy umowy gwarancyjnej wykonawcy, wynika z szeregu zawartych w nim postanowień, w tym już z ogólnych klauzul definiujących jej przedmiot (np. pkt 2.1). Załącznik nr 5 do SIWZ nie odsyła do załącznika nr 3 do SIWZ. Nieracjonalne jest porównywanie treści umowy serwisowej producenta, mającej spełniać pewne minimalne wymagania, ale której wzór ma przedstawić wykonawca, z treścią kompletnego wzoru umowy gwarancyjnej wykonawcy.

Nawet jednak, gdyby uznać, że postanowienia Załącznika nr 3 do SIWZ odnoszą się do umowy dotyczącej JBoss, to nie ma podstaw do przypisywania Wykonawcy odpowiedzialności za sposób wykorzystywania przez Zamawiającego danych gromadzonych za pomocą tego oprogramowania, ponieważ Wykonawca nie ma na te czynności żadnego wpływu. Podobnie, naturalnym jest, że odpowiedzialność za działanie oprogramowania nie odnosi się do oprogramowania dostarczonego przez zupełnie inny podmiot.

W odniesieniu do pkt 6.2.7.6. Odwołujący podaje, iż w przedmiocie prawa do wypowiedzenia umowy przez Zamawiającego, w pełni aktualne są rozważania dotyczące wypowiedzenia, ujęte w odwołaniu w odniesieniu do punktu 6.2.1. W pozostałym zakresie, w ocenie Wykonawcy nie ulega wątpliwości, że nawet, jeżeli omawiane postanowienie należy uznać za niezgodne z wymaganiami SIWZ, to Zamawiający powinien zastosować w tym wypadku procedurę z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, albowiem może samodzielnie poprawić taką niewątpliwie nieistotną omyłkę przez zastąpienie kwestionowanego postanowienia treścią punktu 9 Załącznika nr 5 do SIWZ.

Odnosnie pkt 6.2.7.7. za niezrozumiały Odwołujący uznaje zarzut „jednostronnego ograniczenia” możliwości przelewu, wynikającej z art. 509 k.c. Zamawiający nie wskazał w rozstrzygnięciu żadnego postanowienia SIWZ, z którym umowa na JBoss miałaby być w tym wypadku sprzeczna. W ocenie Wykonawcy, żadne postanowienie SIWZ nie zawierało stwierdzenia, że takie wyłączenie nie jest dopuszczalne.

W przedmiocie pkt 6.2.7.8., Odwołujący podnosi, iż niezrozumiały jest zarzut odnoszący się do braku postanowień nakładających „odpowiedzialność pieniężną z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy”. Odpowiedzialność ta wynika bowiem wprost z przepisów prawa, a ściślej z art. 471 i nast. k.c. Zamawiający w punkcie 10 Załącznika nr 5 do SIWZ wymagał w sposób bardzo ogólny opisanie tych zasad, ale w żadnym miejscu nie sprecyzował, jak bardzo szczegółowo Wykonawca powinien je opisać. W szczególności nie stwierdził, że każda forma niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, dotycząca wszystkich aspektów działania każdego rodzaju oprogramowania, powinna być powiązana z karą umowną. Umowa serwisowa producenta opisuje te zasady bardziej szczegółowo, a umowa na JBoss mniej szczegółowo, jednak w stosunku do żadnej z nich nie można zarzucić, że jej niewykonanie czy nienależyte wykonanie nie będzie wiązało się z „odpowiedzialnością pieniężną”.

6.3. Zarzuty dotyczące umowy deweloperskiej

6.3.1. Zarzut nieuwzględnienia wymaganych pól eksploatacji

Zarzut Zamawiającego, iż brak w umowie uprawnienia do korzystania z oprogramowania na polu eksploatacji, jakim jest „trwałe lub czasowe zwielokrotnienie w całości lub w części...” jest całkowicie niezrozumiały i odniesienie się do niego wymaga przybliżenia podstawowych mechanizmów prawa autorskiego. Istotą umowy deweloperskiej jest uprawnienie do modyfikacji oprogramowania. Pole eksploatacji opisane przez Zamawiającego, obejmujące „zwielokrotnianie”, oznacza w istocie prawo korzystania z oprogramowania, ponieważ z przyczyn technicznych nie da się korzystać z oprogramowania bez zwielokrotnienia go w pamięci komputera. Nie ma żadnych wątpliwości, że Zamawiający może korzystać z oprogramowania w celu, do którego jest przeznaczone, czyli do modyfikacji kodu źródłowego. Uprawnienie do korzystania z oprogramowania na polu eksploatacji obejmującym zwielokrotnianie jest ponadto wyraźnie opisane w umowie licencyjnej i wprost stwierdzono tam, że dotyczy ono zwielokrotniania „w jakiegokolwiek formie” bez wyłączeń dotyczących kodu źródłowego, których istnienie zarzuca Zamawiający. W konsekwencji, opisanie tego pola eksploatacji w umowie deweloperskiej jeszcze raz, osobno, byłoby zbędnym powtórzeniem uprawnienia, które i tak przysługuje Zamawiającemu.

6.3.2. Zarzut braku przenoszalności licencji.

Odwołujący nie zgadza się z zarzutem, jakoby Wykonawca przewidział całkowite wyłączenie przenoszalności licencji wbrew wymaganiom SIWZ. Wymaganie Zamawiającego w

zakresie przenoszalności licencji na oprogramowanie dotyczy licencji na oprogramowanie aplikacyjne, czyli system ERP. Przedmiotem umowy deweloperskiej jest natomiast uprawnienie do dokonywania zmian w oprogramowaniu. Nie jest to zatem „licencja na kod źródłowy”, jak twierdzi Zamawiający w uzasadnieniu rozstrzygnięcia. Poza tym, nawet jeżeli uznać - co nie zostało wyraźnie wyartykułowane w SIWZ - że powoływane przez Zamawiającego wymagania także dotyczyły umowy deweloperskiej, to w §10 tej umowy wprost stwierdzono, że prawo do przenoszenia praw i obowiązków jest określone w umowie licencyjnej (głównej). Zasady przenoszenia licencji zostały uregulowane w punkcie 14.1 umowy licencyjnej, do którego wprost inkorporowano punkt 12 Załącznika nr 4 do SIWZ w brzmieniu nadanym w odpowiedzi nr 126 na pytania do SIWZ. Zamawiający wyrywa z kontekstu § 3 ust. 1 umowy deweloperskiej, podczas gdy postanowienia umowy licencyjnej oraz umowy deweloperskiej należy czytać i interpretować łącznie. Wynikiem tej interpretacji jest wniosek, że uprawnienia z umowy deweloperskiej są co prawda co do zasady (§ 3 ust. 1 umowy deweloperskiej) nieprzenoszalne, ale w zakresie wymaganym przez Zamawiającego umowa ta przewiduje wyjątek (§10 umowy deweloperskiej w zw. z punktem 14.1 umowy licencyjnej).

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

1. Jednorodność systemu.

W pkt 8.11 Załącznika A.9 do Załącznika nr 1 do SIWZ, Zamawiający postawił następujący wymóg: „Oferowany system musi być spójny i zintegrowany, wytworzony w jednolitej technologii przez jednego producenta oraz umożliwiać realizację wymagań funkcjonalnych określonych w Załączniku A - „ Wymagania funkcjonalne”. Integracja oferowanego systemu musi zapewnić obsługę całego procesu biznesowego w sposób spójny bez wykorzystania zewnętrznych interfejsów danych.” Jednocześnie w odpowiedzi na pytanie nr 135 do SIWZ Zamawiający wyjaśnił, że „jeżeli Wykonawca przewiduje wykorzystanie oprogramowania firm trzecich (np. dodatkowe oprogramowanie do raportowania, dodatkowe oprogramowanie do prowadzenia testów), oczekiwaniem Zamawiającego jest uwzględnienie niniejszego oprogramowania w ofercie końcowej, w tym udzielenie na nie licencji, jeśli są one wymagane.”

W ocenie Izby, z przywołanej przez Odwołującego odpowiedzi na pytanie nr 135 nie można wnosić, tym bardziej w świetle wymagań SIWZ, iż zasadnicze elementy przedmiotowego systemu mogły być wytworzone przez różnych producentów, które jedynie powinny być zintegrowane przez jednego wykonawcę. Przeczy temu zarówno wyżej powołane postanowienie SIWZ, jak i okoliczność, iż w treści udzielonej odpowiedzi na pytanie Zamawiający używa terminu „dodatkowe” m.in. do oprogramowania do raportowania. Z powyższego należy wnosić, iż podstawowe oprogramowanie do raportowania, stanowiące jeden z głównych elementów systemu, biorąc pod uwagę, iż mamy do czynienia z

oprogramowaniem do księgowości, powinno być wytworzone przez jednego producenta. Zaś, rodzaj raportów, które powinny być objęte tym podstawowym oprogramowaniem do raportowania wskazał Zamawiający w Załączniku A – Wymagania funkcjonalne.

Podnoszona przez Odwołującego argumentacja, iż dostarczenie takiego systemu, gdyby przyjąć za słuszne twierdzenia Zamawiającego, byłoby niemożliwe, bowiem żaden z wykonawców nie jest producentem wszystkich oprogramowań, których użycia wymaga przedmiotowy system, jest również nietrafne. Zauważyć bowiem należy, iż oprogramowanie bazodanowe Oracle, na które powołuje się Odwołujący, Zamawiający wprost dopuścił do zastosowania.

Nie znajduje uzasadnienia również i ten argument, że raporty z zaproponowanego przez Odwołującego oprogramowania Crystal Reports są generowane wprost z systemu ERP. Powyższe nie stanowi bowiem o tym, iż producentem systemu jest Odwołujący.

Nadto, budzą wątpliwości wyjaśnienia Odwołującego w tym względzie. Z jednej bowiem strony na rozprawie Odwołujący przyznał, iż oprogramowanie Crystal Reports stanowi element systemu ERP i zostało dedykowane do raportowania, co oznacza, że zostało wykorzystane do realizacji jednej z podstawowych funkcjonalności systemu, z drugiej zaś strony, pod wpływem przytoczonej argumentacji Zamawiającego, stwierdza, iż sporne oprogramowanie ma na celu jedynie poprawę estetyki systemu ERP. Sprzeczność tych oświadczeń stanowi potwierdzenie, iż Odwołujący jako profesjonalista i jeden z wiodących producentów systemów ERP rozumiał wymóg Zamawiającego w sposób prawidłowy i na potrzeby niniejszego postępowania próbował jedynie umniejszyć rolę (znaczenie) przedmiotowego oprogramowania, w taki sposób, aby ostatecznie podjąć próbę wykazania, że jest to dodatkowe oprogramowanie do raportowania, o którym mowa w odpowiedzi na pytanie nr 135.

Podniesione przez Zamawiającego argumentacja, iż Odwołujący zaproponował przedmiot zamówienia, który jeszcze w innym zakresie nie spełnia wymagań Zamawiającego w przedmiocie jednorodności systemu nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy, gdyż podstawą odrzucenia oferty Odwołującego we wspomnianym aspekcie była jedynie okoliczność, że oprogramowanie Crystal Reports nie jest produktem wytworzonym przez IFS.

2. Opis proponowanych rozwiązań.

W ofercie Odwołujący winien wskazać przedmiot zamówienia. Nie ma wątpliwości również, iż oferta powinna w sposób jednoznaczny i precyzyjny określać jej przedmiot i wskazywać na wolę zawarcia umowy o określonej treści, zaś minimalnym zakresem wymagań dla oferty jest wskazanie przedmiotu umowy (*essentialia negotii*). W tym zakresie należy odnieść się do art. 66. k.c., zgodnie z którym oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Istotnym postanowieniem dla umowy, jaka miała być zawarta w toku przedmiotowego postępowania przetargowego było

określenie przedmiotu umowy, tj. w szczególności oprogramowania, jakie ma zostać dostarczone.

Oferta powinna także wyrażać stanowczą wolę zawarcia umowy. Oznacza to, że wyrażona w niej propozycja zawarcia umowy powinna być tak sformułowana, że do zawarcia umowy potrzebne jest wyłącznie oświadczenie o przyjęciu oferty wprost. Niewątpliwie zaś nie można mówić o przyjęciu wprost oferty, w której zaproponowano alternatywne rozwiązania (produkty). Na etapie oceny ofert i realizacji umowy nie ma bowiem możliwości, ani zmiany przedmiotu oferty, ani też możliwości wyboru rozwiązań alternatywnych. Gdyby taką możliwość dopuścić, prowadziłoby to wprost obejścia przepisu art. 82 ust. 1 ustawy Pzp, który dozwala jedynie na złożenie jednej oferty.

W przedmiotowym zakresie Zamawiający nie był uprawniony, wbrew twierdzeniom Odwołującego, do zastosowania przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Po pierwsze bowiem, można żądać od wykonawcy jedynie wyśnienia niejasnych elementów oferty, a taka sytuacja w niniejszym postępowaniu nie miała miejsca. Po drugie, instytucja wyjaśnień nie może prowadzić do usunięcia wad oferty, stanowiących o jej niezgodności z ustawą Pzp.

W ocenie Izby, pkt 19.2.2.2 rozdziału 19 Załącznika nr 1 do SIWZ nie dawał podstaw do przyjęcia, iż należało przedstawić kilka propozycji rozwiązań. Reguły języka polskiego wymagają użycia liczby mnogiej w sytuacji, w której mamy do czynienia z koniunkcją. Nie inaczej więc jak w liczbie mnogiej należało użyć słowa „propozycja”, jeśli jak w niniejszej sprawie, miało się odnosić zarówno do systemów operacyjnych i baz danych. warstwie bazodanowej.

W rozdziale 12.1 Załącznika nr 1 do SIWZ Zamawiający wskazał, iż „skalowalność powinna polegać na możliwości dodania zasobów sprzętowych (serwer, RAM, powierzchnia dyskowa) w każdej z warstw systemu. Zwiększanie wydajności (skalowanie) powinno być możliwe bez modyfikacji logiki systemu i migracji danych. Skalowalność nie może polegać na wymianie zasobów sprzętowych na bardziej wydajne, ale na możliwości wykorzystania dodawanych zasobów.”

W ocenie Izby, powyższe zapisy w sposób jednoznaczny określają, w jaki sposób skalowalność ma być zapewniona. Nie ulega wątpliwości, że skalowalność ma polegać na możliwości dodania zasobów sprzętowych, w tym na dodaniu serwera. Znak interpunkcyjny, jakim jest przecinek, oznacza koniunkcję, a nie alternatywę rozłączną.

Tymczasem, na stronie 202 oferty Odwołujący podaje następującą informację: „W przypadku konieczności dalszej rozbudowy systemu pozostaje jedynie możliwość dodania dodatkowej (dodatkowych maszyn), czyli budowę tzw. klastra wydajnościowego (w wersji Oracle zwanego RAC-Real Application Cluster).” Zgodnie z przytoczonym fragmentem oferty, dodanie dodatkowych zasobów sprzętowych w postaci serwerów jest możliwe w przypadku bazy danych w wersji Oracle zwanego RAC, a zatem jedna z alternatyw proponowanych przez

Odwołującego, baza danych Oracle HgR2 (11.2.0.1) bez obsługi RAC, nie umożliwia pełnego spełnienia wymagań dotyczących skalowalności.

Natomiast należy podzielić stanowisko Odwołującego, odnoszące się do serwerów: JBoss dołączony do IFS Applications oraz JBoss Enterprise Application Platform 4.3.2.GACP01. W informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego, Zamawiający nie dostrzegł niezgodności oferty w tym zakresie z treścią SIWZ, a jedynie podniósł, iż Odwołujący zaproponował rozwiązanie, które nie jest przez niego zalecane. Jednakże z faktu, iż Odwołujący nie zaproponował rozwiązania preferowanego nie można wywodzić niezgodności treści oferty z treścią SIWZ.

Wskazanie na powyższe niezgodności w toku postępowania odwoławczego nie może być przez Izbę wzięte pod uwagę, gdyż przedmiotem niniejszego odwołania jest czynność odrzucenia oferty Odwołującego dokonana w dniu 10.11.2011 r. w zakresie wskazanym przez Zamawiającego.

3. Niezgodności w zakresie produktów projektu.

Wymagania Zamawiającego w zakresie produktów Projektu, które powinien dostarczyć Odwołujący zostały przedstawione w rozdziale 5. Załącznika nr 1 do SIWZ. W rozdziale tym Zamawiający przedstawił zarówno listę produktów projektu podlegających formalnemu odbiorowi, jak i szczegółowe opisy każdego z tych produktów, określające ich wymagany zakres. Ponadto, w rozdziale 4 pkt 5 Załącznika nr 1 do SIWZ, Zamawiający zawarł wymaganie dotyczące metodyki realizacji projektu zastrzegając, aby „przedstawiona przez Wykonawcę metodyka zapewniła dostarczenie wszystkich Produktów Projektu opisanych w rozdziale 5 „Wymagania w zakresie Produktów Projektu”.

Jak przyznaje Zamawiający, dopuszczał sytuację, w której lista produktów projektu zaproponowana przez wykonawcę będzie inna niż lista produktów projektu określona przez Zamawiającego, ale w takim przypadku łączny zakres produktów zaproponowanych przez wykonawcę musiał co najmniej pokrywać się z łącznym zakresem produktów, wynikającym z opisu produktów, zamieszczonych w rozdziale 5. Załącznika nr 1 do SIWZ.

3.1. Niezgodności w zakresie opisu produktu „Dokument Inicjujący Projekt.”

Odwołujący na rozprawie wskazał, iż wszystkie elementy, które w ocenie Zamawiającego, nie zostały zawarte w ofercie, ujęte są na stronie 237 oferty. I tak, szczegółowe cele, miary realizacji projektu i krytyczne czynniki sukcesu określone zostały w produkcie P110 jako cele projektu, strategię wdrożeniową zawarto w zakresie projektu i harmonogramie projektu, metodyka wdrożeniowa określona została w ofercie przez metody i procedury zarządzania i raportowania w projekcie, podział harmonogramu projektu na zadania ujęto w harmonogramie projektu w postaci planu kamieni milowych, przypisanie zasobów do zadań projektowych odnajdujemy również w harmonogramie projektu i w zakresie usług, a

zależności pomiędzy zadaniami projektowymi zostały zawarte w harmonogramie projektu, zaś początkowy rejestr ryzyka zawarty przypisano do metod i procedur zarządzania oraz zasad komunikacji i dokumentacji.

W ocenie Izby, wskazane w rozdziale 5 pkt 5.2.1 Załącznika nr 1 do SIWZ elementy, które powinien zawierać Dokument Inicjujący Projekt nie zostały odzwierciedlone w produkcie P110. Dokonując oceny oferty Odwołującego należy dojść do wniosku, iż zawartość produktu zaproponowanego przez Odwołującego jest mniejsza od tej wymaganej w SIWZ. Dla przykładu, wskazać należy, iż nie sposób uznać, że wskazanie przez Odwołującego na cele projektu stanowi, iż w zakresie tego pojęcia mieszczą się cele ujęte w sposób szczegółowy, miary realizacji projektu i krytyczne czynniki sukcesu. Zaś, harmonogram projektu w postaci planu kamieni milowych wskazuje na ogólniejszy poziom od harmonogramu projektu z podziałem na zadania.

3.2. Niezgodności w zakresie definicji produktu „Szkolenia dla zespołu wdrożeniowego.”

Listę produktów projektu podlegających odbiorowi Zamawiający zamieścił w rozdziale 5 pkt 5.1 Załącznika nr 1 do SIWZ. Wśród tychże produktów odbiorowi podlega również środowisko dla testów akceptacyjnych systemu, brak takiego obowiązku w odniesieniu do środowiska szkoleniowego. Zaś, w zakresie szkoleń odbiorowi podlega plan szkoleń dla administratorów i trenerów (dokument) oraz szkolenia dla administratorów i trenerów.

Zatem, obciążenie Zamawiającego dodatkowym obowiązkiem nie znajduje uzasadnienia w świetle SIWZ i stanowi o sprzeczności oferty z jej treścią. Okoliczność, iż Zamawiający, zgodnie z oświadczeniem Odwołującego złożonym na rozprawie, że Zamawiający może tego odbioru nie dokonać nie ma znaczenia w niniejszej sprawie. Na tym etapie postępowania oferta nie podlega zmianie i oświadczenia Odwołującego w tym przedmiocie nie mogą wywoływać żadnych skutków prawnych.

3.3. Niezgodności w zakresie produktu „Projekt systemu.”

Jak trafnie zauważa Zamawiający, Odwołujący w ofercie wskazał, że odpowiedzialnym za produkt P230 „Specyfikacja migracji danych” jest Kierownik Projektu Zamawiającego. Zaś, wymagania Zamawiającego przedstawione w rozdziale 7. Załącznika nr 1 do SIWZ określają, że za przygotowanie produktu „Projekt Systemu”, którego zakres, zgodnie z definicją przedstawioną w rozdziale 5.2.3 ww. dokumentu, obejmuje między innymi opis koncepcji migracji danych, odpowiedzialny jest Wykonawca.

Na rozprawie Odwołujący wskazał, iż wymagane i wymienione poniżej elementy produktu Projekt systemu, znajdują się w następujących produktach:

- w zakresie związanym z migracją danych: opis odwzorowania danych z systemów źródłowych na system ERP, opis sposobu monitorowania poprawności działania interfejsów

migracji danych, opis sposobu postępowania w przypadku błędów, opis sposobów postępowania awaryjnego - produkt P230,

- opis sposobu odwzorowania poszczególnych wymagań biznesowych z Załącznika A na szczegółowe zapisy Projektu Systemu – produkt P220,
- aktualizacja opisu realizacji procesów PKP Energetyka – produkt P220,
- opis sposobu odwzorowania struktury organizacyjnej PKP Energetyka w Systemie – produkt P220,
- szczegółowy opis danych podstawowych i transakcyjnych – produkt P220,
- szczegółowy opis integracji Systemu z innymi aplikacjami, w tym opis odwzorowania danych pomiędzy systemami. Wykonawca proponuje specyfikację funkcjonalną wysokiego poziomu – produkt P220,
- szczegółowy opis danych podstawowych i transakcyjnych – produkt P220, produkt 301,
- opracowanie technicznych założeń do archiwizacji obiektów biznesowych w Systemie na użytek procedur archiwizacji – produkt P240,
- opis standardowych i dedykowanych formularzy, zestawień i raportów – produkt P205, P220,
- specyfikacja funkcjonalna rozszerzeń i modyfikacji wraz z założeniami technicznymi niezbędnymi do ich realizacji. Wykonawca proponuje opis specyfikacji funkcjonalnej dla dostosowań systemu na wysokim poziomie – produkt P220 (lista dostosowań),
- opis koncepcji administracyjnego monitorowania całego środowiska Systemu ERP – produkt P240 (procedury dostępu do danych, procedury bezpieczeństwa),
- założenia do administrowania systemem w trakcie eksploatacji – produkt P240 (procedury zapewnienia bezpieczeństwa i procedury kontroli).

Analiza wskazanych przez Odwołującego produktów prowadzi do wniosku, iż części elementów nie sposób doszukać się we wskazanych produktach, zaś część elementów została ujęta na niższym poziomie szczegółowości niż wymagał tego Zamawiający. W produkcie P230 mowa jest jedynie o specyfikacji migracji danych, nie sposób z tak ogólnego zwrotu wywnioskować, iż znajdzie się tam np. opis odwzorowania danych z systemów źródłowych na system ERP, opis sposobu monitorowania poprawności działania interfejsów migracji danych, opis sposobu postępowania w przypadku błędów. Z listy ról użytkowników końcowych (produkt P220) nie wynika, iż przedmiotowa lista stanowi opis sposobu odwzorowania struktury organizacyjnej.

3.4. Niezgodności w zakresie opisu produktu „Plan testów akceptacyjnych Systemu.”

Opis produktu P307 w ofercie Odwołującego jest na tak dużym poziomie szczegółowości, iż gdyby Zamawiający chciał uznać, że produkt ten zawiera elementy wskazane przez Zamawiającego jako brakujące, musiałby poczynić takie założenie. Przedmiotowe działanie byłoby jednak

niedopuszczalne, gdyż treść oferty musi pozwalać na jednoznaczną ocenę w zakresie spełniania wymagań Zamawiającego, nie można jej w żaden sposób domniemywać.

3.5. Niezgodności w zakresie opisu produktu „Scenariusze i przypadki testowe dla testów akceptacyjnych Systemu.”

Izba przychyliła się do stanowiska Zamawiającego, iż produkt P306 nie zawiera istotnych elementów wymienionych przez Zamawiającego w opisie produktu „Scenariusze i przypadki testowe dla testów akceptacyjnych Systemu” przedstawionym w rozdziale 5.2.5 Załącznika nr 1 do SIWZ. Braki dotyczą następujących elementów opisu poszczególnych przypadków testowych: opis kroków wykonywanych w ramach testu, oczekiwany rezultat przypadku testowego, sytuacje wariantowe podlegające weryfikacji. Odwołujący przewidział jedynie przygotowanie scenariuszy testów procesowych, ich weryfikację i zatwierdzenie. Zakresy tych pojęć są tak różne, że nie sposób przyjąć, iż Odwołujący elementy wskazane przez Zamawiającego w tym produkcie zawarł.

Ponadto, Odwołujący ogranicza zakres scenariuszy testowych do procesów realizowanych przez użytkowników z pełnymi wymaganiami. Scenariusze testowe powinny pokrywać pełen zakres testów opisany w produkcie „Plan testów akceptacyjnych Systemu”.

Z oferty Wykonawcy wynika również, że przygotowany produkt P306 „Przygotowanie scenariuszy testowych” jest niezbędny do wytworzenia produktu P307 „Przygotowanie planu testów”. Według wymagań Zamawiającego zależność jest odwrotna, co przyznał również sam Odwołujący.

3.6. Niezgodności w zakresie opisu produktu „Środowisko dla testów akceptacyjnych systemu.”

Odwołujący w treści odwołania nie wskazał żadnych argumentów świadczących o zgodności wyżej wymienionego produktu z treścią SIWZ. Zaś, lakoniczne twierdzenia wypowiedziane na rozprawie nie mogą być uznane za przesądzające o nietrafności stanowiska Zamawiającego.

3.7. Niezgodności w zakresie opisu produktu „Plan szkoleń dla administratorów i trenerów.”

W ocenie Izby, wbrew twierdzeniom Odwołującego, zakres szkoleń, o którym mowa w produkcie P308 nie jest tożsamy ze szczegółowym określeniem tematów szkoleń. Izba we wskazanych przez Odwołującego elementach nie doszukała się również opisu podziału odpowiedzialności za zadania.

3.8. Niezgodności w zakresie opisu produktu „Materiały szkoleniowe.”

Zgodnie z przedstawionym w rozdziale 5.2.9 Załącznika nr 1 do SIWZ opisem produktu „Materiały szkoleniowe” Zamawiający wymagał, aby w ramach ww. produktu wykonawca przygotował podręcznik użytkownika końcowego, skrypty szkoleniowe dla prowadzącego szkolenie, materiały do prawidłowego przeprowadzenia ćwiczeń, materiały szkoleniowe dla administratorów biznesowych i technicznych oraz środowisko szkoleniowe.

Wykonawca z kolei oferuje (produkt P335) przygotowanie dokumentów opisujących sposób realizacji procesów opisanych w Projekcie oraz zasady administracji systemem IFS Applications, a także skonfigurowanie środowiska szkoleniowego. Z powyższego w żaden sposób nie wynika, iż Odwołujący oferuje przygotowanie skryptów szkoleniowych dla prowadzącego szkolenie oraz materiałów dla prawidłowego przeprowadzenia ćwiczeń.

3.9. Niezgodności w zakresie opisu produktu „Przygotowany do produkcyjnego uruchomienia System.”

Z twierdzenia Odwołującego, iż metodyka przyjęta przez Odwołującego nie zakłada konieczności zaktualizowania instrukcji dla użytkowników końcowych wynika, że produkt zaoferowany przez Odwołującego nie spełnia wymagań produktu „Przygotowany do produkcyjnego uruchomienia System.”

3.10. Niezgodności w zakresie opisu produktu „Dokumentacja wdrożeniowa.”

Porównując wymagania ustalone przez Zamawiającego dla produktu „Dokumentacja wdrożeniowa” (rozdział 5 pkt 5.2.13 Załącznika nr 1 do SIWZ) i elementy produktu zaoferowanego przez Odwołującego P515 „Aktualizacja dokumentacji projektowej” nie sposób doszukać się odniesienia do dokumentacji technicznej (dokumentacja konfiguracji i dokumentacja rozszerzeń).

3.11. Niezgodności w zakresie opisu produktu „Stabilny System.”

Zgodnie z definicją przedstawioną w rozdziale 5.2.14 Załącznika nr 1 do SIWZ Zamawiający wymaga produktu, którym jest „System, w którym nie występują Wady i Nieprawidłowości w rozumieniu Umowy wdrożeniowej.” W ocenie Izby, Odwołujący nie oferuje wymaganego przez Zamawiającego ww. zakresu. W ramach produktu Wykonawca oferuje poprawę błędów wykrytych podczas eksploatacji, czyli po starcie produkcyjnym systemu. Określona jest więc czynność, która będzie wykonywana, lecz nie jej efekt końcowy. Nadto, Odwołujący oferuje usługi wsparcia wdrożeniowego w okresie pierwszego miesiąca od daty uruchomienia produkcyjnego, oznacza to, iż poprawa błędów ograniczona jest czasem, a nie poprzez osiągnięcie określonego efektu, jakim jest uzyskanie stabilnego systemu.

Reasumując rozważania w zakresie punktu 3 wskazać należy, iż postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest sformalizowane. Z treści oferty musi jasno i w sposób nie budzący wątpliwości wynikać, co jest przedmiotem oferty. Konieczny jest więc taki poziom precyzji oferty, który pozwala na ocenę oferty w zakresie zgodności rozwiązań (produktów) oferowanych przez wykonawcę z tymi, wymaganymi przez Odwołującego. Poziom ogólności oferty w zakresie oferowanych produktów nie może być tak duży, jak ma to miejsce w przypadku Odwołującego, iż pozytywne zweryfikowanie oferty Odwołującego wymagałoby przyjęcia przez Zamawiającego

założenia, że przedmiot zamówienia odpowiada treści SIWZ. Co oczywiste, taki zabieg jest niedopuszczalny, podobnie jak niedopuszczalne jest jej doprecyzowanie w trybie przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. W istocie, w niniejszym postępowaniu Odwołujący opisał oferowane produkty w taki sposób, że albo część elementów tych produktów opisanych przez Zamawiającego w SIWZ nie znalazła odzwierciedlenia w produktach zaoferowanych przez Odwołującego albo też opis tych produktów jest na tyle ogólny, że jedynie sam Odwołujący wie, jaki produkt w istocie zaoferował. Takie działanie Odwołującego w istocie dyskwalifikuje jego ofertę. Nie ulega bowiem wątpliwości, iż wykonawca w treści oferty zobowiązany jest wykazać, że wszystkie wymagania spełnia. Tymczasem w niniejszym postępowaniu oferta Odwołującego tych informacji nie zawiera, a Odwołujący swoje stanowisko buduje jedynie na twierdzeniach, które w treści jego oferty nie znajdują uzasadnienia.

Konstrukcja odwołania również wskazuje, że Odwołujący w istocie nie zawarł w ofercie informacji, które stanowiłyby uzasadnienie dla jego twierdzeń. Odwołujący poprzestaje jedynie na stwierdzeniu, iż Zamawiający nie doszukał spornych informacji, ale brak już wskazania, gdzie miałby ich szukać. Argumentacja w tym zakresie sformułowana przez Odwołującego na rozprawie nie daje tej odpowiedzi również.

4. Okres trwania eksploatacji nadzorowanej.

Zgodnie z postanowieniem rozdziału 19.2.6 Załącznika nr 1 do SIWZ „Zamawiający wymaga, aby zaangażowanie Wykonawcy w realizację Eksploatacji nadzorowanej, będącej elementem Fazy Eksploatacja uruchomionego Systemu była nie mniejsza niż 95 osobodni oraz aby okres eksploatacji nadzorowanej nie był krótszy niż 2 miesiące kalendarzowe od startu produkcyjnego.” oraz „Zamawiający przyjmuje, że eksploatacja uruchomionego systemu obejmuje pełne zamknięcie pierwszego miesiąca księgowego w nowym systemie. ”

Z wykresu Ganta przedstawionego w ofercie Odwołującego na stronie 299, w ocenie Izby, nie wynika, aby okres eksploatacji nadzorowanej trwał pełne 2 miesiące kalendarzowe. Przedstawione na ww. wykresie Ganta zadanie „Wspieraj Eksploatację Produkcyjną”, będące odpowiednikiem eksploatacji nadzorowanej, rozpoczyna się według wykresu w dniu 3 września 2012 r., ale koniec tego zadania przypada wcześniej niż 2 listopada 2012 r. W dacie 2 listopada 2012 r. kończy się zadanie „Zaprezentuj Podsumowanie Projektu”, a z wykresu można jednocześnie odczytać, że zadanie to kończy się wyraźnie później niż zadanie „Wspieraj Eksploatację Produkcyjną”.

Potwierdzenie powyższego można odnaleźć również w formie tabelarycznej harmonogramu projektu, przedstawionej na stronach 300 - 302 oferty Odwołującego. Z informacji podanej w części tabeli na stronie 302 wynika, że zadanie „Wspieraj Eksploatację Produkcyjną” (odpowiednik eksploatacji nadzorowanej wymaganej przez Zamawiającego) rozpoczyna się w dniu 3 września 2012 r., a kończy w dniu 26 października 2012 r. czyli trwa krócej niż wymagane przez Zamawiającego 2 pełne miesiące kalendarzowe.

Zaś, w żaden sposób nie można przyjąć, jak chciałby tego Odwołujący, iż okres eksploatacji nadzorowanej upływa w dniu zakończenia projektu. Odwołujący przewidział bowiem w okresie pomiędzy 29 października 2012 r. a 2 listopada 2012 r. prezentację podsumowania projektu, która z pewnością nie stanowi eksploatacji nadzorowanej.

5. Niezgodności w zakresie definicji ról i zakresów odpowiedzialności.

5.1. Niezgodności w zakresie definicji ról projektowych.

a) ograniczenia zadań Biura Projektu Wykonawcy:

Zgodnie z wymaganiami Zamawiającego opisanymi w punkcie 6.2.6 Załącznika nr 1 do SIWZ „Biuro Projektu Wykonawcy pełni wsparcie administracyjne dla Kierownika Projektu Wykonawcy i Kierownika Projektu Zamawiającego”.

Tymczasem Odwołujący ograniczył zadania Biura Projektu Wykonawcy tylko do wsparcia Kierownika Projektu Wykonawcy. Nadto, sam Odwołujący na rozprawie przyznał, iż brak jednoznacznego (wprost) wskazania, iż będzie stanowiło również wsparcie administracyjne dla Kierownika Projektu Zamawiającego.

b) rozszerzenie zadań Zespołu Ekspertów Zamawiającego:

Zgodnie z punktem 6.2.12 Załącznika nr 1 do SIWZ, punktami 3.1-3.7 Załącznika nr 1 do SIWZ, punktem 2.1 Załącznika nr 2 do SIWZ za parametryzację systemu odpowiada wykonawca.

Tymczasem Wykonawca rozszerzył zadania Zespołu Ekspertów Zamawiającego o zadanie „Parametryzacja szczegółowa oprogramowania”. Dodatkowo Wykonawca rozszerzył zadania Zespołu Konsultantów Wiodących Wykonawcy o „Wsparcie Zamawiającego przy parametryzacji Systemu”.

c) ograniczenie zadań Zespołu architektów rozwiązania Wykonawcy w stosunku do określonych w punkcie 6.2.10 Załącznika nr 1 do SIWZ, w szczególności usunięcie zadań:

Dokonane na rozprawie przyporządkowanie poszczególnych zadań Zespołu Konsultantów Wiodących (str. 274 oferty) do zadań w obszarze: koordynacja procesu analizy realizowanej przez analityków biznesowych, koordynacja procesu wykonania prototypu przez analityków biznesowych, opracowanie projektu architektury rozwiązania, nie może być przyjęte. Zwrócić należy uwagę, iż żadne z zadań wymienionych w ofercie nie wskazuje na koordynację, zaś opracowanie dokumentu Projekt Rozwiązania nie stanowi o obowiązku opracowania projektu architektury rozwiązania.

d) brak zadań wskazanych w punkcie 6.2.11 Załącznika nr 1 do SIWZ:

Stanowisko Odwołującego, iż:

- przeprowadzenie wywiadów z uczestnikami projektu jest równoznaczne z obowiązkiem wskazanym w ofercie na str. 274 - współpraca z ekspertami Zamawiającego,

- w zakresie opracowania analizy i projekt koncepcji systemu następujące obowiązki wyczerpują to zadanie: współpraca z ekspertami zamawiającego, opracowanie dokumentacji i projekt rozwiązania, przygotowanie i uzgodnienia specyfikacji funkcjonalnych dostosowań,

- współpraca z ekspertami Zamawiającego w osiąganiu kryteriów eksploatacji mieści się w obowiązkach określonych w ofercie na str. 274, jako współpraca z ekspertami Zamawiającego i zapewnienie spełnienia wymagań biznesowych, stanowi jedynie dokonaną na potrzeby niniejszego postępowania interpretację oferty Odwołującego, w istocie zaś nie znajduje odzwierciedlenia w treści oferty.

Oczywistym jest natomiast, że dokumentacja wszystkich wiążących ustaleń na protokołach i notatkach z uzgodnień mieści się (str. 274 oferty) odpowiada zadaniu określonymu w rozdziale 6 pkt 6.2.11 ppkt 5 Załącznika nr 1 do SIWZ.

e) brak zadań wskazanych w punkcie 6.2.11 Załącznika nr 1 do SIWZ:

Analiza zadań Inżyniera Systemowego (str. 275 oferty) nie uprawnia do twierdzenia, że w zakresie jego obowiązków mieści się również przeprowadzenie analizy technicznej i przygotowanie projektu wykonawczego, przeprowadzenie wywiadów i ustaleń technicznych z dostawcami oprogramowania, dokumentowanie wizyt konsultacyjnych na stosownych protokołach, przygotowanie zaprojektowanego rozwiązania informatycznego, weryfikacja poprawności warunków instalacji serwerów, weryfikacja kompletności dostaw, przygotowanie środowiska szkoleniowego w porozumieniu z wsparciem technicznym Zamawiającego, przygotowanie technicznej dokumentacji projektowej. Wśród zadań przynależnych do Inżyniera Systemowego nie ma jakiegokolwiek zbieżności z zdaniami wskazanymi wyżej, a których brak stwierdził Zamawiający.

5.2. Niezgodności w podziale odpowiedzialności pomiędzy Wykonawcą a Odwołującym.

a) skoro według twierdzeń Zamawiającego, którym Odwołujący nie zaprzeczył, odpowiedzialnym za środowisko szkoleniowego, o którym mowa w rozdziale 7 poz. 2.1 Załącznika nr 1 do SIWZ jest środowisko projektowe, o którym mowa na stronie 276 oferty Odwołującego, to nie ma wątpliwości, w świetle powołanych postanowień SIWZ, że za przygotowanie przedmiotowego środowiska odpowiedzialny jest wykonawca. Zaś, w poz. 1.4, wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie jest mowa o przygotowaniu infrastruktury technicznej dla środowiska szkoleniowego, lecz mowa jest o organizacji środowiska pracy na etapie organizacji projektu.

b) w rozdziale 7 poz. 4.13 Załącznika nr 1 do SIWZ, Zamawiający wskazał, że odpowiedzialność za testy wydajnościowe ponosi Wykonawca. Zaś, na str. 309 oferty wprost Odwołujący wskazał, iż w tym zakresie zapewnia jedynie wsparcie dla Zamawiającego.

c) w rozdziale 7 poz. 5.8 Załącznika nr 1 do SIWZ Zamawiający wskazał, że za przygotowanie środowiska produkcyjnego odpowiedzialny jest wykonawca. Tymczasem w ofercie Odwołującego, w

zależności od fazy projektu, odpowiedzialny jest zarówno Zamawiający, jak i Odwołujący (informacje zawarte na stronach 277 i 280 oferty).

Niezgodność oferty wskazana przez Zamawiającego w pkt 5.2.2. i 5.2.3. nie była przedmiotem odwołania, stąd też należy uznać, iż w tym zakresie Odwołujący zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego.

6. Niezgodność w zakresie umów.

6.1. Niezgodności w zakresie minimalnych wymagań Zamawiającego do umowy licencyjnej.

6.1.1. Pola eksploatacji dokumentacji dotyczącej oprogramowania.

W punkcie 9. Załącznika nr 4 do SIWZ Zamawiający zdefiniował pola eksploatacji dla dokumentacji dotyczącej oprogramowania. Zamawiający wymaga „przeniesienia majątkowych praw autorskich lub udzielenia licencji do dokumentacji dotyczącej oprogramowania” na polach eksploatacji wymienionych w tym punkcie i obejmujących m.in.: „wykorzystanie dla celów realizacji Projektu i celów, którym ma służyć realizacja Projektu na potrzeby prowadzenia działalności gospodarczej przez Zamawiającego” oraz „sprzedaż, najem, dzierżawę, wniesienie jako aport oraz każde odpłatne i nieodpłatne oddanie do używania lub używania i pobierania pożytków a także użyczenia dokumentacji i jej egzemplarzy wyłącznie na rzecz podmiotów zależnych od Zamawiającego w rozumieniu ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o ofercie publicznej i warunkach wprowadzania instrumentów finansowych do zorganizowanego systemu obrotu oraz o spółkach publicznych oraz podmiotów, w stosunku do których Zamawiający jest takim podmiotem zależnym.”

Wbrew twierdzeniom Odwołującego, w pkt 5.1 umowy licencyjnej, zawartej w ofercie Odwołującego, zakresem korzystania z dokumentacji nie są objęte ww. elementy. Po pierwsze, pojęcie „wykorzystanie” nie jest zdefiniowane na gruncie ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych, co powoduje, iż należy dokonać wykładni gramatycznej tego pojęcia, a według Słownika języka polskiego termin ten oznacza „posługiwanie się”. To z kolei, nakazuje przyjąć, iż uprawnienie to jest dedykowane jedynie dla Zamawiającego i przy nim powinno pozostać. Przeniesienie własności, czy też oddanie do używania z pewnością w ramach pojęcia „wykorzystania” się nie mieści. Po drugie, nie przeprowadzając analizy pojęcia „rozpowszechnianie” zauważyć należy, iż Odwołujący ograniczył możliwość rozpowszechniania do podmiotów powiązanych z Zamawiającym. Natomiast, w ocenie Izby, w ramach wykorzystania dokumentacji oprogramowania mieści się „wykorzystanie dla celów realizacji Projektu i celów, którym ma służyć realizacja Projektu na potrzeby prowadzenia działalności gospodarczej przez Zamawiającego”.

6.1.2. Wynagrodzenie określone w kwotach netto.

Rację należy przyznać Zamawiającemu, iż Odwołujący sporządzając umowę licencyjną, poprzez zawarcie postanowień dotyczących wynagrodzenia za świadczone usługi, określonego w

kwotach netto, stara się przerzucić na Zamawiającego ryzyko zmiany stawki podatku VAT i ewentualnego wprowadzenia innych danin publicznoprawnych. Tymczasem uprawnienie takie z treści SIWZ nie wynikało, bowiem wyraźnie wskazano w § 2 Załącznika nr 7 do SIWZ na obowiązek określenia w umowie wynagrodzenia za realizację umowy licencyjnej w kwotach brutto. Nawet, gdyby uznać, że jest to błąd, to nie mieści się on w kategorii błędów, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

6.1.3 Pkt 12.3 umowy licencyjnej.

Załącznik nr 4 do SIWZ, który określa, jak wskazał Zamawiający, minimalne wymagania Zamawiającego do umowy licencji stanowi istotne postanowienia umowy, o których mowa w art. 36 pkt 16 ustawy Pzp. Z pewnością zaś kara umowna należy do istotnych postanowień umowy w rozumieniu powołanej ustawy i stąd też jej wprowadzenie nie jest możliwe przez Wykonawcę. Odwołujący zdaje się zapominać, iż określenie istotnych postanowień umowy stanowi uprawnienie Zamawiającego, zaś prawidłowość określenia tych postanowień w świetle obowiązujących przepisów prawa może być zakwestionowana przez wykonawcę na gruncie środków ochrony prawnej.

Odwołujący pomija również, co nie może się spotkać z aprobatą, iż zasada, że co nie jest zabronione jest dozwolone odnosi się do przepisów prawa. Umowa jest zaś wynikiem konsensusu stron, który w analizowanym przypadku nie byłby możliwy do uzyskania, bowiem nie pozostaje już miejsce na wyartykułowanie stanowiska Zamawiającego jedynie w odniesieniu do umowy, Zamawiający dokonuje bowiem oceny złożonej oferty.

6.1.4 Pkt 13.4 umowy licencyjnej.

Zachowują aktualność rozważania poczynione w pkt 6.1.3.

6.1.5. Ograniczenie Zamawiającemu możliwości kontroli jakości projektu.

Zgodnie z postanowieniami § 3.7 Załącznika nr 2 do SIWZ, Zamawiający wymaga, aby przysługiwało mu „prawo do korzystania w trakcie wykonywania Projektu z usług osób trzecich w celu kontroli jakości i sposobu prowadzenia całości Projektu lub poszczególnych prac objętych Umową. Wykonawca będzie zobowiązany niezwłocznie udzielić takiej osobie wszelkich informacji, danych i wyjaśnień w żądanym zakresie jak również zapewnić możliwość osobistej kontroli prowadzonych prac.”

Zatem, uznać należy, iż § 10.1 c o treści „Zamawiający zobowiązuje się do nieudostępniania Oprogramowania, będącego treścią Umowy Licencyjnej, w jakiegokolwiek postaci osobom trzecim, jeżeli niniejsza Umowa Licencyjna nie stanowi inaczej” oraz § 10.1 e o treści: „Zamawiający zobowiązuje się do nieujawniania osobom trzecim - w żaden możliwy sposób - wyników testów

dotyczących Oprogramowania" uniemożliwia Zamawiającemu realizację uprawnień wynikających § 3.7 Załącznika nr 2 do SIWZ.

6.1.6. Warunki licencjonowania Crystal Reports.

Rację należy przyznać Odwołującemu, iż wykonawcy nie zostali zobowiązani do przedstawienia umowy licencyjnej na oprogramowanie osób trzecich. Postanowienie pkt 13. Załącznika nr 4 do SIWZ (Minimalne wymagania Zamawiającego do Umowy Licencji): „Umowa Licencji winna przewidywać, że na rzecz Zamawiającego zostaje udzielona licencja na bazę danych oraz na wszelkie niezbędne oprogramowania osób trzecich” oraz w p. 21. tego samego dokumentu: „Zamawiający wymaga objęcia umową licencyjną licencji na bazę danych oraz wszelkiego niezbędnego oprogramowania osób trzecich. W przypadku oferowania oprogramowania osób trzecich Zamawiający zobowiązany jest do wskazania jego nazwy handlowej, zakresu i celu wykorzystywania oprogramowania dla realizacji Projektu lub celów jakim służy realizacja Projektu” oznacza jedynie konieczność udzielenia licencji na oprogramowanie osób trzecich.

6.2. *Niezgodności w zakresie minimalnych wymagań Zamawiającego do umowy serwisowej producenta oprogramowania.*

6.2.1. *Warunki wypowiedzenia umowy przez Zamawiającego.*

Zachowują aktualność rozważania poczynione w pkt 6.1.3.

6.2.2. *Zmienność wysokości wynagrodzenia z tytułu realizacji umowy.*

Zgodnie z § 2 Załącznika nr 7 do SIWZ (Kontrakt) Zamawiający wymaga, aby wynagrodzenie z tytułu realizacji umowy miało charakter ryczałtowy.

Rację należy przyznać Zamawiającemu, iż zasady naliczania wynagrodzenia z tytułu umowy serwisowej przedstawione przez wykonawcę w pkt 5 zakładają zmienność wynagrodzenia w czasie realizacji Kontraktu. Jest to niezgodne z ryczałtowym charakterem wynagrodzenia wymaganym przez Zamawiającego.

6.2.3. *Dostosowanie systemu do przepisów obowiązującego prawa.*

Zachowują aktualność rozważania poczynione w pkt 6.1.3.

6.2.4. *Niezgodności w umowie serwisowej z wymaganiami SIWZ.*

6.2.4.1. *Pkt 4.2 umowy serwisowej.*

W ocenie Izby, pkt 4.2 umowy serwisowej stanowi ograniczenie w zakresie korzystania z modyfikacji i rozszerzeń wytworzonych samodzielnie przez Zamawiającego lub wskazane przez niego osoby trzecie na gruncie pkt 19 Załącznika nr 5 do SIWZ. Wskazane postanowienie umowy ogranicza bowiem zakres tego korzystania jedynie do oprogramowania IFS.

6.2.4.2. Pkt 4.3 umowy.

Załącznik nr 5 do SIWZ nie przewiduje, aby zakresem usług serwisowych świadczonych przez Odwołującego miały być objęte modyfikacje i rozszerzenia oprogramowania aplikacyjnego wytworzone przez Zamawiającego lub wskazane przez niego osoby trzecie.

Natomiast za niedopuszczalne w świetle przedmiotowego Załącznika należy uznać ograniczenie z pkt 4.3 umowy serwisowej, że modyfikacje i rozszerzenia oprogramowania aplikacyjnego wytworzone przez Zamawiającego lub wskazane przez niego osoby trzecie muszą spełniać warunki zmiany, o której mowa w pkt 1.29 przedmiotowej umowy.

6.2.4.3. Pkt 8.5.3 umowy serwisowej.

Zachowują aktualność rozważania poczynione w pkt 6.1.3.

6.2.4.4. Pkt 8.5.7.1 umowy.

Zachowują aktualność rozważania poczynione w pkt 6.1.3.

6.2.4.5. Pkt 8.5.7.2 umowy.

Zachowują aktualność rozważania poczynione w pkt 6.1.3.

6.2.4.6. Pkt 8.5.7.3 umowy.

Zachowują aktualność rozważania poczynione w pkt 6.1.3.

6.2.4.7. Pkt 8.5.7.4 umowy.

Zachowują aktualność rozważania poczynione w pkt 6.1.3.

6.2.4.8. Pkt 8.5.7.5 umowy.

Zachowują aktualność rozważania poczynione w pkt 6.1.3.

6.2.4.9. Pkt 8.5.7.6 umowy.

Zachowują aktualność rozważania poczynione w pkt 6.1.3.

6.2.4.10. Pkt 8.5.8 umowy.

Zachowują aktualność rozważania poczynione w pkt 6.1.3.

6.2.4.11. Pkt 16 Załącznika Nr 2 do umowy.

W pkt 16 Załącznika nr 2 do umowy, wbrew postanowieniom pkt 1.2.2 Załącznika A (Procedura Obsługi Zagadnień, Wad i Nieprawidłowości) do Załącznika Nr 3 do SIWZ (Umowa świadczenia serwisowych usług pogwarancyjnych), brak jest zobowiązania Wykonawcy do

uzasadnienia odrzucenia zgłoszenia. Ponadto ww. Załącznik Nr 2 do Umowy nie zawiera postanowienia punktu 1.2.2 Załącznika A do Załącznika Nr 3 do SIWZ uprawniającego Zamawiającego do ponownego przekazania zgłoszenia, jeżeli nie zgadza się on ze stanowiskiem Wykonawcy.

6.2.4.12. Pkt 27 Załącznika Nr 2 do umowy.

W przedmiotowym postanowieniu brak jest wskazania czasu rozwiązania przez Odwołującego problemów, wymaganego w świetle punktu 4.3 Załącznika Nr 5 do SIWZ (jest wskazany jedynie czas przystąpienia do usunięcia błędu).

6.2.5. Zmiana warunków serwisowania produktów firmy RedHat (JBoss).

O ocenie Izby, Wykonawca dopuszcza możliwość zmiany warunków licencjonowania i serwisowania produktów firmy RedHat (JBoss) decyzją firmy RedHat, bez aneksowania umowy (p. 4.11 „Umowy asysty technicznej oprogramowania JBoss”). Powyższe jest niezgodne z pkt 1. Załącznika nr 5 do SIWZ (Minimalne wymagania Zamawiającego do umowy serwisowej producenta oprogramowania), zgodnie z którym „Wszystkie zagadnienia wpływające na wynagrodzenie, sposób świadczenia i jakość usług serwisowych zostaną uregulowane bezpośrednio w Umowie Serwisowej dotyczącej Oprogramowania Producenta („Umowa serwisowa” w rozumieniu par. 1.2d Kontraktu).”

6.2.6. Wynagrodzenie z tytułu umowy asysty technicznej oprogramowania JBoss.

Aktualność zachowują rozważania poczynione w pkt 6.1.2.

6.2.7. Niezgodności w umowie asysty technicznej oprogramowania JBoss.

6.2.7.1. Pkt 4.5 umowy.

Zarówno w pkt 4, jak i 4 Załącznika nr 5 do SIWZ Zamawiający nie objął zakresem umowy serwisowej zmodyfikowanych moduły oprogramowania, brak też odpowiedzialności Odwołującego w tym zakresie nie świadczy o sprzeczności oferty z treścią SIWZ.

6.2.7.2. Pkt 4.9 umowy.

Stanowisko Zamawiającego w tym zakresie jest nietrafne, bowiem w Załączniku nr 5 do SIWZ nie sposób doszukać się odpowiedzialności wykonawcy za utratę danych z oprogramowania. W związku z powyższym brak sprzeczności pomiędzy pkt 4.9 umowy a punktem 10 Załącznika Nr 5 do SIWZ, który określa zakres ograniczeń odpowiedzialności Wykonawcy z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy serwisowej.

6.2.7.3. Pkt 4.11 umowy.

Wykonawca zastrzega sobie prawo do jednostronnej zmiany warunków licencjonowania i serwisowania, w razie wprowadzenia takiej zmiany w odniesieniu do produktów firmy RedHat. Zapis taki jest niezgodny z punktem 2 Załącznika Nr 5 do SIWZ, z którego wynika, że wszelkie zmiany umowy zawartej pomiędzy Stronami wymagają pisemnej zgody Zamawiającego.

6.2.7.4. Pkt 6.2 umowy.

Wykonawca wprowadził ograniczenie odpowiedzialności Wykonawcy za szkodę do wysokości jednorocznej opłaty za serwis, co jest sprzeczne z punktem 10 Załącznika Nr 5 do SIWZ, który określa zakres odpowiedzialności Wykonawcy ograniczając ją do szkody rzeczywistej oraz jednokrotności wynagrodzenia wskazanego w punkcie 2.2.d Załącznika Nr 7 do SIWZ (Kontrakt), przy czym ograniczenie to nie dotyczy odpowiedzialności Wykonawcy za szkody: wynikające z naruszenia zawartego w umowie zobowiązania Wykonawcy do zachowania poufności, będące następstwem winy umyślnej Wykonawcy, wynikające z roszczeń podniesionych w oparciu o zarzut naruszenia praw własności intelektualnej do oprogramowania w związku z nieprawdziwością oświadczeń Wykonawcy zawartych w Załączniku Nr 3 do SIWZ (Umowa Licencji).

6.2.7.5. Pkt 6.3 umowy.

Wykonawca wprowadził wyłączenie odpowiedzialności Wykonawcy za szkodę z tytułu „niewłaściwego wykorzystania danych gromadzonych za pomocą Oprogramowania JBoss” oraz „użytkowania przez Zamawiającego elementów Oprogramowania JBoss nie pochodzących od Wykonawcy lub IFS Poland”, co stanowi ograniczenie odpowiedzialności Wykonawcy w stosunku do zapisów § 12 Załącznika Nr 3 do SIWZ, który jako jedyne ograniczenie odpowiedzialności wprowadza wyłączenie odpowiedzialności za utracone korzyści oraz limit odpowiedzialności Wykonawcy jest równy 24-krotności miesięcznego wynagrodzenia Wykonawcy, z tym, że ograniczenie to nie dotyczy odpowiedzialności Wykonawcy za szkody: wynikające z roszczeń podniesionych w oparciu o zarzut naruszenia praw własności intelektualnej do oprogramowań i programów, wskazanych w Załączniku Nr 3 do SIWZ w związku z nieprawdziwością oświadczeń Wykonawcy zawartych w Załączniku Nr 3 do SIWZ oraz będące następstwem winy umyślnej Wykonawcy.

6.2.7.6. Pkt 7.2 umowy.

Wykonawca wprowadził możliwość rozwiązania umowy przez Wykonawcę na 3 miesiące przed zakończeniem danego okresu rozliczeniowego opieki, choć z punktu 9 Załącznika Nr 5 do SIWZ wynika, iż Wykonawca może rozwiązać umowę jedynie w razie istotnego naruszenia postanowień Umowy przez Zamawiającego i nieusunięcia tego naruszenia w dodatkowym odpowiednim terminie.

Ponadto, punkt 7.2 Umowy nie przewiduje uprawnienia Zamawiającego wypowiedzenia Umowy ze skutkiem natychmiastowym w razie naruszenia Umowy przez Wykonawcę i nie usunięcia tego naruszenia w odpowiednim terminie wyznaczonym przez Zamawiającego, choć takie uprawnienie jest wymagane przez punkt 12 Załącznika Nr 5 do SIWZ.

6.2.7.7. Pkt 9.1 umowy.

Skoro, w ocenie Zamawiającego, Odwołujący jednostronnie ogranicza wynikające z przepisu art.509 § 1 k.c. prawo Zamawiającego do przeniesienia na osobę trzecią wierzytelności pieniężnej z tytułu umowy, to powyższe nie stanowi z pewnością o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ.

6.2.7.8. Odpowiedzialność pieniężna wykonawcy.

Umowa nie zawiera postanowień nakładających na Wykonawcę odpowiedzialność pieniężną z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania Umowy, co jest sprzeczne z postanowieniami punktu 10 Załącznika Nr 5 do SIWZ. Odwoływanie się do postanowień przepisu art. 471 k.c. jest nietrafne, gdyż zakres odpowiedzialności w tym przepisie określonej różni się od zakresu odpowiedzialności wynikającego z pkt 10 Załącznika nr 5 do SIWZ.

Jednocześnie wskazać należy, iż w ocenie Izby, sprzeczności treści oferty z treścią SIWZ nie mogą być usuwane w trybie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Poprawienie przedmiotowych rozbieżności spowodowałoby bowiem istotne zmiany w treści oferty.

6.3. Niezgodności w umowie deweloperskiej z wymaganiami SIWZ.

6.3.1. § 3 ust.1 Umowy nie przewiduje prawa Zamawiającego do korzystania z kodu źródłowego na polu eksploatacji, jakim jest trwałe lub czasowe zwielokrotnienie w całości lub w części jakimikolwiek środkami i w jakiegokolwiek formie w tym wprowadzanie, stosowanie, przekazywanie i przechowywanie, przewidziane w punkcie 4 Załącznika Nr 4 do SIWZ. Twierdzenie pełnomocnika Odwołującego, że z umowy deweloperskiej ma wynikać prawo do korzystania z przedmiotu licencji na ww. polu eksploatacji nie znajduje uzasadnienia w obowiązujących przepisach prawa autorskiego wymagających wyraźnego wskazania pól eksploatacji utworu.

6.3.2. § 3 ust.1 Umowy.

Wykonawca wskazał, że licencja na kod źródłowy jest nieprzenoszalna, co narusza postanowienia punktu 12 Załącznika Nr 4 do SWIZ, zezwalające na przeniesienie przez Zamawiającego swych uprawnień wynikających z licencji na osoby trzecie.

Powołany przez pełnomocnika Odwołującego § 10 umowy deweloperskiej dotyczy ogólnie przenoszenia praw i obowiązków umownych, przy czym z umowy wynika, że postanowienie to doznaje wyłączenia na rzecz wyżej zastosowania wyżej wskazanego § 3 ust. 1 umowy stwierdzającego, że licencja jest nieprzenoszalna.

Stwierdzenie wskazanych wyżej naruszeń, w zakresie oceny dokonanej przez Zamawiającego, nie daje podstaw do uwzględnienia odwołania, bowiem nie ma wpływu na wynik niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W przeważającym bowiem zakresie Izba stwierdziła, iż zachodzą podstawy do odrzucenia oferty Odwołującego z powodu niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, a w konsekwencji ziszcza się przesłanka do unieważnienia postępowania, na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania w wysokości 15.000,00 zł.

Przewodniczący: