

Sygn. akt: KIO 3579/21

Sygn. akt: KIO 3587/21

Sygn. akt: KIO 3589/21

WYROK
z dnia 4 lutego 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Emilia Garbala
Danuta Dziubińska
Ernest Klauziński

Protokolant: Rafał Komoń
Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach: 29 grudnia 2021 r., 4 stycznia 2022 r., 17 stycznia 2022 r., 19 stycznia 2022 r. oraz 1 lutego 2022 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 grudnia 2021 r. przez:

- A. wykonawcę **Asseco Poland S.A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów** (sygn. akt KIO 3579/21),
- B. wykonawcę **DXC Technology Polska sp. z o. o., ul. Szturmowa 2A, 02-678 Warszawa** (sygn. akt KIO 3587/21),
- C. wykonawcę **Comarch Polska S.A., Al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków** (sygn. akt KIO 3589/21),

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, Al. Jana Pawła II 70, 00-175 Warszawa,**

przy udziale:

- 1) wykonawcy **Asseco Poland S.A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów,** zgłaszającego przystąpienie do postępowań odwoławczych o sygn. akt KIO 3587/21 oraz KIO 3589/21 po stronie odwołującego,

- 2) wykonawcy **DXC Technology Polska sp. z o. o., ul. Szturmowa 2A, 02-678 Warszawa**, zgłaszającego przystąpienie do postępowań odwoławczych o sygn. akt KIO 3579/21 oraz KIO 3589/21 po stronie odwołującego,
- 3) wykonawcy **Comarch Polska S.A., Al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków**, zgłaszającego przystąpienie do postępowań odwoławczych o sygn. akt KIO 3579/21 oraz KIO 3587/21 po stronie odwołującego,

orzeka:

1. w sprawie KIO 3579/21:

1.1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów nr 4, 5, 6, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 21, 22 i 23,

1.2. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu nr 1 dotyczącego kryteriów oceny ofert, zarzutu nr 2 dotyczącego definicji Błędu Krytycznego oraz zarzutu nr 20 dotyczącego terminu przekazania Propozycji i nakazuje zamawiającemu dokonanie modyfikacji specyfikacji warunków zamówienia (dalej: „swz”) w następujący sposób:

- usunięcie w rozdziale XI swz kryteriów oceny ofert: Deklarowany Czas Realizacji Błędu Krytycznego oraz Deklarowany czas przekazania oprogramowania Modyfikacji do Testów Akceptacyjnych,
- zmianę pkt 2.1.4. wzoru umowy poprzez wskazanie: „Błąd Krytyczny – oznacza działanie lub brak działania funkcji użytkownika, które uniemożliwia co najmniej jednemu użytkownikowi Systemu Informatycznego realizację przynajmniej jednej funkcjonalności opisanej w Dokumentacji lub minimum 2-krotne przekroczenie czasu odpowiedzi jednej z funkcji w stosunku do parametrów нефunkcjonalnych określonych dla tej funkcji w Dokumentacji.”
- wydłużenie w pkt 5.3.1. wzoru załącznika 4A do umowy terminu przekazania Propozycji w przypadku Modyfikacji o wartości ponad 100 punktów funkcyjnych,

1.3. w pozostałym zakresie odwołanie oddala,

2. w sprawie KIO 3587/21:

2.1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów nr 17 i 18,

2.2. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu nr 4 dotyczącego licencji na oprogramowanie LIDS, zarzutów nr 6 i 7 dotyczących Eksperta, zarzutu nr 8 dotyczącego znajomości języka polskiego, zarzutu nr 10 dotyczącego przygotowania modelu IFPUG oraz zarzutu nr 13 dotyczącego usuwania wad systemu w okresie przejściowym i nakazuje zamawiającemu dokonanie modyfikacji swz w następujący sposób:

- dodanie w pkt 2.1.1.22. i 2.1.1.23. wzoru załącznika 1A do umowy zobowiązania zamawiającego do zapewnienia wykonawcom na jego koszt licencji na oprogramowanie LIDS,
- zmianę w pkt 4.2. i 4.4.4. wzoru załącznika 4 do umowy poprzez wskazanie, że zamawiający i wykonawca wybiorą po jednym niezależnym ekspercie, natomiast wskazani eksperci wybiorą sami bez wpływu zamawiającego i wykonawcy kolejnego eksperta do dokonania oceny, przy czym koszty wszystkich trzech ekspertów zostaną pokryte w równym stopniu przez zamawiającego i wykonawcę niezależnie od rozstrzygnięcia wydanego przez ekspertów,
- zmianę w pkt 4.3.4. wzoru załącznika 4 do umowy poprzez umożliwienie każdej ze stron przekazywania materiałów do ekspertów według ich uznania z obowiązkiem poinformowania drugiej strony o przekazanych materiałach,
- zmianę pkt 1.2. wzoru załącznika nr 19 do umowy poprzez wskazanie: „Wykonawca zobowiązany jest zapewnić zamawiającemu możliwość komunikacji z członkami zespołu w języku polskim”,
- zmianę pkt 19 wzoru załącznika 4C do umowy poprzez zobowiązanie zamawiającego do udostępnienia wykonawcom dotychczas wytworzonych modeli IFPUG,
- zmianę pkt 6.15. wzoru umowy poprzez wskazanie, że w przypadku wad systemu zgłoszonych zamawiającemu w okresie przejściowym, których dotychczasowy wykonawca usług nie usunął do końca okresu przejściowego, strony ustalą odpowiedni termin na usunięcie tych wad za wynagrodzeniem, natomiast dopiero po upływie tego terminu wykonawca będzie ponosić odpowiedzialność z tytułu naruszenia postanowień dotyczących SLA określonego w umowie,

2.3. w pozostałym zakresie odwołanie oddala,

3. w sprawie KIO 3589/21:

3.1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów nr I.1.i., I.1.ii., I.1.iii., I.1.iv., I.1.v., I.2.ii., I.2.iv., III.ii., III.iv., IV.iii., IV.iv.,

3.2. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu nr I.2.i. dotyczącego warunku doświadczenia specjalistów w usługach rozwoju i utrzymania, zarzutu nr II.i. dotyczącego kryterium oceny ofert Programisty Camunda i Administratora Camunda, zarzutu nr III.i. dotyczącego licencji na oprogramowanie LIDS oraz zarzutu nr IV.ii. dotyczącego usuwania wad systemu w okresie przejściowym i nakazuje zamawiającemu dokonanie modyfikacji swz w następujący sposób:

- zmianę w rozdziale III, podrozdziale III.2. w pkt 1.1.2. swz poprzez wskazanie możliwości wykazania dla każdego ze specjalistów (oprócz Administratora Camunda oraz Specjalisty ds. szacowania złożoności oprogramowania) doświadczenia zarówno w zakresie określonym w pkt 1.1.1.1. swz z wyłączeniem wartości zamówień, jak i w zakresie określonym w pkt 1.1.1.2. swz z wyłączeniem wartości zamówień,
- usunięcie w rozdziale XI swz podkryteriów dotyczących Administratora Camunda i Programisty Camunda zawartych w kryterium oceny ofert: Doświadczenie osób skierowanych do realizacji zamówienia,
- dodanie w pkt 2.1.1.22. i 2.1.1.23. wzoru załącznika 1A do umowy zobowiązania zamawiającego do zapewnienia wykonawcom na jego koszt licencji na oprogramowanie LIDS,
- zmianę pkt 6.15. wzoru umowy poprzez wskazanie, że w przypadku wad systemu zgłoszonych zamawiającemu w okresie przejściowym, których dotychczasowy wykonawca usług nie usunął do końca okresu przejściowego, strony ustalą odpowiedni termin na usunięcie tych wad za wynagrodzeniem, natomiast dopiero po upływie tego terminu wykonawca będzie ponosić odpowiedzialność z tytułu naruszenia postanowień dotyczących SLA określonego w umowie,

3.3. w pozostałym zakresie odwołanie oddala.

4. w sprawie **KIO 3579/21** kosztami postępowania obciąża odwołującego: Asseco Poland S.A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów w części 2/5 i zamawiającego: Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, Al. Jana Pawła II 70, 00-175 Warszawa, w części 3/5, i:

- 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
- 4.2. zasądza od zamawiającego: Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, Al. Jana Pawła II 70, 00-175 Warszawa, na rzecz odwołującego: Asseco Poland S.A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów, kwotę 11 160 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto sześćdziesiąt złotych zero groszy),
- 5.** w sprawie KIO **3587/21** kosztami postępowania obciąża odwołującego: DXC Technology Polska sp. z o. o., ul. Szturmowa 2A, 02-678 Warszawa w części 13/19 i zamawiającego: Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, Al. Jana Pawła II 70, 00-175 Warszawa w części 6/19, i:
- 5.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
- 5.2. zasądza od zamawiającego: Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, Al. Jana Pawła II 70, 00-175 Warszawa, na rzecz odwołującego: DXC Technology Polska sp. z o. o., ul. Szturmowa 2A, 02-678 Warszawa, kwotę 5 874 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy osiemset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy).
- 6.** w sprawie KIO **3589/21** kosztami postępowania obciąża odwołującego: Comarch Polska S.A., Al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków w części 6/10 i zamawiającego: Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, Al. Jana Pawła II 70, 00-175 Warszawa w części 4/10, i:
- 6.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
- 6.2. zasądza od zamawiającego: Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, Al. Jana Pawła II 70, 00-175 Warszawa, na rzecz odwołującego: Comarch Polska S.A., Al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków, kwotę 7 440 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy czterysta czterdzieści złotych zero groszy).

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

.....

.....

Sygn. akt: KIO 3579/21

Sygn. akt: KIO 3587/21

Sygn. akt: KIO 3589/21

UZASADNIENIE

Zamawiający – Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, Al. Jana Pawła II 70, 00-175 Warszawa, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Zakup usługi utrzymania i rozwoju aplikacji ZSZiK, IACS plus, GIS, SIZ, PZSiP plus, PA, eWniosekplus, eWoP oraz IRZplus”, numer referencyjny: DPiZP.2610.19.2021. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 30.11.2021 r., nr 2021/S 232-611459.

W dniu 10.12.2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęły odwołania następujących wykonawców:

- A. wykonawcy Asseco Poland S.A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów (zwanego dalej: „Asseco”) - sygn. akt KIO 3579/21,
- B. wykonawcy DXC Technology Polska sp. z o. o., ul. Szturmowa 2A, 02-678 Warszawa (zwanego dalej: „DXC”) - sygn. akt KIO 3587/21,
- C. wykonawcy Comarch Polska S.A., Al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków (zwanego dalej: „Comarch”) - sygn. akt KIO 3589/21.

Odwołanie Asseco – sygn. akt KIO 3579/21.

Odwołujący Asseco zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 99 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp”, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia, w tym obowiązków wykonawcy w sposób niejednoznaczny, niewystarczający, niepełny, niejasny, który uniemożliwia przygotowanie oferty, co stanowi prowadzenie postępowania z naruszeniem zasad Prawa zamówień publicznych, tj. z naruszeniem zasady zachowania uczciwej konkurencji, zasady równego traktowania wykonawców, zasady proporcjonalności oraz zasady przejrzystości,
- 2) art. 99 ust. 1 w zw. z art. art. 431 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia, w tym obowiązków wykonawcy w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, bez poszanowania zasady współdziałania zamawiającego i wykonawcy, w celu należytej realizacji umowy,
- 3) art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 i 17 ustawy Pzp oraz art. 431 ustawy Pzp poprzez brak zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia wykonawcy w przypadku rozszerzenia zakresu obowiązków wykonawcy,

- 4) art. 240 ust. 2 w zw. art. 16 ustawy Pzp poprzez określenie kryteriów oceny ofert w sposób uniemożliwiający weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach oraz z naruszeniem zasady przejrzystości i zachowania uczciwej konkurencji,
- 5) art. 326 pkt 3 w zw. z art. 16 ustawy Pzp oraz w związku z art. 44 ust. 3 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych,
- 6) art. 471 Kodeksu cywilnego, art. 473 Kodeksu Cywilnego, art. 353¹ KC w zw. z art. 431 ustawy Pzp oraz art. 433 ustawy Pzp poprzez określenie odpowiedzialności kontraktowej wykonawcy niezgodnie z zasadami prawa cywilnego przy naruszeniu zasady swobody umów,
- 7) art. 483 § 1 Kodeksu cywilnego, art. 484 § 2 Kodeksu Cywilnego, art. 353¹ KC w z art. 139 ust. 1, w art. 431 i 433 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zastrzeżenie w Umowie postanowień dotyczących kar umownych niezgodnie z zasadami prawa cywilnego przy naruszeniu zasady swobody umów,
- 8) art. 436 pkt 2 ustawy Pzp poprzez niedookreślenie warunków zapłaty wynagrodzenia,
- 9) art. 439 ust. 2 w zw. z art. 436 pkt 2 w zw. z art. 431 ustawy Pzp, poprzez przygotowanie umowy bez poszanowania ustawowych zasad określających relacje między stronami, a także bez ukształtowania sposobu ustalania zmiany wynagrodzenia,
- 10) art. 16 ustawy Pzp w związku z ww. przepisami poprzez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasad Prawa zamówień publicznych, tj. z naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji, zasady równego traktowania wykonawców, zasadą proporcjonalności oraz przejrzystości.

W szczególności odwołujący Asseco wskazał, co następuje.

„Zarzut 1. Ogłoszenie – pkt II.2.5) „Kryteria udzielenia zamówienia” oraz SWZ – Rozdział XI. „Opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert” w zakresie:

- a) Kryterium „deklarowany Czas Realizacji Błędu Krytycznego” (Pcr);
- b) Kryterium „deklarowany czas przekazania oprogramowania Modyfikacji do Testów Akceptacyjnych” (Pom).

(...) Jak wynika z powyższego Zamawiający ma zamiar przyznawać punkty wyłącznie na podstawie oświadczenia wykonawcy złożonego w Formularzu ofertowym. Zdaniem Odwołującego przyznawanie punktów wyłącznie na podstawie oświadczenia wykonawców nie realizuje normy art. 240 ust. 2 PZP, tj. nie umożliwia weryfikacji i porównania poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach. Są to bowiem w każdym przypadku wyłącznie oświadczenia, których ze swej istoty w ogóle nie można weryfikować, a co więcej – Zamawiający nawet nie byłby uprawniony do żądania jakichkolwiek dokumentów w celu ich weryfikacji. Takie rozróżnienie sposobu

weryfikacji kryteriów pozacenowych jest zupełnie niezrozumiałe. (...)

Żądanie:

Mając powyższe na uwadze Odwołujący wnosi o zmianę SWZ poprzez:

1) Wykreślenie:

- a. Kryterium „Deklarowany Czas Realizacji Błędu Krytycznego" (Pcr);
- b. Kryterium „Deklarowany czas przekazania oprogramowania Modyfikacji do Testów Akceptacyjnych" (Pom).

i przesunięcie wagi i punktów do nowych, weryfikowalnych kryteriów jakościowych.

Wybór tych kryteriów jakościowych należy do Zamawiającego, Odwołujący z ostrożności, wobec potencjalnej argumentacji Zamawiającego o wniesieniu zarzutu blankietowego – wskazuje na dalsze następujące zmiany SWZ

2) Wprowadzenie nowych weryfikowalnych kryteriów:

- a. Doświadczenie wykonawcy w realizacji projektów w podmiotach administracji publicznej - Waga 8%;
- b. Test kompetencji technicznych i merytorycznych - Waga 21%.

I w tym celu wprowadzenie następujących zmian w SWZ:

a) Rozdział XI SWZ pkt 1.3 – zmiana obecnej treści na następującą:

„Kryterium „Doświadczenie w realizacji projektów w podmiotach administracji publicznej” – waga 8% [8 pkt].

Zamawiający będzie punktować doświadczenie w realizacji projektów, które Wykonawca zobowiązany jest wskazać jako warunek udziału w postępowaniu - określonych w pkt III.2 ppkt 1.1.1 SWZ, jeśli były one świadczone dla podmiotów administracji publicznej na terenie Unii Europejskiej. Łącznie oferta może uzyskać w tym kryterium maksymalnie 8 pkt, zgodnie z zasadami przyznawania punktów przedstawionymi poniżej:

- i. za każdą z trzech usług wskazaną zgodnie z pkt III.2 ppkt 1.1.1.1 SWZ a realizowaną w podmiotach administracji publicznej na terenie Unii Europejskiej – przyznane zostaną 2 pkt (łącznie maksymalnie 6 pkt); dla pozostałych usług przyznane zostanie 0 pkt;
- ii. za każdą z dwóch usług wskazaną zgodnie z pkt III.2 ppkt 1.1.1.2 SWZ a realizowaną w podmiotach administracji publicznej na terenie Unii Europejskiej – przyznany zostanie 1 pkt (łącznie maksymalnie 2 pkt); dla pozostałych usług przyznane zostanie 0 pkt.

b) Rozdział XI SWZ pkt 1.4 – wykreślenie obecnej treści i wprowadzenie w to miejsce kryterium „Test kompetencji technicznych i merytorycznych” – w kryterium tym zostanie przeprowadzona weryfikacja sposobu świadczenia usługi przez wykonawcę na przykładzie klasy zadań, jakie wystąpią w ramach realizacji Umowy – ze względu na zakres przedmiotu zamówienia konieczne byłoby przeprowadzenie osobno testów dla usług utrzymaniowych, osobno dla usług rozwojowych i osobno dla kompetencji merytorycznych. Waga kryterium – 21% [21 pkt].

Dodatkowo wprowadzenie do SWZ zasad przeprowadzenia „Testu kompetencji technicznych i merytorycznych”, ze wskazaniem, że personel skierowany do w/w testów powinien stanowić personel wykonawcy kierowany przez wykonawcę do realizacji zamówienia.

c) Ogłoszenie pkt II.2.5) – wprowadzenie odpowiednich zmian odpowiednio z pkt a) oraz b).

Zarzut 2. Umowa, pkt 2.1.4 – definicja Błędu Krytycznego.

(...) Zgodnie z powyższą definicją jako Błąd Krytyczny może być uznany brak działania jednej dowolnej funkcji u tylko jednego użytkownika. Zdaniem Odwołującego jest to zbyt restrykcyjny zakres Błędu Krytycznego - w odniesieniu do tak wysokiej kategorii błędu, rygorystycznego SLA i w kontekście systemu informatycznego będącego przedmiotem zamówienia. Brak działania funkcji dla jednego czy nawet kilku użytkowników aplikacji może wynikać wyłącznie z lokalnych jednostkowych problemów konfiguracyjnych na stacji roboczej użytkownika (na co wykonawca nie ma żadnego wpływu) - co oznacza że Błędem Krytycznym może być dowolne zgłoszenie. Definicja Błędu krytycznego w takim kształcie narusza przepis art. 99 ust. 1 Ustawy PZP w zakresie stwierdzenia, że Incydem krytycznym jest już ograniczenie funkcji u jednego użytkownika SI. Ograniczenia takie nie powodują zatrzymania procesu obsługi systemu i nie wpływają na jego funkcjonowanie. Tym samym naprawa takiego błędu może być bez szkody dla prawidłowego funkcjonowania Zamawiającego wykonana w znaczni dłuższych terminach, np. w reżimie SLA jak dla Błędu Niskiego. (...)

Żądanie:

Wobec powyższego Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu wykreślenie treści dotychczasowej definicji Błędu Krytycznego i wpisanie w to miejsce definicji o treści: „2.1.4 Błąd Krytyczny – oznacza Wadę, polegającą na działaniu lub braku działania funkcji użytkownika, które uniemożliwia co najmniej 10% użytkownikom Systemu Informatycznego realizację przynajmniej jednej funkcjonalności opisanej w Dokumentacji lub minimum 2-krotne przekroczeniu czasu odpowiedzi jednej z funkcji w stosunku do parametrów niefunkcyjnych określonych dla tej funkcji w Dokumentacji;”

Zarzut 3. Umowa, pkt 2.1.5 – definicja Błędu Niekrytycznego

(...) Zgodnie z powyższą definicją, za Błąd Niekrytyczny może zostać uznany dowolny stan systemu (w tym również prawidłowy), który w subiektywnej ocenie oceniającego cechuje się spadkiem wydajności SI. Jest to możliwe ponieważ Zamawiający nie wskazuje w definicji Błędu Niekrytycznego, jaki dokument stanowi podstawę do rozstrzygnięcia przez Strony, czy w Systemie Informatycznym występuje spadek działania funkcji systemu czy nie. Podstawą do takiego rozstrzygnięcia powinna być Dokumentacja SI, która całościowo opisuje system informatyczny oraz jego prawidłowe działanie. W/w postanowienia SIWZ powodują, że przedmiot zamówienia został opisany w sposób niejasny, nieprecyzyjny i otwarty. (...)

Żądanie:

Wobec powyższego Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu wykreślenie treści dotychczasowej definicji Błędu Niekrytycznego i wpisanie w to miejsce definicji o treści: „2.1.5 Błąd Niekrytyczny – oznacza Wadę, polegającą na działaniu lub braku działania funkcji Systemu Informatycznego, które jest niezgodne z Dokumentacją, i które nie jest Błędem Krytycznym ani Awarią, ale skutkuje uciążliwością w eksploatacji Systemu Informatycznego dla jego użytkownika lub użytkowników lub spadkiem wydajności działania funkcji Systemu Informatycznego.”

Zarzut 4. - Umowa, pkt 3.10 – analiza wpływu zmian konfiguracyjnych, poprawek, aktualizacji lub ulepszeń Oprogramowania Wspierającego na działanie Systemu Informatycznego.

(...) zgodnie z przytoczonymi postanowieniami: pkt 3.10 Umowy i zapisem po pkt 2.3 Załącznika nr 2A Zamawiający zobowiązuje Wykonawcę w ramach Usługi Usuwania Wad (G2U1) do realizacji nieokreślonej liczby „analiz wpływu zmian konfiguracji, poprawek, aktualizacji lub ulepszeń Oprogramowania Wspierającego na działanie Systemu Informatycznego”, która przez cały okres realizacji Umowy może wynosić od 0 do np. 100 lub 300 lub 500 w zależności od decyzji producentów Oprogramowania Wspierającego, na które Wykonawca nie ma żadnego wpływu. Sama pracochłonność wykonania analizy wpływu może być bardzo różna i wynosić np. 10 roboczodni przy analizie aktualizacji dotyczącej jedynie dodania nowej funkcji w Oprogramowaniu Wspierającym używanym w tylko jednym module Aplikacji albo wynosić np. 500 roboczodni przy analizie wpływu aktualizacji Oprogramowania Wspierającego do nowej wersji bazy danych używanej w większości Aplikacji. Ponadto Zamawiający nie wskazał, w jaki sposób i gdzie taka weryfikacja miałaby się odbywać - czy to Wykonawca musi zapewnić sobie dedykowane środowisko to prowadzenia takich weryfikacji, czy też Zamawiający udostępni jedno ze swoich środowisk na wyłączne cele takiej weryfikacji. Niniejsze powoduje, że Wykonawca w żaden sposób nie może rzetelnie obliczyć ceny Usługi Usuwania Wad (G2U1), a Zamawiający zmusza go do przyjmowania nieweryfikowalnych założeń. (...)

Żądanie:

Wobec powyższego Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonania następującej zmiany:

1) Wykreślenie z punktu 3.10 Umowy postanowienia:

„ani dokonywanie analiz wpływu zmian konfiguracji, poprawek, aktualizacji lub ulepszeń Oprogramowania Wspierającego na działanie Systemu Informatycznego, w tym Oprogramowania Bazowego, które wykonywane są w ramach Usługi Usuwania Wad (G2U1)”

2) Wykreślenie z Załącznika nr 2A do Umowy – Opis Usługi Usuwania Wad, po pkt 2.3 postanowienia:

„Wykonawca zobowiązany jest w ramach Usługi G2U1 do dokonywania analiz wpływu zmian konfiguracyjnych, poprawek, aktualizacji lub ulepszeń Oprogramowania Wspierającego na działanie Systemu Informatycznego, a w przypadku stwierdzonej nieprawidłowości – do podjęcia działań zgodnie z pkt 2.2.4.4 niniejszego Załącznika.”

Zarzut 5. - Umowa, pkt 5.4.7 – zmiana priorytetu Zgłoszenia

(...) Z ww. przesłanek wynika, że zmiana priorytetu Zgłoszenia zaraz po dokonaniu Zgłoszenia rozpocznie naliczanie Czasu Realizacji, bez możliwości wykonania zobowiązań Wykonawcy przewidzianych dla Czasu Reakcji. Co z kolei może być przez Zamawiającego zinterpretowane jako niedochowanie przez Wykonawcę Czasu Reakcji dla Zgłoszenia – zdarzenie objęte karą umowną. Takie postanowienia uniemożliwiają Wykonawcy obsługę Zgłoszeń na warunkach określonych w innych postanowieniach Umowy i bez naliczenia kar umownych za przekroczenie Czasu Reakcji. (...)

Żądanie:

Wobec powyższego Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonania następującej zmiany: Zastąpienie dotychczasowej treści pkt. 5.4.7 następującą:

„5.4.7. Zamawiający zastrzega sobie możliwość zmiany priorytetu Zgłoszenia zgodnie z limitem wskazanym w opisie danej Usługi. Zmiana priorytetu nie wpływa na bieg terminu Czasu Reakcji. Jeżeli zmiana priorytetu przez Zamawiającego wykonywana jest w trakcie realizacji przez Wykonawcę czynności w ramach Czasu Reakcji, Czas Realizacji zgodnie z nowym priorytetem rozpoczyna bieg na zasadach opisanych w punkcie 2.1.8 Umowy. Jeżeli zmiana priorytetu przez Zamawiającego wykonywana jest w trakcie kiedy Wykonawca obsługuje zgłoszenie w ramach Czasu Realizacji, Zmiana priorytetu powoduje ponowne rozpoczęcie naliczania Czasu Realizacji – zgodnie z nowym priorytetem. Zmiana priorytetu następuje poprzez stosowną adnotacji Zamawiającego w Zgłoszeniu w systemie SOZ.”

Zarzut 6. - Umowa, pkt 8.5 – 8.16, pkt 3.7.1 - warunki wypłaty wynagrodzenia Wykonawcy

(...) Zamawiający w Umowie w pkt 8.5 – 8.15 zawarł postanowienia dotyczące zasad wypłaty wynagrodzenia Wykonawcy, ale w żadnym z punktów 8.5 – 8.15 nie zawarł zasad wypłaty wynagrodzenia wynikającego z pkt 3.7.1 Umowy. Zamawiający w Umowie w pkt 8.16 zawarł postanowienia dotyczące podstaw wystawienia faktury dla Usług, ale nie zawarł podstawy wystawienia faktury za Usługę Administracji Środowiskami (G1U1) na wskazanym Środowisku Pomocniczym opisaną w pkt 3.7.1 Umowy. (...)

Żądanie:

Wobec powyższego Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonania następującej zmiany:

1) Dodanie punktu 8.10.1 dotyczącego zasad wypłaty wynagrodzenia Wykonawcy:

„8.10.1 Wynagrodzenie z tytułu wykonania Usługi Administracji Środowiskami (G1U1) na wskazanym Środowisku Pomocniczym opisanej w pkt 3.7.1 Umowy stanowić będzie iloczyn liczby dni faktycznego korzystania z tej Usługi przez Zamawiającego oraz 1/30 miesięcznej stawki ustalonej jako zł netto (słownie: złotych .../100) powiększona o należny podatek od towarów i usług, co stanowi kwotę brutto zł (słownie:..... złotych .../100).”

2) Uzupełnienie dotychczasowej treści pkt. 8.16 o postanowienie:

„W przypadku Usługi Administracji Środowiskami (G1U1) na wskazanym Środowisku Pomocniczym opisanej w pkt 3.7.1 Umowy, podstawą wystawienia faktury jest jedynie Protokół wdrożenia Modyfikacji, podpisywany przez Zamawiającego w ciągu 3 Dni Roboczych od wdrożenia Modyfikacji na Środowisko Produkcyjne.”

Zarzut 7. – Umowa pkt 8 „Wynagrodzenie Wykonawcy”, pkt 8.33 - zmiana wynagrodzenia w przypadku wzrostu kosztów osobowych związanych z realizacją zamówienia

(...) W przypadku świadczenia usługi polegającej na wykonaniu prac informatycznych, a z taką mamy do czynienia w przypadku przedmiotowego zamówienia, przywołaną w PZP „zmianę kosztów związanych z relacją zamówienia” opisuje nie tyle wzrost cen, będący skutkiem inflacji, a wzrost kosztów wynagrodzenia. Wzrost ten opisywany jest dokładniej innym miernikiem, którym jest publikowany przez GUS „przeciętne miesięczne wynagrodzenie w sektorze przedsiębiorstw”. Jest to bezpośredni odpowiednik przywołanego w Ustawie poziomu wzrostu kosztów, związanych z realizacją zamówienia.

Ponadto, podpunkty 8.33.4.1 – 8.33.4.3 przywołanego punktu Umowy zawierają zapisy, zgodnie z którymi powyższa zmiana nie jest przenoszona w całości na cenę świadczonej usługi, a jest stopniowana o odpowiednio 1, 2 i 3,5%, do tego z ograniczeniem, które zatrzymuje się na poziomie wzrostu kosztów o 5%. (...)

Żądanie:

Wobec powyższego Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu:

1) Zmianę treści pkt 8.33 Umowy na:

„8.33. Zasady zmiany wynagrodzenia określone w pkt 8.24 – 8.31 powyżej mają odpowiednie zastosowanie do zmiany wysokości wynagrodzenia w przypadku wystąpienia zmiany przeciętnego miesięcznego wynagrodzenia w sektorze przedsiębiorstw, ogłaszanego przez GUS, z zastrzeżeniem następujących zasad:”

2) Zmianę treści ppkt 8.33.4.1 – 8.33.4.4 Umowy na:

„8.33.4.1 jeśli zmiana wskaźnika będzie na poziomie powyżej 105 (wzrost przeciętnego wynagrodzenia w sektorze przedsiębiorstw powyżej 5%) - wynagrodzenie za jedną Roboczogodzinę lub 1 PF lub miesięczne wynagrodzenie ryczałtowe za świadczenie Usług

z Grup 1-3 wzrośnie o wskaźnik wzrostu wynagrodzeń względem wynagrodzenia, które w chwili zmiany wynika z Umowy, a jeśli zmiana wskaźnika będzie na poziomie poniżej 95 (spadek poziomu wynagrodzeń powyżej 5%) - wynagrodzenie za jedną Roboczogodzinę lub 1 PF lub miesięczne wynagrodzenie ryczałtowe za świadczenie Usług z Grup 1-3 zmaleje o wskaźnik obniżenia poziomu wynagrodzeń względem wynagrodzenia, które w chwili zmiany wynika z Umowy,”.

Zarzut 8. - Umowa, pkt 8. 34 – Skutki stworzenia Modyfikacji lub Aplikacji powiększających System Informatyczny

(...) Należy bowiem podkreślić, że zarówno utworzenie nowej Modyfikacji jak i nowej Aplikacji, która wejdzie w skład Systemu Informatycznego, zgodnie z zasadami prowadzenia projektów IT, doświadczenia życiowego oraz zdrowego rozsądku spowoduje niewątpliwie:

a. wzrostu pracochłonności utrzymywania środowisk, na których utrzymywana ma być ta Modyfikacja lub Aplikacja, chociażby poprzez konieczność monitorowania jej zachowania oraz zachowania Oprogramowania Wspierającego (systemy operacyjne, platformy narzędziowe, etc). Co oznacza zwiększenie pracochłonności usługi z grupy G1, a tym samym kosztów jej realizacji.

b. wzrostu pracochłonności usługi zapewnienia jakości, a w szczególności w zakresie diagnostyki i usuwania wad w wymaganym reżimie SLA, które swoim zakresem muszą objąć także nowoutworzone oprogramowanie. Co oznacza zwiększenie pracochłonności w usłudze z grupy G2U1 oraz G2U2 a tym samym kosztów jej realizacji.

c. wzrostu pracochłonności w usłudze administrowania, w szczególności poprzez nadawanie uprawnień w odniesieniu do nowoutworzonych Aplikacji. Co oznacza zwiększenie pracochłonności w usłudze z grupy G3 a tym samym kosztów jej realizacji.

Z powyższego wynika, że każdorazowe wprowadzenie nowej Modyfikacji lub nowej Aplikacji, powoduje wzrost pracochłonności świadczenia usług z grup G1, G2, G3. A zatem wyłączenie przez Zamawiającego możliwości odpowiedniej zmiany wynagrodzenia jest oczekiwaniem nadmiernym, stojącym w sprzeczności ze zdrowym rozsądkiem oraz wiążącym się z rzeczywistym wzrostem zaangażowania Wykonawcy, nie mającym pokrycia w wynagrodzeniu za realizowane usługi. (...)

Żądanie:

Wobec powyższego Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonania następującej zmiany: Zastąpienie dotychczasowej treści pkt. 8.34 następującą:

„8.34 Strony zgodnie postanawiają, że wpływ stworzenia Modyfikacji lub Aplikacji powiększających System Informatyczny na zwiększenie pracochłonności oraz wzrost wynagrodzenia za świadczenie Usług z Grup G1, G2 i G3 będzie każdorazowo przedmiotem ustaleń Komitetu Sterującego w zakresie zwiększenia wynagrodzenia”.

Zarzut 9. – Umowa, art. pkt 10 „Odpowiedzialność Wykonawcy” – rażąco wysoki limit kar umownych Wykonawcy, dysproporcja w zakresie limitu kar umownych stron umowy.

(...) Z powyższego wynika wprost, że limitacja odpowiedzialności ukonstytuowana przez Zamawiającego w sposób całkowicie różny statuuje pozycję kontraktową stron:

a. odpowiedzialność Zamawiającego jest ograniczona do wysokości 10% wynagrodzenia netto i dotyczy to całkowitej odpowiedzialności kontraktowej;

b. odpowiedzialność Wykonawcy jest ograniczona tylko w zakresie kar umownych, a limit kar jest bardzo wysoki, w zależności od rodzaju usługi, której kary dotyczą.

Trudno taką sytuację uznać za równość stron, która jest nadrzędną zasadą prawa zobowiązań. (...)

Żądanie:

Wobec powyższego Odwołujący wnosi o dokonanie następujących zmian w SWZ:

10.6. Całkowita łączna odpowiedzialność Wykonawcy z tytułu kar umownych w związku z Umową (w tym z umową powierzenia przetwarzania danych osobowych zawartą zgodnie z Załącznikiem nr 15 do Umowy) jest ograniczona do kwoty stanowiącej równowartość 50% łącznego wynagrodzenia brutto określonego w pkt 8.1 Umowy (w przypadku skorzystania przez Zamawiającego z prawa opcji – łącznego wynagrodzenia brutto określonego w pkt 8.1.1 Umowy), z zastrzeżeniem pkt 10.7. Limit nie dotyczy odszkodowania, o którym mowa w punkcie 10.3 Umowy oraz postanowień punktu 10.9 Umowy.

10.7. Łączny miesięczny limit odpowiedzialności Wykonawcy z tytułu kar umownych za świadczenie Usług z danej grupy Usług, z wyłączeniem Usługi Integracji i Certyfikacji, wynosi 50% miesięcznego wynagrodzenia ryczałtowego brutto dla tej grupy Usług, z zastrzeżeniem punktu 10.8 Umowy.

10.8. W przypadku Usługi Modyfikacji, Usługi Zlecenia Operacyjnego i Usługi Integracji i Certyfikacji limit odpowiedzialności Wykonawcy z tytułu kar umownych wynosi każdorazowo 50% wartości brutto zleconej Modyfikacji lub Zlecenia Operacyjnego lub Certyfikacji, których kary umowne dotyczą.

Zarzut 10. – Umowa, pkt 10. „Odpowiedzialność Wykonawcy” – niedopuszczalne (...) Niedopuszczalność kumulowania kar umownych, tj. naliczania 2 różnych kar umownych za tę samą okoliczność faktyczną jest przyjętym od lat stanowiskiem zarówno doktryny, jak i orzecznictwa. (...)

Żądanie:

Wobec powyższego Odwołujący wnosi o wykreślenie pkt 10.4 w całości.

Zarzut 11. – Umowa pkt. 14 – „Wypowiedzenie/odstąpienie od Umowy” – odstąpienie od Zamówienia

(...) Należy zauważyć, iż Propozycja nie podlega procesowi odbioru produktu i nie ma dla niej zastosowania treść pkt. 14.15 i pkt. 14.16. Jednocześnie, w przypadku, kiedy zgodnie z

pkt 5.4.2 Załącznika 4A, po złożeniu zamówienia Propozycja staje się jawna i Zamawiający nabywa prawo do nieograniczonego dysponowania i rozpowszechniania dokumentu Propozycji, takiej czynności rozpowszechniania nie da się cofnąć. W związku z powyższym, w przypadku odstąpienia od całości lub części Zamówienia, Wykonawcy należy się wynagrodzenie z tytułu przygotowania zamówionej Propozycji. (...)

Żądanie:

Wobec powyższego Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu:

1) Zmianę treści Umowy, zgodnie z poniższym:

14.15.1 Zamawiający nie jest zobowiązany do zapłaty Wykonawcy wynagrodzenia określonego w Zamówieniu lub Zleceniu Operacyjnym, z wyłączeniem wynagrodzenia należnego Wykonawcy za zatwierdzoną Propozycję, w wysokości wynikającej z Załącznika 4C pkt.14;

2) Zmianę treści punkt 14.16.2 Umowy, zgodnie z poniższym:

14.16.2 W razie zatrzymania przez Zamawiającego jakichkolwiek rezultatów prac Wykonawcy, Wykonawca zachowa prawo do wynagrodzenia za te rezultaty prac oraz za zatwierdzoną Propozycję, w wysokości wynikającej z Załącznika 4C pkt.14. Wysokość wynagrodzenia zostanie ustalona proporcjonalnie do wartości Produktów wyrażonych w Punktach Funkcyjnych lub Robocznodniach, przy uwzględnieniu struktury PF IFPUG określonej w tabeli, w punkcie 14 Załącznika nr 4C do Umowy;

Zarzut 12. – Umowa pkt. 14 – „Wypowiedzenie/odstąpienie od Umowy” – pkt. 14.2.7; pkt 14.13.2 opóźnienie jako podstawa rozwiązania Umowy

(...) Zamawiający w powyższych postanowieniach – pomimo iż nie istnieje żadna uzasadniona przyczyna – odstąpił od uregulowania odpowiedzialności wykonawcy z tytułu realizacji Umowy na zasadach odpowiedzialności kontraktowej określonej w przepisach Kodeksu Cywilnego i ukonstytuował odpowiedzialność wykonawcy za opóźnienie, podczas gdy Kodeks Cywilny przewiduje odpowiedzialność za zwłokę. (...)

Żądanie:

Mając powyższe na uwadze Odwołujący wnosi o zmianę Umowy poprzez wykreślenie w pkt 14.2.7 oraz pkt 14.13.2 słowa „opóźnienie” i wpisanie w to miejsce słowa „zwłoka”.

Zarzut 13 - Załącznik nr 0 do Umowy „Opis Aplikacji”, pkt 1.8 - niepełny opis Aplikacji IRZplus

(...) Powyższy opis jest zbyt uproszczony i nie odzwierciedla rzeczywistego stopnia złożoności i skali tej Aplikacji. Biorąc pod uwagę, iż aplikacja IRZplus nie została jeszcze wdrożona produkcyjnie i nie zostały przekazane przez Zamawiającego jej kody źródłowe, ani pełna dokumentacja, przedstawienie w SWZ rzetelnej informacji jest warunkiem sine qua non poprawnego określenia kosztów świadczenia usług ryczałtowych w zakresie przedmiotowej aplikacji. Obecny ogólnikowy opis powoduje, że wykonawcy wycenią zupełnie

różny zakres usług, co doprowadzi do złożenia nieporównywalnych ofert. (...)

Żądanie:

Wobec powyższego Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonania następującej zmiany: Zastąpienie dotychczasowego opisu Aplikacji IRZplus w pkt 1.8 Załącznika 0 na następujący:

„1.8 Aplikacja IRZplus - aplikacja umożliwiająca obsługę zgłoszeń zwierzęcych, rejestrów zwierzęcych, a także kontroli na miejscu. Obejmuje główne moduły funkcjonalne:

a) moduł Obsługi zgłoszeń zwierzęcych - dostarczający funkcjonalności z zakresu składania i obsługi zgłoszeń zwierzęcych, rejestrów zwierzęcych (koni, jeleni, wielbłądów, owiec, kóz, świń, loch, bydło i drobiu), obsługi działalności. Obejmuje Portal pracownika oraz Portal posiadacza zwierząt. Umożliwia posiadaczom zwierząt złożenie drogą elektroniczną: - zgłoszeń zwierzęcych i korekt, - dokumentów rejestracji/zmiany działalności, wniosków, zapotrzebowań, oświadczeń itp. - zamówień na środki/duplikaty do dostawców środków identyfikacji

b) moduł Kontroli na miejscu - umożliwiający obsługę przygotowania i przeprowadzenia kontroli na miejscu u posiadaczy zwierząt przez pracowników ARiMR oraz pracowników Inspekcji Weterynaryjnej,

c) moduł Postępowania i wezwań - umożliwiający prowadzenie postępowań wyjaśniających oraz wezwań z zakresu obsługi zgłoszeń zwierzęcych i rejestrów zwierzęcych,

d) moduł Obsługi dostawców środków identyfikacji - obejmuje funkcjonalności Portalu dostawców środków identyfikacji umożliwiające obsługę zamówień posiadaczy zwierząt na środki identyfikacji oraz ich duplikaty,

e) moduł Administracji - dostarczający funkcjonalności parametryzacji słowników, parametrów biznesowych, zakresów dokumentów, reguł kontroli, zarządzania szablonami wydruków dokumentów, obsługę procesów wsadowych itp.,

f) moduł Udostępniania danych - dostarcza funkcjonalności udostępniania danych zwierząt i zdarzeń zwierzęcych dla innych systemów.”

Zarzut 14 - Załącznik nr 2A do Umowy, pkt 2.2.4.4.1 – obowiązki Wykonawcy w Czasie Reakcji

(...) Aby ustalić źródło nieprawidłowego działania SI (Systemu Informatycznego) lub jego poszczególnych funkcjonalności wymagana jest analiza przekazanych w Zgłoszeniu danych, dla których występuje nieprawidłowe działanie i najczęściej konieczne jest odtworzenie wskazanego przypadku na środowiskach Wykonawcy. Dopiero w następnej kolejności, po odtworzeniu nieprawidłowego działania i analizie przyczyn nieprawidłowego działania oprogramowania możliwe jest wskazanie, czy jest to wynikiem działania Oprogramowania Bazowego, czy Oprogramowania Wspierającego. Wykonanie tych czynności w maksymalnym czasie 8 godzin Czasu Reakcji jest w zdecydowanej większości

przypadków niemożliwe, przez co Wykonawca nie ma możliwości wypełnienia obowiązków nałożonych postanowieniem i co za tym idzie nie jest w stanie złożyć rzetelnej oferty, co w sposób oczywisty narusza art. 99 ust. 1. (...)

Żądanie:

Wobec powyższego Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonania następującej zmiany: Zastąpienie dotychczasowej treści pkt. 2.2.4.4.1 Załącznika nr 2A do Umowy następująca:

„2.2.4.4.1. poinformuje Zamawiającego w Czasie Realizacji, że nieprawidłowe działanie SI lub jego poszczególnych funkcjonalności jest wynikiem nieprawidłowego działania Oprogramowania Wspierającego i wymaga zgłoszenia błędu do podmiotu uprawnionego do jego obsługi (producenta lub jego upoważnionego partnera handlowego); w takim przypadku Zgłoszenie zostaje zawieszane zgodnie z zasadami określonymi w Załączniku nr 9 do Umowy;”

Zarzut 15. - Załącznik nr 2A do Umowy, pkt 2.2.4.4.4 – termin wykonania analizy (...). Dokonanie analizy, (...) jest możliwa jedynie na dedykowanym środowisku Wykonawcy lub Zamawiającego, na którym zostanie zainstalowane Oprogramowanie Wspierające w wersji nowej, innej niż była zainstalowana dotychczas na tym środowisku. Taka zmiana wersji Oprogramowania Wspierającego wymaga wykonania prac przez administratora środowiska, co może zająć od 1 do 5 Dni Roboczych. Następnie konieczne jest przygotowanie danych testowych na tym środowisku oraz przetestowanie działania Systemu Informatycznego: odpowiednio wybranych funkcjonalności jednej lub wielu Aplikacji, co średnio zajmuje 10 Dni Roboczych. W związku z tym czas na dokonanie analizy zaproponowany przez Zamawiającego „5 Dni Roboczych” jest czasem zbyt krótkim. Tak krótki czas powoduje, że Wykonawca musiałby przerywać zaplanowane procesy obsługi Zgłoszeń, aby obsłużyć właśnie to wymaganie Zamawiającego, co utrudnia rzetelną wycenę Usługi, co stoi w sprzeczności z art. 99 ust. 1 PZP.

Żądanie:

Wobec powyższego Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonania następującej zmiany: Zastąpienie dotychczasowej treści pkt. 2.2.4.4.4 Załącznika nr 2A do Umowy następująca:

„2.2.4.4.4. po przekazaniu poprawki, ulepszenia lub aktualizacji Oprogramowania Wspierającego poprawiającej zgłoszony błąd, w terminie uzgodnionym z Zamawiającym nie dłuższym jednak niż 10 Dni Roboczych, dokona jego analizy, w tym testów pod kątem kompatybilności z Systemem Informatycznym oraz zarekomenduje Zamawiającemu instalację poprawki, ulepszenia lub aktualizacji Oprogramowania Wspierającego lub konieczność dostosowania SI do współdziałania z Oprogramowaniem Wspierającym (zgodnie z pkt 3.10 Umowy);”

Zarzut 16. - Załącznik nr 2A do Umowy, pkt 2.3 – samodzielne wprowadzanie przez Zamawiającego zmian konfiguracyjnych i poprawek w SI

(...) Powyższy zapis pozwala Zamawiającemu, w przypadku zawieszenia lub wypowiedzenia Usług z Grupy G1, na samodzielne wprowadzanie zmian w konfiguracji systemu czy instalowania poprawek Oprogramowania Wspierającego. Gwarantuje również Wykonawcy, że otrzyma informację o planowanych przez Zamawiającego zmianach. Niestety nigdzie w SWZ nie jest sprecyzowany zakres informacji, jaki Zamawiający w związku z wprowadzanymi zmianami jest zobowiązany przekazać Wykonawcy – Zamawiający może ograniczyć się do podania jedynie efektu końcowego wprowadzonych zmian, natomiast niejednokrotnie znaczenie dla poprawnego działania systemu ma sposób wprowadzania takich zmian, i szczegółowe kroki (sposób), które zostały wykonane. (...)

Żądanie:

Wobec powyższego Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonania następującej zmiany: Zastąpienie dotychczasowej treści pkt. 2.3.2 w Załączniku nr 2A do Umowy na następującą:

„2.3.2 poprzez samodzielną instalację (po uprzednim poinformowaniu Wykonawcy, a po wprowadzeniu zmian – przekazaniu szczegółowej instrukcji jej wprowadzenia) – w przypadku zawieszenia lub wypowiedzenia Usług z Grupy G1.”

Zarzut 17. - Załącznik nr 4A do Umowy, pkt 5.3.2.8 – obowiązek określania niezbędnych nakładów Zamawiającego na etapie składania Propozycji

(...) Biorąc pod uwagę treść w/w wymagania Odwołujący wskazuje, że nie jest w stanie określić poziomu takich nakładów, gdyż w szczególności nie zna szczegółów umów partnerskich łączących go z producentami sprzętu oraz Oprogramowania Wspierającego oraz wiążących się z tym cen produktów obowiązujących ARiMR.

O ile - tak jak miało to miejsce dotychczas - Wykonawca może i powinien określić jaki dodatkowy (wobec istniejącego) sprzęt lub oprogramowanie i w jakiej ilości, Zamawiający musi zapewnić na potrzeby realizacji Modyfikacji, o tyle nie znając szczegółów umów partnerskich (które zwykle objęte są klauzulą tajemnicy) nie ma możliwości wywiązania się z tego obowiązku, gdyż nie zna poziomu ewentualnych upustów, jakie przysługują Zamawiającemu. Niemniej Zamawiający może uznać to za niekompletną Propozycję i oczekiwać jej poprawienia. Czego z kolei Wykonawca nie będzie w stanie dopełnić, narażając się tym samym na nieuzasadnioną karę umowną (...)

Żądanie:

Wobec powyższego Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonania następującej zmiany: Zastąpienie dotychczasowej treści pkt.5.3.2.8 Załącznika nr 4A do Umowy następującą:

5.3.2.8. określenie wpływu Modyfikacji na konieczność poniesienia dodatkowych nakładów na niezbędne inwestycje (licencje, sprzęt, etc.) w celu realizacji Modyfikacji.”

Zarzut 18. - Załącznik nr 4A do Umowy, pkt 5.3.2.9 w związku z pkt 3.2.2.2 – sprzeczność SWZ w zakresie momentu, w którym powinna być przygotowana koncepcja architektury Modyfikacji

(...) Biorąc pod uwagę, że koncepcja architektury jest obszernym dokumentem, który wymaga dużego zaangażowania po stronie Wykonawcy, oczekiwanie Zamawiającego, aby była ona dołączana na etapie Propozycji jest oczekiwaniem nadmiernym. Tym bardziej biorąc pod uwagę wskazany w Załączniku 4A pkt 2.4 wymóg opracowania Szczegółowego Opisu Wymagań (SOW) po otrzymaniu Zapotrzebowania na Modyfikację, gdyż czas dostępny na przygotowanie Propozycji byłby przy realizacji tego wymogu niezwykle krótki, uniemożliwiając przygotowanie oczekiwanej koncepcji architektury.

Żądanie:

Wobec powyższego Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonania następującej zmiany: Wykreślenie pkt 5.3.2.9 z Załącznika 4A.

Zarzut 19. – Załącznik 4A, pkt 2.4 - termin przygotowania SOW

(...) Jak wskazują doświadczenia Odwołującego wyniesione z obecnie realizowanej umowy, konieczność opracowania wymagań we współpracy Zamawiającego z Wykonawcą powoduje, iż Wymagania zgłaszane przez Zamawiającego w ramach Zapotrzebowania na Modyfikację nie są określone na poziomie zgodnym z załącznikiem 4J i nie ma możliwości opracowania SOW w terminie 7 Dni Roboczych, ani ich uzgodnienia w terminie kolejnych 4 Dni Roboczych. (...) nie każda uwaga i zastrzeżenie Zamawiającego jest zasadne, a ich uwzględnienie wręcz wypaczyłoby sens ustaleń podjętych wraz z Zamawiającym w innych punktach SOW i przedłużyłoby proces przygotowania Propozycji, co naraża Wykonawcę na naliczenie kar umownych. Dlatego ten zapis powinien umożliwiać stronom Umowy uzgodnienie ostatecznego sposobu realizacji wymagań określonych w ZnM, w taki sposób, aby spełniały one potrzeby Zamawiającego. W przeciwnym wypadku może okazać się, że dostarczone zgodnie z SOW produkty Propozycji będą niezgodne z potrzebami biznesowymi w tym zakresie. (...)

Żądanie:

Wobec powyższego Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu:

1) Zmianę treści pkt 5.2.1.1 Załącznika 4A na:

„opis Modyfikacji uwzględniający dokument Założenia Modyfikacji lub inny dokument, którego forma została ustalona przez Kierowników Modyfikacji zawierający w szczególności opis oczekiwanej realizacji bądź zmiany funkcjonalności oraz kompletne informacje niezbędne do przygotowania SOW lub Propozycji w przypadku uzgodnienia rezygnacji z SOW. Przekazanie tych elementów na poziomie uniemożliwiającym przygotowanie SOW jest

podstawą do uruchomienia przez Wykonawcę procedur zmiany terminu przekazania i uzgadnienia SOW.”

2) Zmianę treści pkt 1.1) Załącznika 4A1 na:

„szczegółowy opis Modyfikacji, w tym zakres funkcjonalny zawierający w szczególności opis oczekiwanej realizacji bądź zmiany funkcjonalności oraz kompletne informacje wystarczające do przygotowania SOW”.

3) Zmianę treści pkt 2.4 zdanie 1 i 3 Załącznika 4A na:

„Po złożeniu Zapotrzebowania na Modyfikację, w terminie nie dłuższym niż 30 Dni Roboczych od dnia przekazania Zapotrzebowania na Modyfikację, Wykonawca sporządzi Szczegółowy Opis Wymagań (SOW) wg. wzoru stanowiącego Załącznik nr 4 J do Umowy, który będzie podstawą do złożenia Propozycji, przy czym do terminu nie wlicza się okres od dnia wystąpienia Wykonawcy z prośbą o spotkania robocze dotyczące wyjaśnienia zapisów wymagań określonych w ZnM do dnia zakończenia spotkań. Na wniosek Wykonawcy, złożony nie później niż w ciągu 3 Dni Roboczych od daty przekazania przez Zamawiającego Zapotrzebowania na Modyfikację Zamawiający może wyrazić zgodę na przedłużenie ww. terminu lub rezygnację z przygotowywania SOW w szczególności, jeżeli ze względu na złożoność wymagań sporządzenie SOW w tym terminie nie jest możliwe lub ze względu na zakres Modyfikacji przygotowanie SOW nie jest konieczne, a Wykonawca przedstawi szczegółowe uzasadnienie swojego wniosku. Zamawiający zastrzega sobie prawo do zgłaszania uwag i zastrzeżeń do otrzymanego SOW w terminie 2 Dni Roboczych od dnia jego przekazania, a Wykonawca zobowiązany jest je uzgodnić z Zamawiającym w terminie 10 Dni Roboczych od dnia ich otrzymania od Zamawiającego”.

Zarzut 20. – Załącznik 4A – termin przygotowania Propozycji

(...) Powyższe wymaganie powoduje, że Zamawiający w terminie przygotowania Propozycji wynikającym z pkt 5.3.1 (15 Dni Roboczych) wymaga opracowania i uzgodnienia Szczegółowego Opisu Modyfikacji, który - zgodnie z oczekiwaniem Zamawiającego „będzie podstawą do złożenia Propozycji”.

W praktyce zapis ten powoduje, że termin 15 Dni Roboczych przewidziany na przygotowanie Propozycji zostaje skrócony do 4 Dni Roboczych, gdyż wyłączone zostały z niego:

- 7 Dni Roboczych od dnia przekazania Zapotrzebowania na Modyfikację, przewidzianych na sporządzenie przez Wykonawcę Szczegółowego Opisu Wymagań (SOW), który ma być podstawą do złożenia Propozycji,
- 2 Dni Robocze od dnia przekazania SOW, przewidziane przez Zamawiającego na zgłoszenia uwag i zastrzeżeń do otrzymanego SOW,
- 2 Dni Robocze przewidziane na uwzględnienie przez Wykonawcę uwag zgłoszonych przez Zamawiającego do SOW. (...)

Żądanie:

Wobec powyższego Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu:

1) Zmianę treści pkt 5.3.1 Załącznika 4A na:

„Na podstawie przekazanego przez Zamawiającego Zapotrzebowania na Modyfikację, Wykonawca przygotowuje Propozycję. Wykonawca przekaże Propozycję Zamawiającemu w terminie do 15 Dni Roboczych od daty uzgodnienia SOW, bądź daty uzgodnienia rezygnacji z przygotowywania SOW. Na wniosek Wykonawcy, złożony nie później niż w ciągu 5 Dni Roboczych od daty uzgodnienia SOW, bądź daty uzgodnienia rezygnacji z SOW Zamawiający może wyrazić zgodę na przedłużenie ww. terminu w szczególności, jeżeli złożenie Propozycji wymaga dodatkowych uzgodnień lub spotkań, a Wykonawca szczegółowo uzasadni taką potrzebę. Niezaakceptowanie przez Zamawiającego wniosku Wykonawcy, o którym mowa w zdaniu poprzednim, powoduje, że Wykonawca jest zobowiązany do przedłożenia Propozycji w terminie do 15 Dni Roboczych, liczonym od daty uzgodnienia SOW, bądź daty uzgodnienia rezygnacji z przygotowywania SOW, przy czym do ww. terminu nie wlicza się czas udzielania przez Zamawiającego odpowiedzi na złożony wniosek o przedłużenie terminu przekazania Propozycji. Przedłużenie wymaga zachowania formy dokumentowej i może zostać uzgodnione między Koordynatorami Umowy Stron.

2) Zmianę treści pkt 2.4 Załącznika 4A zdanie ostatnie poprzez zmianę treści zdania:

„Ww. proces uzgodnień SOW nie zwalnia Wykonawcy z terminu przygotowania i przekazania Propozycji, wskazanego w pkt. 5.3.1. niniejszego załącznika, przy czym Wykonawca może wystąpić do Zamawiającego z wnioskiem o wydłużenie terminu na złożenie Propozycji, zgodnie z pkt 5.3.1.”

na:

“Wykonawca może wystąpić do Zamawiającego z wnioskiem o wydłużenie terminu na złożenie Propozycji, zgodnie z pkt 5.3.1.”

Zarzut 21. – Załącznik 4C - określenie pracochłonności Propozycji

(...) Jednocześnie Zamawiający w ramach Umowy nie wskazał w jaki sposób i w jakim zakresie powinna zostać przygotowana i rozliczona Propozycja, dla której odroczenie przygotowania modelu IFPUG miało miejsce. Jest to element niezmiernie istotny z punktu widzenia Wykonawcy, który:

- Zobowiązany jest do przekazania Propozycji w terminie 15 Dni Roboczych, a brak spełnienia tego obowiązku skutkującej karami zgodnie z pkt. 4.7.4 załącznika nr 11 do Umowy „w wysokości 1% wynagrodzenia brutto za wykonanie Zamówienia za każdy rozpoczęty dzień zwłoki w przekazaniu Propozycji, w tym również jej poprawionej wersji (...)”.
- Powinien w momencie zawarcia zamówienia znać parametry płatności za zrealizowane usługi. (...)

Żądanie:

Wobec powyższego Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu:

1) Zmianę treści pkt 5.3.2.2 Załącznika 4A na:

„pracochłonność wyrażoną w Punktach Funkcyjnych zgodnie z metodyką określoną w Załączniku nr 4C do Umowy; prezentacja wyników szacowania Modyfikacji powinna zostać przedstawiona wg szablonu Raport_z_wyznaczenia_Rozmiaru_Funkcjonalnego.xls stanowiącego załącznik do Podręcznika IFPUG (Załącznik 4K1 do Umowy); W przypadku odroczenia Wykonawcy przez Zamawiającego obowiązku przedstawienia modelu IFPUG ww. pracochłonność wyrażona w Punktach Funkcyjnych powinna zostać dostarczona wraz z modelem IFPUG”.

2) Zmianę treści pkt 5.3.2.4 Załącznika 4A na:

„wartość poszczególnych Produktów będzie także wskazana jako procentowy udział danego Produktu w pracochłonności określonej dla Modyfikacji; dla uniknięcia wątpliwości Strony wskazują, że jeżeli realna pracochłonność wykonania Zamówienia okaże się wyższa od pracochłonności określonej w Zamówieniu, wiążąca pozostaje pracochłonność wskazana w Zamówieniu bądź wynikająca z pracochłonności wyrażonej w Punktach Funkcyjnych i wynikającego z uzgodnionego modelu IFPUG jeśli obowiązek jego przekazania został odroczone przez Zamawiającego.”

Zarzut 22. – Załącznik NR 7 – Opis Okresu Przejściowego, pkt 3.1.19 – zakres prac w Okresie Przejściowym

(...) Tymczasem SWZ nie zawiera określenia sposobu wyznaczania parametrów ani informacji o wykorzystaniu parametrów PCI, PCP, PCK do jakichkolwiek czynności związanych czy to z okresem przejściowym, czy to realizacją Umowy. Zasady wymiarowania wymagań нефункциональных (w tym i wydajnościowych) zawarte w Załączniku nr 4K - Podręczniku wyceny oprogramowania ARIMR także nie wykorzystują tych parametrów. Odwołujący nie widzi uzasadnienia dla opracowania ww. Parametrów, skoro nie będą wykorzystywane przy realizacji Umowy, nie stanowią też części przedmiotu zamówienia. (...)

Żądanie:

Wobec powyższego Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu:

Usunięcie w całości punktu 3.1.19 z Załącznika nr 7 do Umowy, odnoszącego się do wyznaczenia współczynników PCI, PCP, PCK.

Zarzut 23. – Załącznik nr 18 do Umowy – Procedura odbioru Dokumentacji, pkt 2.4 – uzgodnienie nowych uwag

(...) Dlatego zupełnie niezrozumiałe jest umieszczenie przez Zamawiającego uprawnienia w pkt. 2.4 Załącznika Nr 18:

„2.4 (...) Do chwili dokonania uzgodnień zakresu zmian i uzupełnień Dokumentacji Zamawiający uprawniony jest do zgłaszania dowolnych uwag do Dokumentacji, w tym

również niezgłoszonych na poprzednich etapach jej weryfikacji.”

Uprawnienie to burzy logikę procedury opisanej w pkt. 2.1 do 2.4, gdyż zgodnie z nim, w ostatniej chwili przed uzgodnieniem Dokumentacji Zamawiający może zgłosić uwagę, której nie zgłosił wcześniej, jednocześnie nie wskazując, ile czasu Wykonawca ma na odniesienie się do niej i w jakim trybie ma być obsłużona. (...)

Żądanie:

Wobec powyższego Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu: Rozszerzenie pkt 2.4 Załącznika nr 18 do Umowy:

„2.4. W terminie 2 Dni Roboczych od dnia otrzymania poprawionej Dokumentacji przedstawiciele Stron przystąpią do wyjaśniania zastrzeżeń oraz uzgadniania ostatecznego zakresu Dokumentacji. Jeżeli Strony nie postanowią inaczej, wyjaśnienie zastrzeżeń i ustalenie ostatecznego zakresu Dokumentacji powinno nastąpić w terminie 2 Dni Roboczych od chwili rozpoczęcia uzgodnień. W szczególności w tym celu Strony mogą odbyć spotkanie, przy czym udział w spotkaniu jest obligatoryjny, jeżeli zażąda tego druga Strona. Po uzgodnieniu zakresu zmian i uzupełnień Dokumentacji, Wykonawca w terminie 5 Dni Roboczych ponownie przedstawi Zamawiającemu ujednoliconą wersję Dokumentacji do odbioru wraz z rejestrem zmian. Do chwili dokonania uzgodnień zakresu zmian i uzupełnień Dokumentacji Zamawiający uprawniony jest do zgłaszania dowolnych uwag do Dokumentacji, w tym również niezgłoszonych na poprzednich etapach jej weryfikacji. Jeżeli Zamawiający zgłosi nowe uwagi do Dokumentacji na spotkaniu zorganizowanym w celu wyjaśnienia zastrzeżeń i ustalenia ostatecznego zakresu Dokumentacji lub podczas etapu wyjaśnienia zastrzeżeń i ustalenia ostatecznego zakresu Dokumentacji, to na wniosek Wykonawcy spotkanie to jest kontynuowane lub organizowane nie później niż w ciągu 2 Dni Roboczych.”

Odwołanie DXC – sygn. akt KIO 3587/21.

Odwołujący DXC zarzucił zamawiającemu naruszenie: art. 16 pkt 1 i pkt 2 ustawy Pzp, art. 17 ust. 1 ustawy Pzp, art. 112 ust. 1 ustawy Pzp, art. 99 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 134 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, art. 134 ust. 2 pkt 9 i pkt 20 ustawy Pzp w zw. z art. 5 kc, art. 353¹ kc, art. 387 kc, art. 483 kc, art. 484 § 2 kc w związku z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, art. 433 ustawy Pzp, poprzez ukształtowanie w postępowaniu treści warunków zamówienia określonych w dokumentach zamówienia w sposób sprzeczny z obowiązującymi przepisami prawa.

W szczególności odwołujący DXC wskazał, co następuje.

„1. Rozdział I. Przedmiot zamówienia, I.1. Opis przedmiotu zamówienia ust. 7 SWZ

(...) Zatem wyznaczenie minimalnej wartości usług rozwojowych, tj. 62% wartości całego zamówienia podstawowego ogranicza możliwość kalkulacji rzeczywistej i realnej wartości

pozostałych usług, bowiem wykonawca zawsze zobowiązany będzie do uwzględnienia przy wycenie właśnie wartości usług rozwojowych. Powoduje to, że wycena pozostałych usług będzie de facto wyceną fikcyjną. Ponadto, jak sam Zamawiający zaznacza w treści dokumentów zamówienia, kwestia ilości punktów funkcyjnych nie zobowiązuje Zamawiającego do ich wykorzystania, zatem Zamawiający może mieć jedynie pewność co do realizacji przedmiotu zamówienia podstawowego w maksymalnie 38% jego wartości, co prowadzi do wniosku, że Zamawiający nie określił minimalnej wartości zamówienia jaką zamierza zlecić w ramach realizacji przedmiotu zamówienia. (...)

Biorąc pod uwagę wskazane naruszenia Odwołujący wnosi o:

1) Zmianę SWZ poprzez usunięcie postanowienia:

„W związku z powyższym wartość Usługi Modyfikacji dla zamówienia podstawowego musi stanowić minimum 62% ceny oferty dla zamówienia podstawowego.”

2) Oraz dostosowanie treści warunków zamówienia określonych w dokumentach zamówienia do wprowadzonych zmian.

2. Rozdział III. Podstawy wykluczenia oraz warunki udziału w postępowaniu, jednolity europejski dokument zamówienia, III.2. Warunki udziału w postępowaniu, pkt 1.1.2.2, 1.1.2.3 i 1.1.2.7 SWZ

(...) Z powyższego wynika, że Zamawiający w celu spełnienia warunków udziału w Postępowaniu wymaga skierowania do jego realizacji Administratora Camunda oraz Programisty Camunda. Wskazać przy tym należy, że produkt ten jest jednym z narzędzi klasy „BPM” (Business Process Management), do grupy tego typu narzędzi należą m.in. Pega Platform, Kissflow, Appian, ProcessMaker, Nintex Process Platform, Red Hat Process Automation Manager, Kinetic, Workato. Zatem na rynku istnieje wiele rozwiązań do automatyzacji procesów, umożliwiających przepływ pracy, decyzji oraz obsługę wdrożonych modeli.

Natomiast wymaganie osób z doświadczeniem w pracy z tylko i wyłącznie tym narzędziem jest niczym nieuzasadnione i w znaczący sposób wpływa na ograniczenie konkurencji w Postępowaniu, gdyż Camunda jest produktem rzadko stosowanym w świadczeniu usług informatycznych, a ponadto świadczenie usług z wykorzystaniem usług Camunda nie różni się znacząco w stosunku do świadczenia usług z wykorzystaniem innych produktów z narzędzi typu „BPM”. (...)

Zamawiający ponownie w zakresie warunku wymaga dysponowania osobami, które posiadają znajomość rozwiązań LIDS i GeoServer podczas gdy na rynku funkcjonuje wiele rozwiązań informatycznych w klasie GIS, które są równoważne z tymi oczekiwanymi przez Zamawiającego i pozwalają na ocenę doświadczenia danego specjalisty i jego możliwości realizacji przedmiotu zamówienia. (...)

Biorąc pod uwagę wskazane naruszenia Odwołujący wnosi o:

1) Zmianę SWZ poprzez modyfikację skarżonych postanowień SWZ i nadanie im następującej treści:

„1.1.2.2. jednym Administratorem narzędzi klasy „BPM”, który posiada:

1.1.2.2.1. minimum 2-letnie doświadczenie w roli Administratora rozwiązań klasy „BPM” przy realizacji zamówień o zakresie jak w pkt 1.1.1.2. z wyłączeniem wartości zamówień;

1.1.2.3. jednym Programistą narzędzi klasy „BPM”, który posiada:

1.1.2.3.1. minimum 2-letnie doświadczenie w roli Programisty rozwiązań klasy „BPM” przy realizacji zamówień o zakresie jak w pkt 1.1.1.1. z wyłączeniem wartości zamówień”;

2) usunięcie w pkt 1.1.2.7 pkt:

1.1.2.7.2. znajomość w zakresie rozwiązań LIDS i GeoServer;

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

3. Załącznik nr 9 do SWZ – projektowane postanowienia umowy (dalej: „Wzór umowy”) pkt 3.7

(...) Odwołujący wskazuje, że z przytoczonego postanowienia Wzoru umowy wynika, że możliwość zawieszenia świadczenia przez Wykonawcę usług z grupy G1 w sposób w nim określony, daje Zamawiającemu jednostronne uprawnienie do ograniczenia świadczenia usług z grupy G1 nawet do 3 miesięcy przez cały okres świadczenia usług.

Zaznaczyć należy, że ukształtowanie postanowienia w ten sposób, nie daje Wykonawcy żadnej pewności, co do potencjalnego wynagrodzenia jak również wpływu na decyzje podejmowane przez Zamawiającego. Co istotne w postanowieniu nie określono w ogóle na jaki czas Zamawiający może zawiesić świadczenie usług w grupie G1, zatem będzie to kwestia autorytatywnej decyzji Zamawiającego, która pozbawi Wykonawcę jednego z elementów pewnego przychodu w ramach zamówienia podstawowego. Tego typu postanowienie ma również wpływ na brak możliwości wyceny świadczonych usług (...)

Biorąc pod uwagę wskazane naruszenia Odwołujący wnosi o:

1) Zmianę pkt 3.7 Wzoru umowy poprzez dodanie we wskazanym postanowieniu maksymalnego czasu na jaki Zamawiający może zawiesić świadczenie przez Wykonawcę usług w grupie G1, tak aby Wykonawca mógł na etapie oferty precyzyjnie oszacować wielkość oraz okres przez jaki będzie utrzymywał ten zespół;

2) dostosowanie przez Zamawiającego wymagań dostępności kluczowego zespołu (wymienionego w Załączniku 19) do planowanej realizacji usługi G1 (np. role administratorów) przez Wykonawcę;

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

4. Załącznik nr 1A do Wzoru umowy pkt 2.1.1.22. i pkt 2.1.1.23

(...) Odwołujący wskazuje, że powyższe wymagania Zamawiającego oznaczają dla wykonawcy, który będzie realizował przedmiot zamówienia posiadanie własnych środowisk testowych, jednocześnie w żadnym miejscu w/w postanowień Zamawiający nie zapewnia wykonawcom udzielenia licencji na oprogramowanie niezbędne do stworzenia i utrzymania odpowiednich środowisk testowych.

Fakt ten ma istotne znaczenie z punktu widzenia równych warunków udziału w Postępowaniu dla wszystkich wykonawców, wskazać bowiem należy, że oprogramowaniem niezbędnym do stworzenia jak i utrzymania środowiska testowego jest oprogramowanie LIDS, którego wyłącznym dystrybutorem jest Asseco Poland S.A. wykonawca, który obecnie realizuje usługi na rzecz Zamawiającego. (...)

Biorąc pod uwagę wskazane naruszenia Odwołujący wnosi o:

- 1) Zmianę pkt 2.1.1.22. i 2.1.1.23. załącznika nr 1A do Wzoru umowy poprzez dodanie we wskazanych postanowieniach zobowiązania Zamawiającego do zapewnienia na koszt Zamawiającego wszelkich licencji do oprogramowania niezbędnego do realizacji przedmiotu zamówienia;
- 2) oraz dostosowanie treści warunków zamówienia określonych w dokumentach zamówienia do wprowadzonych zmian.

5. Załącznik nr 2C1 „Szczegółowa procedura Certyfikacji” do Wzoru umowy pkt 4.9

(...) Zatem Zamawiający w przypadku złej jakości produktu wytworzonego przez podmiot trzeci, przerzuca na Wykonawcę obowiązek jego integracji z systemem. Zatem możliwa jest sytuacja, w której Wykonawca wykona określoną pracę w ramach certyfikacji takich jak testy, analiza kodów źródłowych oraz dokumentacji i jeżeli nie zostanie ona zakończona w terminie z przyczyn nie leżących po stronie Wykonawcy, np. gdy inny wykonawca dostarczy słabej jakości oprogramowanie i nie poprawi jego jakości w odpowiednim reżymie, Zamawiający nie będzie miał w ogóle obowiązku zapłaty za wykonane prace.

Powyższe generuje po stronie Wykonawcy ryzyko, znacznie wykraczając poza normalnego rodzaju ryzyko kontraktowe i prowadzi do ukształtowania pozycji stron umowy z naruszeniem ich równości i zasad współżycia społecznego. Wobec takiego ryzyka Wykonawca nie jest w stanie również w odpowiedni sposób skalkulować ceny oferty. (...)

Biorąc pod uwagę wskazane naruszenia Odwołujący wnosi o:

- 1) Zmianę pkt 4.9 załącznika nr 2C1 do Wzoru umowy poprzez nadanie mu następującej treści:

„W przypadku, jeżeli po upływie terminu, o którym mowa w harmonogramie Certyfikacji ustalonym zgodnie z pkt 4.1, Certyfikacja nie została zakończona, Zamawiający może odstąpić od zamówionej Certyfikacji (w terminie 30 dni od wystąpienia przesłanki do odstąpienia). W takim przypadku wynagrodzenie za daną Certyfikację będzie należne

w pełnej wysokości”.

2) Oraz dostosowanie treści warunków zamówienia określonych w dokumentach zamówienia do wprowadzonych zmian.

6. Załącznik nr 4 „Opis Grupy Usług Rozwoju” do Wzoru umowy pkt 4.2 oraz pkt 4.4.4 (...) Odwołujący wskazuje, że w sytuacji sporu dotyczącego wyceny prac na podstawie IFPUG, Zamawiający jednostronną i arbitralną decyzją powołuje Eksperta, który będzie miał rozstrzygać różnice interpretacyjne powstałe na dowolnym etapie rozliczania prac.

Wykonawca podkreśla, że trudno oczekiwać, aby osoba zatrudniana i opłacana przez Zamawiającego pozostała w pełni niezależna i była w stanie rozstrzygać spory między Zamawiającym a Wykonawcą w sposób obiektywny i bezstronny, sam fakt oświadczenia Zamawiającego o zawarciu takich postanowień w umowie z Ekspertem nie jest wystarczający do faktycznego zapewnienia jego bezstronności. Tym bardziej, że Wykonawca nie będzie miał żadnego wpływu na jego wybór. (...)

Biorąc pod uwagę wskazane naruszenia Odwołujący wnosi o:

1) Zmianę pkt 4.2 oraz pkt 4.4.4. załącznika nr 4 do Wzoru umowy poprzez jego zmianę polegającą na wprowadzeniu mechanizmu wyboru eksperta do oceny przez Zamawiającego i Wykonawcę, w ramach którego Zamawiający i Wykonawca wybiorą po jednym niezależnym ekspercie, natomiast wskazani eksperci wybiorą sami bez wpływu Zamawiającego i Wykonawcy kolejnego eksperta do dokonania oceny. Koszty ekspertów zostaną pokryte w równym stopniu przez Zamawiającego i Wykonawcę niezależnie od rozstrzygnięcia eksperta;

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

7. Załącznik nr 4 „Opis Grupy Usług Rozwoju” do Wzoru umowy pkt 4.3.4

(...) Odwołujący wskazuje, że powyższe postanowienie dotyczy materiałów jakie Wykonawca może przekazać ekspertowi w przypadku zaistnienia sporu, na podstawie których ekspert ten będzie miał rozstrzygnąć spór między stronami, co do wyceny usług rozwoju. Jeżeli każda ze stron będzie mogła przekazać jedynie materiały, których możliwość przekazania uzgodniła z drugą stroną może dojść do sytuacji, w której ekspert nie otrzyma żadnych materiałów, ponieważ strony nie dojdą do porozumienia w zakresie materiałów jakie mają zostać przekazane ekspertowi. Czego efektem będzie brak możliwości rozstrzygnięcia sporu przez eksperta, lub jedynie wybiórcze materiały, które uniemożliwią wykonanie rzetelnej i obiektywnej oceny przez eksperta. (...)

Biorąc pod uwagę wskazane naruszenia Odwołujący wnosi o:

1) zmianę pkt 4.3.4. załącznika nr 4 do Wzoru umowy poprzez jego zmianę polegającą na umożliwieniu każdej ze stron przekazywania materiałów do Eksperta według ich uznania z obowiązkiem poinformowania drugiej strony o przekazanych materiałach;

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

8. Załącznik nr 19 do Wzoru umowy pkt 1.2

(...) Odwołujący wskazuje, że Zamawiający definiuje minimalny skład zespołu do realizacji usług w ramach przedmiotu zamówienia na poziomie 48 osób, wymaga przy tym posiadania specyficznego doświadczenia w pracy z rozwiązaniami typu Camunda, LIDS, którzy to specjaliści bez problemu mogą pracować w innych językach i należy realizować powierzone im zadania. Dodatkowo w każdym przypadku korzystania z usług osób nieposługujących się językiem polskim Wykonawca składając ofertę mógłby skalkulować koszt tłumacza zapewniający Zamawiającemu właściwy kontakt z osobami realizującymi usługi ze strony Wykonawcy jednakże w sposób niczym nieuzasadniony taka możliwość została wykluczona w Postępowaniu. (...)

Biorąc pod uwagę wskazane naruszenia Odwołujący wnosi o:

Zmianę pkt 1.2 załącznika nr 19 do Wzoru umowy poprzez:

1) jego usunięcie

albo

2) nadanie mu następującej treści

„Wykonawca zobowiązany jest zapewnić Zamawiającemu możliwość komunikacji z członkami zespołu w języku polskim”;

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

9. Załącznik nr 4A do Wzoru umowy pkt 5.3.2.3. lit. b)

(...) Odwołujący wskazuje, że powyższe postanowienie w sposób istotny narusza równość stron umowy i prowadzi do nieuzasadnionego zwiększenia ryzyka kontraktowego po stronie Wykonawcy. Podkreślić bowiem należy, że uwagi do każdego modelu IFPUG przygotowanego przez Wykonawcę realizującego przedmiot zamówienia, Zamawiający może zgłaszać bez ograniczeń. Rozwiązanie, w którym w przypadku trzykrotnego zgłoszenia uwag, Zamawiający podejmuje decyzję o wykonaniu tego modelu na koszt Wykonawcy, to pole do nadużyć i nieuzasadnionych kosztów jakie będzie musiał ponieść Wykonawca. Tym bardziej, że kosztów tych nie da się przewidzieć, a Zamawiający może skorzystać z usług podmiotu, który wyceni je na poziomie znacznie przekraczającym ich realną wartość, co z kolei przełoży się na możliwość poniesienia znacznych strat przez Wykonawcę. Wskazać przy tym należy, że uwagi do modelu nie muszą być wcale zasadne, czy też mające pokrycie w rzeczywistości, a więc będą one sporne między stronami. (...)

Biorąc pod uwagę wskazane naruszenia Odwołujący wnosi o:

Zmianę pkt 5.3.2.3. lit. b) załącznika nr 4A do Wzoru umowy poprzez:

1) jego usunięcie

albo

2) jego zmianę polegającą na wprowadzeniu postanowień przekazujących uprawnienie do wyceny modelu IFPUG przez niezależnego Eksperta, którego koszty będą ponosiły obie strony;

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

10. Załącznik nr 4C do Wzoru umowy pkt 19

(...) Zgodnie z przytoczonym postanowieniem Zamawiający nie ma obowiązku przekazania nawet części modelu IFPUG dla jakiegokolwiek podsystemu na potrzeby realizacji umowy. Zatem wykonawcy składając ofertę będą zobowiązani do skalkulowania dodatkowego kosztu stworzenia modelu IFPUG systemu, którego zakresu nie znają, a który to koszt będą musieli uwzględnić w kalkulacji ceny oferty. Postanowienie to w pewien sposób również stawia obecnego wykonawcę - Asseco Poland S.A., który realizując usługi na rzecz Zamawiającego w uprzywilejowanej pozycji, gdyż Wykonawca ten wie w jakim zakresie model IFPUG systemu jest wykonany i prawidłowy (...)

Biorąc pod uwagę wskazane naruszenia Odwołujący wnosi o:

1) zmianę pkt 19 załącznika nr 4C do Wzoru umowy poprzez jego zmianę polegającą na wprowadzeniu mechanizmu odpłatnego wytworzenia brakującego modelu IFPUG;

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

11. Załącznik nr 4 „Opis Grupy Usług Rozwoju” do Wzoru umowy pkt 3.1.1. i Wzór umowy pkt 8.10

(...) w przypadku niezamówienia realizacji Modyfikacji, poprzedzonej wcześniejszą analizą przeprowadzoną przez Wykonawcę stosownie do postanowień pkt 3.1.1. Załącznika nr 4, wytworzenie i dostarczenie Zamawiającemu produktów wytworzonych przez Wykonawcę w ramach takiej analizy nastąpi bez wynagrodzenia.

Wykonawca nie ma wpływu na to, jaką liczbę Punktów Funkcyjnych Zamawiający zrealizuje i czy w ramach jednej czy też np. kilkunastu Propozycji, a tylko to pozwalałoby Wykonawcy na uwzględnienie w cenie Punktu Funkcyjnego również kosztów wytworzenia tych produktów, które nie zostaną sfinansowane na skutek niezamówienia Modyfikacji. Tym samym SWZ uniemożliwia Wykonawcy rzetelne określenie kosztów przygotowania Propozycji, ponieważ Wykonawca nie ma możliwości rzetelnego skalkulowania kosztów wytworzenia produktów, które następnie nie zostaną opłacone przez Zamawiającego na skutek niezamówienia Modyfikacji. W efekcie Wykonawca wykona pracę, która nie zostanie opłacona przez Zamawiającego. Ponadto niejasnym jest sformułowanie, że „wynagrodzenie za Punkt Funkcyjny zawiera w sobie pełne wynagrodzenie należne Wykonawcy za prace związane z wykonaniem poszczególnych Modyfikacji, jak również koszty związane z przygotowaniem

Propozycji”, zapis ten jest niejasny i nieprecyzyjny, ponieważ nie określa w jaki sposób mają być rozliczone prace nieujęte w cenie Punktu Funkcyjnego.

Biorąc pod uwagę wskazane naruszenia Odwołujący wnosi o:

- 1) uzupełnienie umowy o postanowienia regulujące zasady wynagradzania Wykonawcy za produkty dostarczone w ramach wstępnej analizy potrzeb Zamawiającego, w szczególności modelu IFPUG, w przypadku niezamówienia Modyfikacji związanej z tymi produktami;
- 2) oraz dostosowanie treści warunków zamówienia określonych w dokumentach zamówienia do wprowadzonych zmian.

12. Wzór umowy pkt 5.7.3

(...) Wskazać należy, że prowadzenie rejestru wpływa na koszty świadczenia usług i ich wyceny na etapie składania ofert, zatem wpływa też bezpośrednio na koszty jakie Zamawiający będzie ponosił na etapie realizacji przedmiotu zamówienia. Mając na względzie ustawę o finansach publicznych i racjonalne wydatkowanie środków z budżetu państwa, Zamawiający nie powinien wprowadzać zbędnych postanowień do umowy mających wpływ na koszt świadczenia usług.

Biorąc pod uwagę wskazane naruszenia Odwołujący wnosi o:

- 1) usunięcie pkt 5.7.3 Wzoru umowy;
- 2) oraz dostosowanie treści warunków zamówienia określonych w dokumentach zamówienia do wprowadzonych zmian.

13. Wzór umowy pkt 6.14 i 6.15

(...) uzasadnionym jest, aby Wykonawca w okresie przejściowym zwrócił uwagę Zamawiającego na wady przejmowanego systemu jednak to do obowiązków Zamawiającego powinno należeć doprowadzenie do przekazania Wykonawcy systemu wolnego od wskazanych wad. Zatem zgłoszenie wad powinno wiązać się ze zwolnieniem wykonawcy z odpowiedzialności za jej usunięcie. Obecne postanowienie, w sposób niezrozumiały przenosi odpowiedzialność za działania i zaniechania zarówno poprzedniego wykonawcy jak i Zamawiającego w usunięciu zgłoszonych w terminie wad.

W związku z treścią wskazanego postanowienia ani Odwołujący, ani żaden inny podmiot poza Asseco Poland S.A. nie jest w stanie dokonać prawidłowej oceny ryzyka związanego z przejściem systemu i określić jak może przełożyć się to na wycenę świadczonych usług. Nie mogą oni mieć bowiem wiedzy, jakie wady wykryją w trakcie okresu przejściowego oraz czy Zamawiający podejmie wystarczające kroki do ich usunięcia. (...)

Biorąc pod uwagę wskazane naruszenia Odwołujący wnosi o:

- 1) zmianę pkt 6.15 Wzoru umowy poprzez usunięcie dotychczasowych określonych w pkt 6.15 Wzoru umowy i nadanie im treści, z której wynikać będzie, że w przypadku wad systemu zgłoszonych Zamawiającemu w okresie przejściowym, których dotychczasowy wykonawca usług nie usunął do końca okresu przejściowego, to Strony ustalą odpowiedni

termin na usunięcie tych wad za wynagrodzeniem, natomiast dopiero po upływie tego okresu wykonawca ponosić będzie odpowiedzialność z tytułu naruszenia postanowień dotyczących SLA określonego w Umowie;

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

14. Wzór umowy pkt 12.3

(...) Odwołujący wskazuje, że oczekiwanie, aby Wykonawca w przypadku jakichkolwiek wad prawnych przedmiotu umowy musiał automatycznie pokryć wszelkie koszty jakie poniesie Zamawiający w związku z działaniami podejmowanymi w celu zażegnania sporu jest nadmierne. Bowiern trudno oczekiwać od wykonawcy, aby bezrefleksyjnie zgadzał się z wszelkimi decyzjami, co do prowadzenia sporu przez Zamawiającego. Nie można również ustalić jakiej wysokości będą to koszty, z usług jakich prawników i w jakim zakresie korzystać będzie Zamawiający. Mogą to być koszty niewspółmierne do stopnia powstałego sporu, jak również do kosztów jakie ewentualnie wstępując w spór poniósłby Wykonawca. (...)

Biorąc pod uwagę wskazane naruszenia Odwołujący wnosi o:

1) zmianę pkt 12.3 Wzoru umowy poprzez jego zmianę polegającą na wyłączeniu obowiązku pokrycia wszelkich kosztów związanych z działaniami podejmowanymi przez Zamawiającego w celu zażegnania sporu związanego z roszczeniami o których mowa w punkcie i jednocześnie zobowiązaniu Wykonawcy do podjęcia działań w celu zażegnania sporu;

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

15. Rozdział I, pkt I.1.1., ppkt 1 SWZ

(...) Wskazać należy, że udostępniona Odwołującemu dokumentacja oraz kody nie są kompletne, już po wstępnej analizie Wykonawca jest w stanie wskazać na braki w tej dokumentacji, takie jak chociażby:

a) w dokumentacji nie przekazano modeli dziedziny dla większości obszarów. Model dziedziny został przekazany w ramach AOMP033_0.02 wyłącznie dla obszaru IRZplus, FotoSiP, GIS, GIS_KnM, GIS_LIDS, PA, LPIS+, Portal IRZplus, ZSZiK w obszarze RZ. Brakuje modeli dziedziny dla pozostałych aplikacji (np. IACSplus) oraz pozostałych obszarów aplikacji ZSZiK (np. Kancelaria i Ewidencje, Kontrole, Wnioski). W dokumencie Zakres_informacyjny_Dokumentacja_ujednolicona_2021Q3_1.02.docx dodatkowo są wskazania na Diagramy Ekranów GUI, których również brak w przekazanej dokumentacji;

b) w przekazanej dokumentacji zostały zawarte Dokumentacje Analityczne, Dokumentacje Techniczne, Dokumentacje Użytkownika oraz Dokumentacje Administratora dotyczące aplikacji Portal IRZ plus oraz modułu IRZ w aplikacji ZSZiK. W Załączniku nr 0 do Umowy z kolei brakuje tych aplikacji/modułów;

- c) w przekazanej dokumentacji została zawarta Dokumentacja Analityczna dla aplikacji IRZplus, która jest jedną z aplikacji wymienionych w Załączniku 0 do Umowy. Brakuje natomiast dla tej aplikacji kodów źródłowych i pozostałych typów dokumentacji. Wskazuje to na braki w udostępnionej dokumentacji, co uniemożliwia ostateczne oszacowanie wielkości zakresu aplikacji IRZplus;
- d) w dokumentacji 2021.Q3.1.02_Dokumentacja_Analityczna w artefaktach z obszaru IRZ brakuje autorów zmian w historii artefaktów. W pozostałych obszarach takich braków nie ma.

Ponadto, w przekazanej dokumentacji brak jest dokumentacji produktów z zastosowaniem rozwiązań Camunda, czy też Legstash, co do których Zamawiający stawia warunki udziału w Postępowaniu w zakresie dysponowania osobami o określonym doświadczeniu, które to osoby zostały uwzględnione w niezbędnym personelu w załączniku nr 19 do Wzoru umowy. (...)

Biorąc pod uwagę wskazane naruszenia Odwołujący wnosi o:

- 1) nakazanie Zamawiającemu przekazania pełnej dokumentacji zamówienia;
- 2) albo dostosowanie treści warunków zamówienia do udostępnionej Odwołującemu dokumentacji;
- 3) wprowadzenie mechanizmu wyceny prac związanej ze zmianą technologii.

16. Wzór umowy pkt 3.11

(...) Zatem trudno zakładać, że wykonawca bez kompletnej dokumentacji technicznej będzie w stanie przygotować oraz utrzymać niezbędny zespół do realizacji przedmiotu zamówienia.

Niezrozumiałym ponadto jest, że Zamawiający oczekuje utrzymania zespołu do realizacji usług w ramach przedmiotu zamówienia przez cały okres obowiązywania umowy, a jednocześnie, konstruuje umowę w ten sposób, że Wykonawca nie może mieć pewności co do zakresu i wartości zleczanych usług. Może zatem okazać się, że Wykonawca będzie ponosił koszty utrzymania zespołu, który de facto nie będzie świadczył usług na rzecz Zamawiającego, co może doprowadzić do wymiernych strat finansowych po stronie Wykonawcy. Ponadto wskazać należy, że trudno określić, czy wymagana przez Zamawiającego liczba zespołu to jest 48 specjalistów jest wystarczającą do realizacji usług, a może za małą lub za dużą. Wskazać również należy, że kara umowna ustalona w niniejszym postanowieniu została sformułowana w bardzo ogólny sposób, tj. ma być naliczona w kwocie 20 000,00 zł za każdy przypadek naruszenia, któregośkolwiek z wymagań określonych w całym postanowieniu, więc i postanowienia w zakresie utrzymania zespołu pracowników i współpracowników. (...)

Biorąc pod uwagę wskazane naruszenia Odwołujący wnosi o:

- 1) zmianę pkt 3.11 Wzoru umowy poprzez usunięcie wymagania w zakresie utrzymania zespołu przez cały okres świadczenia usług oraz zapewnienie wykonawcy możliwości zmian

w zespole w zależności od faktycznie realizowanych usług i wykorzystywanej na danym etapie technologii;

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

17. Wzór umowy pkt 15.4.2

(...) Odwołujący wskazuje, że treść przytoczonego postanowienia została sformułowana w sposób nieprecyzyjny i niejasny, dający pole do szerokiej interpretacji. W postanowieniu nie określono m.in. czy wymiar 40 godzin szkoleń dotyczy wszystkich świadczonych w ramach przedmiotu zamówienia usług, czy 40 godzin dedykowane jest dla każdej z grupy usług. Nie jest jasne ponadto, czy wymiar 40 godzin szkoleń dotyczy jednego pracownika Zamawiającego i przyszłego wykonawcy, czy dotyczy wszystkich pracowników, którzy mają zostać przeszkoleni łącznie. Z postanowienia nie wynika również maksymalna liczba osób jakie mają zostać przeszkolone, kto zobowiązany jest zapewnić miejsce szkolenia, wszelką niezbędną infrastrukturę, itp. (...)

Biorąc pod uwagę wskazane naruszenia Odwołujący wnosi o:

1) zmianę pkt 15.4.2 Wzoru umowy poprzez doprecyzowanie wymagań w zakresie szkoleń w sposób umożliwiający wykonawcom dokonanie oszacowania kosztów ich wykonania;

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

18. Wzór umowy pkt 15.5

(...) Odwołujący wskazuje, że treść przytoczonego postanowienia została sformułowana w sposób nieprecyzyjny i niejasny, dający pole do szerokiej interpretacji. W postanowieniu nie określono m.in. czy wymiar 30 roboczodni dotyczy wszystkich świadczonych w ramach przedmiotu zamówienia usług, czy 30 roboczodni będzie dedykowane dla każdej z grupy usług oddzielnie. Powyższe prowadzi do wniosku, że niemożliwym jest określenie niezbędnego nakładu pracy Wykonawcy w tym zakresie, a tym samym określenie kosztów jakie będzie musiał ponieść realizując wskazane usługi, to z kolei przekłada się bezpośrednio na możliwość złożenia oferty w Postępowaniu i jej prawidłowej kalkulacji.

Biorąc pod uwagę wskazane naruszenia Odwołujący wnosi o:

1) zmianę pkt 15.5 Wzoru umowy poprzez doprecyzowanie wymagań w zakresie Planu Przekazania Usługi w sposób umożliwiający wykonawcom dokonanie oszacowania kosztów ich wykonania;

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

19. Załącznik nr 4 „Opis Grupy Usług Rozwoju” do Wzoru umowy pkt 5.4

(...) Odwołujący wskazuje, że określone przez Zamawiającego wartości procentowe, po których przeliczane będzie przyspieszenie w ramach każdej z modyfikacji są nieadekwatne

do kosztów jakie Wykonawca będzie zobowiązany ponieść w związku z realizacją tego przyspieszenia. Niejasnym jest jakie założenia Zamawiający przyjął zakładając, że dany wzrost wynagrodzenia będzie wystarczający do pokrycia tych kosztów.

Ponadto niezrozumiałym jest z jakiego powodu procentowy współczynnik wynagrodzenia za jeden dzień roboczy maleje wraz z liczbą IFPUG w tak radykalny sposób. Wskazać należy, że procent ten może być zróżnicowany jednak nie powinien prowadzić do tak znacznych różnic. Logicznym jest, że przy większej liczbie IFPUG wykonawca korzysta z większego zespołu, który realizuje usługi, co przekłada się bezpośrednio na koszty jakie ponosi w związku z ich realizacją. Zaznaczyć również trzeba, że przyspieszenie w każdym przypadku prowadzi do wzrostu liczby nadgodzin zespołu specjalistów, co powoduje, że Wykonawca zobowiązany jest do wypłaty w tym zakresie dodatkowego wynagrodzenia, co również przemawia za argumentem, że określone wartości procentowe wynagrodzenia powinny uwzględniać zarówno pracochłonność jak i czas wykonania oraz przyspieszenia i realny koszt wykonania, zatem skala rozpiętości tego współczynnika procentowego powinna być dostosowana do tych wartości.

Biorąc pod uwagę wskazane naruszenia Odwołujący wnosi o:

- 1) zmianę postanowienia pkt 5.4 Załącznika nr 4 „Opis Grupy Usług Rozwoju” do Wzoru umowy poprzez urealnienie wskaźnika „Wzrost wynagrodzenia za przyspieszenie Zamówienia w stosunku do terminu wynikającego z pkt 3 Załącznika nr 4C” aby jego wartość uwzględniała nie tylko wielkość zamówienia, ale również planowany czas realizacji w tym wzrost kosztów Wykonawcy;
- 2) oraz dostosowanie treści warunków zamówienia określonych w dokumentach zamówienia do wprowadzonych zmian.

20. Załącznik nr 4C „Sposób wyceny Usługi Modyfikacji” do Wzoru umowy pkt 4 (...) Odwołujący wskazuje, że wymaganie Zamawiającego zapewnienia wydajności realizacyjnej na poziomie 3500 Punktów Funkcyjnych oznacza dla Wykonawcy zapewnienie gotowości zespołu w liczbie ok. 160-200 specjalistów jednocześnie. Natomiast w żadnym z postanowień umownych nie pada stwierdzenie jakoby Zamawiający w okresie świadczenia Usług w ramach Grupy Usług Rozwoju (Modyfikacji) zobowiązany był do złożenia zapytania, zamówienia na 3500 Punktów Funkcyjnych w każdym miesiącu świadczenia tych usług. Możliwe jest zatem, że między faktycznie zleconymi, a wymaganymi do utrzymania Punktami Funkcyjnymi będzie znacząca i wobec braku gwarancji zapłaty za 3500 Punktów Funkcyjnych ze strony Zamawiającego w związku ze wskazanym wymaganiem, może okazać się, że Wykonawca poniesie w tym zakresie wymierne straty.

Powyższe prowadzi do wniosku, że Wykonawca w żaden sposób nie jest w stanie ustalić ryzyka związanego z zapewnieniem zespołu niezbędnego do realizacji 3500 Punktów Funkcyjnych w danym miesiącu, co z kolei oznacza brak możliwości należytej kalkulacji ceny

oferty w zakresie omawianych usług.

Biorąc pod uwagę wskazane naruszenia Odwołujący wnosi o:

- 1) uzupełnienie umowy o postanowienia zobowiązujące Zamawiającego do zapłaty na rzecz wykonawcy różnicy między faktycznie zamówionymi w danym miesiącu punktami funkcyjnymi a wymaganym przez Zamawiającego minimalnym poziomem wydajności realizacyjnej lub zwolnienie wykonawcy z obowiązku utrzymywania wymaganego zespołu przez Zamawiającego;
- 2) oraz dostosowanie treści warunków zamówienia określonych w dokumentach zamówienia do wprowadzonych zmian.

21. Załącznik nr 4C „Sposób wyceny Usługi Modyfikacji” do Wzoru umowy pkt 14 zaznaczony na szaro wiersz 3 tabeli

(...) Odwołujący podkreśla, że powyższe postanowienie powoduje, że Wykonawca nie jest w stanie oszacować kosztów związanych z realizacją usług na rzecz Zamawiającego, a tym samym złożyć oferty w Postępowaniu. Oczekiwanie Zamawiającego propozycji realizacji danej modyfikacji w przypadku braku opracowanej dokumentacji w danym zakresie, oznacza, że Wykonawca przygotowując propozycje musi de facto wykonać szereg zadań wskazanych w tabeli dotyczących danego produktu, ale nie ma pewności, co do wynagrodzenia jakie otrzyma za wykonaną pracę, może okazać się bowiem, że nie otrzyma on w ogóle wynagrodzenia za faktycznie wykonaną pracę (...)

Biorąc pod uwagę wskazane naruszenia Odwołujący wnosi o:

- 1) uzupełnienie umowy o postanowienia regulujące zasady wynagradzania wykonawcy za produkty, które nie zostały przygotowane w systemie i wymagają uzupełnienia.”

Odwołanie Comarch – sygn. akt KIO 3589/21.

Odwołujący Comarch zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 112 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 ustawy Pzp, poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz uniemożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia oraz w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowanie wykonawców,
- 2) art. 241 ust. 1, 2 i 3 oraz art. 242 ust. 2 pkt 5 w zw. z art. 16 ustawy Pzp, poprzez określenie w ramach kryterium jakościowego pn. „doświadczenie osób skierowanych do realizacji zamówienia” – doświadczenia osoby wyznaczonej do realizacji zamówienia – Programista Camunda oraz (odrębnie) Administrator Camunda – pomimo że nie mogą one mieć znaczącego wpływu na jakość wykonania zamówienia oraz poprzez określenie jako kryterium oceny ofert kryterium pn. „deklarowany czas przekazania oprogramowania Modyfikacji do Testów Akceptacyjnych” – którego cechy nie są zgodne z faktycznym

- sposobem realizacji zamówienia a zatem nie mają związku z przedmiotem zamówienia,
- 3) art. 99 ust. 1 i 4 w zw. z art. 16 ustawy Pzp, poprzez (opisany szczegółowo w uzasadnieniu) opis przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, za pomocą niedostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, bez uwzględnienia wymagań i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz poprzez opis przedmiotu zamówienia w sposób który może utrudniać uczciwą konkurencję, przez wskazanie znaku towarowego oprogramowania (LIDS) autorstwa spółki z grupy kapitałowej obecnego wykonawcy, tj. Asseco, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, co prowadzi do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców,
- 4) art. 436 pkt 3, art. 99 ust. 1, art. 431 ustawy Pzp oraz art. 484 § 2 kc w zw. z art. 353¹ kc w zw. z art. 16 i art. 8 ustawy Pzp, poprzez w szczególności dowolność w zawieszaniu grup usług, nałożenie odpowiedzialności na wykonawcę za błędy poprzednika, wprowadzenie jedynie pozornego ograniczenia maksymalnej wysokości kar umownych, jakich może dochodzić zamawiający, wprowadzenie kar umownych rażąco wygórowanych oraz wprowadzenie we wzorzec umowy zasad naruszających równowagę stron stosunku zobowiązaniowego (szczegółowo opisane w uzasadnieniu odwołania).

W szczególności odwołujący Comarch wskazał, co następuje.

Zarzut 1.1.i. Zarzut dotyczący warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia wykonawcy:

(...) Przedmiotem zamówienia jest świadczenie utrzymania i rozwój systemu, a nie jego wdrożenie. Stąd zmiany technologiczne nie mają znaczenia. Wykazanie się rozwojem czy wdrożeniem w przeciągu ostatnich 5 lat jest wystarczające. (...) Ograniczenie wykazania doświadczenia do 3 lat nie jest niczym uzasadnione. Służy wyłącznie ograniczaniu konkurencji. (...)

Zarzut 1.1.ii. Zarzut niejednoznacznego sformułowania brzmienia warunku doświadczenia wykonawcy dotyczącego wartości 5 000 000 pln brutto w zakresie usług rozwoju systemu informatycznego. (pkt. 1.1.1.1)

(...) Takie brzmienie warunku budzi wątpliwości, czy aby spełnić to wymaganie można wykazać się wykonaniem rozbudowy systemu na żądaną kwotę 5 000 000 pln brutto wykonaną w ramach jednej usługi na podstawie kilku zleconych modyfikacji (tzw. CR), czy też wymagane jest wykazanie się jedną modyfikacją (CR) o wartości 5 000 000 pln brutto. Warunek powinien dopuszczać wykonanie rozbudowy w ramach jednej usługi na łączną kwotę 5 000 000 pln brutto, czyli dopuszczać sumowanie wykonanych modyfikacji. (...)

Żądanie:

nakazanie modyfikacji zapisu w następujący sposób, aby wprost Zamawiający dopuścił spełnienie warunku w zakresie kwotowym poprzez sumowanie wartości poszczególnych

modyfikacji w ramach usługi rozbudowy – przykładowo poprzez zapis:

pkt. 1.1.1.1 „(...) usługi, z których każda polegała na: (i) wykonaniu analizy, zaprojektowaniu i wytworzeniu oprogramowania systemu informatycznego o wartości nie mniejszej niż 5 000 000,00 zł brutto (słownie: pięć milionów złotych 00/100) (bez kosztów infrastruktury sprzętowej i licencji), lub na (ii) rozbudowie systemu informatycznego obejmującej wykonanie analizy i wytworzenie oprogramowania, o łącznej wartości rozbudowy systemu informatycznego nie mniejszej niż 5 000 000,00 zł brutto (słownie: pięć milionów złotych 00/100) (bez kosztów infrastruktury sprzętowej i licencji), (...)”

Zarzut I.1.iii. Zbyt duża ilość żądanych w ramach doświadczenia usług niezbędnych do wykazania spełnienia warunku w postępowaniu w zakresie wykonania aż trzech usług rozwoju bądź wdrożenia/rozbudowy i aż dwóch usług utrzymania. (pkt. 1.1.1.1 i 1.1.1.2).

(...) Przedmiotem zamówienia jest świadczenie rozwoju i utrzymania systemu informatycznego. Zamawiający zażądał wykazania się aż pięcioma (!) usługami (trzema usługami rozwoju/wdrożenia i dwoma usługami utrzymania), taka liczba żądanych usług do wykazania jest nieproporcjonalna do przedmiotu zamówienia. Zamawiający bezzasadnie wymaga od wykonawców większej liczby usług. (...) Należy podkreślić, że poziom doświadczenia wykonawcy pod kątem zdolności do należytej realizacji zamówienia powinien być badany poprzez żądanie wykazania się usługą o odpowiednich parametrach (liczba użytkowników, czy wartość), a nie poprzez niczym nieograniczone zwiększanie liczby żądanych usług (...)

Żądanie:

- Nakazanie ograniczenia doświadczenia wykonawcy do dwóch usług wdrożenia/utrzymania i jednej usługi utrzymania systemu lub
- Alternatywa żądania: ograniczenie doświadczenia wykonawcy do dwóch usług wdrożenia/rozwój i dwóch usług utrzymania.

Zarzut I.1.iv. Zbyt duża liczba wymaganych użytkowników systemu (pkt. 1.1.1.1.3); Podwarunek udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia – sformułowany jako wymaganie z pkt. 1.1.1.1.3 - aby system wykorzystywany był lub jest przez pracujących równocześnie 300 użytkowników i posiadał 3000 użytkowników jest nadmiarowe. System, który jest wykorzystywany przez kilkuset, czy tysiąc użytkowników jest już systemem zaawansowanym technologicznie na poziomie, który oczekuje Zamawiający. Zwiększenie liczby użytkowników to wyłącznie kwestia skalowalności systemu, bez wpływu na jego funkcjonalność.

Z punktu widzenia Zamawiającego i przedmiotu zamówienia takie wymaganie jest nadmiarowe, ograniczające konkurencję.

Żądanie:

nakazanie modyfikacji zapisu w następujący sposób –

pkt. 1.1.1.1.3 „system wykorzystywany był lub jest przez pracujących równocześnie minimum 50 użytkowników oraz posiadał ponad 1000 użytkowników.”

Alternatywne żądanie:

modyfikacja zapisu w następujący sposób –

pkt. 1.1.1.1.3 „system wykorzystywany był lub jest przez pracujących równocześnie minimum 300 użytkowników oraz posiadał ponad 3000 użytkowników lub system miał lub ma możliwość pracy równocześnie 300 użytkowników oraz miał lub ma możliwość posiadania 3000 użytkowników .”

Zarzut I.1.v. Ograniczenie doświadczenia poprzez zbyt rygorystyczne przypisane zakresu usług referencyjnych do każdej z dwóch wymaganych usług.

(...) Każda z tych grup usług może i zazwyczaj jest w pełni lub częściowo realizowana przez odrębny zespół różniący się kompetencjami. Inne osoby zajmują się naprawianiem wad, inne obsługą incydentów, a inne administrowaniem systemem operacyjnym serwerów. Wykonawca może zatem realizować zupełnie oddzielne projekty wymagające tych kompetencji i łącznie posiadać doświadczenie i zespół pokrywający wszystkie z nich. Często jednak w różnych projektach występują jedynie niektóre z tych usług. Wykonawca który realizuje szereg różnych projektów, w których w jednym zajmuje się utrzymaniem systemu w zakresie usuwania wad i administracji aplikacją, a w innym usuwania wad i administracji środowiskami posiada w swoim zespole kompetencje pokrywające całość przedmiotu zamówienia. Dużo rzadziej zdarza się że w jednym projekcie występują wszystkie łącznie. Tak sformułowane wymaganie ogranicza konkurencję i jest wymaganiem nadmiarowym.

Żądanie:

nakazanie modyfikacji zapisu w następujący sposób, aby podwymagania mogły zostać spełnione łącznie w ramach dwóch usług, a nie aby były spełniane przez każdą z nich.

Zarzut I.2.i. Nadmiarowe zawężenie wymaganego doświadczenia personelu, – odniesienie tylko do ograniczonego zbioru projektów o szczególnym charakterze.

(...) Na wstępie Odwołujący pragnie zaznaczyć, że usługi realizowane w ramach niniejszego zamówienia dotyczą zarówno usług rozwojowych, jak i usług utrzymaniowych. (...) Niezrozumiałe jest natomiast dla Odwołującego, dlaczego dla wymaganego do realizacji zamówienia personelu, praktycznie w odniesieniu do wszystkich ról (wyjątek stanowi Administrator Camunda) swoje doświadczenia musiał zbudować wyłącznie na projektach związanych z budową bądź rozwojem systemu, a nie z jego utrzymaniem. (...)

Żądanie:

nakazania modyfikacji SWZ w taki sposób, aby spełnienie wymaganego doświadczenia mogło pochodzić z udziału w realizacji dowolnie wybranych usług referencyjnych, tzn. zarówno wdrożeniowo-rozwojowych, jak i utrzymaniowych. Przykładowa treść zapisu poniżej:

minimum X-letnie doświadczenie Y przy realizacji zamówień o zakresie jak w pkt 1.1.1.1. z wyłączeniem wartości zamówień lub jak w pkt 1.1.1.2. z wyłączeniem wartości zamówień, gdzie X to ilość lat, a Y wskazanie roli.

Zarzut I.2.ii. Nieuprawnione i nadmiarowe zawężenie cech projektu, potwierdzającego doświadczenia wymaganego personelu, poprzez uzależnienie ich doświadczenia od liczby użytkowników systemu referencyjnego.

(...) Jednocześnie w pkt 1.1.2 SWZ Zamawiający określił wymagania dotyczące doświadczenia osób, które zostaną skierowane do realizacji zamówienia. Dla osób wskazanych w punktach:

- 1.1.2.1 (Kierownik Projektu)
- 1.1.2.3 (Programista Camunda)
- 1.1.2.4 (Administrator OpenShift)
- 1.1.2.5 (Programista Java Enterprise Edition)
- 1.1.2.6 (Analityk systemowy)
- 1.1.2.7 (Analityk GIS)
- 1.1.2.8 (Architekt rozwiązań EJB, JEE, BPM, mikrousługowych)
- 1.1.2.9 (Architekt rozwiązań GIS)

Zamawiający wymaga aby osoby te legitymowały się doświadczeniem przy realizacji zamówień o zakresie jak w pkt 1.1.1.1 SWZ – co oznacza m.in. powiązanie ich doświadczenia z liczbą użytkowników systemu referencyjnego. Jest to wymaganie niezrozumiałe i nieadekwatnie zawężające potencjalny zakres osób dysponujących niezbędnym doświadczeniem. (...)

Żądanie:

nakazanie modyfikacji SWZ w taki sposób, aby wymagane doświadczenie osób był niezależne od liczby użytkowników systemu.

Zarzut I.2.iii. Programista i Analityk Camunda

(...) Oprogramowanie Camunda jest oprogramowaniem służącym do budowania rozwiązań klasy BPM (Business Process Management), pozwalających na zarządzania procesami z użyciem BPMN (Business Process Modeling Notation na etapie projektowania procesów). Jest to jedno z wielu rozwiązań z tego zakresu. Można wskazać co najmniej kilka równie nowoczesnych i popularnych produktów o podobnym zakresie, dostępnych na rynku i z powodzeniem używanych w projektach o różnej skali, w tym przykładowo takie rozwiązania jak: (...) Ponadto zgodnie z wiedzą Comarch oprogramowanie to nie jest używane w systemach produkcyjnych wchodzących w skład systemów będących przedmiotem niniejszego postępowania. (...)

Żądanie:

nakazanie Zamawiającemu:

1. Usunięcie w całości wymagań dotyczących Camunda zarówno w zakresie wymaganego doświadczenia personelu, jak też z kryteriów oceny ofert.

lub,

2. Wprowadzenie zapisów dopuszczających specjalistów o analogicznym doświadczeniu w innych produktach podobnej klasy jak Camunda.

Zarzut I.2.iv.wymaganie przez Analityka GIS znajomości w zakresie rozwiązań LIDS (pkt. 1.1.2.7.2);

(...) Asseco Poland S.A. – który jest obecnym wykonawcą umowy o udzielenie zamówienia publicznego na utrzymanie i rozwój systemu SIA, jest jedynym przedstawicielem producenta oprogramowania LIDS (Asseco Central Europe) na Polskę. (...) W tej sytuacji oczywistym jest, że pozostali wykonawcy, poza Asseco są w gorszej sytuacji, bowiem Asseco ma dostęp do osób ze znajomością swojego oprogramowania, a pozostali wykonawcy nie. (...)

Żądanie:

nakazanie usunięcia wymagania, by Analityk GIS posiadał znajomość rozwiązania LIDS.

Zarzut II.i. Kryterium oceny ofert - doświadczenie Programisty i Administratora Camund

(...) Oprogramowanie Camunda jest oprogramowaniem służącym do budowania rozwiązań klasy BPM (Business Process Management), pozwalających na zarządzania procesami z użyciem BPMN (Business Process Modeling Notation na etapie projektowania procesów). Jest to jedno z wielu rozwiązań z tego zakresu. Można wskazać co najmniej kilka równie nowoczesnych i popularnych produktów o podobnym zakresie, dostępnych na rynku i z powodzeniem używanych w projektach o różnej skali, w tym przykładowo takie rozwiązania jak: (...) Ponadto zgodnie z wiedzą Comarch oprogramowanie to nie jest używane w systemach produkcyjnych wchodzących w skład systemów będących przedmiotem niniejszego postępowania. (...) Ponadto powyższe narusza art. 242 ust. 2 pkt 5 PZP - ponieważ dysponowanie osobami posiadającymi kwalifikacje zawodowe w zakresie oprogramowania Camunda nie ma znaczącego wpływu na jakość wykonania zamówienia. (...)

Żądanie: nakazanie Zamawiającemu:

1. Usunięcie w całości wymagań dotyczących Camunda zarówno w zakresie wymaganego doświadczenia personelu, jak też z kryteriów oceny ofert.

lub,

2. Wprowadzenie zapisów dopuszczających specjalistów o analogicznym doświadczeniu w innych produktach podobnej klasy jak Camunda.

Zarzut II.ii. Kryterium oceny ofert – deklarowany czas przekazania oprogramowania Modyfikacji do Testów Akceptacyjnych

(...) Odwołujący zarzuca Zamawiającemu, że wprowadzone kryterium jest kryterium

pozornym, przy jednoczesnym znaczącym wpływie na finalną ocenę ofert z następujących powodów:

1. Zamawiający zamierza przyznać punkty za zadeklarowany czas zrealizowania jednego z etapów pośrednich cyklu wytwórczego oprogramowania, który ze względu na określony również przez Zamawiającego cykl instalacji produkcyjnej nie przekłada się na termin możliwego wykorzystania wykonanego oprogramowania na środowisku produkcyjnym. Taki sam (lub nawet większy) wpływ na faktyczną datę możliwości produkcyjnego wykorzystania dostarczanego oprogramowania ma korelacja pomiędzy datą zakończenia testów akceptacyjnych, a datą dostępnego okna instalacyjnego (w zależności od dnia tygodnia może to być od 2 do 3 dni roboczych, podczas gdy Zamawiający zamierza dla Tabeli 1, Tabeli 2, Tabeli 3 i Tabeli 4 punktować już „przyspieszenia” jedno, dwu i trzydniowe przekazania oprogramowania do testów).
2. Zamawiający nie zachował żadnej logiki w określaniu progów pomiędzy punktowanymi „przyspieszeniami” – w jednym z zakresów jest to 9% czasu realizacji, w drugim 20%, dla trzech par zakresów ilości dni przyspieszenia są identyczne. Odwołującemu nie jest znana metodyka zarządzania procesem rozwoju oprogramowania, która uzasadniałaby tego rodzaju niekonsekwencję.
3. Zamawiający zamierza przyznać maksymalnie 21 punktów za deklarację średnio 12% skrócenia czasów realizacji jednego z pośrednich (sic!) z etapów realizacji modyfikacji utrzymywanego systemu.

Żądanie:

nakazanie usunięcia punktu 1.4 z Rozdziału XI SIWZ i wprowadzenia przez Zamawiającego adekwatnej korekty w punktacji pozostałych kryteriów oceny ofert oraz arbitralne narzucenie racjonalnych terminów przekazania oprogramowania do testów akceptacyjnych.

Zarzut III.i. LIDS - oprogramowanie produkcji spółki z GK Asseco

W ramach realizacji przedmiotu zamówienia, obowiązkiem Wykonawcy będzie m.in. zapewnienie na własny koszt środowiska testowego oraz developerskiego. (...) W skład obu tych środowisk wchodzi oprogramowanie LIDS, którego właścicielem jest Asseco Central Europe, wchodzące w skład grupy kapitałowej Asseco (...) Opisane fakty prowadzą do sytuacji, w której przed każdym potencjalnym Wykonawcą, będzie stała konieczność zakupu oprogramowania LIDS od jednej ze spółek grupy Asseco, w celu złożenia oferty konkurującej cenowo z inną spółką z tej grupy kapitałowej. Stanowi to poważne ograniczenie konkurencji, poprzez nieuprawnione preferowanie spółek grupy kapitałowej Asseco. Grupa kapitałowa Asseco będzie miała zarówno wpływ na cenę ofert konkurencji w przedmiotowym postępowaniu, jak również na dobór konkurencji poprzez odmówienie sprzedaży licencji na oprogramowanie LIDS, którego właścicielem jest Asseco CE. (...)

Żądanie Odwołującego - nakazanie dokonania następujących zmian w SWZ:

1. Zapewnienie przez Zamawiającego licencji do środowisk deweloperskiego oraz testowego w zakresie licencji na oprogramowanie LIDS, którego właścicielem jest firma Asseco CE wchodząca w skład grupy kapitałowej Asseco. Mogłoby to nastąpić np. poprzez wyłączenie z postępowania licencji na oprogramowania LIDS, gdyż jedynym ich dostawcą jest firma Asseco CE i zakupienie ich w odrębnym postępowaniu.

Alternatywnie w przypadku nieuwzględnienia żądania nr 1:

2. Podanie przez Zamawiającego w SWZ pełnej specyfikacji licencji LIDS, umożliwiających realizację zamówienia, w szczególności nazw modułów, typu (sposobu licencjonowania) i ilości licencji z aktualnej oferty producenta (Asseco CE), dla każdego z modułów LIDS niezbędnych do zbudowania wszystkich środowisk koniecznych do realizacji usług (developerskich i testowych – w tym umożliwiających przeprowadzenie testów wydajnościowych zgodnie z wymaganiami zawartymi we wzorze Umowy), oraz
3. Dodanie do formularza cenowego odrębnej pozycji zawierającej koszt oprogramowania LIDS – w celu ujawnienia kosztów wykonawców w tym zakresie oraz - wraz z wyodrębnieniem tego kosztu – żądanie wprowadzenia odrębnego kryterium oceny ofert - kosztowego z przydaniem mu takiego znaczenia, aby koszt niezbędny do realizacji Umowy oprogramowania LIDS, produkcji Asseco CE, był neutralny dla porównania i oceny ofert różnych oferentów (w tym spółek z grupy Asseco) i nie powodował faworyzowania obecnego wykonawcy.

Zarzut III.ii. Podręcznik IFPUG – opracowywanie wymagań do zleconej modyfikacji ma być wykonywane przez Wykonawcę

Zarzut dotyczy wprowadzonej w Podręczniku zasady, iż opracowywanie wymagań do zleconej modyfikacji ma być wykonywane przez (i tylko przez) Wykonawcę. (...) Wymagania precyzuje Zamawiający i w pierwszej kolejności opisuje je w Zapotrzebowaniu na Modyfikację. W kolejnym kroku wymagania te są weryfikowane, zmieniane, doprecyzowywane i uszczegóławiane. Próba stworzenia Szczegółowego Opisu Wymagań przez samego tylko Wykonawcę doprowadziłaby do sytuacji po pierwsze błędogennej (Wykonawca nie wie jakie są potrzeby zmian procesu biznesowego, którego bazę stanowią stawiane wymagania), po drugie ryzykownej, że wymagania będą niepełne i niekompletne nawet pomimo wielkiej woli Wykonawcy, aby sprecyzować je w sposób możliwie najlepszy, z uwagi na brak posiadanej wiedzy w temacie zamysłu wprowadzanej zmiany. W obu przypadkach wykonana modyfikacja nie będzie spełniała oczekiwań Zamawiającego i doprowadzi do kosztownego procesu zmiany. (...)

Żądanie Odwołującego – o nakazanie zmiany zapisu

z pkt 2.4 cyt. "2.4. Po złożeniu Zapotrzebowania na Modyfikację, w terminie nie dłuższym niż 7 Dni Roboczych od dnia przekazania Zapotrzebowania na Modyfikację, Wykonawca sporządzi Szczegółowy Opis Wymagań (SOW) wg. wzoru stanowiącego Załącznik nr 4 J do

Umowy, który będzie podstawą do złożenia Propozycji."

na zapis cyt. "2.4. Po złożeniu Zapotrzebowania na Modyfikację, w terminie nie dłuższym niż 7 Dni Roboczych od dnia przekazania Zapotrzebowania na Modyfikację, strony uzgodnią Szczegółowy Opis Wymagań (SOW) wg. wzoru stanowiącego Załącznik nr 4J do Umowy, który będzie podstawą do złożenia Propozycji."

Zarzut III.iii. Podręcznik IFPUG – nieokreślone normy i standardy IT

(...) Z żadnej części rozdziału 3.2 załącznika 4K, jak również z treści samego załącznika 4K jak i reszty SWZ nie wynika jakie konkretnie normy i standardy Zamawiający ma na myśli. Z treści rozdziału 3.2 załącznika 4k nie sposób zatem wywnioskować w jaki sposób wymienione w nim elementy miałyby być uwzględnione w wycenie. W szczególności nie przywołano w SWZ żadnych norm ani nie określono w załączniku 4K jak uwzględnić i w jakim stopniu takie elementy (które jakoby normy te miałyby określać) jak na przykład: (...) Żądanie Odwołującego – nakazanie modyfikacji treści rozdziału 3.2 załącznika 3k do wzoru umowy poprzez:

- 1) wykreślenie sformułowania „Normy te muszą być co najmniej zgodne, w danym obszarze, ze standardami i dobrymi praktykami obowiązującymi na rynku IT.” jako nieprecyzyjnego,
- 2) wykreślenie zdania: „W/w normy wynikają z dokumentacji, kodu źródłowego oraz sposobu działania oprogramowania, którego rozwój jest przedmiotem Umowy” jako wskazującego na źródło norm w bliżej nieokreślonym niezdefiniowanym zakresie dokumentacji,
- 3) wykreślenie zdania: „W obszarach, w których, zgodnie z powyższym akapitem w/w pozostają nieokreślone, obowiązującymi są normy wynikające ze standardów i dobrych praktyk obowiązujących na rynku IT.” Jako wskazującego nieokreślone i nienazwane standardy i dobre praktyki,
- 4) wprowadzenie do rozdziału 3.2 załącznika 4K enumeratywnego wykazu norm i standardów zdefiniowanych przez organizacje normalizacyjne, branżowe lub międzynarodowe (np. IEC/ISO, PKN, ITU), publicznie dostępnych i określonych przez wskazanie konkretnego tytułu, nazwy standardu lub numeru normy.

Zarzut III.iv. Testy wydajnościowe na własnych środowiskach testowych lub za zgodą Zamawiającego – na Środowiskach Pomocniczych

(...) A. Zamawiający wymaga od wykonawcy zbudowania kolejnego środowiska testowego umożliwiającego raz na 6 miesięcy pełne odtworzenie SI na podstawie kopii zapasowych. Pragniemy zauważyć, że pełne odtworzenie SI na podstawie kopii zapasowych może powodować konieczność udostępnienia dla tej operacji znacznie większego środowiska testowego pod względem ilości infrastruktury teleinformatycznej oraz licencji oprogramowania firm trzecich (np. Oracle, LIDS) niż zakładane środowisko testowe niezbędne do realizacji bieżących zadań wymaganych w punktach 3.1.5 i 3.1.5.2 załącznika nr 7. Pomimo dostarczenia w ramach dokumentacji przetargowej dokładnych informacji co

do posiadanego środowiska informatycznego SI, Wykonawca inny niż obecnie wykonujący poniższe usługi musi celem zabezpieczenia się przed potencjalnymi nieokreślonymi problemami dokonać przewymiarowania środowiska testowego do tego wymagania. Dodatkowo Zamawiający potwierdza również konieczność zbudowania odpowiedniej wielkości środowiska testowego wymaganiami punktu 2.1.1.23 poprzez konieczność przeprowadzenia testów wydajnościowych skalowalnych do Środowiska Produkcyjnego. Jak dużo zasobów sprzętowych oraz oprogramowania firm trzecich owe środowiska testowe będą wymagały to każdy z wykonawców musi sam estymować na podstawie załącznika nr 10 – Opis Środowisk. Jak duży jest to koszt. Odwołujący już po raz trzeci bierze udział w niniejszym ofertowaniu dla niniejszego przedmiotu zamówienia i za każdym razem koszt zakupu samego oprogramowania firm trzecich (tylko Oracle, LIDS, Red Hat) i to dla środowisk wymaganych zapisami punktu 3.1.5 i 3.1.5.2 przekracza kwotę kilku milionów złotych netto. A należy podkreślić że te środowiska mają relatywnie mniejsze wymagania co do wielkości czyli ilości sprzętu i oprogramowania. Nie ma też możliwości świadczenia usług dla wymagań punktów 2.1.1.22 i 2.1.1.23 przez środowiska testowe czy developerskie wymagane zapisami punktu 3.1.5 i 3.1.5.2 gdyż te środowiska służą do bieżącej obsługi Grupy Usług Utrzymania Środowisk, Grupa Usług Zapewnienia Jakości czy Grupy Usług Administracji Systemem Informatycznym.

B. Zamawiający w ramach wymagań punktów 2.1.1.22 i 2.1.1.23 umożliwia bez podania precyzyjnych zapisów wystąpienia takowych przypadków, udzielenia zgody na realizację wymienionych w niniejszych punktach usług na Środowiskach Pomocniczych Zamawiającego. Jako pochodną opisu zarzutu wcześniejszego nie trudno wywnioskować że potencjalnie inni wykonawcy przedmiotu zamówienia niż obecny, nie jest w stanie precyzyjnie określić kiedy może zaistnieć przypadek lub przypadki które to spowodują możliwość wykorzystania Środowisk Pomocniczych Zamawiającego. Jak nie trudno wywnioskować z wcześniejszych zapisów niniejszego zarzutu wykorzystanie Środowisk Pomocniczych Zamawiającego daje obecnemu Wykonawcy znaczące oszczędności, które to mogą mieć wpływ na wycenę całościową Oferty w stosunku do pozostałych Oferentów. (...)

Żądanie Odwołującego – nakazanie modyfikacji:

zapisów wymagań punktów 2.1.1.22 czy 2.1.1.23 tak, aby wymaganie posiadania przez wykonawcę środowisk testowych do realizacji usług zapisanych w wymaganiach niniejszych punktów, lub też jego brak, było jednoznacznie określone n.p. poprzez:

a) usunięcie słów „własnych”, „lub za zgodą” oraz „na” nadając im brzmienie jak poniżej 2.1.1.22 co najmniej raz na 6 miesięcy na środowiskach testowych Zamawiającego – Środowiskach Pomocniczych, wykonanie testów pełnego odtworzenia SI na podstawie kopii zapasowych oraz Dokumentacji oraz przedstawienie Zamawiającemu raportu dokumentującego przebieg i wyniki testów;

2.1.1.23 co najmniej raz na 6 miesięcy przeprowadzanie, na środowiskach testowych Zamawiającego – Środowiskach Pomocniczych, testów wydajnościowych skalowalnych do Środowiska Produkcyjnego oraz przedstawienie Zamawiającemu raportu dokumentującego przebieg i wyniki testów;

lub

b) usunięcie słów „lub za zgodą Zamawiającego – na Środowiskach Pomocniczych” nadając im brzmienie jak poniżej oraz podanie minimalnych wymagań odnośnie środowiska testowego niezbędnego do realizacji usług zapisanych w punktach 2.1.1.22 i 2.1.1.23

2.1.1.22 co najmniej raz na 6 miesięcy na własnych środowiskach testowych, wykonanie testów pełnego odtworzenia SI na podstawie kopii zapasowych oraz Dokumentacji oraz przedstawienie Zamawiającemu raportu dokumentującego przebieg i wyniki testów;

2.1.1.23 co najmniej raz na 6 miesięcy przeprowadzanie, na własnych środowiskach testowych, testów wydajnościowych skalowalnych do Środowiska Produkcyjnego oraz przedstawienie Zamawiającemu raportu dokumentującego przebieg i wyniki testów;

Zarzut IV.i. Zawieszanie Grupy Usług G1

(...) Wprowadzenie przez Zamawiającego mechanizmu zawieszania świadczenia usług oraz powiązanego z nim zawieszania wynagrodzenia Wykonawcy, uniemożliwia racjonalną kalkulację ceny w zakresie grupy usług G1. Zawieszenie świadczenia usług:

- może być przez Zamawiającego stosowane arbitralnie i jednostronnie,
- wprowadzone przez Zamawiającego bez związku z jakością świadczonych usług,
- może być prowadzone na dowolny okres w trakcie trwania umowy (od trzech miesięcy, do pełnego okresu trwania umowy),
- nie ma przypisanej żadnej procedury jakościowej wznowienia utrzymania (a więc środowiska mogą być po wznowieniu przekazane Wykonawcy w zupełnie innym stanie, niż je pozostawił).

Ponadto w okresie zawieszenia Grupy Usług G1, Zamawiający chce zagwarantować sobie możliwość korzystania z Usługi G1U1 w nieznanym Wykonawcy zakresie czasowym, dla której zdefiniował sposób rozliczenia Time&Material, wyliczany w oparciu o procent ryczałtowej ceny usługi.

Takie zapisy umowne uniemożliwiają prawidłową kalkulację ceny za usługę, ponieważ Oferenci nie wiedzą, czy mają przyjąć stawki miesięczne ryczałtowe (a jeśli tak, to dla jakiego czasu trwania usług), czy też przyjąć, że Zamawiający będzie korzystał z usług „na żądanie” i rozliczał je tylko za realnie wykorzystany czas, a tym samym skalkulować cenę miesięczną tak, jakby usługa G1U1 generowała 100% obciążenie niezbędnego zespołu w ciągu wszystkich dni miesiąca (co z kolei jest niezgodne z tygodniowym cyklem życia systemów będących przedmiotem Umowy). Różnice w wysokości tak określonej ceny mogą być kilkukrotne. Dodatkowo – Oferenci nie będą mogli nawet przyjąć jakiejś kombinacji

powyższych podejść, ponieważ zapisy umowy nie dają żadnych podstaw do przyjmowania jakichkolwiek racjonalnych proporcji pomiędzy usługami świadczonymi w jednym i drugim trybie. (...)

Żądanie Odwołującego - Odwołujący wnosi o nakazanie:

- usunięcie ze wzoru umowy punktów 3.7 i 3.7.1, a tym samym usunięcie z umowy możliwości zawieszania świadczenia grupy usług G1.
- Usunięcie ze wzoru umowy pkt 15.9. fragmentu „lub zawieszenia przez Zamawiającego jednej z Grup Usług lub wszystkich Grup Usług.”
- Usunięcie ze wzoru Umowy wszelkich odniesień do okresu zawieszenia świadczenia Usług lub Grupy Usług.

Zarzut IV.ii. Odpowiedzialność za błędy poprzednika

(...) Zawarte w pkt 6.14 i 6.15 wymagania obligują Wykonawcę do świadczenia usług utrzymania systemu także w stosunku do tych elementów Systemu co do których Wykonawca nie otrzymał informacji niezbędnych do ich naprawy, jak i w stosunku do tych, które są wadliwe nawet pomimo tego, że Wykonawca zgłosił taką sytuację Zamawiającemu. Taka konstrukcja zapisów umowy może prowadzić do sytuacji, w której Wykonawca zobowiązany będzie do świadczenia niemożliwego do spełnienia. Jeżeli bowiem System Informatyczny będzie posiadał wadę, która jest obiektywnie niemożliwa do naprawienia przez dotychczasowego Wykonawcę (np. w skutek wady projektowej popełnionej na początku tworzenia architektury systemu, czy też wskutek zastosowania niewłaściwych rozwiązań technicznych) i wada ta zostanie zgodnie z zapisami pkt. 6.14 zgłoszona przez nowego Wykonawcę Zamawiającemu, to i tak na mocy zapisu pkt 6.14 i 6.15 nowy wykonawca będzie zobowiązany do jej usunięcia (choć będzie to niemożliwe obiektywnie). Wykonawca będzie na mocy umowy zobowiązany do niemożliwego świadczenia w przypadku jego nie spełnienia zostaną na niego nałożone kary umowne. Analogiczna sytuacja może mieć miejsce w przypadku braku przekazania istotnych informacji niezbędnych do naprawy systemu. (...)

Żądanie Odwołującego – nakazanie zmiany treści pkt 6.14 i 6.15 wzoru umowy w następujący sposób (wnioskowane usunięcia zaznaczono ~~przekreśleniem~~ tekstu, uzupełnienia *kursywą*):

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

wykonawcy. Nieusunięcie wad lub niedostarczenie informacji, o których mowa w poprzednim zdaniu, ~~nie zwalnia Wykonawcy~~ *zwalnia Wykonawcę* ze zobowiązania do należytego świadczenia Usług.

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

Zarzut IV.iii. Kumulacja kar umownych z tytułu jednego zdarzenia

(...) Odwołujący wskazuje, że regulacje umowne w zakresie kar umownych nie powinny doprowadzać do nieuprawnionej kumulacji kar umownych naliczanych z tytułu wystąpienia tych samych okoliczności. (...) W świetle powyższego, kumulację kar umownych naliczanych na podstawie tego samego zdarzenia należy uznać za niedopuszczalną, zaś obciążenie dwukrotną karą umowną za tę samą okoliczność - za sprzeczne z naturą odpowiedzialności odszkodowawczej (art. 3531 w zw. 471 KC w zw. z art. 483 § 1 KC). (...)

Żądanie: Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany wzoru umowy poprzez wykreślenie możliwości kumulacji kar umownych.

Zarzut IV.iv. Pozorna limitacja kar

(...) Zamawiający we wzorze umowy przewidział limitację odpowiedzialności Wykonawcy z tytułu kar umownych w wysokości znacznie przekraczającej wysokość Wynagrodzenia przysługującego Wykonawcy, a nadto odnoszącej się do wartości wynagrodzenia brutto, a nie netto:

- 120% łącznego wynagrodzenia brutto – w odniesieniu do kar umownych w związku z Umową, w tym z umową powierzenia przetwarzania danych osobowych;
- 300% miesięcznego wynagrodzenia ryczałtowego brutto dla danej grupy Usług – z tytułu kar umownych za świadczenie Usług z danej grupy Usług, z wyłączeniem Usługi Integracji i Certyfikacji.
- 150% wartości brutto zleconej Modyfikacji lub Zlecenia Operacyjnego lub Certyfikacji, których kary umowne dotyczą – w przypadku Usługi Modyfikacji, Usługi Zlecenia Operacyjnego i Usługi Integracji i Certyfikacji.

(...) Wprowadzenie limitacji kar umownych w takiej wysokości ma nadto ma wpływ na wyższą cenę ofert Wykonawców. (...)

Żądanie - Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany wzoru umowy

poprzez: obniżenie odpowiedzialności Wykonawcy z tytułu kar umownych i wprowadzenie odpowiedzialności Wykonawcy z tytułu kar umownych w następujących wysokościach:

- 50% łącznego wynagrodzenia netto – w odniesieniu do kar umownych w związku z Umową, w tym z umową powierzenia przetwarzania danych osobowych;
- 50% miesięcznego wynagrodzenia ryczałtowego netto dla danej grupy Usług - z tytułu kar umownych za świadczenie Usług z danej grupy Usług, z wyłączeniem Usługi Integracji i Certyfikacji.
- 50% wartości netto zleconej Modyfikacji lub Zlecenia Operacyjnego lub Certyfikacji, których kary umowne dotyczą – w przypadku Usługi Modyfikacji, Usługi Zlecenia Operacyjnego i Usługi Integracji i Certyfikacji.

Zarzut IV.v. limit łącznej odpowiedzialności Zamawiającego z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania niniejszej Umowy do wysokości 10% wartości wynagrodzenia netto Wykonawcy.

Zgodnie z ust. 10.12. wzoru umowy, „Łączna odpowiedzialność Zamawiającego z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania niniejszej Umowy, w tym w przypadku zwłoki wierzycielskiej, nie może przekroczyć 10% wartości wynagrodzenia netto określonego w punkcie 8.1 Umowy”.

Co za tym idzie, na gruncie postanowień umownych istotnie ograniczona jest możliwość dochodzenia i egzekwowania od Zamawiającego nawet uzasadnionych roszczeń wykonawcy. Świadczy o tym wprowadzony limit. Nawet uzasadnione i dowiedzione roszczenie Wykonawcy np. odszkodowawcze lub o zapłatę wynagrodzenia zostanie „ucięte” do wysokości wprowadzonego limitu. Powyższe wprost prowadzi do naruszenia zasady równości stron stosunku cywilnoprawnego, przekroczą rażąco granicę swobody umów oraz wprost narusza kompensacyjne zasady odpowiedzialności odszkodowawczej, których celem jest pokrycie szkody w pełnej wysokości.

Żądanie: Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu usunięcia przedmiotowego ograniczenia.

Zarzut IV.vi. rażąco wygórowane kary umowne

(...) Kary umowne w takiej wysokości muszą zostać uznane za rażąco wygórowane. Wskutek ustanowienia kary umownej na tak wysokim pułapie, zachwiana zostaje relacja pomiędzy wysokością wynagrodzenia za wykonanie zobowiązania, a wysokością zastrzeżonej kary umownej. W takiej sytuacji wątpliwy zostaje także stosunek wysokości zastrzeżonej kary umownej do wysokości szkody doznanej przez Zamawiającego (brak szkody jest bowiem jedną z przesłanek miarkowania zastrzeżonych kar umownych). Wskazujemy, że zwyczajowo w kontraktach handlowych, w tym przede wszystkim kontraktach publicznych z zakresu branży IT, kary umowne za zwłokę w odniesieniu do terminów realizacji umowy są ustanawiane w stosunku do co najmniej setnych części

procenta wynagrodzenia. Kary umowne w zastrzeżonej wysokości nie spełniają żadnej funkcji tego rodzaju zastrzeżenia umownego, poza ewentualnie istotnie wynaturzoną funkcją represyjną. Z pewnością zaś takie kary umowne ani nie służą zmotywowaniu Wykonawcy, ani – tym bardziej – naprawieniu szkód, jakich doznać mógł Zamawiający. Odwołujący wskazuje, że poziom kar umownych nie może być dowolny, nadto kara umowna nie może być narzędziem służącym wzbogaceniu wierzyciela.

Żądanie: Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany wzoru umowy poprzez obniżenie kar umownych co najmniej o połowę ich aktualnej podstawy.”

Pismami z dnia 16 i 17.12.2021 r. następujący wykonawcy zgłosili przystąpienia:

- 1) wykonawca Asseco Poland S.A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów, zgłaszający przystąpienie do postępowań odwoławczych o sygn. akt KIO 3587/21 oraz KIO 3589/21 po stronie odwołującego,
- 2) wykonawca DXC Technology Polska sp. z o. o., ul. Szturmowa 2A, 02-678 Warszawa, zgłaszający przystąpienie do postępowań odwoławczych o sygn. akt KIO 3579/21 oraz KIO 3589/21 po stronie odwołującego,
- 3) wykonawca Comarch Polska S.A., Al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków, zgłaszający przystąpienie do postępowań odwoławczych o sygn. akt KIO 3579/21 oraz KIO 3587/21 po stronie odwołującego.

Izba stwierdziła, że przystąpienia zostały dokonane skutecznie.

Pismami z dnia 27.12.2021 r. zamawiający złożył odpowiedzi na odwołania, w których poinformował, że:

- 1) uwzględni zarzuty nr 9, 12, 14, 15, 22 i 23 podniesione w odwołaniu odwołującego Asseco, w pozostałym zakresie wnosi o oddalenie tego odwołania,
- 2) wnosi o oddalenie w całości odwołania wniesionego przez odwołującego DXC,
- 3) uwzględni zarzuty nr I.1.i oraz I.1.ii podniesione w odwołaniu odwołującego Comarch, w pozostałym zakresie wnosi o oddalenie tego odwołania.

Jednocześnie zamawiający poinformował, że w związku z zarzutami podniesionymi we wszystkich trzech odwołaniach, zamierza dokonać określonych modyfikacji swz.

Pismem z dnia 30.12.2021 r. zamawiający poinformował o dokonaniu zmian swz zapowiedzianych w odpowiedziach na odwołania oraz o przekazaniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej informacji o tych zmianach, które wymagają zmiany ogłoszenia o zamówieniu. Pismem z dnia 14.01.2022 r. i 27.01.2022 r. zamawiający przekazał odpowiedzi udzielone w międzyczasie na pytania wykonawców.

Pismami z dnia 28.12.2021 r., 31.12.2021 r. i 03.01.2022 r. odwołujący przekazali swoje stanowiska w sprawie:

- 1) Asseco poinformował, że cofa zarzuty nr 4, 11, 13 i 21 i wnosi o umorzenie postępowania odwoławczego na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp w zakresie zarzutów 6, 10, 16 i 18 z uwagi na wprowadzone zmiany swz,
- 2) DXC poinformował, że cofa zarzuty nr 17 i 18 i że nie ma możliwości podjęcia decyzji co do zarzutów nr 2 i 15 z uwagi na brak dostępu do „Modelu Dziedziny i Projektu Technicznego Aplikacji IRZplus”,
- 3) Comarch poinformował, że cofa zarzuty nr I.1.iii, I.1.iv, I.1.v., I.2.ii., I.2.iv., III.ii, III.iv, IV.iii., IV.iv.

Pismem z dnia 03.01.2022 r. zamawiający odniósł się do stanowiska odwołującego Asseco w zakresie umorzenia postępowania odwoławczego na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp oraz w zakresie niewycofanych zarzutów.

W trakcie rozprawy odwołujący Asseco dodatkowo oświadczył, że cofa zarzuty nr 5, 8, 17 i 19, zaś odwołujący DXC oświadczył, że nie cofa zarzutów nr 2 i 15.

Z powyższego wynika, że:

1) w odwołaniu Asseco:

- zarzuty nr 4, 5, 8, 11, 13, 17, 19, 21 zostały wycofane, co stanowiło podstawę umorzenia postępowania odwoławczego w oparciu o art. 568 pkt 1 ustawy Pzp,
- zarzuty nr 6, 10, 16, 18 stanowiły podstawę umorzenia postępowania odwoławczego w oparciu o art. 568 pkt 2 ustawy Pzp,
- zarzuty nr 9, 12, 14, 15, 22, 23 zostały uwzględnione przez zamawiającego, co stanowiło podstawę umorzenia postępowania odwoławczego w oparciu o art. 568 pkt 3 ustawy Pzp,

2) w odwołaniu DXC:

- zarzuty nr 17, 18 zostały wycofane, co stanowiło podstawę umorzenia postępowania odwoławczego w oparciu o art. 568 pkt 1 ustawy Pzp,

3) w odwołaniu Comarch:

- zarzuty nr I.1.iii, I.1.iv, I.1.v., I.2.ii., I.2.iv., III.ii, III.iv, IV.iii., IV.iv. zostały wycofane, co stanowiło podstawę umorzenia postępowania odwoławczego w oparciu o art. 568 pkt 1 ustawy Pzp,
- zarzuty nr I.1.i oraz I.1.ii zostały uwzględnione przez zamawiającego, co stanowiło podstawę umorzenia postępowania odwoławczego w oparciu o art. 568 pkt 3 ustawy Pzp.

Wobec powyższego następujące zarzuty podlegały rozpoznaniu przez Izbę:

- 1) w odwołaniu Asseco zarzuty nr: 1, 2, 3, 7 i 20,
- 2) w odwołaniu DXC zarzuty nr: 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 19, 20, 21,
- 3) w odwołaniu Comarch zarzuty nr: I.2.i., I.2.iii., II.i., II.ii., III.i., III.iii., IV.i., IV.ii., IV.v., IV.vi.

W zakresie ww. zarzutów w trakcie rozprawy strony i przystępujący podtrzymali swoje stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron i przystępujących złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie odwołujących interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez nich szkody z uwagi na kwestionowane czynności i zaniechania zamawiającego.

Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołań, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Odnosząc się do kwestii spornej pomiędzy zamawiającym a odwołującym Asseco co do zarzutów nr 6, 10, 16, 18 z odwołania o sygn. akt KIO 3579/21, należy zauważyć, że zgodnie z art. 568 pkt 2 ustawy Pzp obowiązującym od 01.01.2021 r., Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne. W przedmiotowej sprawie zamawiający dokonał zmian postanowień swz w zakresie objętym zarzutami nr 6, 10, 16 i 18 w taki sposób, który - choć nie jest całkowicie zgodny z żądaniami odwołującego - powoduje, że postanowienia te straciły treść i sens, z powodu których zostały zaskarżone. Powyższe oznacza, że czynności, wobec których zostało wniesione odwołanie (w zakresie objętym zarzutami nr 6, 10, 16 i 18), na dzień rozpoznawania sprawy przez Izbę, nie istnieją. Tym samym nie istnieje tzw. substrat zaskarżenia, niezbędny do tego, aby Izba mogła rozpoznać odwołanie merytorycznie i stwierdzić, czy zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Pzp. Powyższe powoduje, że postępowanie odwoławcze staje się zbędne, gdyż przedmiot zaskarżenia przestał istnieć, co stanowi podstawę umorzenia postępowania odwoławczego w oparciu o art. 568 pkt 2 ustawy Pzp (por. KIO 2634/21, KIO 3142/21). Dlatego też Izba umorzyła w ww. zakresie postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt KIO 3579/21.

Odwołanie Asseco o sygn. akt KIO 3579/21:

Zarzut nr 1.

Zamawiający określił m.in. następujące kryteria oceny ofert:

- Deklarowany Czas Realizacji Błędu Krytycznego / Waga: 8%,
- Deklarowany czas przekazania oprogramowania Modyfikacji do Testów Akceptacyjnych / Waga: 21%.

Zamawiający nie określił sposobu weryfikacji tych kryteriów. Zdaniem odwołującego Asseco mają one charakter pozorny, ponieważ zamawiający będzie je mógł ocenić wyłącznie na podstawie deklaracji wykonawców, są one zatem nieweryfikowalne na etapie oceny ofert. Odwołujący powołuje się na wyroki Sądu Okręgowego w Warszawie: z dnia 18.12.2020 r. o sygn. akt XXIII Ga 1350/20 oraz z dnia 23.06.2021 r. o sygn. akt XXIII Zs 35/21, w których stwierdzono niedopuszczalność określania kryteriów oceny ofert w sposób uniemożliwiający ich weryfikację przed dokonaniem wyboru oferty najkorzystniejszej. Zamawiający natomiast zwraca uwagę, że ww. wyroki zapadły w poprzednim stanie prawnym, tj. w oparciu o treść art. 91 ust. 2d ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), podczas gdy w przedmiotowym postępowaniu ma zastosowanie art. 240 ust. 2 ustawy Pzp, którego treść nie jest identyczna z treścią poprzednio obowiązującego art. 91 ust. 2d.

Należy zatem przytoczyć oba ww. przepisy:

Zgodnie z ww. art. 91 ust. 2d ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązującym do dnia 31.12.2020 r.:

2d. Zamawiający określa kryteria oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały, umożliwiając sprawdzenie informacji przedstawianych przez wykonawców.

Zgodnie z art. 240 ust. 2 ustawy Pzp obowiązującym od dnia 01.01.2021 r.:

2. Kryteria oceny ofert i ich opis nie mogą pozostawiać zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru najkorzystniejszej oferty oraz umożliwiają weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach.

Porównując oba przepisy należy zauważyć, że w art. 91 ust. 2d mowa jest o „sprawdzeniu informacji przedstawianych przez wykonawców”, natomiast w art. 240 ust. 2 o „weryfikacji i porównaniu poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach”. Przy czym należy stwierdzić, że „sprawdzenie” i „weryfikacja” są pojęciami tożsamymi, zatem w obu przepisach ustawodawca wymaga od zamawiającego weryfikacji (sprawdzenia) w celu dokonania oceny ofert w ramach kryteriów oceny ofert. Różnica tkwi w tym, że w art. 91 ust. 2d ustawodawca wymaga sprawdzenia „informacji przedstawianych przez wykonawców”, podczas gdy

w art. 240 ust. 2 – wymaga sprawdzenia „poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach”. Z tej różnicy zamawiający wywodzi, że na gruncie poprzednio obowiązującej ustawy (do 31.12.2020 r.) zamawiający mieli obowiązek weryfikować informacje wskazane w ofertach, natomiast na gruncie obecnie obowiązującej ustawy (od 01.01.2021 r.) zamawiający mają obowiązek weryfikować to co wykonawca oferuje jedynie w oparciu o informacje zawarte w ofercie, czyli bez weryfikacji samych informacji.

Izba uznała stanowisko zamawiającego za niewłaściwe. Po pierwsze, należy zauważyć, że w art. 240 ust. 2 ustawy Pzp ustawodawca przewidział dwie czynności, które zamawiający jest zobowiązany wykonać: weryfikację i porównanie. O ile porównanie może być dokonane na podstawie informacji przedstawionych w ofertach poprzez przeczytanie pisemnej treści złożonych ofert i wychwycenie różnic między tymi treściami, o tyle nie da się dokonać w ten sam sposób weryfikacji. Weryfikacja zakłada bowiem zbadanie, czy to co oferuje wykonawca wpisał w ofercie jest rzeczywiście realne i osiągalne. Gdyby zatem ustawodawcy chodziło wyłącznie o przeczytanie treści złożonych ofert i wychwycenie różnic między ich treściami, wystarczające byłoby użycie w przepisie samego tylko słowa „porównanie”. Skoro ustawodawca zdecydował się jednak na dodanie w przepisie słowa „weryfikacja”, to znaczy że obowiązkiem zamawiającego jest coś więcej, niż tylko wskazane wyżej przeczytanie (wzrokowe przejrzanie) treści ofert. Ograniczenie się bowiem tylko do przeczytania oferty wypaczałoby w istocie sens słowa „weryfikacja”. Tym samym należy uznać, że końcowa treść art. 240 ust. 2 ustawy Pzp, tj. „na podstawie informacji przedstawianych w ofertach” odnosi się jedynie do czynności porównania poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia, natomiast nie odnosi się do czynności weryfikacji. Weryfikacja bowiem, jak już wyżej wskazano, nie może polegać wyłącznie na przeczytaniu oferty, gdyż w takiej sytuacji w istocie nie dochodzi do żadnej weryfikacji informacji podanych w tej ofercie.

Po drugie, należy zwrócić uwagę na to, że oba ww. przepisy powinny stanowić implementację do polskiego porządku prawnego treści dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, w tym m.in. zawartego w niej art. 67 ust. 4. Zgodnie z tymże przepisem dyrektywy:

4. Kryteria udzielenia zamówienia nie mogą skutkować przyznaniem instytucji zamawiającej nieograniczonej swobody wyboru. Zapewniają one możliwość efektywnej konkurencji i dołączone są do nich specyfikacje, które umożliwiają skuteczną weryfikację informacji przedstawianych przez oferentów, tak aby ocenić, na ile oferty spełniają kryteria udzielenia zamówienia. W razie wątpliwości instytucje zamawiające skutecznie weryfikują prawidłowość informacji i dowodów przedstawionych przez oferentów.

Również w motywie 92 ww. dyrektywy wskazano: Wybrane kryteria udzielenia zamówienia nie powinny przyznawać instytucji zamawiającej nieograniczonej swobody wyboru oraz powinny zapewniać możliwość efektywnej i uczciwej konkurencji, a także powinny im towarzyszyć rozwiązania, które pozwalają na skuteczną weryfikację informacji przedstawianych przez oferentów.

Z treści przepisów dyrektywy wynika zatem, że treść poprzednio obowiązującego art. 91 ust. 2d ściśle odpowiada w omawianym zakresie treści przepisów dyrektywy, gdyż zarówno ustawodawca unijny, jak i polski posługiwali się pojęciem „weryfikacji (sprawdzenia) informacji przedstawianych przez wykonawców”. Natomiast w obecnie obowiązującym art. 240 ust. 2 ustawodawca polski dokonał pewnej korekty w stosunku do przepisów dyrektywy polegającej na wprowadzeniu słów: „na podstawie informacji przedstawianych w ofertach”. Jak już wyżej wskazano, nawet taka zmiana w treści art. 240 ust. 2 ustawy Pzp nie powinna prowadzić do wniosku, że czynność weryfikacji może być dokonywana wyłącznie na podstawie przeczytania treści oferty.

Przede wszystkim jednak należy podkreślić obowiązek dokonywania prounijnej wykładni przepisów ustawy Pzp wynikający choćby z art. 288 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Skoro w przepisach dyrektywy wyraźnie mowa jest o „weryfikacji informacji” przedstawianych przez wykonawców, nie zaś o „weryfikacji na podstawie informacji” przedstawianych przez wykonawców, to dokonanie prounijnej interpretacji art. 240 ust. 2 ustawy Pzp prowadzi do wniosku, że zamawiający mają obowiązek weryfikowania, czyli sprawdzania informacji wskazywanych przez wykonawców w ofertach w ramach kryteriów oceny ofert. Innymi słowy: w celu dokonania oceny oferty w ramach kryterium oceny ofert zamawiający mają obowiązek sprawdzenia (zbadania) informacji wskazanych w tym celu przez wykonawcę w ofercie, nie mogą zaś jedynie ograniczać się do przeczytania oferty i do przyznania punktów na podstawie informacji zawartych w ofercie.

Aby taka weryfikacja - nieograniczająca się jedynie do wzrokowego zapoznania się z ofertami i porównania ich treści - była możliwa, zamawiający musi tak określić kryteria oceny ofert, aby były one weryfikowalne przed czynnością wyboru najkorzystniejszej oferty, a nie dopiero na etapie realizacji zamówienia. Stanowisko to znajduje potwierdzenie w ww. orzecznictwie Sądu Okręgowego w Warszawie przytoczonym przez odwołującego, niezależnie od tego, że dotyczy ono poprzednio obowiązującego art. 91 ust. 2d. Wskazana bowiem już wyżej wykładnia art. 240 ust. 2 ustawy Pzp, w tym wykładnia prounijna tego przepisu, prowadzi do wniosku, że również art. 240 ust. 2 ustawy Pzp należy rozumieć jako nakładający na zamawiających obowiązek rzeczywistej weryfikacji informacji zawartych w ofertach. Kryteria oceny ofert muszą być zatem określone w taki sposób, aby weryfikacja ta była możliwa.

Powyższe ma też kluczowe znaczenie dla możliwości osiągnięcia celu, dla którego ustanawiane są kryteria oceny ofert. Celem tym jest bowiem wybór najkorzystniejszej oferty w świetle wszystkich opisanych w danym postępowaniu kryteriów. Tymczasem opisywanie kryteriów niemożliwych do zweryfikowania przed wyborem najkorzystniejszej oferty niejednokrotnie prowadzi do sytuacji, w której wszyscy wykonawcy wskazują w ofertach takie same najwyższe w danym kryterium wskaźniki skutkujące przyznaniem najwyższej liczby punktów, co powoduje, że oferty te niczym się nie różnią w zakresie nieweryfikowalnych kryteriów oceny ofert. W efekcie wykonawcy realnie konkurują ze sobą tylko w zakresie pozostałych kryteriów (np. ceny), zaś kryteria nieweryfikowalne stają się pozorne, gdyż wszystkie oferty otrzymują w tych kryteriach taką samą liczbę punktów. Po pierwsze zatem, taka pozorna konkurencja nie jest zgodna z celem opisywania kryteriów oceny ofert. Po drugie, powyższego nie zmienia ew. późniejsze nakładanie kar umownych na wykonawcę na etapie realizacji umowy, gdyż kary te nie są już w stanie zmienić stanu faktycznego, w którym za najkorzystniejszą została wybrana oferta, która dopiero na etapie wykonywania zamówienia okazała się nie być najkorzystniejsza, ze stratą dla wykonawców, którzy nie uzyskali zamówienia.

Określone w przedmiotowym postępowaniu kryteria, tj. deklarowany Czas Realizacji Błędu Krytycznego oraz deklarowany czas przekazania oprogramowania Modyfikacji do Testów Akceptacyjnych, nie są możliwe do weryfikacji przez zamawiającego przed wyborem najkorzystniejszej oferty. Zamawiający może przyznawać punkty w ramach tych kryteriów jedynie na podstawie oświadczeń wykonawców wskazanych w ofertach. Dopiero na etapie realizacji zamówienia, w przypadku niedochowania terminów określonych w ofertach, zamawiający będzie mógł wyciągać konsekwencje wobec wybranego wykonawcy. Natomiast w trakcie postępowania ich sprawdzenie jest niemożliwe. Oznacza to, że ww. kryteria oceny ofert zostały opisane z naruszeniem art. 240 ust. 2 ustawy Pzp, ponieważ nie umożliwiają weryfikacji, o której mowa w tym przepisie, tj. weryfikacji informacji przedstawionych w ofertach przed wyborem najkorzystniejszej oferty. Dlatego odwołanie w zakresie tego zarzutu zostało uwzględnione i Izba nakazała zamawiającemu usunięcie ww. kryteriów oceny ofert. Izba nie nakazała zamawiającemu wprowadzenia żadnych nowych konkretnych kryteriów oceny ofert w miejsce usuniętych, ponieważ opisanie kryteriów należy do obowiązków zamawiającego (art. 240 ust. 1 ustawy Pzp) i to on sam najlepiej zna swoje potrzeby w tym zakresie. Stąd też zamawiający może rozdysponować punkty przewidziane w ww. kryteriach do innych kryteriów bądź opisać nowe kryteria - możliwe do weryfikacji przed wyborem najkorzystniejszej oferty.

Zarzut nr 2.

Zamawiający w pkt 2.1.4. wzoru Umowy określił definicję Błędu Krytycznego:

„2.1.4 Błąd Krytyczny – oznacza działanie lub brak działania funkcji użytkownika, które uniemożliwia co najmniej jednemu użytkownikowi Systemu Informatycznego realizację przynajmniej jednej funkcjonalności opisanej w analitycznym opisie Systemu Informatycznego lub minimum 2-krotne przekroczenie czasu odpowiedzi jednej z funkcji w stosunku do parametrów niefunkcjonalnych ustalonych dla tej funkcji”.

Zdaniem Odwołującego zdefiniowanie Błędu Krytycznego poprzez odniesienie do braku realizacji co najmniej jednej funkcjonalności u co najmniej jednego użytkownika, jest zbyt restrykcyjne w odniesieniu do tak wysokiej kategorii błędu, rygorystycznego SLA i w kontekście systemu informatycznego będącego przedmiotem zamówienia. Dodatkowo odwołujący podnosi, że w ww. definicji przy określaniu podstawy do rozstrzygnięcia, czy dana funkcja działa poprawnie, zamawiający nie odnosi się do zdefiniowanej w swz Dokumentacji a używa pojęcia „funkcjonalności opisanej w analitycznym opisie Systemu Informatycznego”, natomiast przy kryterium wydajnościowym nie określa w ogóle, jaki dokument stanowi podstawę do rozstrzygnięcia, czy w Systemie Informatycznym jest przekroczony czas odpowiedzi czy nie i jaki ten czas jest wymagany.

Odnosząc się do pierwszego z podniesionych przez odwołującego problemów, tj. zdefiniowania Błędu Krytycznego poprzez odniesienie do tylko jednego użytkownika, który nie może używać przynajmniej jednej funkcjonalności, przede wszystkim dostrzec należy, że definicja ta w omawianym zakresie jest jednoznaczna i wyczerpująca, nie doszło zatem do naruszenia art. 99 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący ocenia ww. definicję jako zbyt restrykcyjną, jednakże należy mieć na uwadze cel udzielenia niniejszego zamówienia. Jak wynika z preambuły wzoru umowy, jej celem jest zapewnienie ciągłego, bezawaryjnego i sprawnego korzystania z Systemu Informatycznego przez zamawiającego oraz beneficjentów działalności zamawiającego (m.in. rolnicy, mieszkańcy wsi, Ośrodki Doradztwa Rolniczego itp.), a prawidłowe funkcjonowanie tego Systemu jest kluczowe z perspektywy możliwości realizacji celów statutowych zamawiającego i jest istotne dla skutecznego realizowania polityki rolnej w Polsce. W związku z powyższym Izba stwierdziła, że zdefiniowanie Błędu Krytycznego poprzez brak działania jednej funkcjonalności u co najmniej jednego użytkownika jest usprawiedliwione charakterem i zakresem Systemu będącego przedmiotem niniejszego zamówienia. Dla sprawnego działania tego Systemu konieczne jest bowiem, by wykonawca zweryfikował problem występujący nawet u jednego użytkownika, zwłaszcza że zgłoszenie przez jednego użytkownika nie wyklucza sytuacji, w której problem występuje u wielu innych,

ale tylko jeden użytkownik go zgłasza. Należy przy tym zauważyć, że problem występujący u jednego użytkownika (np. administratora) może pociągać za sobą problemy u wielu kolejnych i w praktyce przekładać się na niemożność realizowania któregoś z podstawowych zadań zamawiającego. Powyższe okoliczności przesądzają, zdaniem Izby, o tym, że restrykcyjna definicja Błędu Krytycznego jest w tym wypadku uzasadniona potrzebami zamawiającego i celem udzielenia niniejszego zamówienia. Dlatego odwołanie w tym zakresie zostało oddalone.

Odnosząc się natomiast do kwestii braku odniesienia w ww. definicji do Dokumentacji, należy dostrzec niekonsekwencję zamawiającego w tym zakresie. Zamawiający opisuje Błąd Krytyczny jako:

- działanie lub brak działania funkcji użytkownika, które uniemożliwia co najmniej jednemu użytkownikowi Systemu Informatycznego realizację przynajmniej jednej funkcjonalności opisanej w analitycznym opisie Systemu Informatycznego,
- minimum 2-krotne przekroczenie czasu odpowiedzi jednej z funkcji w stosunku do parametrów niefunkcjonalnych ustalonych dla tej funkcji.

Pierwsza z przesłanek odnosi się do analitycznego opisu Systemu Informatycznego, druga zaś nie odnosi się do żadnego dokumentu pozwalającego na weryfikację jej wystąpienia. Taka niekonsekwencja zamawiającego powinna więc zostać usunięta i w tym zakresie Izba podzieliła argumentację odwołującego, zgodnie z którą podstawą rozstrzygnięcia, czy wystąpiła którakolwiek z ww. przesłanek powinna być Dokumentacja SI, gdyż całościowo opisuje system informatyczny i jego prawidłowe działanie. Odniesienie do Dokumentacji SI w definicji Błędu Krytycznego będzie także spójne z pierwszą przesłanką definicji Błędu Niekrytycznego. Z uwagi na powyższe, odwołanie w zakresie kwestii dotyczącej braku odniesienia do Dokumentacji SI zostało uwzględnione i Izba nakazała zamawiającemu wprowadzenie odniesienia do tej Dokumentacji, tj. wskazanie w ww. definicji: „Błąd Krytyczny – oznacza działanie lub brak działania funkcji użytkownika, które uniemożliwia co najmniej jednemu użytkownikowi Systemu Informatycznego realizację przynajmniej jednej funkcjonalności opisanej w Dokumentacji lub minimum 2-krotne przekroczenie czasu odpowiedzi jednej z funkcji w stosunku do parametrów niefunkcjonalnych określonych dla tej funkcji w Dokumentacji.”

Zarzut nr 3.

Zamawiający w pkt 2.1.5. wzoru Umowy określił definicję Błędu Niekrytycznego:
„2.1.5 Błąd Niekrytyczny – oznacza działanie lub brak działania funkcji Systemu Informatycznego, które:

- jest niezgodne z Dokumentacją (ale nie jest Błędem Krytycznym ani Awarią), w tym skutkuje uciążliwością w eksploatacji Systemu Informatycznego dla jego użytkownika lub użytkowników, lub
- powoduje spadek wydajności działania funkcji Systemu Informatycznego”.

Zarzut odwołującego dotyczy drugiej z ww. przesłanek, która nie odnosi się do żadnego dokumentu pozwalającego na weryfikację jej wystąpienia. W związku z tym odwołujący wnosi o nakazanie zamawiającemu dokonania takiej zmiany, w myśl której spadek wydajności działania funkcji Systemu Informatycznego również będzie stanowił niezgodne z Dokumentacją działanie lub brak działania funkcji Systemu Informatycznego.

W tym przypadku Izba podzieliła argumentację zamawiającego, zgodnie z którą nie da się przewidzieć wszystkich nieprawidłowości, które wystąpią w praktyce, dlatego też ograniczenie ich tylko do przypadków opisanych w Dokumentacji może spowodować brak możliwości wyegzekwowania działania wykonawcy w przypadku spadku wydajności działania funkcji Systemu Informatycznego innego niż opisany w Dokumentacji. O ile bowiem same działania czy funkcje są opisane w Dokumentacji, o tyle nie każdy spadek wydajności musi wynikać wyłącznie z działań lub braku działań opisanych w Dokumentacji. Zmiana drugiej przesłanki Błędu Niekrytycznego w sposób zgodny z żądaniem odwołującego, narażałaby zatem zamawiającego na ryzyko niezaspokojenia jego uzasadnionych potrzeb związanych z udzieleniem zamówienia. Dlatego odwołanie w tym zakresie zostało oddalone.

Zarzut nr 7.

W pkt 8.33. Umowy zamawiający wskazał:

„8.33. Zasady zmiany wynagrodzenia określone w pkt 8.24 – 8.31 powyżej mają odpowiednie zastosowanie do zmiany wysokości wynagrodzenia w przypadku zmiany średniorocznego wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego na podstawie przepisów ustawy o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych (dalej „wskaźnik”), z zastrzeżeniem następujących zasad:”

Odwołujący wskazuje, że w przypadku świadczenia usług informatycznych zmianę kosztów związanych z realizacją zamówienia opisuje nie tyle wzrost cen będący skutkiem inflacji, a wzrost kosztów wynagrodzenia. Wzrost ten opisywany jest dokładniej innym miernikiem, którym jest publikowane przez GUS „przeciętne miesięczne wynagrodzenie w sektorze przedsiębiorstw”. Jest to bezpośredni odpowiednik przywołanego w ustawie Pzp poziomu wzrostu kosztów związanych z realizacją zamówienia.

Jak słusznie jednakże zwrócił uwagę zamawiający, w art. 439 ust. 1 ustawy Pzp mowa jest o cenie materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. Chodzi

zatem o różne koszty związane z realizacją zamówienia, a nie tylko jeden koszt, w tym wypadku – koszt wynagrodzeń. Niewątpliwie koszt wynagrodzeń jest istotnym kosztem wpływającym na realizację usług z branży IT, niemniej jednak nie jest to jedyny koszt, jaki muszą ponieść wykonawcy. Przykładowo zamawiający podał także koszty licencji czy oprogramowania firm trzecich (Oracle, LIDS, REDaHat), które wykonawca Comarch w swoim odwołaniu (wycofany zarzut III.iv.) wycenił na kilka milionów złotych. Inne koszty poza wynagrodzeniem personelu też są zatem związane z realizacją zamówienia, co uzasadnia zastosowanie do zmiany wynagrodzenia wykonawcy wskaźnika inflacji i nie narusza art. 439 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba nie dopatrzyła się także naruszenia przez zamawiającego art. 439 ust. 2 w zw. z art. 436 pkt 2 w zw. z art. 431 ustawy Pzp, ponieważ z przepisów tych nie wynika, że zamawiający ma obowiązek zastosować wskaźnik wzrostu wynagrodzeń do zasad zmiany wynagrodzenia przysługującego wykonawcy, jak też nie wynika z nich, że wzrost zastosowanego wskaźnika ma się przekładać automatycznie w takiej samej wysokości na zmianę tego wynagrodzenia. W szczególności w art. 439 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp ustawodawca wskazał, że w umowie określa się maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzenia zmiany wysokości wynagrodzenia. Z przepisu tego wynika zatem, że do zamawiającego należy określenie wysokości zmian wynagrodzenia w wyniku zastosowania np. określonego wskaźnika, w tym wypadku wskaźnika inflacji. Wskazanie stopniowości podwyższenia wynagrodzenia w zależności od wzrostu wskaźnika inflacji mieści się zatem w granicach działania zamawiającego określonych w ww. przepisie. W ocenie Izby nie doszło więc do naruszenia obowiązujących przepisów, dlatego odwołanie w zakresie tego zarzutu zostało oddalone.

Zarzut nr 20.

W pkt 5.3.1 i w pkt 2.4. Załącznika 4A do Umowy zamawiający wskazał:
„5.3.1. Na podstawie przekazanego przez Zamawiającego Zapotrzebowania na Modyfikację, Wykonawca przygotowuje Propozycję. Wykonawca przekazuje Propozycję Zamawiającemu w terminie do 15 Dni Roboczych od daty przekazania przez Zamawiającego Zapotrzebowania na Modyfikację do Wykonawcy. Na wniosek Wykonawcy, złożony nie później niż w ciągu 5 Dni Roboczych od daty przekazania przez Zamawiającego Zapotrzebowania na Modyfikację Zamawiający może wyrazić zgodę na przedłużenie ww. terminu w szczególności, jeżeli złożenie Propozycji wymaga dodatkowych uzgodnień lub spotkań, a Wykonawca szczegółowo uzasadni taką potrzebę. Niezaakceptowanie przez Zamawiającego wniosku Wykonawcy, o którym mowa w zdaniu poprzednim, powoduje, że

Wykonawca jest zobowiązany do przedłożenia Propozycji w terminie do 15 Dni Roboczych, liczonym od daty przekazania przez Zamawiającego Zapotrzebowania na Modyfikację do Wykonawcy. Przedłużenie wymaga zachowania formy dokumentowej i może zostać uzgodnione między Koordynatorami Umowy Stron.”,

„2.4. Po złożeniu Zapotrzebowania na Modyfikację, w terminie nie dłuższym niż 7 Dni Roboczych od dnia przekazania Zapotrzebowania na Modyfikację, Wykonawca sporządzi Szczegółowy Opis Wymagań (SOW) wg. wzoru stanowiącego Załącznik nr 4J do Umowy, który będzie podstawą do złożenia Propozycji. Na wniosek Wykonawcy, złożony nie później niż w ciągu 3 Dni Roboczych od daty przekazania przez Zamawiającego Zapotrzebowania na Modyfikację Zamawiający może wyrazić zgodę na przedłużenie ww. terminu lub rezygnację z przygotowywania SOW w szczególności, jeżeli ze względu na złożoność wymagań sporządzenie SOW w tym terminie nie jest możliwe lub ze względu na zakres Modyfikacji przygotowanie SOW nie jest konieczne, a Wykonawca przedstawi szczegółowe uzasadnienie swojego wniosku. Zamawiający zastrzega sobie prawo do zgłaszania uwag i zastrzeżeń do otrzymanego SOW w terminie 2 Dni Roboczych od dnia jego przekazania, a Wykonawca zobowiązany jest je uwzględnić w terminie 2 Dni Roboczych od dnia ich otrzymania od Zamawiającego. Ww. proces uzgodnień SOW nie zwalnia Wykonawcy z terminu przygotowania i przekazania Propozycji, wskazanego w pkt. 5.3.1. niniejszego załącznika, przy czym Wykonawca może wystąpić do Zamawiającego z wnioskiem o wydłużenie terminu na złożenie Propozycji, zgodnie z pkt 5.3.1.”

Odwołujący podnosi, że w praktyce zapis ten powoduje, że termin 15 Dni Roboczych przewidziany na przygotowanie Propozycji zostaje skrócony do 4 Dni Roboczych, gdyż wyłączone zostały z niego:

- 7 Dni Roboczych od dnia przekazania Zapotrzebowania na Modyfikację, przewidzianych na sporządzenie przez Wykonawcę Szczegółowego Opisu Wymagań (SOW), który ma być podstawą do złożenia Propozycji,
- 2 Dni Robocze od dnia przekazania SOW, przewidziane przez Zamawiającego na zgłoszenia uwag i zastrzeżeń do otrzymanego SOW,
- 2 Dni Robocze przewidziane na uwzględnienie przez Wykonawcę uwag zgłoszonych przez Zamawiającego do SOW.

Zdaniem odwołującego, uniemożliwia to skuteczne złożenie jakiegokolwiek Propozycji w oczekiwanym przez zamawiającego terminie i wymaga każdorazowego złożenia wniosku o przedłużenie terminu złożenia Propozycji, na co zamawiający nie musi wyrazić zgody.

W przedmiotowej sprawie należy zauważyć, że zamawiający dokonał zmian swz polegających na dodaniu:

- w pkt 5.3.1. Załącznika 4A do Umowy po zdaniu trzecim: „Zamawiający w terminie 2 Dni Roboczych udzieli odpowiedzi, a czas ten nie wlicza się do terminu, o którym mowa w zdaniu pierwszym”,
- w pkt 2.4. Załącznika 4A do Umowy w zdaniu pierwszym po słowie „sporządzi”:
„na podstawie przekazanego Zapotrzebowania na Modyfikację oraz uzgodnień z Zamawiającym”.

Dokonane zmiany mogą skutkować wydłużeniem faktycznego okresu na przygotowanie Propozycji z 4 Dni Roboczych do 6 Dni Roboczych, co nadal nie zaspokaja żądań odwołującego, aby czas na przygotowanie SOW w ogóle nie był wliczany do czasu przekazania Propozycji.

W trakcie rozprawy strony i przystępujący podnieśli argumenty, z których wynika, że w istocie przewidziany przez zamawiającego termin, nawet z wliczeniem do niego czasu przygotowania SOW, jest wystarczający dla małych Zamówień, przy czym przykładowo określano je jako Zamówienia o wartości do 100 punktów funkcyjnych. Jednocześnie odwołujący Asseco (aktualnie realizujący umowę na analogiczny przedmiot zamówienia) podnosił, że w praktyce takie małe Zamówienia są rzadko zlecane przez zamawiającego i że w obecnie realizowanej umowie termin przygotowania SOW nie jest wliczany do czasu przekazania Propozycji. Zamawiający z kolei podnosił, że w ramach obecnie realizowanej umowy każdorazowo wyraża zgodę na przedłużenie terminu przekazania Propozycji, jeżeli wniosek wykonawcy jest właściwie uzasadniony.

Izba stwierdziła, że termin przekazania Propozycji, do którego wlicza się czas przygotowania SOW, nawet po zmianie swz dokonanej przez zamawiającego, jest za krótki w przypadku większych Zamówień. Wykonawcy nie mają przy tym żadnej gwarancji, że zamawiający wyrazi zgodę na jego wydłużenie, co naraża ich na kary umowne za przekroczenie terminu. Nie można się przy tym zgodzić z zamawiającym, że kary nie będą nakładane, gdyż są przewidziane za zwłokę, a zatem bezzasadne niewyrażenie przez niego zgody na wydłużenie terminu skutkowałoby brakiem podstaw do dochodzenia od wykonawcy kary umownej. Należy zauważyć, że brak dochodzenia kary umownej wymagałby najpierw od zamawiającego przyznania, że niezasadnie nie wyraził zgody na przedłużenie terminu przekazania Propozycji, co naraża strony na konieczność prowadzenia w tym zakresie sporów co do zasadności niewydłużenia terminu i zasadności nałożenia kary umownej. Ww. postanowienia umowne przewidujące zatem zbyt krótki termin na przekazanie Propozycji w przypadku dużych Zamówień i uzależniające możliwość jego wydłużenia od uznania zamawiającego, nie tylko grożą wykonawcy nałożeniem kar umownych, ale mogą też utrudniać współdziałanie stron umowy.

W związku z powyższym Izba uznała zarzut za zasadny w stosunku do dużych Zamówień, zgodnie określanych w trakcie rozprawy przez strony i przystępujących jako mających wartość ponad 100 punktów funkcyjnych i nakazała zamawiającemu wydłużenie w pkt 5.3.1. wzoru załącznika 4A do umowy terminu przekazania Propozycji w przypadku Modyfikacji o wartości ponad 100 punktów funkcyjnych. Jednocześnie Izba pozostawiła do decyzji zamawiającego sposób wydłużenia tego terminu, łącznie z możliwością wskazaną w żądaniu odwołującego, tj. poprzez niewliczanie terminu na przekazanie SOW do terminu na przekazanie Propozycji.

Odwołanie DXC o sygn. akt KIO 3587/21:

Zarzut nr 1.

Zamawiający w rozdziale I w pkt I.1. Opis przedmiotu zamówienia, ust. 7 swz wskazał:

„Usługa Utrzymania i Usługa Modyfikacji finansowane będą przez Zamawiającego w ramach odrębnych dotacji pochodzących z budżetu państwa podlegających odrębnym zasadom rozliczania. Każda z usług jest usługą odrębną o określonym zakresie i realnej wartości, co powinno znaleźć odzwierciedlenie w ofercie zgodnie z Formularzem Ofertowym. W związku z powyższym wartość Usługi Modyfikacji dla zamówienia podstawowego musi stanowić minimum 62% ceny oferty dla zamówienia podstawowego. Realizacja Usługi Modyfikacji będzie wynikała z bieżących potrzeb Zamawiającego.”

Odwołujący wskazuje, że wyznaczenie przez zamawiającego minimalnej wartości, jaką w ramach ceny za realizację zamówienia podstawowego ma zaoferować wykonawca, stanowi nieuzasadnioną i niedozwoloną próbę narzucenia wykonawcom określonego sposobu kalkulacji ceny oferty.

W pierwszej kolejności nie można zgodzić się z argumentacją odwołującego DXC, zgodnie z którą „kwestia ilości punktów funkcyjnych nie zobowiązuje Zamawiającego do ich wykorzystania, zatem Zamawiający może mieć jedynie pewność co do realizacji przedmiotu zamówienia podstawowego w maksymalnie 38% jego wartości, co prowadzi do wniosku, że Zamawiający nie określił minimalnej wartości zamówienia jaką zamierza zlecić w ramach realizacji przedmiotu zamówienia”. Zamawiający wyraźnie bowiem wskazał w pkt 5.7.4 umowy, że gwarantuje w ramach Usługi Modyfikacji złożenie Zamówień na poziomie ilości 26.000 punktów funkcyjnych (z wyjątkiem sytuacji wypowiedzenia lub odstąpienia Umowy). Tym samym wykonawcy znają minimalny poziom Zamówień w ramach Usługi Modyfikacji.

Izba dostrzega jednocześnie potencjalną korzyść, jaką mieliby wykonawcy w przypadku usunięcia ww. postanowienia swz, w postaci możliwości zaoferowania lepszej

ceny punktu funkcyjnego w zakresie usług rozwoju. Niemniej jednak korzyść ta nie może przesłaniać znacznie większego ryzyka zamawiającego wynikającego z usunięcia ww. postanowienia. Należy bowiem zauważyć, że zlecenie wykonawcom Usług Modyfikacji będzie wynikało z bieżących potrzeb zamawiającego, a zatem niepewność co do poziomu zleceń ponad minimalne zobowiązanie zamawiającego może skutkować próbą „przerzucania” przez wykonawców kosztów świadczenia usług rozwoju do innych kosztów objętych umową. Kwestionowany w odwołaniu wymóg ma więc na celu zapobieżenie dokonywaniu przez wykonawców „inżynierii cenowej” polegającej na ukrywaniu kosztów Usług Modyfikacji w innych kosztach (rozliczanych ryczałtowo) w celu zmaksymalizowania zysku. Powyższe uzasadnia wprowadzenie ww. wskaźnika procentowego ceny w celu przeciwdziałania przerzucania kosztów Usług Modyfikacji do kosztów innych usług.

Jednocześnie Izba podtrzymuje w tej sprawie stanowisko wyrażone w wyroku z dnia 13.11.2018 r. o sygn. akt KIO 1896/18, zgodnie z którym: „Wymagania zamawiającego narzucające wykonawcom pewne rygory kalkulacyjne w związku z obliczaniem ceny oferty przez ustanowienie parytetu wartości usług utrzymania oraz usług rozwoju systemu nie naruszają przepisów ustawy. Przeciwnie, przez swą czytelność sprzyjają zachowaniu zasad uczciwej konkurencji w związku z ubieganiem się o zamówienie oraz zapewniają zapłatę wykonawcom na etapie wykonania umowy według bardziej realnych rynkowo wartości”. Również w niniejszej sprawie Izba uznała stanowisko zamawiającego za właściwe i nie dopatrzyła się naruszenia wskazanych w odwołaniu przepisów prawa.

Zarzut nr 2.

W rozdziale III, w podrozdziale III.2. w pkt 1.1.2.2. i w pkt 1.1.2.3. swz zamawiający opisał warunki udziału w postępowaniu w zakresie personelu, jakim ma dysponować wykonawca, w tym m.in.:

1.1.2.2. jednym Administratorem Camunda, który posiada:

1.1.2.2.1. minimum 2-letnie doświadczenie w roli Administratora rozwiązań Camunda przy realizacji zamówień o zakresie jak w pkt 1.1.1.2. z wyłączeniem wartości zamówień,

1.1.2.3. jednym Programistą Camunda, który posiada:

1.1.2.3.1. minimum 2-letnie doświadczenie w roli Programisty rozwiązań Camunda przy realizacji zamówień o zakresie jak w pkt 1.1.1.1. z wyłączeniem wartości zamówień,

1.1.2.7. jednym Analitykiem GIS, który posiada:

1.1.2.7.1. minimum 3-letnie doświadczenie w roli analityka systemowego rozwiązań informatycznych GIS przy realizacji zamówień o zakresie jak w pkt 1.1.1.1. z wyłączeniem wartości zamówień,

1.1.2.7.2. znajomość w zakresie rozwiązań LIDS i GeoServer,

1.1.2.7.3. *znajomość języka IJML,*

1.1.2.7.4. *znajomość narzędzia Enterprise Architect,*

1.1.2.7.5. *dobre umiejętności komunikacyjne i interpersonalne.*

Co do warunków dotyczących Administratora i Programisty Camunda odwołujący podnosi, że produkt ten jest jednym z narzędzi klasy „BPM” (Business Process Management) i wiele innych narzędzi należy do tej grupy. Natomiast Camunda jest produktem rzadko stosowanym w świadczeniu usług informatycznych, a ponadto świadczenie usług z wykorzystaniem Camunda nie różni się znacząco w stosunku do świadczenia usług z wykorzystaniem innych produktów z narzędzi typu „BPM”. Co do warunku dotyczącego Analityka GIS odwołujący podnosi, że na rynku funkcjonuje wiele rozwiązań informatycznych w klasie GIS, które są równoważne do rozwiązań LIDS i GeoServer i pozwalają na ocenę możliwości realizacji przedmiotu zamówienia przez danego specjalistę. Odwołujący wskazuje, że wymaganie doświadczenia osób w pracy z konkretnym produktem, wskazanym z nazwy własnej, bez jednoczesnej możliwości spełnienia wskazanego warunku poprzez wskazanie osób z równoważnym doświadczeniem w istotny sposób narusza podstawowe zasady Prawa zamówień publicznych i prowadzi do nieuzasadnionego obiektywnymi przyczynami ograniczenia konkurencji w postępowaniu.

W odpowiedzi na odwołanie zamawiający wskazał, że Camunda BPM to produkt powszechnie dostępny i jest on komponentem wytwarzanej obecnie Aplikacji IRZPlus odpowiedzialnym za zarządzanie stanami procesów biznesowych, frameworkiem programistycznym w zakresie sterowania procesami biznesowymi. Z kolei oprogramowanie standardowe LIDS ma bardzo szerokie zastosowanie w SIA i jest wykorzystywane m.in. w funkcjonalnościach wizualizacji danych przestrzennych w IACSPlus, jako warstwa prezentacji danych przestrzennych, masowym imporcie danych GIS oraz w Aplikacji PZSIPplus. Z doświadczenia zamawiającego wynika, iż doświadczenie uzyskane z wykorzystaniem innych rozwiązań GIS nie gwarantuje wystarczającego poziomu zdolności z zastosowaniem rozwiązania LIDS i GeoServer. Zamawiający dokonał także zmiany swz i udostępnił projekt techniczny Aplikacji IRZplus.

W pierwszej kolejności należy stwierdzić, że wbrew argumentacji odwołującego, w sprawie nie ma zastosowania art. 99 i art. 101 ust. 4 ustawy Pzp, gdyż dotyczą one przedmiotu zamówienia, podczas gdy zarzut dotyczy warunków udziału w postępowaniu. Tym samym zastosowanie znajduje art. 112 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

Należy zauważyć, że odwołujący nie podnosi, aby długość lub rodzaj wymaganego doświadczenia dla Administratora i Programisty Camunda czy Analityka GIS były nadmierne,

natomiast kwestionuje zasadność opisanego warunku przez sam wymóg dysponowania przez wykonawcę specjalistami z zakresu ww. oprogramowań. W związku z powyższym należy stwierdzić, że skoro oprogramowanie Camunda stanowi część Aplikacji IRZPlus, to niewątpliwie ww. warunki udziału w postępowaniu dotyczące Administratora i Programisty Camunda są związane z przedmiotem zamówienia i mają na celu umożliwienie oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Nie ma przy tym znaczenia, że Aplikacja ta jest dopiero wytwarzana, skoro wiadomo już, że jej odbiór jest planowany na marzec 2022 r. Również warunek dotyczący Analityka GIS należy ocenić jako związany z przedmiotem zamówienia i mający na celu umożliwienie oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, gdyż oprogramowanie LIDS także jest przez zamawiającego wykorzystywane.

Odnosząc się do podniesionych na rozprawie argumentów wskazujących na fakt, że oprogramowanie LIDS jest produktem wykonawcy Asseco i ten sam wykonawca używa także rzadko stosowanego oprogramowania Camunda, należy stwierdzić, że powyższe nie wyłącza możliwości pozyskania na rynku właściwych specjalistów przez innych wykonawców. Jak bowiem wynika z polemiki stron mającej miejsce w trakcie rozprawy, specjaliści dysponujący wymaganym doświadczeniem są dostępni na rynku, choć nie ma ich wielu i niekoniecznie znają biegle język polski (wymaganie z pkt 1.2. z Załącznika nr 19 do Umowy). Z uwagi jednak na uwzględnienie przez Izbę zarzutu nr 8 niniejszego odwołania w zakresie dysponowania personelem znającym biegle język polski, grono specjalistów spełniających wymagania określone w ww. warunkach się powiększa i staną się oni bardziej dostępni wykonawcom, także innym niż Asseco. Odwołujący zresztą nie widzi problemu z pozyskaniem ww. specjalistów na etapie realizacji zamówienia, co również świadczy o tym, że generalnie istnieje możliwość dysponowania osobami spełniającymi ww. wymagania i nie mamy w tym wypadku do czynienia z sytuacją, w której możliwość tę ma jedynie wykonawca Asseco. Z uwagi na powyższe odwołanie w zakresie tego zarzutu zostało oddalone.

Zarzut nr 3.

Zamawiający w pkt 3.7 Wzoru umowy wskazał:

„Przez okres obowiązywania Umowy, Zamawiający uprawniony jest do nie więcej niż trzykrotnego jednostronnego zawieszenia świadczenia Wykonawcy w odniesieniu do Grupy Usług Utrzymania Środowisk (G1), a Wykonawca wyraża na to zgodę. Uprawnienie Zamawiającego do zawieszenia świadczenia Wykonawcy w odniesieniu do Grupy Usług Utrzymania Środowisk (G1) jest ograniczone w ten sposób, że w okresie obowiązywania Umowy Wykonawca będzie świadczyć Usługi z Grupy Usług Utrzymania Środowisk (G1) przez co najmniej trzy następujące po sobie miesiące. Ograniczenie, o którym mowa

w zdaniu poprzednim nie dotyczy sytuacji wypowiedzenia lub odstąpienia od Umowy przez Zamawiającego.

Każdorazowe wznowienie świadczenia Usług z Grupy Usług Utrzymania Środowisk (G1), następować będzie na okres nie krótszy niż 3 miesiące.

Zamawiający poinformuje Wykonawcę na piśmie o zawieszeniu świadczenia Wykonawcy w odniesieniu do Grupy Usług Utrzymania Środowisk (G1) na co najmniej 1 miesiąc przed dniem, w którym nastąpi zawieszenie świadczenia Usług w odniesieniu do Grupy Usług Utrzymania Środowisk (G1). Zamawiający może przekazać informację o zawieszeniu również w czasie trwania Okresu Przejściowego. Zawieszenie świadczenia Usług w odniesieniu do Grupy Usług Utrzymania Środowisk (G1) obowiązywać może również począwszy od daty rozpoczęcia świadczenia Usług w rozumieniu pkt 6.8 i 6.9 Umowy. W piśmie Zamawiający wskaże datę, od której Wykonawca nie będzie świadczyć Usług w ramach Grupy Usług Utrzymania Środowisk (G1). Przez okres, w którym Wykonawca nie będzie świadczyć Usług w odniesieniu do Grupy Usług Utrzymania Środowisk (G1), Wykonawcy nie należy się wynagrodzenie ryczałtowe przypisane do tej Grupy Usług. Zamawiający uprawniony jest do jednostronnego wznowienia świadczenia Usług w ramach Grupy Usług Utrzymania Środowisk (G1). Wznowienie nastąpi z co najmniej 3 miesięcznym wyprzedzeniem, przez wskazanie Wykonawcy daty wznowienia świadczenia Usług w odniesieniu do Grupy Usług Utrzymania Środowisk (G1) na piśmie.

Jeżeli początek zawieszenia lub wznowienia świadczenia Usług w odniesieniu do Grupy Usług Utrzymania Środowisk (G1) przypada na inny dzień, niż pierwszy dzień miesiąca, wynagrodzenie należne Wykonawcy za świadczenie Usług w ramach Grupy Usług Utrzymania Środowisk (G1) za miesiąc, w którym Usługi te były świadczone w niepełnym wymiarze czasowym zostanie ustalone proporcjonalnie do czasu przez jaki Usługi w ramach Grupy Usług Utrzymania Środowisk (G1) były świadczone w takim miesiącu.”

Odwołujący wskazuje, że z przytoczonego postanowienia Wzoru umowy wynika, że zamawiający posiada jednostronne uprawnienie do ograniczenia świadczenia usług z grupy G1 nawet do tylko 3 miesięcy przez cały okres świadczenia usług. Nie daje to wykonawcy żadnej pewności co do potencjalnego wynagrodzenia, a co za tym idzie – możliwości wyceny oferty. Ponadto wykonawcy nie wiedzą, na jaki czas zamawiający może zawiesić świadczenie usług w grupie G1, zatem będzie to kwestia autorytatywnej decyzji zamawiającego, która pozbawi wykonawcę jednego z elementów pewnego przychodu w ramach zamówienia podstawowego.

W ocenie Izby, dostrzegając trudność wyceny oferty w zakresie Grupy Usług Utrzymania Środowisk (G1), należy jednocześnie stwierdzić, że zamawiający ma prawo tak ukształtować zakres przedmiotu zamówienia, aby odpowiadał on jego uzasadnionym potrzebom. Skoro zamawiający jest dopiero w trakcie podejmowania ww. usług, ale wciąż nie

ma pewności, czy będzie w stanie samodzielnie je wykonywać, nie można go pozbawiać możliwości korzystania w tym zakresie, w razie potrzeby, z usług wykonawcy.

Należy także zauważyć, że pkt 3.7. Wzoru Umowy nie daje zamawiającemu całkowitej swobody zawieszania tych usług. W punkcie tym wskazano, że zamawiający może zawieszać wykonywanie ww. usług tylko trzykrotnie, informując o zawieszeniu z co najmniej 1-miesięcznym wyprzedzeniem, a ponadto informacja o każdorazowym wznowieniu nastąpi z co najmniej 3-miesięcznym wyprzedzeniem na okres nie krótszy niż 3 miesiące. Wskazano także, że minimalny okres świadczenia tych usług wyniesie 3 miesiące, co oznacza, że maksymalny czas zawieszenia ww. usług to cały pozostały okres, na jaki zostanie zawarta umowa. Tym samym określenie minimalnego gwarantowanego okresu świadczenia Grupy Usług Utrzymania Środowisk (G1) skutkuje jednocześnie spełnieniem żądania odwołującego zawartego w odwołaniu, tj. określeniem maksymalnego czasu zawieszenia tych usług. Maksymalne zawieszenie potrwa bowiem tyle, ile trwać będzie umowa z wyłączeniem 3 miesięcy.

Zamawiający dostosował zatem postanowienia Umowy dotyczące zawieszenia usług G1 do tego, co nakazała mu Izba w analogicznej sprawie w wyroku z dnia 13.11.2018 r. o sygn. akt KIO 1896/18, tj. przede wszystkim wskazał minimalny gwarantowany okres świadczenia usług z grupy G1. W ww. wyroku Izba uznała wskazanie takiej informacji za niezbędne do zachowania zgodności postanowień umowy z art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), którego treść odpowiada treści obecnie obowiązującego art. 99 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający wykonał ww. wyrok Izby, zatem nie ma podstaw do stwierdzenia, w świetle przewidzianych we wzorze umowy wyżej wskazanych ograniczeń zawieszania usług G1, że naruszył art. 99 ust. 1 ustawy Pzp.

Nie jest także zasadne żądanie odwołującego nakazania zamawiającemu dostosowania wymagań dostępności kluczowego zespołu (wymienionego w Załączniku 19) do planowanej realizacji usługi G1 (np. role administratorów). Zgodnie bowiem z pkt 1.3. Załącznika nr 19: „Jeżeli Zamawiający wypowie lub zawiesi świadczenie Usługi lub Usług, wówczas Wykonawca zwolniony jest z obowiązku utrzymywania w ramach zespołu pracowników i współpracowników Wykonawcy tej roli lub ról, które związane były wyłącznie z Usługą lub Usługami, które zostały przez Zamawiającego wypowiedziane lub zawieszane”. W okresie zawieszenia ww. usług, wykonawcy nie będą mieli zatem obowiązku utrzymywać zespołu przeznaczonego do ich realizowania.

Z uwagi na powyższe, Izba uznała zarzut za niezasadny.

Zarzut nr 4.

W pkt 2.1.1.22. i w pkt 2.1.1.23. załącznika nr 1A do Wzoru umowy zamawiający wskazał:

„Wykonawca, na podstawie Zgłoszeń oraz niezależnie od Zgłoszeń Zamawiającego, ma obowiązek podejmować działania niezbędne dla zapewnienia celu, kompletności i efektywności Usługi, w tym:

2.1.1.22. co najmniej raz na 6 miesięcy wykonanie testów pełnego odtworzenia SI na podstawie kopii zapasowych oraz Dokumentacji oraz przedstawienie Zamawiającemu raportu dokumentującego przebieg i wyniki testów;”

2.1.1.23. co najmniej raz na 6 miesięcy przeprowadzanie, na własnych środowiskach testowych lub za zgodą Zamawiającego – na Środowiskach Pomocniczych, testów wydajnościowych skalowalnych do Środowiska Produkcyjnego oraz przedstawienie Zamawiającemu raportu dokumentującego przebieg i wyniki testów.”

Odwołujący podnosi, że zamawiający nie zapewnia wykonawcom udzielenia licencji na oprogramowanie niezbędne do stworzenia i utrzymania odpowiednich środowisk testowych, co faworyzuje wykonawcę obecnie realizującego usługi na rzecz zamawiającego, tj. wykonawcę Asseco, gdyż oprogramowaniem niezbędnym do stworzenia jak i utrzymania środowiska testowego jest oprogramowanie LIDS, którego wyłącznym dystrybutorem jest Asseco Poland S.A. W związku z tym odwołujący uznał za zasadne, aby zamawiający zapewnił na swój koszt wszelkie licencje do oprogramowania niezbędnego do realizacji przedmiotu zamówienia.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że wbrew argumentacji odwołującego podniesionej na rozprawie, uzasadnienie zarzutu nr 4 zawarte w odwołaniu dotyczy jedynie licencji do oprogramowania LIDS, nie zaś wszelkich licencji.

W zakresie zatem zarzutu opisanego w odwołaniu, tj. w zakresie licencji do oprogramowania LIDS, Izba nie podzieliła argumentacji zamawiającego, zgodnie z którą przewaga Asseco stanowi wyjątkowo korzystne warunki dostaw lub usług, o których mowa w art. 224 ust. 3 pkt 2 ustawy Pzp, co oznacza, że jest to przewaga uzasadniona, która w świetle przepisów ustawy Pzp nie może być oceniana negatywnie.

Należy zauważyć, że zgodnie z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Zamawiający nie może zatem przygotowywać postępowania, w tym tworzyć postanowień swz, w taki sposób, który wg posiadanej przez niego wiedzy, będzie skutkować faworyzowaniem jednego wykonawcy kosztem innych wykonawców. W tym wypadku zamawiający ma świadomość, że z uwagi na stosowane oprogramowanie LIDS wykonawca Asseco nie będzie musiał ponosić kosztów zakupu licencji do tego oprogramowania, natomiast pozostali wykonawcy będą musieli je ponieść w celu wykonania ww. zadań. W dodatku, nawet jeśli wykonawca Asseco nie odmówi nikomu sprzedaży licencji, to inni wykonawcy będą musieli ją kupić za cenę wyznaczoną przez Asseco, co prowadzi do sytuacji, w której wykonawca ten będzie miał

wpływ na przygotowanie ofert przez konkurentów. Dopuszczając do takiej sytuacji, zamawiający narusza zatem ww. zasady, o których mowa w art. 16 pkt 1 ustawy Pzp.

Powyższego nie zmienia treść art. 224 ust. 3 pkt 2 ustawy Pzp, która przewiduje możliwość wyjaśnienia ceny oferty wyjątkowo korzystnymi warunkami dostaw lub usług. Możliwość powołania się przez wykonawcę w trakcie postępowania na ww. warunki nie zwalnia bowiem zamawiającego z obowiązku zapewnienia uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w sytuacji, w której już przed wszczęciem tego postępowania znana jest przewaga konkurencyjna jednego z wykonawców. W takich okolicznościach zamawiający powinien dążyć w miarę swoich możliwości do zniwelowania tej przewagi w sposób pozwalający na zapewnienie zachowania zasad, o których mowa w art. 16 ustawy Pzp.

W związku z powyższym Izba uznała odwołanie w zakresie ww. zarzutu za zasadne i nakazała zamawiającemu zmianę pkt 2.1.1.22. i pkt 2.1.1.23. załącznika nr 1A do Wzoru umowy poprzez dodanie we wskazanych postanowieniach zobowiązania zamawiającego do zapewnienia wykonawcom na jego koszt licencji na oprogramowanie LIDS.

Zarzut nr 5.

W pkt 4.9 Załącznika nr 2C1 „Szczegółowa procedura Certyfikacji” do Wzoru umowy zamawiający wskazał:

„W przypadku, jeżeli po upływie terminu, o którym mowa w harmonogramie Certyfikacji ustalonym zgodnie z pkt 4.1, Certyfikacja nie została zakończona, Zamawiający może odstąpić od zamówionej Certyfikacji (w terminie 30 dni od wystąpienia przesłanki do odstąpienia). W takim przypadku wynagrodzenie za daną Certyfikację nie będzie należne.”

Zgodnie z pkt 1.1. załącznika nr 2C1 do Wzoru umowy:

„Procedura ma na celu zdefiniowanie czynności niezbędnych do przeprowadzenia procedury Certyfikacji produktów przekazanych do Wykonawcy przez Zamawiającego i objęcia tych produktów Usługami”.

Odwołujący podnosi, że zamawiający w przypadku złej jakości produktu wytworzonego przez podmiot trzeci przerzuca na wykonawcę obowiązek jego integracji z systemem. Zatem możliwa jest sytuacja, w której wykonawca wykona określoną pracę w ramach certyfikacji, taką jak testy, analiza kodów źródłowych oraz dokumentacji i jeżeli nie zostanie ona zakończona w terminie z przyczyn nie leżących po stronie Wykonawcy, np. gdy inny wykonawca dostarczy słabej jakości oprogramowanie i nie poprawi jego jakości w odpowiednim reżymie, zamawiający nie będzie miał w ogóle obowiązku zapłaty za wykonane prace.

Odnosząc się do powyższego przede wszystkim należy stwierdzić, że jeżeli certyfikacja nie zostanie wykonana w terminie, to w istocie nie zostanie wykonana oczekiwana przez zamawiającego usługa w jej podstawowym zakresie (poprawna weryfikacja i integracja produktu z SI/Dokumentacją), zatem nie będzie podstaw do zapłaty. Przy czym należy podkreślić, że przewidziana przez zamawiającego procedura, przy właściwej współpracy obu stron umowy, powinna zapobiegać powstaniu takich sytuacji. Zgodnie bowiem z pkt 4.8 załącznika nr 2C1 do Wzoru umowy, produkt jest poprawiany i przedstawiany do Certyfikacji tak długo, aż nie będzie zawierał Wad, przy czym poprawienia dokonuje jego twórca, czyli zamawiający lub inny podmiot. Istotne jest również to, że zgodnie z pkt 4.7. załącznika nr 2C1 z chwilą zgłoszenia Wad, Zgłoszenie Certyfikacji ulega zawieszeniu do czasu ponownego przedstawienia przez zamawiającego poprawionego produktu do Certyfikacji, co oznacza, że czas poprawiania produktów nie wlicza się do czasów wyznaczonych w harmonogramie. Ponadto w pkt 2.1. załącznika nr 2C i pkt 2.2. załącznika nr 2C1 do Wzoru umowy zamawiający przewidział dodatkowe rozwiązania na wypadek problemów z realizacją usługi. Wykonawca może bowiem zwrócić się do zamawiającego o uwzględnienie w procesie weryfikacji produktów szczególnych kryteriów, które zostaną przedstawione zamawiającemu przez wykonawcę z uzasadnieniem potrzeby ich uwzględnienia. Koordynatorzy Umowy Stron mogą także podjąć wspólnie decyzję o zmianie części lub całości zasad opisanych w załączniku nr 2C1 w stosunku do danego Zgłoszenia Certyfikacji, w celu przyspieszenia wykonania Certyfikacji, co oznacza, że w przypadku objęcia procedurą produktów z dużą ilością Wad wykonawca ma możliwość wnioskowania o ustalenie indywidualnych zasad dotyczących realizacji usługi.

Biorąc pod uwagę ww. postanowienia Wzoru umowy, należy stwierdzić, że zamawiający przewidział wystarczająco dużo rozwiązań zabezpieczających wykonawcę przed sytuacją, w której z przyczyn od niego niezależnych, Certyfikacja nie zostanie zakończona zgodnie z harmonogramem. Tym samym, w ocenie Izby, interes wykonawcy jest chroniony i zapewnia równowagę strony umowy, natomiast zmiana Wzoru umowy w sposób wskazany przez odwołującego w odwołaniu skutkowałaby narażeniem interesu zamawiającego poprzez konieczność płacenia za usługę, która w istocie nie byłaby wykonywana. Dlatego też odwołanie w zakresie tego zarzutu zostało oddalone.

Zarzut nr 6.

W pkt 4.2., 4.4.1. i 4.4.4. Załącznika nr 4 „Opis Grupy Usług Rozwoju” do Wzoru umowy zamawiający wskazał:

„4.2. Powołanie Eksperta

4.2.1. W celu rozstrzygnięcia różnic interpretacyjnych powstałych na dowolnym etapie

sporządzania lub rozliczania Propozycji Zamawiający powoła niezależnego Eksperta w zakresie wyceny prac na podstawie modelu IFPUG (dalej: „Ekspert”). Umowa zawarta między Zamawiającym oraz Ekspertem będzie zobowiązywać Eksperta do obiektywizmu i niezależności względem Stron Umowy.

4.2.2. Powołanie Eksperta może mieć charakter stały lub czasowy (do konkretnej sprawy). Strony uzgodnią czy Ekspert zostanie powołany doraźnie czy na stałe.”

„4.4.1. Rozstrzygnięcia podejmowane są przez Eksperta w sposób tajny. Strony zostaną poinformowane o rozstrzygnięciu przez Eksperta.”

„4.4.4. Jeśli Ekspert w rozstrzygnięciu przyzna w całości rację Zamawiającemu uznając jego twierdzenia za słuszne, Wykonawca jest obowiązany zwrócić Zamawiającemu koszty jakie Zamawiający poniósł w związku z wydaniem przez Eksperta rozstrzygnięcia. W sytuacji, gdy Ekspert przyzna częściowo rację Zamawiającemu, Wykonawca będzie obowiązany zwrócić Zamawiającemu ww. koszty proporcjonalnie do stopnia uznania twierdzeń Zamawiającego.”

Odwołujący podnosi, że zobowiązanie Eksperta w umowie do obiektywizmu i niezależności nie gwarantuje zachowania tych zasad, w sytuacji gdy będzie to osoba zatrudniana i opłacana przez zamawiającego. Stwarza to też dodatkowe ryzyko dla wykonawcy w postaci obowiązku zwrotu kosztów Eksperta w przypadku przyznania racji zamawiającemu, zwłaszcza że Ekspert ma podejmować rozstrzygnięcia w sposób tajny.

Zamawiający powołuje się z kolei na inne postanowienia z pkt 4 Załącznika nr 4 o treści:

- pkt 4.3.1. „(...) Strony przygotowują podsumowanie istniejących między Stronami różnic w ten sposób, że (i) wyliczą sporne kwestie, (ii) opiszą sporne kwestie, (iii) przygotowują materiały źródłowe, które umożliwią Ekspertowi rozstrzygnięcie sporu”,

- pkt 4.3.2. „Uzgodnione materiały zostaną następnie przekazane Ekspertowi (...)”.

- pkt. 4.3.3. „(...) Zakres przekazanych materiałów musi zostać uzgodniony między Stronami”.

- pkt 4.4.2. „Ekspert podejmuje rozstrzygnięcia wyłącznie w ramach wyznaczonych przez Strony i nie jest uprawniony do wyjścia poza te ramy”.

Izba stwierdziła, że o ile odwołujący niezasadnie podnosi argument tajności podejmowania rozstrzygnięcia przez Eksperta, gdyż przecież samo rozstrzygnięcie wraz z uzasadnieniem będzie jawne i dostępne wykonawcy, o tyle pozostała argumentacja zawarta w odwołaniu jest słuszna. Obiektywizm i niezależność Eksperta powoływanego przez zamawiającego i otrzymującego wynagrodzenie od zamawiającego może budzić wątpliwości, a wątpliwości tych nie rozwiewa samo pisemne zobowiązanie Eksperta do zachowania ww. zasad. Należy zatem unikać sytuacji, w których bezstronność wydania opinii choćby potencjalnie mogłaby zostać naruszona. Tego potencjalnego ryzyka nie likwidują przywołane przez zamawiającego postanowienia Załącznika nr 4, ponieważ odnoszą się

głównie do zakresu przekazywanych Ekspertowi materiałów, ale nie mają wpływu na fakt, że to zamawiający będzie opłacał Eksperta, co może prowadzić do zachwiania jego niezależności.

W związku z powyższym Izba uwzględniła odwołanie w zakresie tego zarzutu i nakazała zamawiającemu wprowadzenie zmian w załączniku nr 4 do umowy dotyczących powoływania i wynagradzania ekspertów w taki sposób, aby zamawiający i wykonawca wybierali po jednym niezależnym ekspercie, a wskazani eksperci wybierali sami bez wpływu zamawiającego i wykonawcy kolejnego eksperta do dokonania oceny, przy czym koszty wszystkich trzech ekspertów były pokrywane w równym stopniu przez zamawiającego i wykonawcę niezależnie od rozstrzygnięcia wydanego przez ekspertów.

Zarzut nr 7.

W pkt 4.3.4 Załącznika nr 4 „Opis Grupy Usług Rozwoju” do Wzoru umowy zamawiający wskazał:

„Strony nie mogą przekazywać Ekspertowi innych materiałów niż te, które zostały uzgodnione między Stronami. W komunikacji z Ekspertem muszą zawsze uczestniczyć obie Strony”.

Odwołujący podniósł, że jeżeli każda ze stron będzie mogła przekazać jedynie materiały, których możliwość przekazania uzgodniła z drugą stroną, może dojść do sytuacji, w której Ekspert nie otrzyma żadnych materiałów, ponieważ strony nie dojdą w tym zakresie do porozumienia, czego efektem będzie brak możliwości rozstrzygnięcia sporu przez Eksperta lub przekazanie mu jedynie wybiórczych materiałów, które uniemożliwią wydanie rzetelnej i obiektywnej opinii.

Zamawiający twierdzi, że wprowadził uregulowanie w pkt 4.3.4 Załącznika nr 4 „Opis Grupy Usług Rozwoju” tak, aby Ekspertowi zostały przekazane materiały, które zgodnie z rzeczywistością opisują różnice interpretacyjne oraz że odwołujący nie wskazał naruszonego przepisu ustawy Pzp.

Nie można zgodzić się z zamawiającym, że odwołujący nie wskazał ani bezpośrednio, ani pośrednio naruszonego przepisu ustawy Pzp. Odwołujący wskazał naruszone jego zdaniem przepisy na str. 2 odwołania, ponadto Izba samodzielnie może dokonać subsumpcji w zakresie określonym zarzutami zawartymi w odwołaniu. W tym przypadku doszło do naruszenia art. 431 ustawy Pzp, tj. wynikającego z tego przepisu obowiązku współpracy stron w celu należytej realizacji zamówienia, gdyż brak porozumienia stron co do przekazanych materiałów może w efekcie utrudnić wykonanie zamówienia. W szczególności brak zgody zamawiającego na przekazanie Ekspertowi określonych dokumentów może doprowadzić do tego, że nie zostaną mu przekazane te materiały,

których treść mogłaby świadczyć na korzyść wykonawcy. „Uzgadnianie” może więc w tym wypadku prowadzić do zablokowania i w efekcie do uniemożliwienia przedstawienia istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy materiałów. Dlatego Izba uwzględniła odwołanie w zakresie tego zarzutu i nakazała zamawiającemu wprowadzenie zmian do swz zgodnie z żądaniem odwołującego.

Zarzut nr 8.

W pkt 1.2 załącznika nr 19 do Wzoru umowy zamawiający wskazał:

„Wszystkie osoby realizujące Umowę będą biegłe w postugiwaniu się językiem polskim w mowie i piśmie”.

Odwołujący podnosi, że niektórzy specjaliści (np. z doświadczeniem w pracy z rozwiązaniami typu Camunda, LIDS) mogą bez problemu pracować w innych językach i należycie realizować powierzone im zadania, zaś wykonawca mógłby skalkulować koszt tłumacza zapewniający zamawiającemu właściwy kontakt z osobami realizującymi usługi. Postanowienie to, zdaniem odwołującego, uniemożliwia de facto złożenie oferty podmiotom zagranicznym, co na gruncie przepisów prawa unijnego, jak również ustawy Pzp jest niedopuszczalne.

W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę na niekonsekwencję zamawiającego co do tego, czy wymaga biegłej czy jedynie komunikatywnej znajomości języka polskiego (jak stwierdził w odpowiedzi na odwołanie). Niezależnie od powyższego należy wskazać, że w branży informatycznej znajomość danego języka narodowego, zwłaszcza zaś biegła znajomość, nie jest niezbędna do wykonywania zadań danego specjalisty. Przede wszystkim specjaliści pełniący role operatorskie, czy przygotowujący raporty, nie muszą znać danego języka, ponadto programiści co do zasady nie kontaktują się z klientem, czyli zamawiającym. Tym samym dla należytego wykonywania zadań przez m.in. ww. osoby, nie jest niezbędna biegła znajomość języka polskiego. Do takich osób należą też Administrator czy Programista Camunda, których w dodatku nie ma w Polsce wielu, zatem ww. wymóg dodatkowo utrudnia ich pozyskanie na rynku.

Zamawiający powołał się na pkt 5.2. wzoru umowy, który przewiduje transfer wiedzy od wykonawcy do zamawiającego w celu sprawnego przekazania usług po zakończeniu obowiązywania umowy innemu wykonawcy lub przejęcia usług przez zamawiającego. Transfer wiedzy może odbywać się w szczególności przez uczestnictwo pracowników zamawiającego w świadczeniu usług i wykonywaniu Modyfikacji przez wykonawcę, na zasadach określonych w ww. punkcie. Izba nie neguje, że np. udzielanie wyjaśnień pracownikom zamawiającego będzie wymagało znajomości języka polskiego, niemniej jednak nie sposób nie dostrzec, że głównym zadaniem w ramach niniejszego przedmiotu

zamówienia jest wykonywanie usługi utrzymania i rozwoju poszczególnych aplikacji, a w tym zakresie nie wszyscy specjaliści muszą znać biegle język polski. Natomiast transfer wiedzy nie należy do głównych i podstawowych zadań wykonawcy, w związku z czym jego realizacja może odbywać się z wykorzystaniem np. usług tłumaczy. Oczywiście przy tym jest, że łatwiej jest porozumiewać się z kimś bezpośrednio, niż za pośrednictwem tłumacza, jednakże niedogodność z tym związana nie uniemożliwia transferu wiedzy, zwłaszcza iż należy założyć, że potrzeba tłumaczenia na język polski będzie zachodziła tylko w stosunku do części specjalistów. Skoro zresztą zamawiający wymaga dysponowania wysokiej klasy specjalistami, w tym także z zakresu niezbyt często stosowanych w Polsce rozwiązań, to dla zachowania zasady proporcjonalności, należy przynajmniej dopuścić możliwość pozyskiwania w tym celu osób bez biegłej znajomości języka polskiego.

W związku z tym Izba stwierdziła, że wymóg biegłej znajomości języka polskiego jest nadmierny wobec faktu, że nie wszystkie role w ramach pełnienia usługi wymagają takiej znajomości i w efekcie wymóg ten utrudnia części wykonawcom spełnienie warunków udziału w postępowaniu dotyczących personelu, jak i późniejszą realizację zamówienia. Dlatego też odwołanie w zakresie tego zarzutu zostało uwzględnione i Izba nakazała zamawiającemu zastąpienie ww. wymogu postanowieniem zobowiązującym wykonawcę do zapewnienia zamawiającemu możliwości komunikacji z członkami zespołu w języku polskim.

Zarzut nr 9.

W pkt 5.3.2.3. lit. b) załącznika nr 4A do Wzoru umowy zamawiający wskazał:

„nie znajduje zastosowania pkt. 2.6 Załącznika nr 18 do Umowy; jeżeli po zgłoszeniu trzeci raz uwag, model IFPUG nie będzie zgodny z warunkami Umowy, w tym określonymi w Podręczniku IFPUG stanowiącym Załącznik nr 4K do Umowy, Zamawiający zastrzega możliwość wykonania modelu IFPUG na koszt i ryzyko Wykonawcy, przy czym przyjmuje się, iż w przypadku, gdy wycena Modyfikacji wynikająca z rozmiaru funkcjonalnego oprogramowania określonego w modelu IFPUG wykonanym na koszt i ryzyko Wykonawcy, będzie wyższa niż wskazana w zatwierdzonej Propozycji, obowiązująca będzie wycena Modyfikacji określona w zatwierdzonej Propozycji;”

Odwołujący podnosi, że zamawiający może bez ograniczeń i niezasadnie zgłaszać uwagi do modelu IFPUG, a uprawnienie do wykonaniu tego modelu na koszt wykonawcy po trzykrotnym zgłoszeniu uwag, to pole do nadużyć i nieuzasadnionych kosztów, jakie będzie musiał ponieść wykonawca.

Należy zauważyć, że powyższe postanowienie dotyczy sytuacji, w której wykonawca nie składa Propozycji w terminie 15 Dni Roboczych z powodu braku wytworzenia modelu IFPUG i występuje do zamawiającego z wnioskiem o odroczenie terminu jego przekazania,

a po uzyskaniu takiej zgody, składa Propozycję wyceniając ją w punktach funkcyjnych, bez modelu IFPUG. Jeżeli jednak następnie wykonawca przekaże model IFPUG niezgodny z Umową i zamawiający w związku z tym trzykrotnie zgłosi uwagi, zamawiający będzie mógł wykonać model IFPUG na koszt i ryzyko wykonawcy. Opisana procedura daje wykonawcy kilkakrotnie możliwość wykonania i poprawienia modelu IFPUG tak, by był on zgodny z umową, w tym z Podręcznikiem IFPUG (stanowiącym załącznik nr 4K do umowy). Tym samym postanowienia umowy dostatecznie chronią, w ocenie Izby, interes wykonawcy, a przewidziane w kwestionowanym postanowieniu uprawnienie zamawiającego do wykonania modelu IFPUG na koszt i ryzyko wykonawcy, może być zastosowane dopiero w przypadku kilkakrotnego wadliwego wykonania modelu IFPUG przez wykonawcę. Postanowienie to ma więc charakter motywujący wykonawcę do należytego wykonywania usługi.

Izba nie znalazła również podstaw do założenia, że zamawiający będzie nadużywał ww. uprawnienia, ponieważ nie jest to, w ocenie Izby, w jego interesie. Wielokrotne zgłaszanie niezasadnych uwag, a także szukanie innego podmiotu niż wykonawca i zlecenie mu wykonania modelu IFPUG, opóźniałoby wykonywanie usługi i nie stanowiłoby dla zamawiającego żadnego ułatwienia w jej realizacji.

Tym samym to od współpracy stron umowy, w tym od należytego wykonania modelu IFPUG przez wykonawcę w odroczonej terminie, zależy czy ww. kwestionowane postanowienie będzie miało zastosowanie. Izba nie dopatrzyła się w tym zakresie naruszenia przepisów wskazanych w odwołaniu, w tym naruszenia interesu wykonawcy, dlatego odwołanie zostało oddalone.

Zarzut nr 10.

W pkt 19 załącznika nr 4C do Wzoru umowy zamawiający wskazał:

„W przypadku, kiedy wymagania wchodzące w skład Propozycji lub Zgłoszenia Zmiany Modyfikacji dotyczą zmian funkcjonalności, za przygotowanie modelu IFPUG dla oprogramowania przed zmianą oraz zidentyfikowanie w tym modelu IFPUG elementów modelu IFPUG, które ulegną zmianie jest zadaniem Wykonawcy. Zamawiający nie jest zobowiązany do przekazania pełnego ani części modelu IFPUG dla jakiegokolwiek podsystemu na potrzeby realizacji Umowy”.

Odwołujący podnosi, że zgodnie z przytoczonym postanowieniem zamawiający nie ma obowiązku przekazania nawet części modelu IFPUG dla jakiegokolwiek podsystemu na potrzeby realizacji umowy, zatem wykonawcy składając ofertę będą zobowiązani do skalkulowania dodatkowego kosztu stworzenia modelu IFPUG systemu, którego zakresu nie znają. Daje to nieuzasadnioną przewagę wykonawcy Asseco, który obecnie realizuje dla

zamawiającego usługę i który wie, w jakim zakresie model IFPUG systemu jest wykonany i prawidłowy.

Izba stwierdziła, że brak przekazania przez zamawiającego dotychczas wytworzonych modeli IFPUG skutkuje tym, że aktualny wykonawcy usługi, tj. wykonawca Asseco, dysponuje większą wiedzą na temat modelu IFPUG niż inni wykonawcy, co wpływa na wycenę ofert. Zamawiający podnosi, że modele IFPUG wytworzone na zasadach dotychczasowych nie będą przydatne dla celów, o których mowa w ww. pkt 19 załącznika 4C do wzoru umowy, ponieważ zamawiający generalnie wprowadza zmiany zasad identyfikacji elementów i przygotowania modelu IFPUG obowiązujących w ARiMR. Należy jednak zauważyć, że udostępnienie dotychczas wytworzonych modeli, nawet po niewielkich zmianach, będzie stanowić dla wykonawców istotne ułatwienie w przygotowaniu modelu IFPUG i będzie mogło zmniejszyć różnice co do posiadanej w tym zakresie wiedzy między wykonawcą Asseco a pozostałymi wykonawcami, co pozwoli też na ograniczenie kosztów przygotowania modelu IFPUG. Nie sposób nie zauważyć, że w trakcie rozprawy nawet wykonawca Asseco nie widział problemu w udostępnieniu aktualnego modelu IFPUG wszystkim wykonawcom. Obawy zamawiającego co do właściwego wykorzystania przez wykonawców udostępnionych dotychczasowych modeli IFPUG nie są zasadne, gdyż konsekwencje w tym zakresie poniesie głównie wykonawca. Dlatego też odwołanie w zakresie tego zarzutu zostało uwzględnione.

Jednocześnie należy zauważyć, że Izba nie jest związana żądaniami zawartymi w odwołaniu i w tym przypadku uznała żądanie odwołującego, by wprowadzić mechanizm odpłatnego wytworzenia brakującego modelu IFPUG, za zbyt daleko idący. Izba nakazała zatem zamawiającemu udostępnienie wykonawcom dotychczas wytworzonych modeli IFPUG.

Zarzut nr 11.

W pkt 3.1.1. Załącznika nr 4 „Opis Grupy Usług Rozwoju” do Wzoru umowy zamawiający wskazał:

„Świadczenia Wykonawcy poprzedzające zawarcie Zamówienia na wykonanie Modyfikacji, w szczególności wstępna analiza potrzeb Zamawiającego, przygotowanie harmonogramu oraz wyceny, w tym modelu IFPUG wykonywane są przez Wykonawcę odpłatnie. Wartość wynagrodzenia należnego z tytułu świadczeń, o których mowa w tym punkcie, jest zawarta w wynagrodzeniu za Punkt Funkcyjny. Wynagrodzenie należne jest wyłącznie w przypadku zawarcia Zamówienia na realizację Modyfikacji. Wynagrodzenie zostanie uwzględnione przez Wykonawcę w fakturze wystawionej przez Wykonawcę w związku z realizacją danej Modyfikacji”.

W pkt 8.10 Wzoru umowy zamawiający wskazał:

„Wynagrodzenie za Punkt Funkcyjny zawiera w sobie pełne wynagrodzenie należne Wykonawcy za prace związane z wykonaniem poszczególnych Modyfikacji, jak również koszty związane z przygotowaniem Propozycji”.

Odwołujący podnosi, że wstępna analiza potrzeb zamawiającego, przygotowanie harmonogramu oraz wyceny, w tym modelu IFPUG, to są konkretne produkty, mające określoną wartość ekonomiczną dla zamawiającego, których wytworzenie łączy się również z poniesieniem przez wykonawcę określonych kosztów. Tymczasem mimo wytworzenia i dostarczenia zamawiającemu ww. produktów i poniesienia przez wykonawcę związanych z tym kosztów, w przypadku niezamówienia Modyfikacji wykonawca nie otrzyma wynagrodzenia. Ponadto odwołujący wskazuje, że niejasne jest dla niego postanowienie z pkt 8.10. Wzoru umowy.

Odnosząc się do powyższego przede wszystkim należy stwierdzić, że jeżeli zamawiający nie zamawia Modyfikacji, to nie ma podstaw do zapłacenia za nią, w tym za koszty, które wykonawca poniósł w związku z jej przygotowaniem. Izba popiera w tym zakresie stanowisko przedstawione w wyroku z dnia 13.11.2018 r. o sygn. akt KIO 1896/18, w którym stwierdzono: „Jest słusznym prawem zamawiającego zapłata wynagrodzenia jedynie za dokonaną modyfikację, a nie za każdą analizę potrzeb, przygotowanie harmonogramu oraz wyceny w tym modelu IPFUG, które będą podstawą do wykonania modyfikacji. Skarżone wymaganie sprzyja przygotowaniu przez wykonawcę propozycji racjonalnych pod względem merytorycznymi i ekonomicznym, co nie narusza zasad sprawiedliwości kontraktowej”.

Należy także dodać, że wykonawcy nie zostali całkowicie pozbawieni możliwości dokonania wyceny w tym zakresie. Po pierwsze, zamawiający w pkt 5.7.4. Umowy zagwarantował złożenie Zamówień na poziomie 26.000 punktów funkcyjnych, a po drugie, zamawiający wprowadził zmianę swz polegającą na podaniu wartości szacunkowej netto dla Usługi Modyfikacji. Tym samym wycena punktu funkcyjnego została ułatwiona i profesjonalny wykonawca powinien być w stanie skalkulować ofertę z uwzględnieniem tego, że nie każda Modyfikacja zostanie przez zamawiającego zamówiona. W związku z tym odwołanie w zakresie tego zarzutu zostało oddalone.

Zarzut nr 12.

W pkt 5.7.3 Wzoru umowy zamawiający wskazał:

„Wykonawca zobowiązany jest do prowadzenia rejestru czasu poświęcanego na wykonanie poszczególnych Produktów w ramach Modyfikacji z dokładnością do jednej godziny zegarowej. Zamawiający uprawniony jest do żądania od Wykonawcy przekazania raportów

zawierających rejestr czasu pracy w odniesieniu do poszczególnych Produktów lub Modyfikacji. Wykonawca przekaże Zamawiającemu raport w terminie 7 dni od otrzymania żądania. Raporty zostaną przekazane na piśmie i będą zawierać podpis Kierownika Modyfikacji Wykonawcy.”

Odwołujący podnosi, że powyższe wymaganie jest niezrozumiałe i nadmierne w stosunku do przyjętych przez zamawiającego założeń w zakresie sposobu realizacji usług modyfikacji, gdyż są one rozliczane w oparciu o model IFPUG. Wymaganie to powoduje nadmierne obciążenie wykonawcy i wpływa na koszty wyceny oferty.

Izba uznała za zasadną argumentację zamawiającego, zgodnie z którą prowadzenie rejestru czasu poświęcanego na wykonanie poszczególnych Produktów w ramach Modyfikacji z dokładnością do jednej godziny zegarowej, jest niezbędne do tego, aby zamawiający mógł oszacować czas na wykonanie kolejnych Modyfikacji, co może mieć znaczenie dla stosowania procedury przyspieszonej. Zamawiający powołuje się też na pkt 2.1.26 i pkt 8.11. Umowy, w których przewidziano rozliczenie z wykonawcą wg Roboczodni, a także na załącznik nr 4K do Umowy, w którym wskazano wzór wyceny Całkowitego Rozmiaru Zmiany, a częścią tego wzoru jest cena Roboczodnia określona w Umowie. Dzięki prowadzeniu ww. rejestru czasu zamawiający ma zatem możliwość kontrolowania prac wykonawcy w celu ich późniejszej weryfikacji i rozliczenia. Izba stwierdziła zatem, że ww. potrzeby zamawiającego uzasadniają wprowadzenie ww. wymogu. Dlatego odwołanie w tym zakresie zostało oddalone.

Zarzut nr 13.

W pkt 6.14 i w pkt 6.15. Wzoru umowy zamawiający wskazał:

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

6.15. „Strony zgodnie postanawiają, że brak zgłoszenia żądań usunięcia wady lub dostarczenia informacji potwierdza przekazanie Wykonawcy Systemu Informatycznego wraz ze wszystkimi informacjami (w tym Dokumentacją) w stanie, który umożliwi należyte świadczenie Usług po Okresie Przejściowym. Po zakończeniu Okresu Przejściowego

Wykonawca jest odpowiedzialny za wszelkie wady Systemu Informatycznego i Dokumentacji. Po zakończeniu Okresu Przejściowego Wykonawca staje się odpowiedzialny również za te wady lub braki informacji, które zostały zgłoszone przez Wykonawcę zgodnie z punktem 6.14 Umowy i nie zostały usunięte przez Zamawiającego lub poprzedniego wykonawcę”.

Odwołujący podnosi, że uzasadnionym jest, aby wykonawca w okresie przejściowym zwrócił zamawiającemu uwagę na wady przejmowanego systemu, jednak to do obowiązków zamawiającego powinno należeć doprowadzenie do przekazania wykonawcy systemu wolnego od wskazanych wad. Zatem zgłoszenie wady powinno wiązać się ze zwolnieniem wykonawcy z odpowiedzialności za jej usunięcie. Jak dalej wskazuje odwołujący, jeżeli wady nie zostaną usunięte w trakcie okresu przejściowego przez wykonawcę obecnie świadczącego usługi na rzecz zamawiającego, a zostały one zgłoszone przez wykonawcę, to zamawiający powinien wyznaczyć wykonawcy odpowiedni termin na usunięcie tych wad, a dopiero po upływie tego terminu wykonawcę powinny obowiązywać terminy SLA wskazane przez zamawiającego. Ponadto usunięcie wskazanych wad powinno wiązać się z prawem do wynagrodzenia. Ww. postanowienie, zdaniem odwołującego, faworyzuje aktualnego wykonawcę usługi, tj. wykonawcę Asseco.

W pierwszej kolejności należy stwierdzić, że Izba dostrzega potrzebę zamawiającego, aby wady systemu były usuwane na bieżąco, co jest niezbędne do jego działania. Z drugiej strony nie może dochodzić do sytuacji, w której nowy wykonawca przejmujący obsługę systemu wypełni wszystkie nałożone na niego obowiązki z zakresu weryfikacji systemu pod kątem wad, zidentyfikowania wady, zgłoszenia jej zamawiającemu oraz żądania usunięcia wady lub dostarczenia informacji potrzebnych do należytego świadczenia usług od poprzedniego wykonawcy, a mimo to po zakończeniu okresu przejściowego poniesie odpowiedzialność również za te wady lub braki informacji, które zostały przez niego wprowadzone, ale nie zostały usunięte przez zamawiającego lub poprzedniego wykonawcę. Taka konstrukcja postanowienia 6.15. rodzi po stronie nowego wykonawcy odpowiedzialność za okoliczności, na które nie ma on wpływu, co zostało przewidziane w przepisach kodeksu cywilnego, ale powinno mieć charakter wyjątku, a w tym wypadku zamawiający tę odpowiedzialność narzuca.

Dodać także należy, że jak wynika z wypowiedzi odwołującego i przystępującego Comarch, obawy związane z ww. postanowieniem wzoru umowy nie są bezpodstawne. Doświadczenia obu wykonawców w realizacji innych umów na rzecz zamawiającego potwierdzają bowiem ryzyko wprowadzenia, na krótko przed rozpoczęciem świadczenia usług przez nowego wykonawcę, nowej aplikacji, krytycznej dla procesów biznesowych, bez możliwości przygotowania się przez nowego wykonawcę, co skutkuje naliczaniem kar umownych za brak usunięcia wad, które nie są wynikiem jego działania. Jest to także

sytuacja naruszająca, w ocenie Izby, zasadę równego traktowania i uczciwej konkurencji, ponieważ dotychczasowy wykonawca, tj. Asseco, w przeciwieństwie do innych wykonawców, posiada wiedzę na temat ilości błędów w systemie.

Z uwagi na powyższe ustalenia odwołanie w zakresie tego zarzutu zostało uwzględnione i Izba nakazała zamawiającemu dokonanie zmian swz zgodnie z żądaniem odwołującego, tj. poprzez wskazanie, że w przypadku wad systemu zgłoszonych zamawiającemu w okresie przejściowym, których dotychczasowy wykonawca usług nie usunął do końca okresu przejściowego, strony ustalą odpowiedni termin na usunięcie tych wad za wynagrodzeniem, natomiast dopiero po upływie tego terminu wykonawca będzie ponosić odpowiedzialność z tytułu naruszenia postanowień dotyczących SLA określonego w umowie.

Zarzut nr 14.

W pkt 12.3 Wzoru umowy zamawiający wskazał:

„Wykonawca zobowiązany będzie do podjęcia wszelkich niezbędnych działań mających na celu zażegnanie sporu związanego z roszczeniami, o których mowa w punkcie 12 Umowy i poniesie w związku z podjętymi przez niego działaniami wszelkie koszty z tym związane oraz zrekompensuje koszty poniesione przez Zamawiającego. W szczególności, w przypadku wytoczenia powództwa z tytułu naruszenia praw własności intelektualnej przeciwko Zamawiającemu, jego następcy prawnemu lub licencjobiorcy, Wykonawca wstąpi do postępowania w charakterze strony pozwanej, a w razie braku takiej możliwości wystąpi z interwencją uboczną po stronie pozwanej oraz pokryje wszelkie koszty i odszkodowania związane z roszczeniem osoby trzeciej, w tym koszty obsługi prawnej poniesione przez Zamawiającego, jego następców prawnych lub ich licencjobiorców. W przypadku zawarcia ugody Wykonawca pokryje wszelkie koszty i odszkodowanie związane z roszczeniem osoby trzeciej, z zastrzeżeniem, że Wykonawca wyraził zgodę na ostateczny kształt ugody i miał prawo do ustalenia jej warunków”.

Odwołujący wskazuje, że oczekiwanie, aby wykonawca w przypadku jakichkolwiek wad prawnych przedmiotu umowy musiał bezrefleksyjnie zgadzać się z wszelkimi decyzjami co do prowadzenia sporu przez zamawiającego oraz automatycznie pokrywać wszelkie związane z tym koszty, jest nadmierne.

Zamawiający podnosi, że wykonawca, jako twórca utworów, powinien wziąć odpowiedzialność za ich ewentualne wady prawne i ponieść wszystkie koszty związane z tym procesem. Na obecnym etapie nie można określić skali potencjalnych kosztów, ponieważ nieznaną jest skala wad prawnych utworu. W najlepszym interesie wykonawcy realizującego umowę leży to, aby utwory, które dostarcza w ramach umowy były wolne od

wad prawnych, tak aby nie dochodziło do sporów na tym tle. Zamawiający zwraca też uwagę, że żądanie zwrotu kosztów procesu nie jest działaniem nadmiarowym i niewystępującym w obrocie prawnym, a jako przykład podaje art. 574 § 1 kc w przypadku rękojmi za wady rzeczy sprzedanej.

Izba podzieliła argumentację zamawiającego co do tego, że odpowiedzialność za wady prawne utworów powinna obciążać wykonawcę jako twórcę tych utworów, a ryzyko kontraktowe po stronie wykonawcy wynika w tym przypadku z jego ewentualnych działań lub zaniechań prowadzących do powstania sporu na tle wad prawnych. Dlatego odwołanie w tym zakresie zostało oddalone.

Zarzut nr 15.

W rozdziale I, pkt I.1.1., ppkt 1 swz zamawiający wskazał:

„Zamawiający, mając na uwadze art. 133 ust. 3 ustawy, informuje, że dokumentacja i kody źródłowe do systemu ZSZiK, IACS plus, GIS, SIZ, PZSiP plus, PA, eWniosek plus, eWoP oraz IRZplus zostaną przekazane na wniosek Wykonawcy złożony w postaci elektronicznej za pośrednictwem Platformy Zakupowej na adres: <https://platformazakupowa.pl/pn/arimr>. Warunkiem przekazania przez Zamawiającego dokumentacji i kodów źródłowych do Systemu jest podpisanie przez Wykonawcę kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez osoby upoważnione do tych czynności „Oświadczenia ARiMR o udzieleniu praw do korzystania z utworów”, sporządzonego zgodnie z Załącznikiem nr 7 do SWZ. Zamawiający prześle każdemu Wykonawcy dokumentację i kody źródłowe w tożsamym brzmieniu”.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że w odwołaniu odwołujący zawarł żądanie wprowadzenia mechanizmu wyceny pracy związanej ze zmianą technologii, mimo że nie został do niego sformułowany zarzut. Dopiero w trakcie rozprawy odwołujący podniósł nowy zarzut, zgodnie z którym zamawiający może zgłosić do certyfikacji nowe aplikacje, co może wymagać zmiany technologii i skompletowania nowego zespołu, tymczasem zamawiający zrezygnował ze stosowania współczynnika VAF, za pomocą którego można było dostosować wartość punktu funkcyjnego do zmiany technologii. Z uwagi na fakt, że zarzut ten nie był zawarty w odwołaniu (samo żądanie nie jest zarzutem) oraz z uwagi na treść art. 555 ustawy Pzp, Izba ograniczy swoją argumentację do zarzutów zawartych w odwołaniu.

W odwołaniu zatem odwołujący podniósł, że:

- a) w dokumentacji nie przekazano modeli dziedziny dla większości obszarów. Model dziedziny został przekazany w ramach AOMP033_0.02 wyłącznie dla obszaru IRZplus, FotoSiP, GIS, GIS_KnM, GIS_LIDS, PA, LPIS+, Portal IRZplus, ZSZiK w obszarze RZ. Brakuje modeli dziedziny dla pozostałych aplikacji (np. IACSplus) oraz pozostałych

- obszarów aplikacji ZSZiK (np. Kancelaria i Ewidencje, Kontrole, Wnioski). W dokumencie Zakres_informacyjny_Dokumentacja_ujednolicona_2021Q3_1.02.docx dodatkowo są wskazania na Diagramy Ekranów GUI, których również brak w przekazanej dokumentacji;
- b) w przekazanej dokumentacji zostały zawarte Dokumentacje Analityczne, Dokumentacje Techniczne, Dokumentacje Użytkownika oraz Dokumentacje Administratora dotyczące aplikacji Portal IRZ plus oraz modułu IRZ w aplikacji ZSZiK. W Załączniku nr 0 do Umowy z kolei brakuje tych aplikacji/modułów;
 - c) w przekazanej dokumentacji została zawarta Dokumentacja Analityczna dla aplikacji IRZplus, która jest jedną z aplikacji wymienionych w Załączniku 0 do Umowy. Brakuje natomiast dla tej aplikacji kodów źródłowych i pozostałych typów dokumentacji. Wskazuje to na braki w udostępnionej dokumentacji, co uniemożliwia ostateczne oszacowanie wielkości zakresu aplikacji IRZplus;
 - d) w dokumentacji 2021.Q3.1.02_Dokumentacja_Analityczna w artefaktach z obszaru IRZ brakuje autorów zmian w historii artefaktów. W pozostałych obszarach takich braków nie ma.
 - e) w przekazanej dokumentacji brak jest dokumentacji produktów z zastosowaniem rozwiązań Camunda, czy też Legstash, co do których Zamawiający stawia warunki udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami o określonym doświadczeniu, które to osoby zostały uwzględnione w niezbędnym personelu w załączniku nr 19 do Wzoru umowy.

W odpowiedzi na odwołanie zamawiający wskazał, że:

- ad. a) zamawiający dokona zmiany swz – zgodnie z żądaniem odwołującego,
- ad. b) Aplikacje Portal IRZ Plus oraz moduł IRZ w Aplikacji ZSZiK zostaną zastąpione przez Aplikację IRZPlus stąd nie zostały wykazane w załączniku „0”,
- ad. c) Aplikacja IRZPlus jest w trakcie budowy, zamawiający dokona zmiany SWZ i udostępni projekt techniczny Aplikacji IRZplus,
- ad. d) artefakty zostały zanonimizowane,
- ad. e) Camunda BPM jest komponentem wytwarzanej Aplikacji IRZPlus odpowiedzialnym za zarządzanie stanami procesów biznesowych, frameworkiem programistycznym w zakresie sterowania procesami biznesowymi. Narzędzie Logstash wchodzi w skład stosu Elasticsearch (ELK), który ma zastosowanie m.in. w Aplikacji eWnioskiPlus i został opisany w Dokumentacji Technicznej.

Wyjaśnienia zamawiającego i częściowe zmiany swz Izba uznała za wystarczające do tego, by stwierdzić, że zarzut nie jest zasadny. Dlatego odwołanie w tym zakresie zostało oddalone.

Zarzut nr 16.

W pkt 3.11 Wzoru umowy zamawiający wskazał:

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

Odwołujący podnosi, że brak pełnej dokumentacji technicznej systemu prowadzi do sytuacji, w której żaden wykonawca poza obecnie realizującym usługi na rzecz zamawiającego, nie jest w stanie ocenić wielkości zespołu niezbędnego do świadczenia usług. Może okazać się, że wykonawca będzie ponosił koszty utrzymania zespołu, który de facto nie będzie świadczył usług na rzecz zamawiającego, co może doprowadzić do strat finansowych po stronie wykonawcy. Nieuzasadnionym jest zatem utrzymywanie zespołu przez cały okres trwania umowy, niezależnie od faktycznie zleczonych usług. Zamawiający będzie miał uprawnienie do naliczenia kary umownej w każdym przypadku stwierdzenia, że zespół ten jest niekompletny, przy czym na obecnym etapie wykonawca nie jest nawet w stanie ustalić niezbędnego składu zespołu do realizacji usług. Jak wskazuje odwołujący, daje to zamawiającemu szerokie pole do naliczania kar umownych wedle jego uznania.

Należy zauważyć, że w Załączniku nr 19 do umowy zamawiający określił minimalny skład zespołu wraz z wymaganiami, których spełnienie jest niezbędne do właściwej realizacji zamówienia. Przy czym nawet w kwestionowanym w odwołaniu ww. postanowieniu zamawiający wskazał, że obowiązkiem wykonawcy jest dostosowanie liczebności zespołu do tego, co jest konieczne dla należytego wykonania zamówienia. Jednocześnie w pkt 1.3. Załącznika nr 19 do Umowy przewidział możliwość redukcji personelu w przypadku

zmniejszenia zakresu świadczenia na skutek zawieszania lub wypowiedzenia usług. Tym samym zamawiający wskazał minimalną liczbę i skład zespołu, a także okoliczności, w których wykonawca nie musi tego zespołu utrzymywać.

Ponadto należy zauważyć, że wykonawca zobowiązany jest co do zasady do zapewnienia całkowitej wydajności realizacyjnej na poziomie minimum 3.500 punktów funkcyjnych w każdym miesiącu obowiązywania Usługi Rozwoju (Załącznik 4C do Umowy). Z kolei w pkt 5.7.4 umowy zamawiający gwarantuje (poza sytuacją wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy) wynagrodzenie za 26.000 punktów funkcyjnych, co stanowi około 1/3 wartości gwarantowanej zdolności realizacyjnej wykonawcy przy założeniu, że zamawiający przez 24 miesiące będzie wymagał zdolności na takim poziomie. Zamawiający podał także wykonawcom, w wyniku zmiany swz, budżet Usługi Rozwoju.

Powyższe informacje, jak też informacje wynikające z Załącznika nr 19 do Umowy, zdaniem Izby, ułatwiają wykonawcy ocenę niezbędnej wielkości zespołu, oszacowanie ryzyka i dokonanie wyceny oferty. Dlatego odwołanie w zakresie tego zarzutu zostało oddalone.

Zarzut nr 19.

W pkt 5.4 Załącznika nr 4 „Opis Grupy Usług Rozwoju” do Wzoru umowy zamawiający wskazał:

„Jeżeli oprogramowanie Modyfikacji zostanie przekazane do odbioru zgodnie z zadeklarowanym przez Wykonawcę na etapie Propozycji terminem przyspieszenia i jednocześnie oprogramowanie to zostanie odebrane przez Zamawiającego najpóźniej w drugiej turze odbioru zgodnie z procedurą określoną w Załączniku nr 18 do Umowy – wynagrodzenie należne Wykonawcy za realizację Zamówienia zostanie zwiększone w następujący sposób:

<i>Pracochłonność wykonania Modyfikacji zgodnie z Załącznikiem nr 4C wyrażone w IFPUG</i>		<i>Wzrost wynagrodzenia za przyspieszenie Zamówienia w stosunku do terminu wynikającego z pkt 3 Załącznika nr 4C</i>
<i>od</i>	<i>do</i>	<i>% wynagrodzenia za Modyfikację za każdy Dzień Roboczy przyspieszenia</i>
<i>1</i>	<i>30</i>	<i>4</i>
<i>Powyżej 30</i>	<i>100</i>	<i>1,20</i>
<i>Powyżej 100</i>	<i>250</i>	<i>0,60</i>
<i>Powyżej 250</i>	<i>600</i>	<i>0,22</i>

<i>Powyżej 600</i>	<i>1500</i>	<i>0,12</i>
<i>Powyżej 1500</i>	<i>3000</i>	<i>0,07</i>
<i>Powyżej 3000</i>	<i>5000</i>	<i>0,05</i>
<i>Powyżej 5000</i>	<i>8000</i>	<i>0,03</i>

Odwołujący podnosi, że określone przez Zamawiającego wartości procentowe, po których przeliczane będzie przyspieszenie w ramach każdej z modyfikacji są nieadekwatne do kosztów, jakie wykonawca będzie zobowiązany ponieść w związku z realizacją tego przyspieszenia. Przyspieszenie w każdym przypadku prowadzi do wzrostu liczby nadgodzin zespołu specjalistów, co powoduje, że wykonawca zobowiązany jest do wypłaty w tym zakresie dodatkowego wynagrodzenia, co również przemawia za argumentem, że określone wartości procentowe wynagrodzenia powinny uwzględniać zarówno pracochłonność, jak i czas wykonania oraz przyspieszenia i realny koszt wykonania, zatem skala rozpiętości tego współczynnika procentowego powinna być dostosowana do tych wartości. W trakcie rozprawy odwołujący wyjaśnił, że przy przewidzianym przez zamawiającego mechanizmie wykonawcom nie będzie się opłacać biznesowo przyspieszenie dużej Propozycji.

Zamawiający stwierdził w odpowiedzi na odwołanie, że dokonał analizy liniowego wzrostu wynagrodzenia w przypadku przyspieszenia i analiza ta wykazała, że przyspieszenie mniej złożonych Modyfikacji jest trudniejsze niż Modyfikacji bardziej złożonych. Wynika to stąd, że trudniej jest skrócić czas wykonania wynoszący 5 Dni Roboczych, niż taki, który wynosi 100 Dni Roboczych, w szczególności przez możliwość alokacji większych zasobów do prac wytwórczych dużego projektu.

Dodatkowo z pkt 5.3 Załącznika 4 do Umowy wynika, że zastosowanie procedury przyspieszenia wymaga potwierdzenia przez wykonawcę możliwości przyspieszenia wykonania Zamówienia. Tym samym wykonawca nie może zostać zmuszony do przyspieszenia i jego wymiaru, zaś ewentualna kara umowna jest naliczana jedynie w przypadku zatwierdzenia Propozycji, tj. po akceptacji poziomu przyspieszenia przez wykonawcę.

W świetle powyższego Izba stwierdziła, że nie ma podstaw do uznania opisanej w ww. postanowieniu procedury wzrostu wynagrodzenia w przypadku zastosowania przyspieszenia, za niewłaściwą. Niewątpliwie trudniej jest skrócić termin, który sam w sobie jest już krótki, niż termin długi, dający większą możliwość manewru czasowego, ponadto wykonawca nie musi potwierdzać możliwości przyspieszenia wykonania Zamówienia. Słusznie także zwrócił uwagę zamawiający, że ewentualna nieopłacalność zastosowania tego mechanizmu z punktu widzenia wykonawcy, nie stanowi naruszenia żadnego przepisu. Dlatego odwołanie w zakresie tego zarzutu zostało oddalone.

Zarzut nr 20.

W pkt 4 załącznika nr 4C „Sposób wyceny Usługi Modyfikacji” do Wzoru umowy zamawiający wskazał:

„Powyższe terminy mogą podlegać procedurze przyspieszenia, zgodnie z zasadami określonymi w pkt 5 Załącznika nr 4 do Umowy. Wykonawca zobowiązany jest do zapewnienia całkowitej wydajności realizacyjnej na poziomie minimum 3500 Punktów Funkcyjnych (w każdym miesiącu obowiązywania Usługi Rozwoju). Zamawiający zobowiązuje się informować Wykonawcę czy w danym półroczu świadczenia Usług (liczonym od dnia rozpoczęcia świadczenia Usług) oczekuje od Wykonawcy utrzymania wydajności realizacyjnej na poziomie minimum 3500 Punktów Funkcyjnych miesięcznie. Informacja zostanie przekazana Wykonawcy 30 dni przed rozpoczęciem danego półrocza. Brak informacji od Zamawiającego oznacza, że Zamawiający oczekuje od Wykonawcy utrzymania wydajności realizacyjnej na poziomie minimum 3500 Punktów Funkcyjnych miesięcznie. Zobowiązanie Wykonawcy do utrzymania wydajności realizacyjnej określonej w tym punkcie wygasa z chwilą wyczerpania budżetu wynagrodzenia na świadczenie Usług w ramach Grupy Usług Rozwoju (Modyfikacji)”.

Odwołujący wskazuje, że w celu zapewnienia wydajności realizacyjnej na poziomie 3500 punktów funkcyjnych, musi zapewnić gotowość zespołu w liczbie ok. 160-200 specjalistów jednocześnie, tymczasem zamawiający nie gwarantuje złożenia Zamówienia na 3500 punktów funkcyjnych w każdym miesiącu świadczenia tych usług. Możliwe jest zatem, że różnica między faktycznie zleconymi, a wymaganymi do utrzymania punktami funkcyjnymi będzie znacząca i doprowadzi do strat po stronie wykonawcy.

W pierwszej kolejności należy stwierdzić, że zamawiający nie jest w stanie zagwarantować wykonawcy złożenia Zamówienia na określoną liczbę punktów funkcyjnych, ponieważ skala niezbędnych Modyfikacji nie jest zależna wyłącznie od woli zamawiającego, a wynika najczęściej ze zmian stanu prawnego. W związku z tym sformułowanie postanowień umowy w taki sposób, aby zamawiający miał zapewnioną właściwą realizację umowy na wypadek konieczności zlecenia wykonania Modyfikacji o dużej pracochłonności lub kilkunastu Modyfikacji, jest uzasadnione rzeczywistymi potrzebami zamawiającego. Aby potrzeby te mogły być sprawnie realizowane, wykonawca musi utrzymywać w gotowości niezbędny zespół. Należy przy tym zauważyć, że specjaliści, którymi dysponuje wykonawca, nie muszą być przypisani wyłącznie do wykonywania przedmiotowej usługi. Wykonawca może wykorzystywać te osoby do realizacji innych zadań, pod warunkiem, że w razie konieczności będą oni natychmiast dostępni do realizacji zadań u zamawiającego.

Nie jest to jednocześnie sytuacja niespotykana na rynku zamówień publicznych, na którym zadania instytucji zamawiających są w dużej mierze uzależnione od zmian legislacyjnych, co przekłada się z kolei na funkcjonowanie systemów informatycznych służących do obsługi tych zadań. Tym samym profesjonalny wykonawca, ubiegający się o zamówienia publiczne, musi umieć ocenić ryzyko związane z niepewnością co do liczby punktów funkcyjnych, które w danym miesiącu zużyje zamawiający. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający gwarantuje zresztą złożenie Zamówień na 26.000 punktów funkcyjnych oraz wprowadził zmianę swz polegającą na podaniu wartości szacunkowej netto Usługi Modyfikacji, tym samym ułatwiając wykonawcom dokonanie wyceny oferty.

Izba popiera w tym zakresie stanowisko wyrażone w wyroku z dnia 13.11.2018 r. o sygn. akt KIO 1896/18 i KIO 1901/18, w którym stwierdzono: „wynagrodzenie za usługi rozwoju systemu (grupa G4) jest płacone w związku z osiągnięciem zamierzonego rezultatu (wykonania modyfikacji), w związku z czym brak jest racjonalnych podstaw do wynagrodzenia samej gotowości wykonawcy do świadczenia. (...) Izba uznała również, że skoro zamawiający określił wartość budżetu przeznaczoną na wykonanie prac w ramach Grupy Usług Rozwoju (G4), to profesjonalni wykonawcy, dysponujący odpowiednim doświadczeniem wynikającym z wcześniej wykonanych umów, powinni umieć skalkulować cenę jednego Punktu Funkcyjnego. Brak pewności odwołującego, co do liczby Punktów Funkcyjnych, które w danym miesiącu zużyje zamawiający, nie jest zatem okolicznością uniemożliwiającą odwołującemu wycenę oferty. Ryzyko, że w danym miesiącu zamawiający zużyje mniej PF lub nie zużyje ich wcale, jest standardowym ryzykiem kontraktowym na rynku usług IT, które obciąża w równym stopniu wszystkich potencjalnych wykonawców biorących udział w Postępowaniu i powinno zostać przez nich wkalkulowane w cenę oferty. (...) Jest zatem słusznym prawem zamawiającego zabezpieczenie możliwości wykonania modyfikacji o wysokiej prędkości lub większej liczby modyfikacji jednocześnie. Uwzględnić przy tym należy, że zamawiający nie narzucił wykonawcom liczby osób mających zapewnić zakładaną miesięczną wydajność realizacyjną, ani też nie nakazał przypisania tych osób wyłącznie do wykonywania usług z grupy G4. (...)”

W świetle powyższych ustaleń Izba nie dopatryła się naruszenia przepisów wskazanych w odwołaniu, dlatego też odwołanie w zakresie tego zarzutu zostało oddalone.

Zarzut nr 21.

W pkt 14 Załącznika nr 4C „Sposób wyceny Usługi Modyfikacji” do Wzoru umowy zamawiający wskazał:

„W przypadku rezygnacji Zamawiającego z realizacji w Propozycji bądź Zgłoszeniu Zmiany określonych „Produktów / usług”, wycena Propozycji bądź Zgłoszenia Zmiany jest obniżana proporcjonalnie do udziału wyłączonych zadań w koszcie pracochłonności Punktu Funkcyjnego Propozycji bądź Zgłoszenia Zmiany wg poniższej Struktury Punktu Funkcyjnego Propozycji bądź Zgłoszenia Zmiany. Obniżenie wyceny Propozycji bądź Zmiany następuje również wówczas, gdy skutkiem wykonania Modyfikacji lub Zmiany nie jest wykonanie „Produktu / usługi” spośród „Produktów / usług” wyliczonych w tabeli poniżej.

<i>Produkt / usługa</i>	<i>Udział procentowy w pracochłonności Punktu Funkcyjnego</i>	<i>Obowiązkowość</i>
<i>Opracowanie dokumentacji zarządczej dotyczącej zakresów oraz formy realizacji Propozycji bądź Zgłoszenia Zmiany</i>	15%	Z
<i>Opracowanie dokumentacji analitycznej (AOM)</i>	30%	Z
<i>Implementacja i przetestowanie oprogramowania wraz z przygotowaniem pakietu instalacyjnego i pakietu kodów źródłowych</i>	48%	Z
<i>Opracowanie Dokumentacji Technicznej (pracochłonność-1% PF), Użytkownika (pracochłonność – 2% PF) i Administratora (pracochłonność – 1% PF)</i>	4%*	O
<i>Przygotowanie i przeprowadzenie Testów Akceptacyjnych</i>	3%	O
<i>RAZEM</i>	100%	

*W przypadku zamawiania Dokumentacji dla Modyfikacji innej niż ta, w ramach której jest wykonywana, zgodnie z pkt. 4.6 Załącznika nr 4A do Umowy, wartość procentowa wynosi 4% udziału w pracochłonności Punktu Funkcyjnego Modyfikacji, której Dokumentacja dotyczy.

Odwołujący podnosi, że oczekiwanie przez zamawiającego realizacji danej modyfikacji w przypadku braku opracowanej dokumentacji w danym zakresie, oznacza że wykonawca przygotowując propozycje musi de facto wykonać szereg zadań wskazanych w tabeli dotyczących danego produktu, ale nie ma pewności co do wynagrodzenia, jakie otrzyma za wykonaną pracę, może okazać się bowiem, że nie otrzyma on w ogóle wynagrodzenia za faktycznie wykonaną pracę. Powyższe postanowienie powoduje, że

wykonawca nie jest w stanie oszacować kosztów związanych z realizacją usług, a tym samym złożyć oferty.

W trakcie rozprawy odwołujący rozszerzył argumentację podnosząc, że dla części aplikacji funkcjonujących u zamawiającego nie ma dokumentacji, a w umowie brak jest mechanizmu uzupełniania braków w ramach wytwarzanej modyfikacji, co skutkuje tym, że wykonawca w wycenie musi uwzględnić konieczność uzupełnienia braków w dokumentacji. Z uwagi na treść art. 555 ustawy Pzp, Izba ograniczy swoją argumentację do zarzutów zawartych w odwołaniu.

Izba podzieliła argumentację zamawiającego dotyczącą zarzutu sformułowanego w odwołaniu, zgodnie z którą wycena jest obniżana w przypadku rezygnacji zamawiającego z realizacji określonych Produktów lub Usług. Rezygnacja oznacza, że wykonawca nie jest zobowiązany do dostarczenia tych Produktów lub Usług, a zatem nie musi wykonywać prac z nimi związanych. Skoro zamawiający rezygnuje z Produktu lub Usługi, to nie zachodzi podstawa do zapłaty za ten Produkt lub Usługę. Dlatego też odwołanie w zakresie tego zarzutu zostało oddalone.

Odwołanie Comarch o sygn. akt KIO 3589/21:

Zarzut nr 1.2.i.

W rozdziale III, podrozdziale III.2. w pkt 1.1.1. swz zamawiający opisał warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej w zakresie doświadczenia, w ramach którego wykonawca miał wykazać, że:

1.1.1. wykonał w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych:

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

1.1.1.1.1. system został wykonany w technologii wielowarstwowej.

1.1.1.1.2. system został wykonany z wykorzystaniem relacyjnej bazy danych.

1.1.1.1.3. system wykorzystywany był lub jest przez pracujących równocześnie minimum 300 użytkowników oraz posiadał ponad 3000 użytkowników.

1.1.1.2. co najmniej dwie usługi, każda z nich o wartości nie mniejszej niż 2 000 000,00 zł brutto (słownie: dwa miliony złotych 00/100) za 1 rok świadczenia usługi, z których każda obejmowała utrzymanie systemu spełniającego wymagania opisane w pkt 1.1.1.1.1. - 1.1.1.1.3. powyżej oraz była świadczona nieprzerwanie przez okres co najmniej 12 miesięcy, a w ramach świadczonych usług do zadań Wykonawcy należała co najmniej (poniższe wymagania muszą być spełnione łącznie): (...).

W warunkach udziału w postępowaniu dotyczących personelu zamawiający dla większości wskazanych specjalistów (z wyjątkiem Administratora Camunda i Specjalisty ds. szacowania złożoności oprogramowania) wymagał m.in. doświadczenia takiego, jak opisane w pkt 1.1.1.1. z wyłączeniem wartości zamówień.

Odwołujący podnosi, że usługi realizowane w ramach niniejszego zamówienia dotyczą zarówno usług rozwojowych, jak i usług utrzymaniowych. Niezrozumiałe jest, dlaczego dla wymaganego do realizacji zamówienia personelu, w praktyce w odniesieniu do wszystkich ról swoje doświadczenia musiał zbudować wyłącznie na projektach związanych z budową bądź rozwojem systemu, a nie z jego utrzymaniem. Z punktu widzenia doświadczenia, niezależnie od charakteru projektu, budowane jest ono w oparciu o zakres prac, jakie w ramach danej roli wykonywane są w projekcie. Odwołujący wskazuje, że ze specjalistycznego punktu widzenia, znaczenie ma materia techniczna realizowanych prac, a nie charakter konkretnej usługi realizowanej przez pracodawcę / zleceniodawcę.

Zamawiający wskazał w odpowiedzi na odwołanie, że doświadczenie zdobyte w projektach związanych z budową bądź rozwojem systemu obejmuje proces wytwórczy oprogramowania na który składa się:

- Analiza wymagań dotyczących oprogramowania,
- Projekt architektury oprogramowania,
- Projekt szczegółowy oprogramowania,
- Kodowanie i testowanie oprogramowania,
- Integracja oprogramowania,
- Testowanie kwalifikacyjne oprogramowania,
- Integracja systemu,
- Testowanie kwalifikacyjne systemu,
- Instalacja oprogramowania.

Doświadczenie zdobyte w projektach utrzymaniowych nie obejmuje, wg zamawiającego, wszystkich ww. etapów.

Jednocześnie jednak z opracowania przygotowanego przez odwołującego wynika, że jedynie cztery pierwsze z ww. prac należą do usług rozwoju, natomiast pozostałe należą do grup usług zapewnienia jakości, usług integracji i certyfikacji. Zamawiający twierdzi, że nawet te ostatnie prace mogą być powiązane z usługami rozwoju, jednakże zdaniem Izby, nie

zmienia to faktu, że mogą być też wykonywane w ramach usług utrzymaniowych. Tym samym argumentacja zamawiającego nie uzasadnia opisanie warunków dla personelu wykonawcy poprzez wymaganie, aby posiadali oni doświadczenie tylko w projektach związanych z budową bądź rozwojem systemu, z wyłączeniem projektów utrzymaniowych. Nie jest też przekonujące stwierdzenie zamawiającego, że wymagania te są w pełni proporcjonalne do jego potrzeb i do przedmiotu zamówienia oraz możliwe do spełnienia dla wielu profesjonalnych wykonawców działających na rynku IT, w sytuacji gdy zamawiający nie wskazuje konkretnych zadań, których wymagani specjaliści nie będą w stanie wykonać bez posiadanego doświadczenia w konkretnych etapach procesu.

Z uwagi na powyższe odwołanie zostało w zakresie tego zarzutu uwzględnione i Izba nakazała zamawiającemu uwzględnienie w opisie warunków dotyczących personelu wykonawcy doświadczenia także w projektach utrzymaniowych.

Zarzut nr 1.2.iii.

W rozdziale III w pkt 1.1.2.2. i w pkt 1.1.2.3. swz zamawiający opisał warunki udziału w postępowaniu w zakresie personelu, jakim ma dysponować wykonawca, w tym m.in.:

1.1.2.2. jednym Administratorem Camunda, który posiada:

1.1.2.2.1. minimum 2-letnie doświadczenie w roli Administratora rozwiązań Camunda przy realizacji zamówień o zakresie jak w pkt 1.1.1.2. z wyłączeniem wartości zamówień,

1.1.2.3. jednym Programistą Camunda, który posiada:

1.1.2.3.1. minimum 2-letnie doświadczenie w roli Programisty rozwiązań Camunda przy realizacji zamówień o zakresie jak w pkt 1.1.1.1. z wyłączeniem wartości zamówień.

Odwołujący podnosi, że zgodnie z jego wiedzą, oprogramowanie to nie jest używane w systemach produkcyjnych wchodzących w skład systemów będących przedmiotem niniejszego postępowania, ewentualnie jego udział jest znikomy. Tymczasem zamawiający traktuje jednakowo technologię Java (wymagając dwóch programistów ze znajomością Java Enterprise Edition), w której wykonane jest ponad 90% systemu, z technologią Camunda, której nie sposób doszukać się ani w kodach źródłowych ani w dokumentacji. Odwołujący wskazuje też, że oprogramowanie Camunda jest oprogramowaniem służącym do budowania rozwiązań klasy BPM (Business Process Management), pozwalających na zarządzania procesami z użyciem BPMN (Business Process Modeling Notation na etapie projektowania procesów). Jest to jedno z wielu rozwiązań z tego zakresu, można bowiem wskazać co najmniej kilka równie nowoczesnych i popularnych produktów o podobnym zakresie, dostępnych na rynku i z powodzeniem używanych w projektach o różnej skali.

W odpowiedzi na odwołanie zamawiający wskazał, że Camunda BPM jest komponentem wytwarzanej obecnie Aplikacji IRZPlus odpowiedzialnym za zarządzanie stanami procesów biznesowych, frameworkiem programistycznym w zakresie sterowania procesami biznesowymi. W związku z powyższym zamawiający oczekuje, iż wykonawca będzie dysponował personelem mającym doświadczenie w zakresie produktu Camunda BPM niezbędnym do świadczenia wysokiej jakości Usług Modyfikacji oraz Usług Utrzymania. Zamawiający dokonał także zmiany swz i udostępnił projekt techniczny Aplikacji IRZplus.

Zgodnie z art. 112 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Skoro oprogramowanie Camunda stanowi część Aplikacji IRZPlus, to niewątpliwie ww. warunki udziału w postępowaniu są związane z przedmiotem zamówienia, tym samym zarzut odwołującego nie może być uznany za zasadny. Ponadto usunięcie obowiązku biegłej znajomości języka polskiego przyczyni się do łatwiejszego pozyskania specjalistów w tym zakresie. Izba podtrzymuje zatem swoje stanowisko wyrażone w odniesieniu do zarzutu nr 2 zawartego w odwołaniu o sygn. akt KIO 3587/21. W związku z tym odwołanie w zakresie tego zarzutu zostało oddalone.

Zarzut nr II.i.

W rozdziale XI swz zamawiający opisał jako jedno z kryteriów oceny ofert: „doświadczenie osób skierowanych do realizacji zamówienia” (PD) — waga 20% [20 pkt].

W pkt 1.2.2. swz zamawiający określił jako kryterium wymagane doświadczenie osoby wyznaczonej do realizacji zamówienia — Administratora Camunda — który spełnia wymagania zdefiniowane w rozdziale III.2 odpowiednio pkt 1.1.2.2.

Lp.	Posiada co najmniej 2-letnie doświadczenie w roli Administratora Camunda przy realizacji zamówień o zakresie jak w rozdziale 111.2, pkt 1.1.1.2. z wyłączeniem wartości zamówień	Ilość punktów
1	min. 2-letnie doświadczenie	0,00 pkt
2	min. 3-letnie doświadczenie	0,50 pkt
3	min. 4-letnie doświadczenie	1,00 pkt

W pkt 1.2.3. swz zamawiający określił jako kryterium wymagane doświadczenie osoby wyznaczonej do realizacji zamówienia — Programista Camunda — który spełnia wymagania zdefiniowane w rozdziale III.2 odpowiednio pkt 1.1.2.3.

Lp.	Posiada co najmniej 2-letnie doświadczenie w roli Programisty Camunda przy realizacji zamówień o zakresie jak w rozdziale 111.2, pkt 1.1.1.1. z wyłączeniem wartości zamówień	Ilość punktów
-----	---	---------------

1	min. 2-letnie doświadczenie	0,00 pkt
2	min. 3-letnie doświadczenie	0,50 pkt
3	min. 4-letnie doświadczenie	1,00 pkt

Odwołujący podnosi, że w świetle art. 242 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp kryterium oceny ofert w postaci doświadczenia osoby wyznaczonej do realizacji zamówienia jest dopuszczalne tylko pod warunkiem, że dana osoba może mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia. Tymczasem, zgodnie z wiedzą odwołującego, oprogramowanie to nie jest używane w systemach produkcyjnych wchodzących w skład systemów będących przedmiotem niniejszego postępowania, ewentualnie jego udział jest znikomy. Odwołujący wskazuje też, że oprogramowanie Camunda jest oprogramowaniem służącym do budowania rozwiązań klasy BPM (Business Process Management), pozwalających na zarządzania procesami z użyciem BPMN (Business Process Modeling Notation na etapie projektowania procesów). Jest to jedno z wielu rozwiązań z tego zakresu, można bowiem wskazać co najmniej kilka równie nowoczesnych i popularnych produktów o podobnym zakresie, dostępnych na rynku i z powodzeniem używanych w projektach o różnej skali.

Zgodnie z art. 242 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, kryteriami jakościowymi mogą być w szczególności kryteria odnoszące się do:

5) organizacji, kwalifikacji zawodowych i doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą one mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia.

Z przepisu wynika, że kwalifikacje, czy doświadczenie personelu wykonawcy może stanowić kryterium oceny oferty tylko pod warunkiem, że personel ten będzie miał istotny wpływ na jakość wykonania zamówienia. Zamawiający nie może zatem objąć kryteriami oceny ofert kwalifikacji czy doświadczenia jakichkolwiek osób, ale muszą to być osoby, których praca znacząco przekłada się na jakość wykonania zamówienia.

W odpowiedzi na odwołanie zamawiający wskazał, że Camunda BPM jest komponentem wytwarzanej obecnie Aplikacji IRZPlus odpowiedzialnym za zarządzanie stanami procesów biznesowych, frameworkiem programistycznym w zakresie sterowania procesami biznesowymi, dlatego też zamawiający oczekuje, iż wykonawca będzie dysponował personelem w zakresie produktu Camunda BPM niezbędnym do świadczenia wysokiej jakości Usług Modyfikacji oraz Usług Utrzymania. Z powyższego wynika, że zamawiający upatruje dopuszczalności określenia podkryteriów oceny ofert w zakresie Programisty i Administratora Camunda w tym, że Camunda BPM jest w ogóle częścią Aplikacji IRZPlus. Tymczasem należy zauważyć, że o ile fakt ten dowodzi związku wskazanych podkryteriów oceny ofert z przedmiotem zamówienia, o tyle w żadnym stopniu nie dowodzi, że udział ww. osób w wykonywaniu zamówienia będzie miał znaczący wpływ na jakość wykonania tego zamówienia. Innymi słowy: związek kryteriów oceny ofert

z przedmiotem zamówienia nie jest wystarczający, w świetle art. 242 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, do tego, by oceniać doświadczenie ww. specjalistów w tychże kryteriach, zwłaszcza że oprogramowanie Camunda nie jest powszechnie stosowane na rynku polskim, a w przedmiotowym postępowaniu będzie wykorzystywane jedynie w ramach Aplikacji IRZplus. Zamawiający nie wykazał zatem podstawowej przesłanki, której ziszczenie się przesądza o dopuszczalności zastosowania kryterium jakościowego w zakresie personelu wykonawcy, tj. przesłanki znaczącego wpływu ww. osób na jakość wykonania zamówienia. Powyższego nie zmienia fakt udostępnienia przez zamawiającego w wyniku zmiany swz, Projektu Technicznego Aplikacji IRZplus. W związku z powyższym Izba uwzględniła odwołanie w zakresie tego zarzutu i nakazała zamawiającemu usunięcie ww. podkryteriów. Izba pozostawiła do decyzji zamawiającego, czy rozdysponuje on punkty z usuniętych podkryteriów, czy też określi nowe kryteria lub podkryteria oceny ofert.

Zarzut nr II.ii.

W rozdziale XI swz zamawiający opisał jako jedno z kryteriów oceny ofert: „deklarowany czas przekazania oprogramowania Modyfikacji do Testów Akceptacyjnych” (POM), o których mowa w pkt 3 Załącznika nr 4C do projektowanych postanowień umowy stanowiących Załącznik nr 9 do SWZ — waga 21% [21 pkt]. *W ramach tego kryterium oferta może otrzymać łącznie nie więcej niż 21 pkt. Sumowaniu będą podlegały punkty przyznane badanej ofercie w ramach danej pracochłonności zgodnie z poniższym:*

Tabela 1.

Lp.	Pracochłonność oprogramowania Modyfikacji w IFPUG od 1 do 30 Punktów Funkcyjnych	Ilość punktów
1	10 Dni Roboczych	0,00 pkt
2	9 Dni Roboczych	1,50 pkt
3	8 Dni Roboczych	2,50 pkt

Tabela 2

Lp.	Pracochłonność oprogramowania Modyfikacji w IFPUG od powyżej 30 do 100 Punktów Funkcyjnych	Ilość punktów
1	17 Dni Roboczych	0,00 pkt
2	16 Dni Roboczych	1,50 pkt
3	15 Dni Roboczych	2,50 pkt

Tabela 3

Lp.	Pracochłonność oprogramowania Modyfikacji w IFPUG od powyżej 100 do 250 Punktów Funkcyjnych	Ilość punktów
1	29 Dni Roboczych	0,00 pkt
2	27 Dni Roboczych	1,50 pkt
3	25 Dni Roboczych	2,50 pkt

Tabela 4

Lp.	Pracochłonność oprogramowania Modyfikacji w IFPUG od powyżej 250 do 600 Punktów Funkcyjnych	Ilość punktów
1	66 Dni Roboczych	0,00 pkt
2	63 Dni Roboczych	1,50 pkt
3	60 Dni Roboczych	2,50 pkt

Tabela 5

Lp.	Pracochłonność oprogramowania Modyfikacji w IFPUG od powyżej 600 do 1500 Punktów Funkcyjnych	Ilość punktów
1	90 Dni Roboczych	0,00 pkt
2	85 Dni Roboczych	1,50 pkt
3	80 Dni Roboczych	2,50 pkt

Tabela 6

Lp.	Pracochłonność oprogramowania Modyfikacji w IFPUG od powyżej 1500 do 3000 Punktów Funkcyjnych	Ilość punktów
1	115 Dni Roboczych	0,00 pkt
2	110 Dni Roboczych	1,50 pkt
3	105 Dni Roboczych	2,50 pkt

Tabela 7

Lp.	Pracochłonność oprogramowania Modyfikacji w IFPUG od powyżej 3000 do 5000 Punktów Funkcyjnych	Ilość punktów
1	145 Dni Roboczych	0,00 pkt
2	135 Dni Roboczych	1,50 pkt
3	125 Dni Roboczych	2,50 pkt

Tabela 8

Lp.	Pracochłonność oprogramowania Modyfikacji w IFPUG od powyżej 5000 do 8000 Punktów Funkcyjnych	Ilość punktów
1	175 Dni Roboczych	0,00 pkt
2	165 Dni Roboczych	2,00 pkt
3	155 Dni Roboczych	3,50 pkt

Jednocześnie w Załączniku nr 1C do Wzoru Umowy w definicji Usługi Instalacji G1U3 zamawiający zdefiniował Okno Dostępności Usługi:

Odwołujący podnosi, że:

1. Zamawiający zamierza przyznać punkty za zadeklarowany czas zrealizowana jednego z etapów pośrednich cyklu wytwórczego oprogramowania, który ze względu na określony również przez zamawiającego cykl instalacji produkcyjnej nie przekłada się na termin możliwego wykorzystania wykonanego oprogramowania na środowisku produkcyjnym. Taki sam (lub nawet większy) wpływ na faktyczną datę możliwości produkcyjnego wykorzystania dostarczanego oprogramowania ma korelacja pomiędzy

datą zakończenia testów akceptacyjnych, a datą dostępnego okna instalacyjnego (w zależności od dnia tygodnia może to być od 2 do 3 dni roboczych, podczas gdy zamawiający zamierza dla Tabeli 1, Tabeli 2, Tabeli 3 i Tabeli 4 punktować już „przyspieszenia” jedno, dwu i trzydniowe przekazania oprogramowania do testów).

2. Zamawiający nie zachował żadnej logiki w określaniu progów pomiędzy punktowanymi „przyspieszeniami” – w jednym z zakresów jest to 9% czasu realizacji, w drugim 20%, dla trzech par zakresów ilości dni przyspieszenia są identyczne. Odwołującemu nie jest znana metodyka zarządzania procesem rozwoju oprogramowania, która uzasadniałaby tego rodzaju niekonsekwencję.
3. Zamawiający zamierza przyznać maksymalnie 21 punktów za deklarację średnio 12% skrócenia czasów realizacji jednego z pośrednich z etapów realizacji modyfikacji utrzymywanego systemu.

W odpowiedzi na odwołanie zamawiający stwierdził, że wg jego obliczeń czas od podpisania Zamówienia do przekazania oprogramowania do testów stanowi 72% całego procesu wytwórczego oprogramowania obejmującego:

- Analiza wymagań dotyczących oprogramowania,
- Projekt architektury oprogramowania,
- Projekt szczegółowy oprogramowania,
- Kodowanie i testowanie oprogramowania,
- Integracja oprogramowania,
- Testowanie kwalifikacyjne oprogramowania,
- Integracja systemu,
- Testowanie kwalifikacyjne systemu,
- Instalacja oprogramowania,

co potwierdza zasadność ustanowienia przedmiotowego kryterium jako niezwykle istotnego dla oceny realizacji Usługi Modyfikacji. Zamawiający przedstawił tabelę obrazującą m.in. procentowy udział przyjętego kryterium w procesie wytwarzania Oprogramowania. Obliczenia wykonano w oparciu o zrealizowane modyfikacje na dostosowanie SIA do obsługi kampanii 2021. W szczególności określenia progów zastosowanych przez zamawiającego uwzględniają to, że czasy wykonania Modyfikacji zakładających wysoką prędkość (dużą liczbę punktów funkcyjnych) uwzględniają efekt optymalizacji czasowej, który występuje przy realizacji dużych projektów.

Przedstawione przez zamawiającego obliczenia Izba uznała za wiarygodne. Pokazują one, że rzeczywiście średnio 72% czasu w procesie od daty podpisania Zamówienia do daty jego wdrożenia, stanowi czas od daty podpisania Zamówienia do daty przekazania Oprogramowania do testów. Zasadna jest też argumentacja zamawiającego, który zwrócił

uwagę, że najmniejsze postąpienia w ilościach dni roboczych dotyczą najmniejszych Modyfikacji, natomiast w przypadku większych Modyfikacji postąpienia są większe, przy czym dłuższy czas przewidziany na wykonanie bardziej skomplikowanej Modyfikacji jest łatwiej skrócić niż i tak już krótki czas na wykonanie mniejszej Modyfikacji (zakładającej mniejszą pracochłonność w punktach funkcyjnych). Tym samym przyjęta metodyka jest jasna. Zamawiający słusznie też zauważył, że zgodnie z pkt 3.3. załącznika 1C do umowy, w uzasadnionych sytuacjach Kierownicy Utrzymania mogą ustalić dodatkowe okno dostępności Usługi dla instalacji na Środowisku Produkcyjnym, w tym w dni wolne od pracy u zamawiającego, zatem istnieje możliwość dokonania zmiany bez konieczności czekania na pojawienie się okna dostępności instalacji. Dodatkowo należy stwierdzić, że podniesiona przez odwołującego Comarch argumentacja nie potwierdza, aby kryterium to miało charakter pozorny (jak wskazano na str. 20 odwołania). Stąd też Izba nie znalazła podstaw do uznania, że zastosowane przez zamawiającego progi wymagają zmiany. W związku z powyższym zarzut został uznany za niezasadny i odwołanie zostało w tym zakresie oddalone.

Należy jednocześnie mieć na uwadze, że odwołujący Comarch kwestionuje w niniejszym odwołaniu (KIO 3589/21) sposób przyznawania punktów w ww. kryterium, tymczasem Izba uwzględniła zarzut nr 1 w odwołaniu odwołującego Asseco (KIO 3579/21) uznając m.in. to kryterium za niedopuszczalne niezależnie od sposobu przyznawania w nim punktów i w związku z tym nakazała jego usunięcie. Zatem oddalenie odwołania Comarch w ww. zakresie nie zmienia faktu, że omawiane kryterium powinno zostać przez zamawiającego usunięte w wyniku uwzględnienia zarzutu nr 1 w odwołaniu Asseco (KIO 3579/21).

Zarzut nr III.i.

W załączniku nr 1A do Wzoru umowy w pkt 2.1.1. zamawiający wskazał:

„2.1.1. Wykonawca, na podstawie Zgłoszeń oraz niezależnie od Zgłoszeń Zamawiającego, ma obowiązek podejmować działania niezbędne dla zapewnienia celu, kompletności i efektywności Usługi, w tym: (...)

2.1.1.22. co najmniej raz na 6 miesięcy na własnych środowiskach testowych lub za zgodą Zamawiającego – na Środowiskach Pomocniczych, wykonanie testów pełnego odtworzenia SI na podstawie kopii zapasowych oraz Dokumentacji oraz przedstawienie Zamawiającemu raportu dokumentującego przebieg i wyniki testów;

2.1.1.23. co najmniej raz na 6 miesięcy przeprowadzanie, na własnych środowiskach testowych lub za zgodą Zamawiającego – na Środowiskach Pomocniczych, testów wydajnościowych skalowalnych do Środowiska Produkcyjnego oraz przedstawienie Zamawiającemu raportu”.

Odwołujący podnosi, że poza środowiskiem do testów, niezbędne będzie wykonawcy środowisko developerskie. W skład obu tych środowisk wchodzi oprogramowanie LIDS, którego właścicielem jest Asseco Central Europe, wchodzące w skład grupy kapitałowej Asseco. Opisane fakty prowadzą do sytuacji, w której przed każdym potencjalnym wykonawcą będzie stała konieczność zakupu oprogramowania LIDS od jednej ze spółek grupy Asseco, w celu złożenia oferty konkurującej cenowo z inną spółką z tej grupy kapitałowej. Stanowi to poważne ograniczenie konkurencji poprzez nieuprawnione preferowanie spółek grupy kapitałowej Asseco. Dodatkowym ograniczeniem konkurencji związanym z oprogramowaniem LIDS jest, wg odwołującego, brak precyzyjnego wskazania przez zamawiającego, typu i ilości minimalnych licencji LIDS koniecznych do realizacji zamówienia.

W odpowiedzi na odwołanie zamawiający stwierdził, że podjął działania zmierzające do zastąpienia oprogramowania LIDS innymi rozwiązaniami, niemniej jednak oprogramowanie LIDS jest używane nadal w Aplikacjach IACSplus oraz PZSiPplus, a zatem konieczne jest zapewnienie wsparcia dla używanego oprogramowania LIDS do czasu zmiany (zastąpienia) technologii LIDS rozwiązaniem opartym na technologii open source. Zamawiający podnosi także, że jeżeli istotnie celem wykonawcy Asseco miałyby być uniemożliwienie wykorzystania licencji LIDS przez jego konkurentów, to równie dobrze wykonawca ten mógłby nie złożyć oferty w prowadzonym przez zamawiającego odrębnym postępowaniu na zakup takich licencji. Zamawiający wskazał też, że przekazał wykonawcom wszelkie informacje pozwalające profesjonalistom z dziedziny IT na oszacowanie rodzaju i ilości licencji niezbędnych do zbudowania środowisk koniecznych do realizacji usług. Ponadto w ocenie zamawiającego, opisywane przez odwołującego okoliczności zdają się być wyjątkowo korzystnymi warunkami dostaw lub usług, o których mowa w art. 224 ust. 3 pkt 2 Pzp, co może stanowić legalne uzasadnienie zaoferowania ceny niższej niż szacowana w okolicznościach tożsamy dla każdego innego uczestnika rynku.

Należy zauważyć, że podobny zarzut został postawiony przez odwołującego DXC w odwołaniu KIO 3587/21 (zarzut nr 4). Izba podtrzymuje wskazaną tam argumentację, w myśl której zamawiający nie może przygotowywać postępowania, w tym tworzyć postanowień swz, w taki sposób, który wg posiadanej przez niego wiedzy, będzie skutkować faworyzowaniem jednego wykonawcy kosztem innych wykonawców, gdyż byłoby to niezgodne z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp. Powyższego nie zmienia treść art. 224 ust. 3 pkt 2 ustawy Pzp, gdyż możliwość powołania się przez wykonawcę w trakcie postępowania na ww. warunki w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny, nie zwalnia zamawiającego z obowiązku zapewnienia uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w sytuacji, w której z góry znana jest przewaga konkurencyjna jednego z wykonawców.

Zamawiający ma przy tym rację twierdząc, że wykonawca Asseco może nie chcieć sprzedać licencji do oprogramowania LIDS zarówno konkurentom na rynku, jak i samemu zamawiającemu. Niemniej jednak ryzyko w tym zakresie powinno obciążać zamawiającego jako podmiot, który w przeszłości zakupił oprogramowanie LIDS, w wyniku czego obecnie niezbędne jest zapewnienie wsparcia dla tego oprogramowania w Aplikacjach IACSplus oraz PZSiPplus. Stan obecny wynikający z poprzednich zakupów zamawiającego nie może natomiast skutkować tym, że wykonawcy będą zmuszeni do zakupu licencji od swojego konkurenta, tj. wykonawcy Asseco i będą uzależnieni od narzuconych przez niego cen.

W związku z powyższym Izba uznała odwołanie w zakresie ww. zarzutu za zasadne i nakazała zamawiającemu zmianę pkt 2.1.1.22. i pkt 2.1.1.23. załącznika nr 1A do Wzoru umowy poprzez dodanie we wskazanych postanowieniach zobowiązania zamawiającego do zapewnienia wykonawcom na jego koszt licencji na oprogramowanie LIDS.

Zarzut nr III.iii.

W rozdziale 3.2 załącznika 4K do Wzoru umowy pn. „Podręcznik wyceny oprogramowania w Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa v.3.1.711 sierpnia 2021 r. zamawiający wskazał:

„Koszt wytworzenia lub zmiany oprogramowania określony na podstawie Rozmiaru Funkcjonalnego wymagań obejmuje realizację tych wymagań zgodnie z normami obowiązującymi dla danego oprogramowania. Normy te muszą być co najmniej zgodne, w danym obszarze, ze standardami i dobrymi praktykami obowiązującymi na rynku IT. Normy te obejmują obszary definiowane przez wymagania pozafunkcjonalne i dotyczą m.in.:

- *dotrzymania SLA związanego z wydajnością np. czasem przetwarzania czy odpowiedzi oprogramowania,*
- *ergonomii użytkownika oprogramowania oraz rozwiązań w zakresie interfejsu użytkownika, w tym m.in.:*
 - *sposobu wprowadzania i wyświetlania danych,*
 - *wyświetlania komunikatów informujących Użytkownika o stanie przetwarzania danych,*
 - *wyświetlania informacji niezbędnej do podjęcia przez Użytkownika właściwej decyzji, w tym odświeżania danych,*
 - *potwierdzania krytycznych decyzji użytkownika,*
 - *możliwości anulowania realizowanych zadań,*
 - *możliwości przerwania, a następnie wznowienia pracy itp.*
- *bezpieczeństwa i audytowalności oprogramowania, w tym m.in.:*
 - *autentykacji użytkowników,*
 - *ograniczenia dostępu tylko do funkcji i danych,*

- rejestracji operacji wykonywanych i zdarzeń systemowych,
- monitorowania poprawności działania, dostępności i wydajności oprogramowania,
- zakresu i sposobu udokumentowania oprogramowania,
- stosowania określonych technologii,
- stosowania określonej architektury aplikacji, w tym m.in. podziału na moduły, warstwy, usługi itp.,
- sposobu integracji z innymi systemami, w tym m.in.:
 - stosowania lub niestosowania komponentów pośredniczących w komunikacji,
 - sposobu wymiany danych (np. poprzez bazę danych, pliki wymiany, usługi itp.),
 - konfiguracji i formatu komunikatów wymienianych przez usługi.

W/w normy wynikają z dokumentacji, kodu źródłowego oraz sposobu działania oprogramowania, którego rozwój jest przedmiotem Umowy. W obszarach, w których, zgodnie z powyższym akapitem w/w pozostają nieokreślone, obowiązującymi są normy wynikające ze standardów i dobrych praktyk obowiązujących na rynku IT. Realizację wymagań zgodnie z w/w normami uznaje się za wliczoną przez Wykonawcę w cenę Punktu Funkcyjnego.”

Odwołujący podnosi, że z żadnej części rozdziału 3.2 załącznika 4K, jak również z treści samego załącznika 4K jak i reszty swz, nie wynika jakie konkretnie normy i standardy zamawiający ma na myśli, nie sposób zatem wywnioskować, w jaki sposób wymienione w nim elementy miałyby być uwzględnione w wycenie.

W odpowiedzi na odwołanie zamawiający stwierdził, że normy, o których mówią przytaczane zapisy oznaczają normy (praktyki, opcje, rozwiązania), które da się wywieść z dokumentacji i kodu źródłowego. Nie jest zatem prawdą, że wynikanie ww. norm z dokumentacji, kodu źródłowego i sposobu działania aplikacji jest definicją idem per idem, ponieważ w momencie przystąpienia do realizacji umowy wykonawca będzie dysponował dokumentacją, kodem źródłowym oraz działającą aplikacją i to one będą stanowić punkt odniesienia dla norm, jakie ma spełniać oprogramowanie, które będzie dopiero wytwarzane przez wykonawcę. W dniu 27.01.2022 r. zamawiający udzielił także odpowiedzi na pytanie nr 32 do swz i wskazał, że ze względu na ciągły rozwój standardów i dobrych praktyk na rynku IT oraz fakt, że umowa będzie funkcjonować przez okres kilku lat, podanie zamkniętej listy norm jest niemożliwe. Zapis odnosi się zatem do oczekiwania, że wykonawca przygotuje oprogramowanie z zachowaniem najwyższej profesjonalnej staranności, właściwej dla czołowych przedsiębiorców branży IT i że przy realizacji oprogramowania będzie stosował rozwiązania i dobre praktyki, właściwe dla określonej aplikacji czy stosowanej technologii, które są powszechnie znane, ich opis jest powszechnie dostępny, co do których istnieje powszechny konsensus na rynku IT wskazujący na ich stosowanie.

Zamawiający określił zatem w miarę możliwości, jak należy rozumieć normy, o których mowa w ww. rozdziale 3.2 załącznika 4K do Wzoru umowy. Zamawiający wskazał, że chodzi o normy obowiązujące dla danego oprogramowania, wynikające z dokumentacji, kodu źródłowego oraz sposobu działania danego oprogramowania, zgodne co najmniej ze standardami i dobrymi praktykami obowiązującymi na rynku IT w danym obszarze. Słuszna jest także argumentacja zamawiającego, zgodnie z którą z uwagi na rozwój standardów i dobrych praktyk na rynku IT oraz czas trwania umowy, nie jest możliwe z góry precyzyjne wymienienie wszystkich norm. Dlatego odwołanie w zakresie tego zarzutu zostało oddalone.

Zarzut nr IV.i.

Zamawiający w pkt 3.7 Wzoru umowy wskazał:

„Przez okres obowiązywania Umowy, Zamawiający uprawniony jest do nie więcej niż trzykrotnego jednostronnego zawieszenia świadczenia Wykonawcy w odniesieniu do Grupy Usług Utrzymania Środowisk (G1), a Wykonawca wyraża na to zgodę. Uprawnienie Zamawiającego do zawieszenia świadczenia Wykonawcy w odniesieniu do Grupy Usług Utrzymania Środowisk (G1) jest ograniczone w ten sposób, że w okresie obowiązywania Umowy Wykonawca będzie świadczyć Usługi z Grupy Usług Utrzymania Środowisk (G1) przez co najmniej trzy następujące po sobie miesiące. Ograniczenie, o którym mowa w zdaniu poprzednim nie dotyczy sytuacji wypowiedzenia lub odstąpienia od Umowy przez Zamawiającego.

Każdorazowe wznowienie świadczenia Usług z Grupy Usług Utrzymania Środowisk (G1), następować będzie na okres nie krótszy niż 3 miesiące.

Zamawiający poinformuje Wykonawcę na piśmie o zawieszeniu świadczenia Wykonawcy w odniesieniu do Grupy Usług Utrzymania Środowisk (G1) na co najmniej 1 miesiąc przed dniem, w którym nastąpi zawieszenie świadczenia Usług w odniesieniu do Grupy Usług Utrzymania Środowisk (G1). Zamawiający może przekazać informację o zawieszeniu również w czasie trwania Okresu Przejściowego. Zawieszenie świadczenia Usług w odniesieniu do Grupy Usług Utrzymania Środowisk (G1) obowiązywać może również począwszy od daty rozpoczęcia świadczenia Usług w rozumieniu pkt 6.8 i 6.9 Umowy. W piśmie Zamawiający wskaże datę, od której Wykonawca nie będzie świadczyć Usług w ramach Grupy Usług Utrzymania Środowisk (G1). Przez okres, w którym Wykonawca nie będzie świadczyć Usług w odniesieniu do Grupy Usług Utrzymania Środowisk (G1), Wykonawcy nie należy się wynagrodzenie ryczałtowe przypisane do tej Grupy Usług. Zamawiający uprawniony jest do jednostronnego wznowienia świadczenia Usług w ramach Grupy Usług Utrzymania Środowisk (G1). Wznowienie nastąpi z co najmniej 3 miesięcznym wyprzedzeniem, przez wskazanie Wykonawcy daty wznowienia świadczenia Usług

w odniesieniu do Grupy Usług Utrzymania Środowisk (G1) na piśmie.

Jeżeli początek zawieszenia lub wznowienia świadczenia Usług w odniesieniu do Grupy Usług Utrzymania Środowisk (G1) przypada na inny dzień, niż pierwszy dzień miesiąca, wynagrodzenie należne Wykonawcy za świadczenie Usług w ramach Grupy Usług Utrzymania Środowisk (G1) za miesiąc, w którym Usługi te były świadczone w niepełnym wymiarze czasowym zostanie ustalone proporcjonalnie do czasu przez jaki Usługi w ramach Grupy Usług Utrzymania Środowisk (G1) były świadczone w takim miesiącu.”

Dodatkowo zamawiający w pkt 3.7 Wzoru umowy wskazał:

„3.7.1. W przypadku zawieszenia lub wypowiedzenia Grupy Usług Utrzymania Środowisk (G1) Zamawiający uprawniony jest do korzystania z Usługi Administracji Środowiskami (G1U1) na wskazanym Środowisku Pomocniczym, na potrzeby przeprowadzenia odbioru Modyfikacji zamówionej w ramach Usługi Rozwoju. (...)”

Odwołujący podnosi, że wprowadzenie przez zamawiającego mechanizmu zawieszania świadczenia usług oraz powiązanego z nim zawieszania wynagrodzenia wykonawcy, uniemożliwia racjonalną kalkulację ceny w zakresie grupy usług G1. Ponadto w okresie zawieszenia Grupy Usług G1 zamawiający chce zagwarantować sobie możliwość korzystania z Usługi G1U1 w nieznanym wykonawcy zakresie czasowym, dla której zdefiniował sposób rozliczenia Time&Material, wyliczany w oparciu o procent ryczałtowej ceny usługi. Takie zapisy umowne uniemożliwiają prawidłową kalkulację ceny za usługę. Zdaniem odwołującego zwolnienie wykonawcy z obowiązku utrzymywania dedykowanego zespołu gotowego do świadczenia usługi jest jedynie pozorne, gdyż nie można ponownie zbudować nowego zespołu posiadającego odpowiednie kompetencje w terminie 3 miesięcy.

Izba podtrzymuje w tym zakresie argumentację podniesioną w przypadku tożsamego zarzutu odwołującego DXC (zarzut nr 3) w odwołaniu KIO 3587/21. W szczególności Izba podtrzymuje, że zamawiający ma prawo tak ukształtować zakres przedmiotu zamówienia, aby odpowiadał on jego uzasadnionym potrzebom. Pkt 3.7. Wzoru Umowy nie daje zresztą zamawiającemu całkowitej swobody zawieszania tych usług, gdyż wskazano w nim szereg ograniczeń i terminów dotyczących procedury zawieszenia Grupy Usług Utrzymania Środowisk G1. Zamawiający dostosował zatem postanowienia Umowy dotyczące zawieszenia usług G1 do tego, co nakazała mu Izba w analogicznej sprawie w wyroku z dnia 13.11.2018 r. o sygn. akt KIO 1896/18, tj. przede wszystkim wskazał minimalny gwarantowany okres świadczenia usług z grupy G1. Wykonawca, jako profesjonalista, musi także przyjąć takie metody zarządzania zespołem, aby w razie potrzeby być w stanie skompletować go w czasie 3 miesięcy. Z uwagi na powyższe, Izba uznała zarzut za niezasadny i oddaliła odwołanie w tym zakresie.

Zarzut IV.ii.

W pkt 6.14 i w pkt 6.15. Wzoru umowy zamawiający wskazał:

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

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

Odwołujący podnosi, że nawet w przypadku wykonania wszystkich obowiązków przewidzianych w pkt 6.14., i tak nowy wykonawca będzie zobowiązany do usunięcia wady (choć będzie to niemożliwe obiektywnie). Wykonawca będzie na mocy umowy zobowiązany do niemożliwego świadczenia, a w przypadku jego niespełnienia zostaną na niego nałożone kary umowne. Analogiczna sytuacja może mieć miejsce w przypadku braku przekazania istotnych informacji niezbędnych do naprawy systemu.

Izba podtrzymuje w tym zakresie swoje stanowisko wyrażone przy analogicznym zarzucie DXC w odwołaniu KIO 3587/21 (zarzut nr 13). Przede wszystkim należy podnieść, że tak sformułowane postanowienia wzoru umowy mogą skutkować odpowiedzialnością nowego wykonawcy za okoliczności, na które nie ma on wpływu. Doświadczenia obu odwołujących i zamiar wdrożenia przez zamawiającego nowej Aplikacji IRZplus potwierdzają istnienie ryzyka w tym zakresie. W związku z tym Izba uwzględniła odwołanie co do tego zarzutu, niemniej jednak uznając żądanie odwołującego Comarch za zbyt daleko idące, nakazała zamawiającemu wskazanie, że w przypadku wad systemu zgłoszonych zamawiającemu w okresie przejściowym, których dotychczasowy wykonawca usług nie usunął do końca okresu przejściowego, strony ustalą odpowiedni termin na usunięcie tych

wad za wynagrodzeniem, natomiast dopiero po upływie tego terminu wykonawca będzie ponosić odpowiedzialność z tytułu naruszenia postanowień dotyczących SLA określonego w umowie.

Zarzut nr IV.v.

W ust. 10.12. Wzoru umowy zamawiający wskazał: „Łączna odpowiedzialność Zamawiającego z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania niniejszej Umowy, w tym w przypadku zwłoki wierzycielskiej, nie może przekroczyć 10% wartości wynagrodzenia netto określonego w punkcie 8.1 Umowy”.

Odwołujący podnosi, że nawet uzasadnione i dowiedzione roszczenie wykonawcy np. odszkodowawcze lub o zapłatę wynagrodzenia zostanie „ucięte” do wysokości wprowadzonego limitu, co wprost prowadzi do naruszenia zasady równości stron stosunku cywilnoprawnego, rażącego przekroczenia granicy swobody umów oraz naruszenia kompensacyjnych zasad odpowiedzialności odszkodowawczej, których celem jest pokrycie szkody w pełnej wysokości.

W odpowiedzi na odwołanie zamawiający wskazał, że zastosowany limit łącznej odpowiedzialności jest ustalony na poziomie adekwatnym do zakresu obowiązków, jakie spoczywają na zamawiającym w trakcie realizacji umowy, które dotyczą przede wszystkim współdziałania z wykonawcą przy realizacji umowy. To na wykonawcy spoczywa szereg obowiązków wynikających z umowy, które mają być realizowane w określonych reżimach czasowych i na odpowiednim poziomie jakościowym. W ocenie zamawiającego modyfikacja zakresu odpowiedzialności kontraktowej jest dopuszczalna (art. 473 § 2 kc).

Izba stwierdziła, że oceniając zakres odpowiedzialności stron umowy nie można abstrahować od zakresu zadań przypisanych w tej umowie każdej ze stron. Niewątpliwie większość obowiązków wynikających z umowy spoczywa w tym przypadku na wykonawcy i to niewykonanie jego obowiązków grozi wywołaniem szkód zarówno po stronie zamawiającego, jak i licznych użytkowników systemu będącego przedmiotem umowy. Z kolei ewentualne niewykonanie obowiązków po stronie zamawiającego może spowodować szkody wyłącznie po stronie wykonawcy i nie będą to szkody wpływające na funkcjonowanie systemu rolnictwa w Polsce. Stąd też Izba uznała, że nierówna odpowiedzialność zamawiającego i wykonawcy znajduje w tym wypadku uzasadnienie w nierównym zakresie zadań, jakie spoczywają na stronach umowy. Ponadto należy zauważyć, że wskutek zmian swz z dnia 30.12.2021 r. zamawiający znacząco obniżył kary umowne przewidziane dla wykonawcy w pkt 10.6., 10.7. i 10.8. wzoru umowy do 50%. Z uwagi na powyższe odwołanie w zakresie ww. zarzutu zostało oddalone.

Zarzut nr IV.vi.

W załączniku nr 11 do wzoru umowy zamawiający wskazał:

„1.5. Jeżeli Wykonawca dopuści się zwłoki w dotrzymaniu któregokolwiek z Czasów Reakcji lub Realizacji wynikającego z SLA określonego dla poszczególnych Usług w punkcie 2 niniejszego Załącznika, kara umowna przysługująca z tytułu zwłoki jest naliczana niezależnie od Okien dostępności Usług ustalonych w Umowie dla poszczególnych Usług (naliczana jest na zasadach określonych w Umowie od chwili upływu Czasu Reakcji lub Czasu Realizacji do momentu faktycznej realizacji danego Zgłoszenia). (...)

4.4. Zamawiający uprawniony jest do naliczenia i dochodzenia następujących kar umownych w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania określonych poniżej zobowiązań dla wszystkich grup Usług:

4.4.1. 0,1% MW (w przypadku Usługi Integracji i Certyfikacji – 0,1% wynagrodzenia dla Certyfikacji, której dotyczy zwłoka, ustalonego na zasadach określonych w Załączniku nr 2C1 do Umowy) za każdą rozpoczętą godzinę zwłoki w dotrzymaniu Czasu Reakcji, jednak nie mniej niż 200 zł za każdą godzinę;

4.4.2. 0,2% MW (w przypadku Usługi Integracji i Certyfikacji – 0,2% wynagrodzenia dla Certyfikacji, której dotyczy zwłoka, ustalonego na zasadach określonych w Załączniku nr 2C1 do Umowy) za każdą rozpoczętą godzinę zwłoki w dotrzymaniu Czasu Realizacji, jednak nie mniej niż 500 zł za każdą godzinę. (...)

4.7. Zamawiający uprawniony jest do naliczenia i dochodzenia następujących kar umownych w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania określonych poniżej zobowiązań w zakresie Usług z grupy Usług G4 (Usługi Rozwoju):

4.7.1. 0,4% wynagrodzenia brutto za wykonanie Zamówienia, za każdy rozpoczęty dzień zwłoki w przekazaniu do odbioru należycie wykonanego Produktu, jednak nie mniej niż 3.000 zł za każdy dzień.”

Odwołujący podnosi, że kary umowne za zwłokę nie będą naliczane jedynie w odniesieniu do godzin zwłoki w ramach Okna dostępności Usług, ale w odniesieniu do godzin zegarowych zwłoki. Wobec tego, kara umowna za jeden dzień zwłoki (rozumianego jako 24 godziny zwłoki) w świadczeniu danej Usługi w zakresie dotrzymania czasu Reakcji wynosić będzie minimum 4 800 złotych netto, a w zakresie dotrzymania czasu Realizacji – minimum 12 000 złotych netto. Stawki te znacząco przekraczają stawki wskazywane przez Wykonawców za dzień pracy specjalistów. Kary umowne w takiej wysokości muszą więc zostać uznane, zdaniem odwołującego, za rażąco wygórowane.

W ocenie zamawiającego kary są dostosowane do jego potrzeb wynikających m.in. z faktu, iż system SIA jest kluczowym dla funkcjonowania ARiMR. Skonstruowane przez zamawiającego mechanizmy umowne są elastyczne, co pozwala na właściwe zarządzanie

sytuacjami kryzysowymi, m.in. poprzez zawieszenie obsługi zgłoszeń (załącznik nr 9, pkt 2.6-2.10) lub eskalację spornych zagadnień (załącznik nr 13). Przy odpowiednim zastosowaniu mechanizmów umownych wykonawca jest w stanie w trudnych sytuacjach uniknąć naliczenia kar umownych.

W ocenie Izby zamawiający wystarczająco uzasadnił wysokość ww. kar umownych z załącznika nr 11 do umowy powołując się zarówno na znaczenie systemu SIA dla funkcjonowania gospodarki w sektorze rolnictwa, jak i na procedury rozwiązywania problemów projektowych i zawieszenia obsługi zgłoszeń opisane w załącznikach nr 9 i 13 do umowy. Należy zauważyć, że zapłata kary umownej stanowi automatyczną sankcję cywilnoprawną przysługującą wierzycielowi w stosunku do dłużnika w wypadku niewykonania przez niego lub nienależytego wykonania zobowiązania z przyczyn, za które dłużnik odpowiada. Kara umowna co do zasady zastępuje zatem odszkodowanie, a ponadto pełni rolę motywacyjną i represyjną. Z uwagi na cel udzielenia niniejszego zamówienia, zakres obowiązków wykonawcy, skutek ewentualnego ich nienależytego wykonania, a także szereg rozwiązań, które zostały przewidziane w umowie i które powinny pozwolić wykonawcy na uniknięcie nałożenia ww. kar, Izba stwierdziła, że kary te nie są rażąco wysokie. Dlatego odwołanie w zakresie tego zarzutu zostało oddalone.

Wobec powyższego, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 ustawy Pzp.

Orzeczenie Izby zostało wydane w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia oraz w oparciu o stanowiska stron i przystępujących przedstawione w pismach procesowych i na rozprawie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 2 pkt 1 i ust. 3 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Izba dokonała stosunkowego rozdzielenia kosztów poprzez obliczenie proporcji uwzględnionych i oddalonych zarzutów w każdym z odwołań.

W przypadku odwołania wykonawcy Asseco (KIO 3579/21), odwołujący poniósł koszty w postaci wpisu – 15.000 zł i wynagrodzenia pełnomocnika – 3.600 zł, zamawiający

nie poniósł zaś żadnych kosztów. Koszty postępowania odwoławczego wyniosły zatem łącznie 18.600 zł.

Rozpoznaniu przez Izbę podlegało 5 zarzutów, spośród których:

- 3 zostały uwzględnione (zarzuty nr 1, 2 i 20) - w tym zakresie koszty w wysokości 11.160 zł ponosi zamawiający (3/5 z kwoty 18.600 zł),
- 2 zostały oddalone (zarzuty nr 3 i 7) - w tym zakresie koszty w wysokości 7.440 zł ponosi odwołujący (2/5 z kwoty 18.600 zł).

Dlatego Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę w wysokości 11.160 zł.

W przypadku odwołania wykonawcy DKC (KIO 3587/21), odwołujący poniósł koszty w postaci wpisu – 15.000 zł i wynagrodzenia pełnomocnika – 3.600 zł, zamawiający nie poniósł zaś żadnych kosztów. Koszty postępowania odwoławczego wyniosły zatem łącznie 18.600 zł.

Rozpoznaniu przez Izbę podlegało 19 zarzutów, spośród których:

- 6 zostało uwzględnionych (zarzuty nr 4, 6, 7, 8, 10 i 13) - w tym zakresie koszty w wysokości 5.873,68 zł ponosi zamawiający (6/19 z kwoty 18.600 zł),
- 13 zostało oddalonych (zarzuty nr 1, 2, 3, 5, 9, 11, 12, 14, 15, 16, 19, 20 i 21) - w tym zakresie koszty w wysokości 12.726,32 zł ponosi odwołujący (13/19 z kwoty 18.600 zł).

Dlatego Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę w wysokości 5.874 zł (po zaokrągleniu w górę do pełnego złotego zgodnie z § 7 ust. 6 ww. rozporządzenia).

W przypadku odwołania wykonawcy Comarch (KIO 3589/21), odwołujący poniósł koszty w postaci wpisu – 15.000 zł i wynagrodzenia pełnomocnika – 3.600 zł, zamawiający nie poniósł zaś żadnych kosztów. Koszty postępowania odwoławczego wyniosły zatem łącznie 18.600 zł.

Rozpoznaniu przez Izbę podlegało 10 zarzutów, spośród których:

- 4 zostały uwzględnione (zarzuty nr I.2.i., II.i., III.i. oraz IV.ii.) - w tym zakresie koszty w wysokości 7.440 zł ponosi zamawiający (4/10 z kwoty 18.600 zł),
- 6 zostało oddalonych (zarzuty nr I.2.iii., II.ii., III.iii., IV.i., IV.v. oraz IV.vi.) - w tym zakresie koszty w wysokości 11.160 zł ponosi odwołujący (6/10 z kwoty 18.600 zł).

Dlatego Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę w wysokości 7.440 zł.

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła, jak w sentencji.

Przewodniczący

.....

.....