

Sygn. akt: KIO 1471/17

WYROK
z dnia 8 sierpnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska
Aneta Mlącka
Andrzej Niwicki

Protokolant: Mateusz Zientak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 sierpnia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 lipca br. przez wykonawcę A. P. spółka akcyjna w R. w postępowaniu prowadzonym przez Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia w W.

przy udziale wykonawcy K. spółka akcyjna w K. i wykonawcy P. S. I. spółka akcyjna w W., zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę A. P. spółka akcyjna w R. i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę A. P. spółka akcyjna w R. tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od wykonawcy A. P. spółka akcyjna w R. na rzecz zamawiającego - Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia w W. kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015, poz. 2164 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

.....

Sygn. akt KIO 1471/17

Uzasadnienie

I. Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia w W. (zwane dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. Elektroniczna Platforma Gromadzenia, Analizy i Udostępniania zasobów cyfrowych o Zdarzeniach M. (Projekt P1), jego utrzymanie i rozwój.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym WE z dnia 5 lipca 2017 roku, poz. 2017/S126-256810. Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych albo Ustawa).

W dniu 17 lipca 2017 r. wykonawca A. P. spółka akcyjna w R. dalej: (Odwołujący) wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 i 3 Ustawy, art. 9a ust. 2 Ustawy, art. 29 ust. 1 Ustawy, art. 91 ust. 1 i ust. 2c i ust. 2d Ustawy, art. 139 ust. 2 Ustawy, art. 140 Ustawy, art. 144 Ustawy. Naruszenie powyższych przepisów

może zdaniem Odwołującego doprowadzić w konsekwencji do naruszenia przepisu art. 93 ust. 1 pkt. 7 Ustawy.

Odwołujący uzasadnił swoje zarzuty następująco:

1. Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia: pkt. III Opis przedmiotu zamówienia, ppkt 1, ppkt 2, ppkt 5 „Informacja o opcjach” - brak wskazania przedmiotu zamówienia bez opcji, nadmierne wymagania dotyczące wyłączności personelu

W pkt. III Opis przedmiotu zamówienia Zamawiający zamieścił ppkt 1 i 2 o brzmieniu:

„1. Przedmiotem zamówienia jest Dokończenie budowy Projektu pn. Elektroniczna Platforma Gromadzenia, Analizy i Udostępniania zasobów cyfrowych o Zdarzeniach Medycznych (Projekt P1), jego utrzymanie i rozwój.

Część I zamówienia pn.: Dokończenie budowy Projektu pn. Elektroniczna Platforma Gromadzenia, Analizy i Udostępniania zasobów cyfrowych o Zdarzeniach Medycznych (Projekt P1), jego utrzymanie i rozwój.

Część II zamówienia pn.: Dokończenie budowy Projektu pn. Elektroniczna Platforma Gromadzenia, Analizy i Udostępniania zasobów cyfrowych o Zdarzeniach Medycznych (Projekt P1) oraz jego rozwój.

2. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia znajduje się dla:

Części I: w Załączniku nr I do SIWZ Opis przedmiotu zamówienia.

Części II: w Załączniku nr II do SIWZ Opis przedmiotu zamówienia”.

Odwołujący podnosił, że wskazane powyżej postanowienia w ogóle nie zawierają Opisu przedmiotu zamówienia. Sformułowania w pkt. 1 są bardzo ogólne, właściwie ograniczają się do nazwy zamówienia, w żadnym przypadku nie można stwierdzić, że zawierają one chociażby minimalny opis przedmiotu zamówienia.

Ten sam zarzut można postawić ppkt. 2 w związku z treścią Załączników Ia i Ib do SIWZ:

1. Załącznik nr 1a do SIWZ obejmuje 1,5 (słownie: półtorej) strony i zawiera:

✓ pkt. I, w którym wskazano 3 usługi (4 linijki tekstu);

✓ pkt. II, w którym zawarto zobowiązanie do zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez cały okres realizacji zamówienia osób pełniących rolę Kierownika Projektu oraz Zastępcy Kierownika Projektu.

2. Załącznik nr 1a do SIWZ obejmuje 1 i 1/4 (słownie: jeden i jedną czwartą) strony i zawiera:

✓ pkt. 1, w którym wskazano 1 usługę (2 linijki tekstu);

✓ pkt. II, w którym zawarto zobowiązanie do zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez cały okres realizacji zamówienia osób pełniących rolę Kierownika Projektu oraz Zastępcy Kierownika Projektu.

Co więcej - załączniki te nie zawierają nawet żadnych odwołań do innych elementów SIWZ, w tym np. nie zawierają odwołań do Załączników, które opisują usługi. Oczywiście można się domyślać, że to Umowa i Załączniki do niej zawierają opis przedmiotu zamówienia. Przy czym wykonawcy na etapie sporządzania oferty nie powinni domyślać się treści SIWZ, czy też zakresu przedmiotu zamówienia, ale kwestie te powinny być wprost w SIWZ uregulowane. Obecnie można przyjąć, że z naruszeniem art. 29 ust. 1 Prawa zamówień publicznych Zamawiający w ogóle nie zawarł w SIWZ opisu przedmiotu zamówienia. Brak ten powinien zostać naprawiony poprzez prawidłowe opisanie przedmiotu zamówienia w samym dokumencie SIWZ, w tym w załącznikach nazwanych przez Zamawiającego „Opis przedmiotu zamówienia”.

Powyższy zarzut jest bardzo istotny zwłaszcza w kontekście brzmienia pkt. 5 „Informacja o opcjach”. W pierwotnym brzmieniu pkt. ten miał brzmienie:

„5. informacja o opcjach:

W ramach przedmiotowego zamówienia są przewidziane opcje, zgodnie z poniższym zakresem:

Część I: Zamawiający gwarantuje 12% z Usług Tworzenia Oprogramowania i dwóch Usług Gwarancyjnych oraz 90% z pozostałych Usług Gwarancyjnych i Usług Autoryzacji

Część II: Zamawiający gwarantuje 10% całości przedmiotu zamówienia"

W dniu 13 lipca 2017 roku Zamawiający opublikował modyfikację SIWZ, między innymi w zakresie w/w pkt. 5 i nadał mu brzmienie:

„5. informacja o opcjach:

W ramach przedmiotowego zamówienia są przewidziane opcje, zgodnie z poniższym zakresem:

Część I: 90% Usług Tworzenia Oprogramowania, 100% Usług Autoryzacji, 100% Szkoleń oraz 50% Usług Gwarancyjnych.

Część II: 90% Usług Tworzenia Oprogramowania oraz 100% Szkoleń"

Pierwotnie przedmiotowe postanowienie nie odnosiło się nie do opcji, ale wręcz przeciwnie-do przedmiotu zamówienia NIE objętego opcjami. W treści pkt. 5 Zamawiający wskazywał, jakie części zamówienia będą wykonane na pewno. Natomiast w informacji o opcjach - zgodnie z logiką - Zamawiający powinien wskazać, te części zamówienia, które są opcją i być może zostaną zamówione. Błąd ten został poprawiony ww. modyfikacją SIWZ.

Z brzmienia w/w pkt 5 po modyfikacji wynika, że przedmiotem zamówienia w zakresie części I jest wyłącznie 10% Usług Tworzenia Oprogramowania i 50 % Usług gwarancyjnych, zaś w zakresie części II wyłącznie 10% Usług Tworzenia Oprogramowania. Istotne jest też, że Zamawiający nie określił, które Usługi gwarancyjne są opcją.

Z kolei Zamawiający wymaga dedykowania zespołu 84 osób do realizacji części I i 66 osób do realizacji części II zamówienia. W Załączniku nr 71 i 7b do SIWZ Zamawiający wymaga wskazana w ofercie listy 84 osób dla części I i 66 osób do części II, którymi dysponuje wykonawca do realizacji zamówienia. W treści załącznika zamieszczono oświadczenie:

„Wykonawca oświadcza, że do realizacji zamówienia dysponuje osobami, które posiadają następujące kwalifikacje i doświadczenie zawodowe wymienione poniżej w tabeli:"

Z powyższej treści można wnioskować, że Zamawiający oczekuje, aby Wykonawca dedykował do realizacji Umowy w zakresie części I zespół 84 osób i w zakresie części II zespół 66 osób.

Jednocześnie w Umowie brak jest zobowiązań Wykonawcy odnośnie w/w zespołu. Brak ten narusza art. 29 ust. 1 Ustawy, gdyż na etapie składania ofert nie jest jasne, czy przedmiotowy wymóg został przez Zamawiającego sformułowany jedynie jako podmiotowy warunek udziału w postępowaniu, czy też wolą Zamawiającego było, aby Wykonawca rzeczywiście dedykował zespół liczący aż 84 osoby (lub 66 w przypadku części II) na potrzeby realizacji Umowy. Z jednej strony - mając na uwadze istotność Projektu P1 - można uważać, że wolą Zamawiającego było, aby Wykonawca, który będzie realizować Umowę, zapewnił do realizacji tej Umowy duży, stabilny, dedykowany zespół. Znajduje to też oparcie w szacunkowej wartości zamówienia podanej w SIWZ. Z drugiej zaś strony Umowa nie zawiera żadnych obowiązków

Wykonawcy w tym zakresie, w szczególności treść Załącznika nr 13 do Umowy w żadnym stopniu nie odwołuje się do Załączników 7a i 7b do oferty.

Powyższe braki naruszają z całą pewnością art. 29 ust. 1 Prawa zamówień publicznych i powinny zostać usunięte. Obecne brzmienie SIWZ powoduje, że każdy Wykonawca może inaczej zrozumieć brzmienie SIWZ w zakresie obowiązku zatrudnienia zespołu w okresie realizacji Umowy i inaczej w związku z tym oszacuje cenę oferty. Doprowadzi to do sytuacji, że złożone oferty będą nieporównywalne, gdyż ich cena będzie opierać się na innych założeniach w zakresie kosztów osobowych.

Inną kwestią powiązaną z powyższym jest relacja pomiędzy liczebnością dedykowanego zespołu a zakresem zamówienia. Jak wskazano powyżej właściwie całość przedmiotu zamówienia to opcje, Zamawiający gwarantuje jedynie 10% Usług Tworzenia Oprogramowania i 50% Usług Gwarancyjnych. Przy takim szerokie zakresie opcji i wąskim zakresie gwarantowanego przedmiotu zamówienia byłoby wymaganiem nadmiernym, aby Wykonawca miał obowiązek dedykować zespół aż 84 osób, skoro Wykonawca ma gwarancję realizacji przedmiotu umowy w bardzo małym zakresie. Liczebność zespołu powinna być powiązana zrealną wartością przedmiotu zamówienia. O ile zatem bardzo istotne jest, aby Zamawiający określił wprost w SIWZ obowiązki Wykonawcy odnośnie personelu, w tym w szczególności liczebność dedykowanego zespołu - to z całą pewnością wymaganie aż 84 osób przez cały okres realizacji umowy jest nadmierny.

Mając powyższe na uwadze Odwołujący wnosil o nakazanie Zamawiającemu:

1. prawidłowe opisanie przedmiotu zamówienia w samym dokumencie SIWZ, w tym w załącznikach nazwanych przez Zamawiającego „Opis przedmiotu zamówienia”.
2. wskazanie w treści pkt. 5 „Informacją o opcjach”, które Usługi Gwarancyjne objęte są opcją.
3. wskazanie w SIWZ zakresu obowiązków Wykonawcy odnośnie zapewnienia dedykowanego zespołu przez cały okres realizacji Umowy, w szczególności poprzez wskazanie, liczebności zespołu, kompetencji członków, przy czym liczebność zespołu powinna uwzględniać wielkość opcji: w szczególności z uwzględnieniem, że gwarantowany przedmiot zamówienia stanowi wyłącznie w części I: 10% Usług Tworzenia Oprogramowania i 50% Usług Gwarancyjnych, a w części II: 10% przedmiotu zamówienia.

2. Specyfikacja istotnych Warunków Zamówienia: Pkt III Opis przedmiotu zamówienia, ppkt 14 dotyczący wizji lokalnej

Zamawiający zawarł w SIWZ postanowienia dotyczącej wizji lokalnej:

„14. Zamawiający na podstawie art. 9a ust 2 Prawa zamówień publicznych oraz w związku z wymogiem zawartym w Umowie wykorzystania produktów będących w posiadaniu Zamawiającego zapewni możliwość dostępu do posiadanych materiałów powstałych podczas realizacji I Fazy Projektu P1 oraz do materiałów, które dotyczą realizacji II Fazy Projektu P1 (w zakresie e-Recepty) podczas wizji lokalnej, która odbędzie się w siedzibie Zamawiającego. Dostęp zostanie zapewniony potencjalnym Wykonawcom, najpóźniej na 10 dni przed terminem składania ofert. Każdy Wykonawca otrzyma dostęp do materiałów przez maksymalnie 3 dni w godz. 8:00 -16:00 przy jednym stanowisku.”

Zamawiający nie zawarł w SIWZ żadnych dokumentów dotyczących opisu funkcjonalnego Projektu P1 w części już wykonanej. Sama nazwa postępowania - Dokończenie budowy Projektu pn. Elektroniczna Platforma Gromadzenia, Analizy i Udostępniania zasobów cyfrowych o Zdarzeniach Medycznych (Projekt P1) - wskazuje, że Zamawiający jest już w posiadaniu Projektu P1 w jakiejś części, a tym samym - jest w posiadaniu dokumentacji opisującej ten Projekt.

Powyższe wynika także z treści w/w pkt 14. Zamawiający potwierdza w nim, że posiada materiały powstałe podczas realizacji I Fazy Projektu P1 oraz materiały, które dotyczą realizacji II Fazy Projektu P1 (w zakresie e-Recepty). Zdaniem Odwołującego materiały te - wobec faktu, że opisują Projekt P1 - powinny stanowić część SIWZ jako element opisu przedmiotu zamówienia. Brak dołączenia tych materiałów do SIWZ stanowi naruszenie art. 29 ust. 1 i ust. 2 Prawa zamówień publicznych. Po pierwsze - Wykonawcy nie znają obecnie zawartości tych materiałów i nie mogą sporządzić oferty, po drugie - nie można wykluczyć sytuacji, że niektórzy wykonawcy (którzy tworzyli te materiały uprzednio na zlecenie Zamawiającego) będą mieli większą wiedzę na etapie tworzenia oferty, co z pewnością utrudnia zachowanie uczciwej konkurencji w postępowaniu.

Zastosowanie przez Zamawiającego instytucji wizji lokalnej wskazanej w art. 9a ust. 2 Prawa zamówień publicznych stanowi nadużycie. Z całą pewnością wizja lokalna dotyczy innej sytuacji, niż zapoznanie się z materiałami. Instytucja ta może być stosowana przykładowo przy zapoznaniu się z placem budowy. Jednakże materiały wskazywane przez Zamawiającego mogą być z całą pewnością udostępniane jako załączniki do SIWZ.

Z kolei odnośnie dokumentów przepis art. 9a ust. 2 Prawa zamówień publicznych statuuje instytucję „sprawdzenia dokumentów”. Tymczasem w celu złożenia oferty niezbędne jest zapoznanie się przez Wykonawców z materiałami, a nie ich „sprawdzenie”. Tym samym Zamawiający w ogóle nie był uprawniony do zastosowania regulacji przepisu art. 9a ust. 2 Prawa zamówień publicznych.

Zastosowana przez Zamawiającego instytucja wizji lokalnej uniemożliwia Wykonawcom sporządzenie oferty. Wykonawca może zapoznać się z tymi materiałami wyłącznie przez 3 dni, gdyż takie ograniczenie wprowadził Zamawiający. Co więcej - dostęp ten będzie możliwy najpóźniej 10 dni przed dniem złożenia ofert. Jeśli zaś po upływie tego terminu lub po wyczerpaniu limitu 3 dni dany Wykonawca poweźmie wątpliwości co do treści czy zawartości materiałów, nie będzie on uprawniony do żądania ponownego dostępu. Z całą pewnością uniemożliwia to sporządzenie oferty, gdyż Wykonawcy nie będą mieli w okresie ostatnich 10 dni przed dniem złożenia oferty dostępu do w/w materiałów i możliwości weryfikowania treści oferty w oparciu o te materiały.

W ocenie Odwołującego, obecnie mamy do czynienia z sytuacją, że - jak wykazano w zarzucie 1 - Zamawiający w ogóle nie zamieścił w SIWZ opisu przedmiotu zamówienia, a jednocześnie - bezpodstawnie i bez uzasadnienia ogranicza Wykonawcom możliwość zapoznania się z posiadanymi materiałami.

Mając powyższe na uwadze Odwołujący wnosil o nakazanie Zamawiającemu:

1. wykreślenie pkt III ppkt 14 SIWZ;
2. dołączenia do SIWZ materiałów powstałych podczas realizacji I Fazy Projektu P1 oraz materiałów, które dotyczą realizacji II Fazy Projektu P1 (w zakresie e-Recepty).

3. Specyfikacja istotnych Warunków Zamówienia: Pkt XIII Opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert - Kryterium oceny oferty „Cena brutto za Punkt Funkcyjny rozwijanego oprogramowania” w związku z treścią Załącznika nr 6 dla Części I oraz treścią Załącznika nr 4 dla Części II przedmiotu zamówienia przy braku w SIWZ określenia Strategii Wymiarowania.

Zamawiający jako jedno z kryteriów cenowych w obu częściach przedmiotu zamówienia wskazał cenę Punktu Funkcyjnego, doprecyzowanego w SIWZ oraz w załączniku „Zasady szacowania PF”, jako Punkt Funkcyjny w rozumieniu metodyki COSMIC. Specyfikacja metody

COSMIC opisana jest w „Podręczniku Wymiarowania” metody COSMIC (oryginał: „Measurement Manual”) oraz w specyfikacji normy ISO/IEC 19761, którą to normę metoda COSMIC spełnia.

Zgodnie ze specyfikacją metody COSMIC wymiar liczbowy pomiaru w CFP musi być zawsze podawany wraz z jednoczesnym wskazaniem Strategii Wymiarowania, która była podstawą tego pomiaru.

„W rozdziale tym [przyp. Strategia Pomiaru] omówione są cztery parametry pomiaru funkcjonalnego rozmiaru oprogramowania, które należy wziąć pod uwagę przed podjęciem pomiaru, a mianowicie cel i zakres pomiaru oraz identyfikacje użytkowników funkcjonalnych i poziom granulacji. Określenie tych parametrów pomoże nam odpowiedzieć na pytanie, „który rozmiar powinniśmy mierzyć?” lub, jeśli chodzi nam o pomiaru już wykonany, **„jak powinniśmy go interpretować?”**

[źródło: Podręcznik Wymiarowania metody COSMIC 3.0.1 PL - rozdział 2, 1 akapit, pogrubienie własne Odwołującego]

Wskazać należy, że miara rozmiaru oprogramowania w metodzie COSMIC (podobnie jak w innych analogicznych metodach, np. IFPUG) nie jest miarą metryczną. Oznacza to, iż nie istnieje jeden wzorzec ilości wyprodukowanego oprogramowania o rozmiarze 1 CFP (Cosmic Function Point). Zatem jednostka miary, jaką jest 1 CFP, nie jest taką samą, obiektywną i zawsze taką samą jednostką miary, jak np. wzorzec długości 1 m czy też wzorzec wagi 1 kg.

Zgodnie z metodą COSMIC taki wzorzec jest ustalany dla danego procesu pomiaru w dokumencie nazwanym Strategią Wymiarowania poprzez podanie wymaganych przez metodą COSMIC informacji. Metoda COSMIC to zbiór reguł i zasad pozwalających dla danego oprogramowania policzyć, ile jednostek wzorca „ilości”, tj. ile CFP jest w tym oprogramowaniu. Przy czym takie wyliczenie jest możliwe wyłącznie w przypadku, jeśli jedną z danych istniejących dla tego pomiaru jest ustalona wcześniej Strategia Wymiarowania. Tym samym bez określenia specyficznej dla danego oprogramowania Strategii Wymiarowania dla danego CFP sama określona liczba CFP jest wartością nieokreśloną, nieweryfikowalną oraz - co najważniejsze - wartością, która może być zupełnie inaczej rozumiana i używana przez każdego z wykonawców, a jeszcze inaczej - przez Zamawiającego. Bez określenia Strategii Wymiarowania nie jest możliwe stwierdzenie, jakiej „ilości” oprogramowania odpowiada 1 CFP. W konsekwencji brak Strategii Wymiarowania powoduje, że nie jest możliwe obiektywne podanie rozmiaru oprogramowania w konkretnej liczbie CFP - obiektywne, czyli takie, które będzie porównywalne u kilku wykonawców. Zgodnie z zapisami podręcznika COSMIC wartości

liczbowe Punktu Funkcyjnego bez określenia Strategii Wymiarowania nie mogą być wykorzystywane do porównywania.

„Podczas rejestrowania wyników jakiegokolwiek pomiaru, należy zarejestrować dane w powstałe w fazie Strategii Pomiaru (jak wymieniono w części 5.2). Niepowodzenie w zdefiniowaniu i zarejestrowaniu tych danych, może prowadzić do uzyskania pomiarów, które nie mogą być interpretowane jako wiarygodne> porównywalne czy też wykorzystane jako dane wejściowe w procesach takich jak szacowanie projektów.”

[źródło: Podręcznik Wymiarowania metody COSMIC 3.0.1 PL - rozdział 2,3 akapit]

Część 5.2, do której zamieszczono odwołanie w powyższym cytacie, zawiera regułę metody COSMIC - Reguła: Raportowanie pomiarów COSMIC wskazujące, jakie dane powinny być dodatkowo przedstawione wraz z wynikiem wymiarowania COSMIC. Dopiero znając te dane jest możliwe zinterpretowanie liczby Punktów Funkcyjnych i wykorzystanie jej np. do porównania.

Jak wynika z powyższego bez określenia Strategii Wymiarowania w SIWZ każdy z wykonawców oferuje za 1 Punkt Funkcyjny inną ilość oprogramowania, a zatem ceny za 1 Punkt Funkcyjny różnych wykonawców są nieporównywalne. Jeśli zaś cena 1 PF nie jest mierzalna i porównywalna według tych samych zasad, nie może być podstawą oceny ofert - gdyż nie jest kryterium obiektywnym. Oznacza to w dalszej kolejności, iż wartości liczbowe w kryterium „Cena brutto za Punkt Funkcyjny rozwijanego oprogramowania” również nie mogą być porównywane, gdyż dla każdego wykonawcy dotyczą innej - nieznannej Zamawiającemu - ilości oprogramowania, jaką dostarczy w tej cenie dany wykonawca. Zatem nie jest spełniona zasada prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Przedmiotowy brak SIWZ narusza także kolejne zasady określone w art. 7 Prawa zamówień publicznych - tj. zasadę proporcjonalności i przejrzystości. Nie można bowiem mówić o zachowaniu zasady przejrzystości w sytuacji, gdy - wobec braku w SIWZ Strategii Wymiarowania - kryterium ceny przestaje być kryterium obiektywnym i porównywalnym.

Odwołujący podkreślał, że przedmiotowy brak powoduje także negatywne skutki dla Zamawiającego. Przy obecnym brzmieniu SIWZ Zamawiający nie będzie mógł w żaden sposób kontrolować „ilości” oprogramowania wytworzonego w ramach 1 PF przez wykonawcę, z którym Zamawiający zawrze umowę. Przy braku Strategii Wymiarowania każda ilość oprogramowania wytworzona w ramach 1 PF będzie musiała zostać przez Zamawiającego uznana za prawidłową, nawet, jeśli będzie to minimalna ilość oprogramowania.

W celu zlikwidowania powyżej wskazanych braków i zapewnienia porównywalności ofert w kryterium „Cena brutto za Punkt Funkcyjny rozwijanego oprogramowania” poprzez jednoznaczne wskazanie wymaganej przez siebie „ilości” oprogramowania w 1 PF niezbędne jest uzupełnienie SIWZ o Strategię Wymiarowania Oprogramowania P1, zawierającą wskazane w rozdziale 5 Podręcznika Wymiarowania metody COSMIC informacje specyficzne dla Oprogramowania P1.

Aktualnie SIWZ nie zawiera Strategii Wymiarowania w rozumieniu metody COSMIC. SIWZ zawiera co prawda dla Części I - Załącznik 6 do Umowy „Zasady szacowania PF” oraz dla Części II - Załącznik 4 do Umowy „Zasady szacowania PF”, jednakże treść tych załączników nie może być uznana w żaden sposób za równoważną Strategii Wymiarowania (obligatoryjnej zgodnie z zasadami metody COSMIC).

Być może przedmiotowy brak SIWZ wynika z faktu, że niniejsze postępowanie jest pierwszym postępowaniem prowadzonym przez Zamawiającego, w którym Zamawiający jako kryterium ceny ofert używa ceny 1 PF, co powoduje, że Zamawiający nie ma ani odpowiedniego doświadczenia w tym zakresie, ani też świadomości, w jaki sposób osiągnąć zarówno konkurencyjność, jak i porównywalność ofert. Odwołujący wskazuje, że we wszystkich znanych mu postępowaniach, w których cena oferty określana była przez cenę 1 Punktu Funkcyjnego, Zamawiający zawsze zamieszczali w SIWZ odpowiednie Strategie Wymiarowania. Wskazać tutaj należy:

- 1) Postępowanie prowadzone przez K. na „Usługi rozwoju systemu W. oraz jego utrzymanie, a także związane z nim usługi integracyjne”, gdzie zastosowano metodę COSMIC, a Załącznik nr 6 do SIWZ „Wymiarowanie Modyfikacji metodą COSMIC” zawiera Strategię Wymiarowania zgodną z normą ISO/IEC19761,
- 2) Postępowanie prowadzone przez KRUS na „Kompleksową obsługę i rozwój systemów informatycznych wspomagających obsługę ubezpieczeń i świadczeń krótkoterminowych”, gdzie zastosowano metodę COSMIC, a Załącznik nr 11 „Standardy analizy i projektowania” zawiera Strategię Wymiarowania zgodną z normą ISO/IEC 19761,
- 3) Postępowanie prowadzone przez KRUS na „Kompleksową obsługę systemu informatycznego wspomagającego obsługę świadczeń emerytalno-rentowych rolników”, gdzie zastosowano metodę COSMIC, a Załącznik nr 11 „Standardy analizy i projektowania” zawiera Strategię Wymiarowania zgodną z normą ISO/IEC 19761,

- 4) Postępowanie prowadzone przez Z. na „Rozwój Platformy Usług Elektronicznych” gdzie zastosowano metodę COSMIC, a SIWZ zawiera Podręcznik Wymiarowania dla Systemów Informatycznych ZUS, obejmujący Strategię Wymiarowania zgodną z normą ISO/IEC 19761,
- 5) Postępowanie prowadzone przez Z. na „Rozbudowa i wdrożenie nowych funkcjonalności oraz utrzymanie i rozwój systemu Elektronicznej Platformy Wymiany Danych (EPWD) oraz budowa Centralnego Rejestru Klientów Zakładu (CRKZ)”, gdzie zastosowano metodę COSMIC, a SIWZ zawiera Podręcznik Wymiarowania dla Systemów Informatycznych ZUS, obejmujący Strategię Wymiarowania zgodną z normą ISO/IEC 19761,
- 6) Postępowanie prowadzone przez Urząd M. S. W. (...) na „Budowa, wdrożenie i serwis zintegrowanego systemu informatycznego do obsługi zasobu geodezyjnego i kartograficznego m.st. Warszawy”, gdzie zastosowano metodę COSMIC, a SIWZ zawiera Podręcznik Wymiarowania, obejmujący Strategię Wymiarowania zgodną z normą ISO/IEC 19761,
- 7) Postępowanie prowadzone przez A. na „Utrzymanie, modyfikacje i ulepszanie systemów aplikacyjnych OFSA, OFSA-PROW, OFSA-PROW-DD, RG-PROW”, gdzie zastosowano metodę IFPUG, a SIWZ zawiera Podręcznik Wymiarowania, obejmujący Strategię Wymiarowania zgodną z normą ISO/IEC 19761,
- 8) Postępowanie prowadzone przez A. na „Utrzymanie i rozwój systemów aplikacyjnych OFSA, OFSA-PROW, OFSA-PROW-DD, RG-PROW”, gdzie zastosowano IFPUG, a SIWZ zawiera Podręcznik Wymiarowania, obejmujący Strategię Wymiarowania zgodną z normą ISO/IEC 19761,
- 9) Postępowanie prowadzone przez A. na: „UTRZYMANIE I ROZWÓJ APLIKACJI SIA, PA, PZSIP, FOTO SIP NA LATA 2013-2015”, gdzie zastosowano IFPUG, a SIWZ zawiera Podręcznik Wymiarowania, obejmujący Strategię Wymiarowania zgodną z normą ISO/IEC 19761,
- 10) Postępowanie prowadzone przez A. na „Utrzymanie i rozwój aplikacji EBS” , gdzie zastosowano IFPUG, a SIWZ zawiera Podręcznik Wymiarowania, obejmujący Strategię Wymiarowania zgodną z normą ISO/IEC 19761,
- 11) Postępowanie prowadzone przez A. na „Utrzymanie, Rozwój i Modyfikacje Aplikacji EBS oraz zmiana wersji Aplikacji EBS z wersji nr 11 na wersję nr 12”, gdzie zastosowano IFPUG, a SIWZ zawiera Podręcznik Wymiarowania, obejmujący Strategię Wymiarowania zgodną z normą ISO/IEC 19761,

12) Postępowanie prowadzone przez A. na „Utrzymanie i Rozwój Systemu Informatycznego Agencji - SIA (ZSZiK, IACSplus, GIS, SIZ, PZSIPplus, PA)" , gdzie zastosowano IFPUG, a SIWZ zawiera Podręcznik Wymiarowania, obejmujący Strategię Wymiarowania zgodną z normą ISO/IEC 19761.

Odwołującemu nie jest znane żadne postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego porównywalnej wielkości, w którym z jednej strony cena oferty czy też element ceny oferty określana byłaby jako cena 1 Punktu Funkcyjnego, a jednocześnie Zamawiający nie określiłby w SIWZ dla takiego postępowania Strategii Wymiarowania w rozumieniu normy ISO/IEC 19761.

Wskazane powyżej braki SIWZ, które skutkują brakiem porównywalności i niemożliwością weryfikacji ofert w zakresie kryterium cena naruszają przepis art. 91 ust. 2c i 2d Ustawy. Zamawiający ma obowiązek tak określić kryteria oceny ofert w SIWZ, aby kryteria te były jednoznaczne i zrozumiałe oraz - co według Odwołującego najważniejsze - umożliwiały sprawdzenie informacji przedstawionych przez wykonawców. W przypadku braku uzupełnienia SIWZ o wskazane treści z zakresu Strategii Wymiarowania kryterium ceny 1 Punktu Funkcyjnego staje się kryterium niejednoznacznym i niemożliwym do weryfikacji.

Mając powyższe na uwadze Odwołujący wnosił o:

1) Uzupełnienie Załącznika 6 do Umowy dla Części I oraz Załącznika 4 do Umowy dla Części II lub innej części SIWZ) o Strategię Wymiarowania Oprogramowania P1, spełniającą wymogi metody COSMIC, a uwzględniające w szczególności:

a) Wskazanie dokładnych definicji przypadków użycia jako procesów funkcjonalnych dla poszczególnych składowych dokumentacji Oprogramowania P1 oraz wskazanie przykładowych przypadków użycia jako procesów funkcjonalnych

b) Określenie zasad postępowania w przypadku gdy dany przypadek użycia w dokumentacji Oprogramowania P1 nie spełnia definicji procesu funkcjonalnego w Strategii Wymiarowania (np. technicznym przypadkiem użycia)

c) Określenie zasad postępowania w przypadku powiązanych ze sobą przypadków użycia za pomocą relacji notacji UML: włączania, rozszerzania i specjalizacji

d) Wskazanie dokładnych definicji elementów modelu dziedziny jako grup danych dla poszczególnych składowych dokumentacji Oprogramowania P1 oraz wskazanie przykładowych elementów modelu dziedziny jako grup danych

- e) Określenie zasad postępowania w przypadku gdy dany element modelu dziedziny w dokumentacji Oprogramowania P1 nie spełnia definicji grupy danych w Strategii Wymiarowania (jest np. techniczna grupą danych, np. daną słownikową, np. parametrem)
- f) Określenie zasad postępowania w przypadku powiązanych ze sobą elementów modelu dziedziny za pomocą relacji notacji UML: agregacji, kompozycji i specjalizacji
- g) Wskazanie dokładnych definicji aktorów jako użytkowników funkcjonalnych dla poszczególnych składowych dokumentacji Oprogramowania P1 oraz wskazanie przykładowych aktorów jako użytkowników funkcjonalnych
- h) Określenie zasad postępowania w przypadku powiązanych ze sobą aktorów za pomocą relacji notacji UML: specjalizacja
- i) Określenia zasad identyfikacji podprocesów przesuwania grup danych pomiędzy powiązаныmi przypadkami użycia (notacja UML: relacja włączania i rozszerzania)
- j) Określenie zasady identyfikacji podprocesów manipulacji na grupach danych oraz powiązania ich z podprocesami manipulacji na grupach danych
- k) Określenie warstw Oprogramowania P1 na których należy identyfikować procesy funkcjonalne
- l) Określenie granic poszczególnych składowych Oprogramowania P1
- m) Określenie przeliczników CFP pomiędzy składowymi Oprogramowania P1 jeśli dokumentacja poszczególnych składowych jest opracowana na różnym poziomie granulacji metody COSMiC.

4. Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia: Pkt. XIII Opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty; wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert - kryteria pozacenowe oceny ofert „Doświadczenie personelu wykonawcy w zakresie metodyk Agile”

Zamawiający dla obu części zamówienia określił takie samo kryterium pozacenowe oceny ofert - Doświadczenie personelu wykonawcy w zakresie metodyk Agile, w części I z wagą 20% i w części II z wagą 40%.

Punkty przyznawane są za wykazanie w ofercie, że dysponuje się dwoma lub jednym Scrum Masterami, przy czym posiadanie certyfikatu wymagane jest tylko dla jednego Scrum Mastera.

- Wykonawca otrzyma 20 lub 40 punktów (zależnie od części) za wykazanie, że dysponuje 2 Scrum Masterami, z których co najmniej 1 posiada certyfikat ze znajomości metodyk Agile (Professional Scrum Master lub równoważny, potwierdzający znajomość metodyk Agile);
- Wykonawca otrzyma 10 lub 20 punktów (zależnie od części) za wykazanie, że dysponuje 1 Scrum Masterem posiadającym certyfikat ze znajomości metodyk Agile (Professional Scrum Master lub równoważny, potwierdzający znajomość metodyk Agile);
- Wykonawca otrzyma 0 punktów, jeżeli nie wykaże, że dysponuje Scrum Masterem posiadającym certyfikat ze znajomości metodyk Agile (Professional Scrum Master lub równoważny, potwierdzający znajomość metodyk Agile).

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazywał, że przedmiotowe kryterium nie ma związku z przedmiotem zamówienia. Zamawiający określił bardzo lakonicznie wymagania dla osób, które mają być w dyspozycji Zamawiającego. Zamawiający nie postawił żadnych wymagań dla tego Scrum Mastera, który nie musi posiadać certyfikatu ze znajomości metodyk Agile. Sformułowanie o posiadaniu Scrum Mastera jest tak lakoniczne, że może je spełnić dowolna osoba. Skutkiem powyższego jest okoliczność, że w przypadku wskazania 2 Scrum Masterów można uzyskać aż 20 lub 40 punktów można uzyskać za to kryterium w sytuacji, gdy jeden wskazany Scrum Master posiada certyfikat, a drugi wskazany Scrum Master nie musi być informatykiem, może mieć dowolne wykształcenie, dowolną wiedzę i doświadczenie - w SIWZ nie wskazano bowiem żadnych wymagań dla tego „drugiego” Scrum Mastera. Czyli w przypadku części I można uzyskać aż 10 punktów (połowa z maksymalnej liczby 20 punktów), a w części II aż 20 punktów (połowa z maksymalnej liczby 20 punktów) za wskazanie w SIWZ dowolnej osoby, bez wiedzy, doświadczenia i certyfikatów. Powoduje to, że przedmiotowe kryterium pozacenowe nie jest współmierne do kryterium ceny. Mając na uwadze wartość zamówienia należy stwierdzić, że dla Zamawiającego wskazanie takiej 1 dowolnej osoby, bez wiedzy, doświadczenia i certyfikatów zespołu jest warte tyle samo, co wykonanie 2/5 zamówienia w części II i 1/5 zamówienia w części I - tj. kilka czy kilkanaście milionów złotych.

Wobec faktu, że nie postawiono takiemu Scrum Masterowi żadnych wymagań związanych z doświadczeniem czy wiedzą w zakresie wykonania przedmiotu zamówienia, należy uznać, że przedmiotowe kryterium nie jest kryterium związanym z przedmiotem zamówienia. Przy czym takie powiązanie z przedmiotem zamówienia musi - zgodnie ze stanowiskiem Europejskiego

Trybunału Sprawiedliwości prowadzić do wyboru najlepszej oferty - por. wyrok ETS z 17 września 2002 roku, C- 513/99: „Po pierwsze, kryterium musi być związane z przedmiotem zamówienia. Celem stosowania kryterium oceny ofert jest wybór oferty najkorzystniejszej, zatem wszystkie kryteria muszą być nakierowane na identyfikację tej oferty, która jest najlepsza.”

Po drugie - jest to kryterium nieweryfikowalne. W SIWZ określono, że można wskazać maksymalnie po 2 Scrum Masterów. Natomiast Zamawiający nie wskazał, w jaki sposób będzie dokonywał oceny ofert w tym aspekcie. Należy zatem wnioskować, że wystarczy wpisać dowolne imię i nazwisko, i wskazać, że posiada certyfikat ze znajomości metodyk Agile. SIWZ nie narzuca żadnych wymagań w tym zakresie, jedynie w rozdziale X, pkt. 1 Opis sposobu przygotowania ofert w ppkt 1.3) wskazano, że oferta ma zawierać:

„3} wykaz dysponowania Scrum Masterami, z których co najmniej 1 posiada certyfikat ze znajomości metodyk Agile (Professional Scrum Master lub równoważny, potwierdzający znajomość metodyk Agile} - dokument ma umożliwić dokonanie oceny oferty w kryterium „Doświadczenie personelu Wykonawcy w zakresie metodyk Agile” opisanym w rozdziale XIII SIWZ.”

Zdaniem Odwołującego w oparciu o w/w aktualne zapisy SIWZ kryterium pozacenowe „Doświadczenie personelu wykonawcy w zakresie metodyk Agile” jest nieweryfikowalne przez Zamawiającego, choć ma bardzo istotny wpływ na wybór najkorzystniejszej oferty. Nie jest zatem zachowana zasada prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Co więcej - nieweryfikowalność tego kryterium narusza przepis art. 91 ust. 2d Prawa zamówień publicznych, zgodnie z którym Zamawiający zobowiązany jest określić kryteria oceny ofert nie tylko w sposób jednoznaczny i zrozumiały, ale także (a może przede wszystkim) umożliwiający sprawdzenie informacji przedstawianych przez wykonawców. Tymczasem SIWZ dopuszcza sytuację, w której wszyscy wykonawcy wskażą po 2 Scrum Masterów i otrzymają w przedmiotowym kryterium odpowiednio 20 lub 40 pkt. Następnie zaś na etapie realizacji Umowy wybrany wykonawca nie przedstawi odpowiedniego zespołu lub też zespół nie będzie miał wiedzy w zakresie metodyki Agile lub nie będzie w stanie realizować zadań, dla realizacji których został dedykowany. Jedynym uprawnieniem Zamawiającego mogłoby być odstąpienie od Umowy. Zatem weryfikacja ofert w tym kryterium dokonywana byłaby dopiero na etapie wykonywania Umowy (zamiast na etapie oceny ofert).

Oczywistym jest, że Zamawiający zobowiązany jest zastosować kryterium pozacenowe, zgodnie z brzmieniem art. 91 Prawa zamówień publicznych. Jednakże Zamawiający powinien tak skonstruować SIWZ, aby takie kryterium pozacenowe to było zarówno obiektywne

i weryfikowalne na etapie oceny ofert, jak i związane z przedmiotem zamówienia. Jeśli Zamawiający przyznaje takiemu kryterium aż 40% czy też 20%, to zobowiązany jest już na etapie oceny ofert weryfikować oferty w tym zakresie, zgodnie z przepisem art. 91 ust. 2d Prawa zamówień publicznych. Zdaniem Odwołującego jedyny możliwy sposób weryfikacji kryterium pozacenowego, to żądanie od wykonawców, aby w ofercie zamieszczano informacje obiektywne, możliwe do sprawdzenia przez Zamawiającego.

Odwołujący wskazywał, jakie kryteria pozacenowe są stosowane przez innych zamawiających przy podobnych zamówieniach - co do skali i wartości. Przykładowo wskazać można na następujące postępowania z obiektywnymi i weryfikowalnymi kryteriami oceny:

MINISTERSTWO SPRAWIEDLIWOŚCI: Świadczenie kompleksowych usług z zakresu IT dla Ministerstwa Sprawiedliwości, Znak sprawy: (...). Pozacenowe kryterium oceny ofert: 40% - Doświadczenie Personelu Będzie rozpatrywane na podstawie informacji podanych przez Wykonawcę w Formularzu „Potencjał kadrowy - wykaz osób”. Zamawiający przyzna Wykonawcy punkty za dodatkowe doświadczenie osób pełniących kluczowe funkcje w projekcie.

GŁÓWNY INSPEKTORAT TRANSPORTU DROGOWEGO: Budowa, wdrożenie, utrzymanie i rozwój Krajowego Rejestru Elektronicznego Przedsiębiorców Transportu Drogowego Numer sprawy: (...). Pozacenowe kryterium oceny ofert: 10% - Dodatkowe kwalifikacje osób zdolnych do wykonania zamówienia. Zamawiający będzie oceniał, posiadane przez osoby zdolne do wykonania zamówienia, dodatkowe kwalifikacje (wykraczające poza projekty wskazane na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu) na podstawie Wykazu doświadczenia członków zespołu Wykonawcy, którzy będą oddelegowani do realizacji zamówienia.

GŁÓWNY URZĄD GEODEZJI I KARTOGRAFII: Budowa oraz rozwój e-usług i narzędzi w ramach projektów (...) wraz ze szkoleniami. Numer sprawy: (...). Pozacenowe kryterium oceny ofert: 20% - Wydajność procesu produkcji. W ramach kryterium „Wydajność procesu produkcji” Wykonawca może uzyskać 0, 5,10,15 lub 20 punktów, w zależności od zaproponowanej przez Wykonawcę wydajności procesu produkcji, rozumianej jako liczby Punktów Funkcyjnych możliwych do realizacji w ramach Zleceń w ciągu miesiąca kalendarzowego. Wykonawca zobowiązany jest udowodnić, że realizował usługi przez łączny okres min. 6 miesięcy ze średniomiesięczną wydajnością nie gorszą, niż oferowana w kryterium.

PROKURATURA KRAJOWA: Zaprojektowanie, przygotowanie, wdrożenie rozbudowy Systemu Digitalizacji Akt Postępowania Przygotowawczych (iSDA). Pozacenowe kryterium oceny ofert: 15% - sposób wykonania zamówienia, 25% - Doświadczenie personelu kluczowego Wykonawcy.

GŁÓWNY INSPEKTORAT RUCHU DROGOWEGO: Budowa, wdrożenie, utrzymanie i rozwój krajowego rejestru elektronicznego przedsiębiorców transportu drogowego. Pozacenowe kryterium oceny ofert: 10% - dodatkowe kwalifikacje osób zdolnych do wykonania zamówienia, 25% - ocena funkcjonalno- techniczna zaproponowanego rozwiązania, 15% - skrócenie terminu budowy wersji podstawowej systemu KREPTD.

Jak wynika z powyższego, możliwe jest takie określenie w SIWZ kryterium pozacenowego, które z jednej strony będzie związane z przedmiotem zamówienia, a z drugiej - umożliwi sprawdzenie informacji przedstawianych przez wykonawców.

Odwołujący zwracał uwagę, że kryteria pozacenowe nie muszą odnosić się w głównej mierze tylko do zespołu, który ma realizować umowę, ale możliwe jest także ustanowienie jako takie kryterium kwestii związanych z procesem produkcji (jak wskazuje art. 91 ust. 2c Prawa zamówień publicznych), jak chociażby wydajność czy próbka.

Mając powyższe na uwadze Odwołujący wnosił o zmianę SIWZ poprzez wykreślenie kryterium „Doświadczenie personelu wykonawcy w zakresie metodyk Agile” i wprowadzenie w to miejsce kryterium związanego z przedmiotem zamówienia, zgodnego z przepisem art. 91 ust. 2c i 2d Prawa zamówień publicznych, według wyboru Zamawiającego. Odwołujący nie wskazywał brzmienia takiego kryterium, gdyż określenie kryterium jest uprawnieniem Zamawiającego, jednocześnie Odwołujący wskazał przykładowe, prawidłowe kryteria pozacenowe stosowane w analogicznych postępowaniach.

5. Wzór umowy; Załącznik nr 2a do SIWZ i Załącznik nr 2b do SIWZ - Art. 1 Definicje: „Ogólne Kryteria Jakościowe”

Zamawiający wprowadził następującą definicję pojęcia „Ogólne Kryteria Jakościowe”: dokument powstały w trakcie Okresu Przygotowawczego, zawierający wymagania dotyczące Oprogramowania i Dokumentacji stworzonych na podstawie odrębnej, innej umowy lub Dyspozycji Operacyjnej, których spełnienie pozwala na dokonanie jego Autoryzacji.

Z definicji tej wynika, że dokument „Ogólne Kryteria Jakościowe” ma powstać w trakcie Okresu Przygotowawczego, przy czym nie wskazano w definicji, kto przygotowuje, na jakich podstawach, itp.

Jednym z załączników do Umowy jest Załącznik nr 8 Okres przygotowawczy. Przy czym w tym załączniku, z dnia ogłoszenia zamówienia nie było żadnych postanowień dotyczących Ogólnych Kryteriów Jakościowych. Zamawiający w aktualizacji z 13 lipca 2017 uzupełnił pkt. 20 w treści Załącznika nr 8:

„20) uzgodnienie dokumentu Ogólne Kryteria Jakościowe;

Weryfikacja: otrzymanie dokumentu opisującego wymagania dla Kodu Źródłowego i Dokumentacji wymagane do świadczenia Usług Gwarancyjnych.”

Z kolei w samej Umowie pojęcie „Ogólne Kryteria Jakościowe” pojawia się w definicjach innych pojęć: Autoryzacja, Oprogramowanie, Tworzenie Oprogramowania; a następnie w art. 5 Usługi Autoryzacji oraz w pkt 22.1.19, gdzie ukonstytuowana jest kara umowna.

Z żadnego w/w postanowienia Umowy nie wynika, jaki jest zakres tego dokumentu, kto go tworzy, na jakiej podstawie, itp. Jedynie z postanowień art. 5 wynika, że ma być on podstawą szeregu zobowiązań Wykonawcy. W art.5 pkt. 5.13 i 5.14 Zamawiający definiuje jak ogromne znaczenie ma dokument dla prawidłowej współpracy Stron Umowy, a co za tym idzie oczekiwania co do najważniejszych jego zapisów powinny być identyczne dla wszystkich Oferentów.

Nie jest jednak zgodne z art. 29 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, aby jakiś bliżej nieokreślony dokument był podstawą zobowiązań Wykonawcy. Każdy taki dokument musi zostać dołączony do SIWZ, gdyż SIWZ musi zawierać całość informacji, które stanowią podstawą przygotowania oferty.

Mając powyższe na uwadze Odwołujący wnosil o: 1. wykreślenie z SIWZ wszystkich postanowień dotyczących dokumentu Ogólne Kryteria Kwalifikacji lub 2. jeśli Zamawiający uważa, że dokument ten zawiera treści niezbędne do realizacji przedmiotu zamówienia – o dołączenie tego dokumentu do SIWZ oraz o zmianę w art. 1 Definicje treści punktu „Ogólne Kryteria Jakościowe” w sposób następujący: „Ogólne Kryteria Jakościowe: Załącznik nr 18, zawierający wymagania dotyczące Oprogramowania i Dokumentacji stworzonych na podstawie odrębnej, innej umowy lub Dyspozycji Operacyjnej, których spełnienie pozwala na dokonanie jego Autoryzacji.

6. Wzór umowy: Załącznik nr 2a do SIWZ i Załącznik nr 2b do SIWZ - Art. 2 Przedmiot Umowy, pkt 2.4,2.7,2.8.

Zamawiający w następujący sposób uregulował w art. 2 cel umowy

„2.1. Przedmiotem Umowy, realizowanym w celu dokończenia budowy Projektu P1. rozumianej jako dokończenie budowy projektu „Elektroniczna Platforma Gromadzenia, Analizy i Udostępniania zasobów cyfrowych o Zdarzeniach Medycznych (PI) - faza 2" jest.

(...)

2.4. Celem Umowy jest realizacja Projektu P1, w szczególności zbudowanie Systemu P1 – w zakresie wynikającym z Umowy i składanych przez Zamawiającego Dyspozycji.

(...)

2.7. Brak osiągnięcia celu Projektu P1 w ramach realizacji Umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy uznaje się za nienależyte wykonanie Umowy w części, w której niedotrzymanie celu Projektu P1 nastąpiło.

2.8. Wykonawca oświadcza, że jest świadom, że wszelkie realizowane przez niego Usługi mają doprowadzić do skutków, jakimi są budowa, utrzymanie oraz rozwój Systemu P1"

Zamawiający wyraźnie określił, że celem umowy jest realizacja Projektu P1, w szczególności zbudowanie Systemu P1, zaś Wykonawca odpowiada za brak osiągnięcia celu Projektu P1. Z kolei Projekt P1 zgodnie z definicją z art. 1 to „przedsięwzięcie, w ramach którego są realizowane budowa i uruchomienie Systemu P1".

Pierwotnie w samym dokumencie SIWZ nie było żadnych informacji, które by się do tego celu odnosiły. Jak już wskazywano powyżej - załączniku zawierające Opis przedmiotu zamówienia dla każdej z części to dokumenty zawierające mniej niż 2 strony treści, przy czym treść odnosząca się rzeczywiście do przedmiotu zamówienia to odpowiednio 2 i 4 linijki.

Dopiero Modyfikacją SIWZ z dnia 13 lipca 2017 roku Zamawiający wskazał w SIWZ cel Projektu P1, wskazując je w Załączniku nr 1 do Umowy „Opis aktualny i docelowy Projektu P1".

Jednakże ta zmiana nie likwiduje stanu wadliwości SIWZ w zakresie powiązania celu Projektu P1 z celem umowy i zakresem zobowiązań Wykonawcy w kontekście użytych przez Zamawiającego konstrukcji i metodyk realizacji.

W przedmiocie umowy określonym w art. 2 Umowy Zamawiający wyraźnie wskazał, że przedmiotem tym w zakresie Tworzenia Oprogramowania jest „Tworzenie Oprogramowania, na podstawie i w zakresie wynikającym z poszczególnych Dyspozycji składanych przez Zamawiającego”. Jeśli zatem Zamawiający nie złoży Dyspozycji, to nie będzie miało miejsce stworzenie oprogramowania. A jeśli nie będzie miało miejsce stworzenie oprogramowania, to nie będzie też miało miejsce dokończenie budowy Projektu P1. Jest to o tyle istotne, że Zamawiający sam wskazał, że w zakresie tworzenia oprogramowania poziom gwarantowanej realizacji przedmiotu zamówienia to zaledwie 10%.

Analiza w/w postanowień Umowy wyraźnie wskazuje, że Wykonawca nie może ponosić żadnej odpowiedzialności za osiągnięcie celu umowy wskazanego w pkt 2.4., gdyż Zamawiający nie gwarantuje, że dokona Dyspozycji, które doprowadzą do Tworzenia Oprogramowania. Co więcej - nawet cel umowy jest przy takich postanowienia nadużyciem i postanowieniem nadmiernym. O celu umowy można bowiem mówić tylko w takiej sytuacji, w której Zamawiający określiłby w SIWZ zakres oprogramowania, jakie ma być stworzone, zaś Wykonawca składając ofertę zobowiązałby się do wykonania takiego oprogramowania. Tymczasem obecnie Wykonawca zobowiązuje się jedynie do tworzenia oprogramowania w przypadku złożenia Dyspozycji przez Zamawiającego oraz do świadczenia Usług Gwarancyjnych, przy czym te usługi nie służą ze swej istoty realizacji celu, tj. dokończenia budowy Projektu P1.

Zamawiający zatem stara się stworzyć pojęcie celu umowy jako rodzące zobowiązania Wykonawcy, podczas gdy osiągnięcie tego celu leży całkowicie poza zakresem działań Wykonawcy. Narusza to art. 29 ust. 1 Ustawy, gdyż pojęcie celu umowy zawsze wpływać będzie na kształtowanie się obowiązków Wykonawcy, podczas gdy postanowienia celu są niejasne i uniemożliwiają sporządzenie oferty.

Mając powyższe na uwadze Odwołujący wnosil o 1. wykreślenie z umowy wszystkich postanowień dotyczących celu umowy, ze względu na okoliczność, że obecna konstrukcja umowy i gwarantowany przez Zamawiającego zakres Tworzenia Oprogramowania uniemożliwiają wpływ Wykonawcy na realizację celu umowy lub 2. zmianę postanowień dotyczących celu umowy w taki sposób, aby wynikało z nich jednoznacznie, że za osiągnięcie celu umowy odpowiedzialny jest jedynie Zamawiający - a to wobec obecnej konstrukcji umowy i gwarantowanego przez Zamawiającego zakresu Tworzenia Oprogramowania wyłącznie w zakresie 10%.

7. Wzór umowy: Załącznik nr 2a do SIWZ i Załącznik nr 2b do SIWZ - Art. 3 Okres Przygotowawczy, Infrastruktura Projektu.

Zamawiający określił w warunkach Umowy, iż współpraca z wyłonionym w postępowaniu Wykonawcą, rozpocznie się Okresem Przygotowawczym. Definicja Okresu Przygotowawczego w art. 1 brzmi: „początkowy okres realizacji Umowy mający umożliwić Wykonawcy świadczenie Usług, w czasie którego Wykonawca wykonuje czynności opisane Umową, przygotowujące do świadczenia Usług - za co Zamawiający nie ponosi kosztów” i doprecyzowana jest postanowieniami art. 3 Umowy oraz Załącznika nr 8. Z postanowień tych jasno wynika, iż wszystkie wskazane zadania są już wyspecyfikowane przez Zamawiającego albo można je uznać za typowe zadania z katalogu Usług gwarancyjnych opisanych w Umowie wraz Załącznikami.

Odpowiednio długi Okres Przygotowawczy stanowi ważny element obniżenia ryzyka Wykonawcy, który musi zapoznać się ze skomplikowaną strukturą przejmowanych systemów, które dodatkowo funkcjonują w krytycznych reżimach SLA. Jako przykłady można wskazać płynność przejścia utrzymania dla systemów ARiMR, czy ZUS z wielomiesięcznymi okresami przygotowawczymi. Przy czym okresy przygotowawcze są w takich umowach konieczne, gdyż umowy dotyczą przejścia utrzymania funkcjonującego systemu informatycznego.

Natomiast Okres Przygotowawczy opisany w Załączniku nr 8 dla Części I jest spisem prac, które mieszczą się w katalogu przewidzianym w Usłudze gwarancyjnej:

- Usługa Zarządzania Kodem
- Usługa Zarządzania Konfiguracją Oprogramowania
- Usługa Utrzymania Dokumentacji
- Usługa Administracji Środowiskami
- Usługa Monitorowania Dostępności i Wydajności
- Usługa Administracji Systemem
- Usługa Usuwania Wad
- Usługa Instalacji
- Usługa Utrzymania infrastruktury Projektu

- Usługa Zapewnienia I linii Wsparcia
- Usługa Dodatkowa

W związku z tym, iż żadne z zadań Okresu Przygotowawczego nie zakłada w szczególności złożonego procesu uczenia się po stronie Wykonawcy, które dodatkowo byłoby weryfikowane czymś więcej niż oświadczenie wnosimy o przeniesienie zadań Okresu Przejściowego do zakresu prac zaplanowanych po podpisaniu Umowy z wybranym Wykonawcą.

Zdaniem Odwołującego narusza to art. 29 ust. 1 Ustawy, gdyż opis przedmiotu zamówienia jest niejasny - usługi, które są elementem Usług Gwarancyjnych, zostały objęte Okresem Przygotowawczym. Poza tym Zamawiający nie wskazał celu Okresu Przygotowawczego. Długość tego okresu wpływa na cenę oferty, zaś Wykonawcy nie mają obecnie dostatecznych informacji, aby dokonać szacowania ceny oferty w tym zakresie.

Mając powyższe na uwadze oraz fakt, iż okres 60 dni od zawarcia Umowy dla Części I oraz 30 dni dla Części II może być bezcenny dla celów i terminów Projektu P1, Odwołujący wnosil o:

1. usunięcie z Okresu Przygotowawczego prac, które są elementem Usługi Gwarancyjnej,
2. skrócenie Okresu Przygotowawczej do 5 dni lub jego całkowite wykreślenie.

8. Wzór umowy: Załącznik nr 2a do SIWZ i Załącznik nr 2b do SIWZ - Pkt 3.6

Zgodnie z pkt. 3.6 Umowy oraz z Załącznikiem nr 4h do wzoru umowy Wykonawca jest zobowiązany do przejęcia Infrastruktury Projektu: „3.6. W ramach Okresu Przygotowawczego, w terminach wynikających z Załącznika nr 8 lub ustalonych na bieżąco przez Strony, Wykonawca jest zobowiązany do przejęcia Infrastruktury Projektu, a następnie realizacji przy jej użyciu świadczeń zdefiniowanych w Umowie i składanych na jej podstawie Dyspozycjach”.

Z treści SIWZ nie wynika, czy Zamawiający wykupił dla posiadanego sprzętu i licencji, wymienionych w załączniku nr 12 tzw. usługę maintenance (utrzymania) na cały okres trwania Umowy. Z kolei Zamawiający nie wskazał, że jednym z elementów przedmiotu zamówienia jest dostarczenie przez Wykonawcę usług maintenance dla Infrastruktury Projektu. Usługa Utrzymania Infrastruktury Projektu jest opisana w Załączniku 4h, gdzie w pkt. 2 wskazano: „Zamawiający zapewnia wsparcie producenta dla oprogramowania wspomagającego co do

którego wykorzystania Wykonawca jest uprawniony w imieniu Zamawiającego". Jednak mowa w nim o niezdefiniowanym „oprogramowaniu wspomagającym” i nie ma mowy o infrastrukturze sprzętowej. Tymczasem prawidłowy opis zapewnianej przez Zamawiającego usługi wsparcia producenta powinien obejmować te zakresy. Przedmiotowy brak SIWZ powoduje, że Wykonawca - z naruszeniem art. 29 ust. 1 Ustawy - nie jest w stanie określić kosztów utrzymania Infrastruktury Projektu, co skutkuje niemożliwością sporządzenia oferty.

Dopiero zmiana z dnia 13 lipca 2017 roku wprowadzono w Załączniku 4h postanowienia odnośnie wsparcia po okresie gwarancji, gdy kończy się wsparcie producenta - por, ostatni akapit w Załączniku 4h „Na co najmniej 30 dni przed upływem terminu wsparcia producenta dla elementów Infrastruktury Projektu wymienionych w Załączniku nr 12 do Umowy, Wykonawca jest zobowiązany do przekazania listy sprzętu i licencji, które są wymagane na potrzeby realizacji Projektu P1, dla których Zamawiający jest zobowiązany zapewnić wsparcie producenta”. Co więcej z Załącznika 4h bynajmniej nie wynika, że na dzień składania ofert i zawarcia Umowy Zamawiający posiada wsparcie producenta dla całej Infrastruktury Projektu.

Mając powyższe na uwadze Odwołujący wnosil o nakazanie Zamawiającemu określenia w SIWZ szczegółowej listy Infrastruktury Projektu, dla której Zamawiający zapewnia wsparcie producenta, ze wskazaniem poziomu wsparcia, okresów obowiązywania.

9. Wzór umowy: Załącznik nr 2a do SIWZ i Załącznik nr 2b do SIWZ - Pkt 3.7

W pkt 3.7 Umowy Zamawiający wymaga od Wykonawcy deklaracji, że Infrastruktura Projektu jest wystarczająca dla realizacji celu Projektu P1:

„3.7. Wykonawca oświadcza, że Infrastruktura Projektu jest wystarczająca dla realizacji celu Projektu P1, w szczególności poprzez świadczenie Usług opisanych w Umowie.”

Na podstawie dokumentów załączonych do SIWZ, Wykonawca w żaden sposób nie jest w stanie zweryfikować, czy posiadana przez Zamawiającego Infrastruktura Projektu jest wystarczająca dla realizacji celu Projektu P1. Ocena właściwego wymiarowania infrastruktury zarówno sprzętowej, jak i licencyjnej, jest zależna od wielu czynników, w tym:

- złożoności środowiska;
- technologii informatycznych;
- architektury ITS oraz architektury osadzanych na niej rozwiązań;

- sposobu implementacji poszczególnych elementów oprogramowania, w tym użytych technologii, framework-ów, itp.;
- przyjętych założeń;

Zamawiający w Załączniku Ib do Umowy - Opis Ogólnych Wymagań Niefunkcjonalnych wskazuje jakie parametry wolumetryczne i wydajnościowe mają zostać zapewnione w trakcie utrzymania i rozwoju Systemu PI. Jednakże Zamawiający nie daje możliwości zapoznać się Wykonawcy z dokumentacją techniczną, w szczególności z Projektem Infrastruktury Techniczno-Systemowej (PITS), co uniemożliwia Wykonawcy jakiegokolwiek merytoryczne ustosunkowanie się do zaprojektowanych rozwiązań i weryfikacji dostępnych ilości sprzętu i licencji.

Należy również zwrócić uwagę, iż System PI jest rozwijany w ramach Fazy 2 oraz będzie dalej rozwijany w ramach niniejszego i innych postępowań. Przyjęta przez Zamawiającego metoda wytwarzania oprogramowania przez kierowanie Dyspozycji do wielu Wykonawców, w ramach różnych umów, w żaden sposób nie daje możliwości określenia jakie funkcjonalności, w jakich technologiach oraz w jakiej architekturze zostaną wytworzone i przekazane do utrzymania. Niemożliwe zatem staje się potwierdzenie przez Wykonawcę, że wskazane w Załączniku nr 12 ITS wraz z licencjami oprogramowania standardowego są wystarczające na potrzeby rozwiązań jeszcze nawet nie zdefiniowanych przez Zamawiającego.

Podsumowując – zdaniem Odwołującego, Wykonawca na dzień złożenia oferty oraz zawierania Umowy nie będzie posiadał wszystkich wyżej wymienionych informacji, gdyż jest to skutkiem przyjętej przez Zamawiającego konstrukcji umowy oraz brakiem zamieszczenia w/w informacji w SIWZ. W związku z czym nie będzie mógł oświadczyć, że Infrastruktura Projektu jest wystarczająca dla realizacji celu Projektu P1. Tym samym oczekiwanie Zamawiającego, aby Wykonawca złożył przedmiotowe oświadczenie narusza art. 29 ust. 1 i 2 Prawa zamówień publicznych, gdyż SIWZ nie zawiera treści na podstawie których profesjonalny podmiot, działający z zachowaniem należytej staranności posiadałby podstawy do złożenia takiego oświadczenia.

Wobec powyższego Odwołujący wnosil o wykreślenie pkt. 3.7 Umowy w całości.

10. Wzór umowy: Załącznik nr 2a do SIWZ i Załącznik nr 2b do SIWZ - Pkt 2.9., 4.9, 4.10.- kwestie związane z metodyką zwinną Scrum.

W pkt. 2.9 Umowy Zamawiający wskazał, że Umowa w zakresie Tworzenia Oprogramowania będzie realizowana zgodnie z metodyką zwinną Scrum:

„2.9. Prace informatyczne wykonywane na podstawie Umowy w ramach Tworzenia Oprogramowania, będą realizowane zgodnie z metodyką zwinną Scrum.”

Metodyka zwinna Scrum to ramy procesu, które są wykorzystywane w zarządzaniu wytwarzaniem złożonych produktów od początku lat dziewięćdziesiątych. Sam w sobie Scrum nie jest procesem czy techniką wytwórczą. Opisuje jedynie ogólne sposoby postępowania, w obrębie których możliwe jest stosowanie różnego rodzaju procesów i technik. Scrum pomaga odkrywać nieefektywności praktyk zarządczych i technik inżynierskich, by można było je doskonalić.

W obręb Scruma wchodzi Zespoły Scrumowe oraz związane z nimi role, zdarzenia, artefakty i reguły. Każdy z tych elementów służy konkretnym celom i każdy jest niezbędny do osiągnięcia sukcesu w stosowaniu Scruma.

W skład Zespołu Scrumowego wchodzi: Właściciel Produktu (ang. Product O.), Zespół Deweloperski oraz Scrum Master. Istotą metodyki Scrum jest, że Zespoły Scrumowe są samoorganizujące się i międzyfunkcjonalne. Samoorganizujące się zespoły samodzielnie decydują, w jaki sposób najlepiej wykonywać pracę, nie są przy tym w żaden sposób kierowane przez osoby spoza zespołu. Zespoły międzyfunkcjonalne posiadają wszelkie kompetencje niezbędne do ukończenia pracy, nie będąc zależnymi od osób nienależących do zespołu. Model zespołu proponowany w Scrumie został zaprojektowany tak, aby zoptymalizować elastyczność, kreatywność i produktywność.

Jedną z cech charakterystycznych każdej metodyki zwinnej, w tym metodyki zwinnej Scrum, jest powołanie roli „Produkt Owner” (Właściciela Produktu). Rola ta odpowiedzialna jest za maksymalizację wartości produktu i pracy Zespołu Deweloperskiego.

Właściciel Produktu jest jedyną osobą zarządzającą Backlogiem Produktu (ang. Product Backlog). Pojęcie zarządzania Backlogiem Produktu mieści w sobie:

- jasne artykułowanie elementów Backlogu Produktu,
- ustalanie kolejności elementów Backlogu Produktu w sposób pozwalający osiągać założone cele i misje (priorytetyzacja),
- optymalizowanie wartości pracy wykonywanej przez Zespół Deweloperski,

- zapewnianie, że Backlog Produktu jest dostępny, przejrzysty oraz jasny dla wszystkich, a także, że dobrze opisuje to, czym Zespół Scrumowy będzie się zajmował w dalszej kolejności,
- zapewnianie, że Zespół Deweloperski rozumie elementy Backlogu Produktu w wymaganym stopniu. Właściciel Produktu może wykonywać powyższe zadania samodzielnie lub zlecać je Zespołowi Deweloperskiemu, jednak to Właściciel Produktu pozostaje za nie odpowiedzialny.

Powszechnie obowiązujące zasady dotyczące metodyki zwinnej Scrum znajdują się na stronie internetowej organizacji Scrum - (...)

Skoro Zamawiający w pkt. 2.9 Umowy, tj. w przedmiocie Umowy, wskazał wprost, że prace realizowane w ramach Tworzenia Oprogramowania będą zgodnie z metodyką zwinną Scrum, to wszystkie postanowienia dotyczące Tworzenia Oprogramowania powinny być zgodne z zasadami obowiązującymi dla tej metodyki. Tymczasem w pkt. 4.9 Umowy Zamawiający wskazał: „4.9. W celu uniknięcia wątpliwości Strony oświadczają, że niezależnie od udziału P. O. w planowaniu prac objętych Dyspozycją Rezultatu zgodnie z postanowieniem poprzedzającym, Wykonawca przyjmuje wyłączną odpowiedzialność za osiągnięcie rezultatu stanowiącego przedmiot danej Dyspozycji.”

Oczywistym jest, że pkt. 4.9 Umowy jest sprzeczny z zasadami metodyki zwinnej Scrum, w szczególności zaś z pkt. 2.9 Umowy. Narusza to art. 29 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, gdyż SIWZ jest wewnętrznie sprzeczny, co uniemożliwia Wykonawcy sporządzenie oferty. Na podstawie obecnej treści SIWZ Wykonawca nie wie, czy ma stosować metodykę zwinną Scrum, którą Zamawiający wskazał w pkt 2.9 Umowy, czy też ma tej metodyki nie stosować. Z kolei opisanie przedmiotu umowy poprzez nałożenie wyłącznej odpowiedzialności za osiągnięcie rezultatu danej Dyspozycji na Wykonawcę jest sprzeczne z postanowieniami Umowy dotyczącymi Dyspozycji. Zakres Dyspozycji został określony w Załączniku nr 7 do Umowy, jest to dokument zgodny z zasadami metodyki zwinnej Scrum i nie określa bynajmniej celu Dyspozycji. Nie określa dlatego, że zgodnie z metodyką zwinną Scrum Wykonawca nie odpowiada za osiągnięcie celu. Dyspozycja zgodnie ze wzorem z Załącznika nr 7 określa jedynie:

- ✓ Specyfikację przedmiotu Dyspozycji, do której obejmuje wskazanie usług, do świadczenia których ma zostać oddelegowany Personel Wykonawcy,
- ✓ Imienną listę członków Personelu Wykonawcy wraz z opisem zakresu ich kompetencji (specjalizacji) i funkcji w procesie realizacji usług,

- ✓ Czas, w jakim członkowie Personelu Wykonawcy mają świadczyć usługi w ramach Dyspozycji (liczba Roboczogodzin),
- ✓ Termin zakończenia świadczenia usług przez członków Personelu Wykonawcy w ramach Dyspozycji,
- ✓ Całkowity zakres niezbędnego współdziałania ze strony Zamawiającego,
- ✓ Inne szczególne wymagania Zamawiającego dla Dyspozycji.

Jak wynika z powyższego w ramach Dyspozycji Zamawiający de facto zamawia specjalistów do wykonania określonych usług w określonym czasie. Natomiast Zamawiający nie ma zamiaru określać w Dyspozycji żadnego rezultatu tej Dyspozycji. Tym samym Wykonawca nie może być odpowiedzialny za osiągnięcie rezultatu, gdyż nie ma żadnego wpływu na jego osiągnięcie - tj. ani nie zna tego rezultatu, ani też nie ma wpływu na sposób realizacji {poza świadczeniem usług z należytą starannością}.

Dalej w pkt 4.10 Umowy Zamawiający wskazał:

„4.10. Prace w zakresie Tworzenia Oprogramowania, realizowane w ramach Dyspozycji Operacyjnej, będą polegać na realizacji przez oddelegowanych członków Personelu Wykonawcy poleceń i zadań od Zamawiającego. Ponadto, Zamawiający może w ramach Dyspozycji Operacyjnej zażądać skierowania do prac członków Personelu Wykonawcy stanowiącego Zespół Deweloperski wraz ze S. M. i wówczas prace będą polegać na realizacji przez Zespół Deweloperski, w poszczególnych Sprintach (których liczbę ustali Product O.) kolejnych Wymagań wskazanych przez Product O. do wykonania w danym Sprincie (stanowiących Rejestr Wymagań Sprintu).”

Także to postanowienie Umowy stoi w sprzeczności z w/w postanowieniem pkt. 2.9 Umowy, ponieważ zgodnie z metodyką Scrum zakres prac do wykonania w ramach poszczególnych sprintów jest uzgadniany w ramach zespołu, a nie narzucany jednostronnie przez Product O..

Zgodnie z Scrum Guide, strona 9, część "Planowanie Sprintu", akapit pierwszy:

„Planowanie Sprintu

Praca przeznaczona do wykonania w Sprincie jest planowana podczas Planowania Sprintu. Plan ten powstaje w efekcie wspólnej pracy członków Zespołu S.”.

Dodatkowo w ramach punktu umowy 4.41 Zamawiający oczekuje, iż:

„4.41 Prace w ramach Tworzenia Oprogramowania będą realizowane w Sprintach. Sprint nie może trwać dłużej niż 10 Dni Roboczych.”

To postanowienie umowy wraz z pkt.4.10 może doprowadzić do sytuacji, w której Zamawiający nakaże zrealizowanie nieuzgodnionego z zespołem zakresu (narzuconego przez Product O.) w terminie 10 dni Sprintu, co z jednej strony może nie dać możliwości wykonania prac w określonym terminie, a z drugiej strony daje Zamawiającemu prawo do naliczenia kar umownych.

Mając powyższe na uwadze Odwołujący wnosil o:

1. wykreślenie w całości pkt. 4.9,
2. wykreślenie dotychczasowej treści pkt. 4.10 i wpisanie w to miejsce:

„4.10. Prace w zakresie Tworzenia Oprogramowania, realizowane w ramach Dyspozycji Operacyjnej, będą polegać na realizacji przez oddelegowanych członków Personelu Wykonawcy poleceń i zadań od Zamawiającego. Ponadto, Zamawiający może w ramach Dyspozycji Operacyjnej zażądać skierowania do prac członków Personelu Wykonawcy stanowiącego Zespół Deweloperski wraz ze S. M. i wówczas prace będą polegać na realizacji przez Zespół Deweloperski, w poszczególnych Sprintach (których liczbę ustali P. O.) kolejnych Wymagań do wykonania w danym Sprincie (stanowiących Rejestr Wymagań Sprintu).”

11. Wzór Umowy: Załącznik nr 2a do SIWZ i Załącznik nr 2b do SIWZ - Art. 4 Tworzenie Oprogramowania

W art. 4 Umowy Zamawiający w szczególności uregulował wytwarzanie przez Wykonawcę oprogramowania w trybie tzw. Dyspozycji Rezultatu. Poszczególne postanowienia dotyczące Dyspozycji Rezultatu zawarte są w wielu punktach art. 4, w tym bezpośrednio w 4.6.1, 4.7-4.9., 4.12- 4.14, 4.22-4.28,4.47-4.51, 4.52-4.58. Zawarte w szczegółowych postanowieniach art. 4 uregulowania prowadzą do konkluzji, iż w ramach Dyspozycji Rezultatu, Zamawiający wymaga od Wykonawcy osiągnięcia „(...) określonego rezultatu opisanego daną Dyspozycją z uwzględnieniem zmian zakresu wprowadzonych zgodnie z procedurą zarządzania zmianą, o której mowa w Rozdziale 19 Umowy” (pkt. 4.6.1). Ponadto zgodnie z pkt. 4.2. zapytanie Zamawiającego w stosunku do Wykonawcy w zakresie Dyspozycja Rezultatu będzie obejmować m.in. „oczekiwania Zamawiającego w stosunku do rezultatów prac Wykonawcy oraz sposobu ich prowadzenia (...), terminu zakończenia prac, wybór rozliczenia

w Roboczogodzinach lub Punktach Funkcyjnych, proponowaną liczbę Roboczogodzin lub, odpowiednio, Punktów Funkcyjnych niezbędnych do realizacji przedmiotu danej Dyspozycji albo łączną wartość proponowanego wynagrodzenia Wykonawcy z tego tytułu. Może także definiować inne kwestie istotne dla Zamawiającego”. Postanowienia te są rozwinięte w pkt 4.27 i 4.28. Z przytoczonych postanowień jednoznacznie wynika, że oczekiwaniem Zamawiającego od Wykonawcy jest wykonanie zdefiniowanego dzieła, w określonych terminie i za określonym wynagrodzeniem (które to parametry zgodnie z procedurą zawartą w umowie po przeprowadzeniu stosownych negocjacji podlegają uzgodnieniu pomiędzy Stronami). Kolejnym potwierdzeniem tej tezy, co do charakteru Dyspozycji Resultatu są dalsze dyspozycje dotyczące prowadzenia testów oprogramowania powstałego w rezultacie danej Dyspozycji Resultatu (dzieła).

Nie mniej jednak, pomimo dość – w ocenie Odwołującego - jednoznacznej i klarownej definicji, iż w istocie zgodnie ze sposobem opisanego Dyspozycji Resultatu jest ta Dyspozycją umową o dzieło, w całym art. 4 Umowy Zamawiający wprowadza klauzule, które są niedopuszczalne dla tego typu umowy. Zamawiający bowiem z jednej strony oczekuje, iż Wykonawca będzie odpowiedzialny za wykonanie określonego dzieła, w uzgodnionym czasie i za uzgodnionym wynagrodzeniem (wyrażonym ilością dniówek, punktów funkcyjnych bądź wprost wynagrodzeniem) - z drugiej zaś strony wprowadza postanowienia metodyki Scrum, która jest zaprzeczeniem umowy o dzieło i jest typowym zleceniem, zamówieniem usług świadczonych we wskazanych terminach przez wskazane osoby. Mowa tutaj o:

1) Wprowadzeniu zasady, że poszczególne Dyspozycje Resultatu mają być prowadzone zgodnie z metodyką Scrum (tj. realizacja w Sprintach wg pkt. 4.7), która, co do zasady wprowadza elastyczność, polegającą na tym, że przy realizacji Sprintu dopuszczalna jest modyfikacja celów lub wymagań, o ile faktyczna realizacja wskazuje na taką potrzebę, co przeczy zasadzie wykonania dzieła o określonych cechach, co w rzeczy samej jest przedmiotem Dyspozycji Resultatu. Fakt, iż Zamawiający w ten sposób również rozumie istotę Sprintu (którego rezultat może być odmienny od wstępnie zakładanego), potwierdza wprost postanowienie pkt. 4.44: „W przypadku niewykonania w danym Sprincie wszystkich wyznaczonych podczas Planowania Sprintu Wymagań, Wykonawca zrealizuje te brakujące Wymagania w kolejnych Sprintach w ramach danej Dyspozycji, zgodnie z ustaleniami podjętymi z Product O.". Wobec takiego rozumienia wymaganie polegające na narzuceniu Wykonawcy wykonaniu dzieła, o ściśle zdefiniowanych parametrach, poprzez Sprints, ale z narzuconym terminem wykonania i określonym wynagrodzeniem jest wymaganiem niezgodnym z istotą zamówienia (umowy) dzieła. Ponadto narzucenie metody Sprintów dla wykonania dzieła jest sprzeczne z art. 29 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, gdyż Wykonawca powinien niezbędne

informacje do wyceny określonego dzieła. Tymczasem SIWZ zakłada, że dzieło ma być wyceniane jak umowa o świadczenie usług.

2) Wprowadzenie P. O.(przedstawiciela Zamawiającego), jako osoby która de facto decyduje o sposobie realizacji danej Dyspozycji Rezultatu, poprzez definicję konkretnych Sprintów w ramach których dana dyspozycja jest realizowana. Mówi o tym wprost postanowienie punktu 4.43.1: „Zakres Sprintu: celem tego zdarzenia jest stworzenie Rejestru Wymagań Sprintu, czyli zakresu prac do wykonania w danym Sprincie i ich rezultatów. W celu uniknięcia wątpliwości ostateczna decyzja co do ustalenia zakresu Sprintu i rozpoczęcia prac w jego ramach; należy do P. O.". Rola P. O.(Zamawiającego), jako osoby mającej decydujący wpływ na sposób realizacji dzieła występuje również w cytowanym już powyżej pkt. 4.44, a także w pkt 4.7. Takie postanowienia całkowicie przeczą istocie „umowy o dzieło", jaką jest Dyspozycja Rezultatu, gdyż realizacja takiej umowy nie może się odbywać pod wymaganym w powyższych zapisach de facto kierownictwem Zamawiającego, bowiem nie pozwala to Wykonawcy na zarządzaniem ryzykiem związanym ze swoim zobowiązaniem wykonania określonego dzieła w zadanym terminie i za określone wynagrodzenie. Wady powyższych zapisów nie umniejsza fakt, iż Zamawiający (zapewne samemu rozumiejąc, iż proponowana konstrukcja Dyspozycji Rezultatu jest w istocie wadliwa) zawarł następujące postanowienie „4.9 W celu uniknięcia wątpliwości Strony oświadczają, że niezależnie od udziału P. O. w planowaniu prac objętych Dyspozycją Rezultatu zgodnie z postanowieniem poprzedzającym, Wykonawca przyjmuje wyłączną odpowiedzialność za osiągnięcie rezultatu stanowiącego przedmiot danej Dyspozycji.", bowiem fakt tego oświadczenia nie zmienia stanu faktycznego polegającego na tym, iż obecność P. O. w proponowanej w Umowie roli stoi w sprzeczności z istotą wykonywania dzieła przez Wykonawcę.

W związku z powyższym Wykonawca wnosił o zmianę postanowień Umowy w zakresie postanowień związanych z Dyspozycją Rezultatu, w sposób zgodny z istota „umowy o dzieło", tj.:

- wymagania zastosowania podejścia opartego na Scrum do realizacji dzieła w określonym terminie i za określonym wynagrodzeniem,
- powierzenie Wykonawcy wyłącznego kierownictwa nad realizacją dzieła oraz ograniczenia udziału Zamawiającego do sprawowania ogólnego nadzoru w realizacji Dyspozycji w trakcie jej trwania w miejsce obecnego bezpośredniego uczestnictwa,
- eliminacje nieuzasadnionych obowiązków ewidencyjnych.

Odwołujący nie wskazuje konkretnych zapisów po zmianach, gdyż wiąże to się z szeroką zmianą SIWZ, pozostającą w dyspozycji Zamawiającego. Celem zmiany ma być zlikwidowanie stanu sprzeczności pomiędzy wprowadzoną dla Dyspozycji Rezultatu konstrukcją umowy o dzieło a postanowienia sprzecznymi z tą konstrukcją.

12. Wzór Umowy: Załącznik nr 2a do SIWZ i Załącznik nr 2b do SIWZ - Art. 16 Wynagrodzenie i rozliczenia, pkt 16.7

W pkt. 16.7 Umowy Zamawiający definiuje wynagrodzenie za poszczególne Usługi Autoryzacji w następujący sposób:

„16.7. Za poszczególne Usługi Autoryzacji Wykonawca otrzyma wynagrodzenie stanowiące iloczyn stawki jednostkowej za Roboczogodzinę określonej w 16.10.1 lub stawki za Punkt Funkcyjny określonej w 16.10.2 oraz 10% liczby Roboczogodzin lub Punktów Funkcyjnych zawartych w protokole odbioru po rozliczeniu dyspozycji przez Zamawiającego na rzecz dostawcy danego oprogramowania podlegającego autoryzacji.”

Z powyższego wynika, że za Usługę Autoryzacji Wykonawca otrzyma wynagrodzenie stanowiące 10% kosztów wytworzenia autoryzowanego produktu. Zdaniem Odwołującego wynagrodzenie w tej wysokości w żaden sposób nie pokryje rzeczywistych kosztów Usługi Autoryzacji.

Odwołujący zwracał uwagę, że średnio szacuje się, że same koszty testowania oprogramowania to ponad 20% kosztów wytworzenia oprogramowania (przykładowo za (...)). Tymczasem w wypadku Usługi Autoryzacji Wykonawca nie tylko będzie musiał przeprowadzić testy oprogramowania przekazanego do autoryzacji, ale także przed rozpoczęciem testów:

✓ zapoznać się z merytoryką rozwiązania,

✓ zweryfikować wszystkie elementy rozwiązania, w tym:

- dokumentację analityczną,
- o dokumentację projektową,
- wytworzone oprogramowanie, w tym co najmniej:
 - audyt kodu źródłowego, audyt zgodności z przyjętymi zasadami programowania,

- dokumentację testową, w tym:
 - plany testów,
 - scenariusze testowe,
 - przypadki testowe,
 - skrypty testowe,
 - dane testowe,
 - dokumentację administracyjną, o
 - dokumentację techniczną,
 - dokumentację użytkownika,
 - skrypty instalacyjne.

Dopiero taka weryfikacja umożliwi przeprowadzenie procesu testowania rozwiązania, w tym oprócz testów funkcjonalnych przeprowadzenie testów:

- ✓ modułowe,
- ✓ integracyjne,
- ✓ wydajności,
- ✓ skalowalności,
- ✓ bezpieczeństwa,
- ✓ użyteczności,
- ✓ zgodności z wymaganiami w stosunku do interfejsu użytkownika (np. WCAG),
- ✓ regresji.

Wykonawca musi także zweryfikować wpływ przygotowanego oprogramowania na pozostałe elementy Systemu PI, co wraz z rosnącym skomplikowaniem rozwiązania może być bardzo pracochłonne. Trzeba tu także zauważyć, że Wykonawca Autoryzując Usługę będzie także

zobowiązany do naprawy ewentualnych wad autoryzowanego oprogramowania w reżymie SLA, co oznacza konieczność bardzo dokładnego rozpoznania oprogramowania, a nie tylko jego przetestowanie.

Dodatkowo Odwołujący zauważał, że mogą zaistnieć sytuacje, w których „liczba Roboczogodzin lub Punktów Funkcyjnych zawartych w protokole odbioru po rozliczeniu dyspozycji przez Zamawiającego na rzecz dostawcy danego oprogramowania podlegającego autoryzacji”, jest nieadekwatna do rzeczywistych kosztów późniejszego utrzymania (Usług Gwarancji) takiego oprogramowania, np. w przypadku wykorzystania przez dostawcę danego oprogramowania specyficznego rozwiązania (tzw. framework-u). Dlatego Odwołujący wnosił o dodanie zapisu umożliwiającego Wykonawcy w takiej sytuacji wycenę w Punktach Funkcyjnych oprogramowania podlegającego autoryzacji i rozliczenie kosztów usługi na podstawie takiej uzgodnionej przez Strony wyceny.

Tym samym, według Odwołującego, należy uznać, że obecna treść SIWZ narusza art. 29 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, gdyż SIWZ nie uwzględnia wszystkich wymagań i okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o:

1. dodanie w Umowie (przed obecnym punktem 5.9) pkt. o treści:

..5.9. W uzasadnionych przypadkach Wykonawca może dokonać własnej wyceny oprogramowania lub dokumentacji mających być poddanymi autoryzacji.

5.9.1. Jeżeli Zamawiający zaakceptuje wycenę Wykonawca otrzyma wynagrodzenie zgodnie z wycena Wykonawcy.

5.9.2. W przypadku niezaakceptowania wyceny Kierownicy Projektu Stron rozpoczną negocjacje co do wyceny."

2. zmianę treści pkt. 16.7 Umowy na następującą:

„16.7. Za poszczególne Usługi Autoryzacji Wykonawca otrzyma wynagrodzenie stanowiące iloczyn stawki jednostkowej za Roboczogodzinę określonej w 16.10.1 lub stawki za Punkt Funkcyjny określonej w 16.10.2 oraz 20% liczby Roboczogodzin lub Punktów Funkcyjnych zawartych w protokole odbioru po rozliczeniu dyspozycji przez Zamawiającego na rzecz dostawcy danego oprogramowania podlegającego autoryzacji albo zaakceptowanej przez Zamawiającego wyceny Wykonawcy (w Punktach Funkcyjnych) oprogramowania lub dokumentacji mających być poddanymi autoryzacji.".

13. Wzór umowy: Załącznik nr 2a do SIWZ i Załącznik nr 2b do SIWZ - Art. 20 Czas trwania umowy i usług, pkt 20.4, 20.8

W art. 20 Zamawiający ukonstytuował uprawnienie do dowolnego rozwiązania Umowy (odpowiednio w trybie wypowiedzenia czy odstąpienia) w całości lub w części niezależnie od przyczyn:

„20.4. Zamawiający jest uprawniony do wypowiedzenia Umowy w całości albo w zakresie poszczególnych Usług z dowolnej przyczyny z zachowaniem 1-miesięcznego terminu wypowiedzenia ze skutkiem na koniec miesiąca kalendarzowego; z zastrzeżeniem, że skutek wypowiedzenia Umowy zakresie poszczególnych Usług w ramach Usług Gwarancyjnych nie nastąpi w tym trybie przed upływem 12 miesięcy obowiązywania Umowy.

(...)

20.8. Zamawiający jest uprawniony do odstąpienia od Umowy (umowne prawo odstąpienia) w całości albo w części, z dowolnej przyczyny, z zastrzeżeniem, że Zamawiający nie złoży oświadczenia o odstąpieniu, o którym mowa w niniejszym punkcie, wcześniej niż przed upływem 12 miesięcy od dnia zawarcia Umowy”.

Wskazanie, że skutek w postaci rozwiązania umowy może nastąpić „z dowolnej przyczyny” wskazuje, że Zamawiający posiada obecnie uprawnienie do wypowiedzenia lub odstąpienia także w sytuacji, w której Wykonawca prawidłowo realizuje umowę, nie można mu postawić żadnego zarzutu, w tym zarzutu nienależytego wykonywania Umowy. Tym samym Zamawiający stworzył sobie uprawnienie do jednostronnej zmiany umowy, poprzez jej rozwiązanie w całości lub w dowolnej części. Zdaniem Odwołującego narusza to zasady określone w Ustawie Prawo zamówień publicznych.

Przepis art. 140 ust 1 Prawa zamówień publicznych wyraźnie określa, że zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. Wynika z tego, że Wykonawca jest po prostu zobowiązany wykonać to, co zostało określone w ofercie za wynagrodzenie w tej ofercie określone. Zamawiający zaś nie jest uprawniony do jednostronnego dokonywania zmian w tym zakresie, gdyż zmiany takie byłyby sprzeczne z brzmieniem art. 140 ust. 1 Prawa zamówień publicznych. Co więcej - w art. 144 ust. 1 Prawa zamówień publicznych sformułowano ogólną zasadę zakazu zmian postanowień umowy. Dopiero w dalszej części przepisu wskazane są dopuszczalne wyjątki, kiedy taka umowa może zostać zmieniona. Każda jednak taka zmiana umowy - ze swej istoty - musi być dokonana

zgodnie z art. 144 Prawa zamówień publicznych, a jednocześnie nie może być dokonywana jednostronnie przez Zamawiającego. Prawo zamówień publicznych nie kształtuje bowiem w tym zakresie żadnych dodatkowych uprawnień Zamawiającego do jednostronnej zmiany umowy. A zatem - zgodnie z art. 14 Prawa zamówień publicznych zastosowanie w tym zakresie mają przepisy Kodeksu Cywilnego, zgodnie z którym jakakolwiek zmiana umowy możliwa jest tylko za obopólną zgodą stron.

Sąd Najwyższy w składzie 7 sędziów w uzasadnieniu uchwały z dnia 22 maja 1991 roku, sygn. akt III CZP 15/91 wskazał: "Zgoda obydwu stron jest oczywistym wymogiem tak przy zawarciu umowy, jak i przy zmianach jej treści, stąd też nawet przy najdalej idących ułatwieniach w realizacji inicjatywy zmian (jak np. w art. 385³ k.c.) pozostawiona jest drugiej stronie możliwość odmowy zgody na zmiany. Natura umowy gospodarczej i generowanego przez nią stosunku sprowadza się generalnie do tego, że wyraża ona i pozwala realizować interes każdej ze stron, ponieważ zaś interesy te bywają przeciwstawne, istotę umowy stanowi uzgodnienie woli stron, wyrażając ich interesy. (...) W tym stanie rzeczy za sprzeczne z naturą umowy gospodarczej należy uznać pozostawienie w ręku tylko jednej strony możliwości dowolnej zmiany jej warunków. (...) Klauzula umowna dopuszczająca dokonywanie jednostronnej zmiany w dowolnym czasie takich umów narusza zasadę słuszności kontraktowej, nie zezwalającą na dopuszczenie takiego reżimu umownego, w którym z zasady realizowałyby się interesy jednej, z uszczerbkiem interesów drugiej ze stron umowy. Byłoby to zatem sprzeczne z zasadami współżycia społecznego."

Przedmiotowe postanowienie art. 20 w sposób oczywisty narusza w/w przepisy, gdyż na jego podstawie Zamawiający dowolnie może zmieniać treść Umowy i to w zakresie bardzo istotnym, tj. poprzez wypowiedzenie lub odstąpienie z dowolnej przyczyny, w tym niezawinionej przez Wykonawcę nie jest w stanie sporządzić oferty, gdyż obecne zapisy SIWZ zawierają postanowienia, które uniemożliwiają dokonanie jej wyceny. Inaczej bowiem każdy przedsiębiorca szacuje cenę zamówienia, gdy ma pewność, że zrealizuje to zamówienie w całości, a inaczej - jeśli w dacie składania oferty nie wie, czy wykona całość usług, czy też może tylko 5%. Każda bowiem cena za usługę zawiera w sobie zarówno koszty zmienne, jak i koszty stałe. Jeśli Wykonawca miałby pewność wykonania całości zamówienia (poza opcją), to wie, jak należy rozdzielić koszty stałe na wszystkie elementy zamówienia. Przy braku takiej pewności - oszacowanie ceny oferty jest po prostu niemożliwe.

Odwołujący podnosił, że analogiczną kwestię możliwości zmiany zakresu umowy przez jednostronne oświadczenie analizowała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku KIO 24/14 z dnia 22 stycznia 2014 roku: „Zdaniem Izby, cytowane postanowienie narusza art. 29 ust 1 ustawy pzp, zgodnie z którym zamawiający ma obowiązek opisanie przedmiotu zamówienia w sposób

jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania/okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Oznacza to, że z opisu tego musi wynikać zakres zamówienia i warunki jego realizacji, w tym także czas trwania umowy. Zgodnie z ustaloną linią orzecznictwa, zakazane jest redagowanie postanowień umowy o zamówienie publiczne w taki sposób, że zakres czy wolumen zamówienia zależy w całości od zdarzeń przyszłych i niepewnych”. Uprawnienie Zamawiającego do dowolnego zrezygnowania z części przedmiotu zamówienia jest właśnie takim zdarzeniem przyszłym i niepewnym. Przedmiotowy zapis tym samym narusza też przepis art. 29 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, gdyż SIWZ nie zawiera wszystkich informacji, które mają wpływ na sporządzenie oferty. Wykonawca nie może dokonać rzetelnego szacowania ceny oferty, jeśli nie zna zakresu swojego zobowiązania, zaś Zamawiający może w dowolny sposób zakres tego zobowiązania zmniejszać po zawarciu Umowy.

Mając powyższe na uwadze Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu wykreślenia w art. 20 ust. 20.4 i 20.8.

14. Wzór umowy: Załącznik nr 2a do SIWZ i Załącznik nr 2b do SIWZ - Art. 22

Odpowiedzialność i kary umowne, pkt.20.4,20.8

Zamawiający w art. 22 uregulował kwestię kar umownych - ich wysokości oraz podstaw i przesłanek naliczania.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazywał, że Zamawiający - pomimo iż nie istnieje żadna uzasadniona przyczyna - odstąpił od uregulowania odpowiedzialności wykonawcy z tytułu realizacji Umowy na zasadach odpowiedzialności kontraktowej określonej w przepisach Kodeksu Cywilnego. Kodeks Cywilny jako zasadę odpowiedzialności kontraktowej konstytuuje odpowiedzialność dłużnika za okoliczności, za które ponosi on odpowiedzialność, przy czym wzmacnia pozycję wierzyciela poprzez stworzenie ustawowego domniemania winy dłużnika. Taka konstrukcja odpowiedzialności kontraktowej jest powszechnie przyjmowana jako wystarczająca i nie istnieją żadne racjonalne powody, aby Zamawiający-jako podmiot publiczny, który zobowiązany jest do równego traktowania wszystkich uczestników rynku - dyskryminował dostawców rozwiązań informatycznych w taki sposób, aby rozszerzać zakres ich odpowiedzialności także na okoliczności, za które dany wykonawca nie ponosi odpowiedzialności. Tymczasem właśnie taką odpowiedzialność - niezależną od winy wykonawcy - uregulował Zamawiający w art. 22 Umowy. Tymczasem Zamawiający w każdym przypadku wskazał, że kara umowna należna jest za opóźnienie, a nie za zwłokę: Opóźnienie

zamienić na zwłokę - por. postanowienia 22.1.3, 22.1.5. -7, 22.1.9, 22.1.12, 22.1.17, 22.1.18, 22.1.20 Umowy.

Odwołujący podnosił, że umowne rozszerzenie odpowiedzialności dłużnika poza zakres odpowiedzialności określony w art. 471 KC (odpowiedzialność kontraktowa na zasadzie winy) dopuszczalne jest jedynie w przypadku wskazanym w przepisie art. 473 § 1 KC. Art. 473 § 1 KC wyraźnie wskazuje, że dłużnik może przez umowę przyjąć na siebie odpowiedzialność za okoliczności, za które z mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi, tylko w sytuacji wskazanej w tym przepisie – a mianowicie muszą być oznaczone okoliczności. Zdaniem Odwołującego Zamawiający naruszył wskazaną regulację art. 473 § 1 KC (w związku z art. 14 i art. 139 Ustawy). Zamawiający, chcąc skutecznie zastosować art. 473 § 1 KC i skutecznie rozszerzyć odpowiedzialność kontraktową wykonawcy na okoliczności inne niż zawinione, musiałby w Umowie wskazać konkretne „oznaczone okoliczności”, w przypadku zaistnienia których odpowiedzialność wykonawcy byłaby rozszerzona. Niedopuszczalność takiego rozszerzenia odpowiedzialności wykonawców potwierdził Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 27 września 2013 roku, sygnatura akt I CSK 748/12: „Może zatem rozszerzyć swoją odpowiedzialność kontraktową przyjmując odpowiedzialność także za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy z przyczyn od niego niezależnych, np. z powodu siły wyższej. Słusznie jednak wskazuje się w literaturze i orzecznictwie, że jeżeli strony chcą rozszerzyć odpowiedzialność dłużnika, to zgodnie z art. 473 § 1 k.c. muszą w umowie wskazać (oznaczyć, wymienić), za jakie inne - niż wynikające z ustawy - okoliczności dłużnik ma ponosić odpowiedzialność (porównaj wskazany wyżej wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 października 2010 r., II CSK 180/10). Okoliczności te zatem muszą być w umowie wyraźnie określone.”

Tymczasem Zamawiający nie określił w przedmiotowym zapisie Umowy - wbrew regulacji art. 473 § 1 KC - tych konkretnych, oznaczonych okoliczności, na które odpowiedzialność miałaby być rozszerzona. A jednocześnie - odpowiedzialność tę rozszerzył. W związku z powyższym konieczna jest zamiana w całym art. 22 (22.1.3, 22.1.5. - 7, 22.1.9, 22.1.12, 22.1.17, 22.1.18, 22.1.20) słów „opóźnienie” na „zwłoka”.

Ponadto przedmiotowy zapis narusza także zdaniem Odwołującego zasadę ekwiwalentności świadczeń stron wynikających z umowy wzajemnej wyrażona w art. 487 § 2 KC (w związku z art. 14 i art. 139 Ustawy). Trudno tymczasem mówić o ekwiwalentności świadczeń w sytuacji, w której wykonawca kalkulując cenę swojej oferty nie jest w stanie odnieść jej do dającego się przewidzieć ryzyka wykonania Umowy oraz dającego się przewidzieć zakresu odpowiedzialności z tytułu nienależytego wykonania Umowy. A taka sytuacja zachodzi - gdyż zgodnie z brzmieniem § 7 Umowy Wykonawca ponosi odpowiedzialność za działania i zaniechania osób trzecich i Zamawiającego, za których zgodnie z Kodeksem Cywilnym

odpowiedzialności nie ponosi. Co więcej brak takiej ekwiwalentności stanowi także naruszenie art. 5 i art. 58 § 1 i 2 KC (w związku z art. 14 i art. 139 Ustawy) - gdyż takie określenie przez Zamawiającego zakresu odpowiedzialności Wykonawcy jest sprzeczne ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa oraz sprzeczne z zasadami współżycia społecznego. Nie można bowiem uznać za zgodne z obowiązującymi zasadami nałożenie na Wykonawcę konieczności ponoszenia odpowiedzialności w przypadku, gdy nie można mu przypisać winy. Pogląd o niemożności naliczenia kary umownej w przypadku braku winy potwierdzany był wielokrotnie przez Sąd Najwyższy, przykładowo już w wyroku z dnia 20 marca 1968 r. II CR 419/67: „(...) jeżeli wykonanie lub nienależyte wykonanie danego zobowiązania jest następstwem okoliczności, za które strona zobowiązana nie ponosi odpowiedzialności (art. 471 Kc), kary umownej nie nalicza się”, jak i obecnie, w najnowszych orzeczeniach - w wyroku z dnia 27 września 2013 roku, sygnatura akt I CSK 748/12: „Kara umowna stanowi odszkodowanie umowne i przysługuje wierzycielowi jedynie wtedy, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy jest następstwem okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność. Innymi słowy zakres odpowiedzialności z tytułu kary umownej pokrywa się z zakresem ogólnej odpowiedzialności kontraktowej dłużnika, który zwolniony jest od obowiązku zapłaty kary, gdy wykáže, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania było następstwem okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności. Oznacza to, że przesłanka dochodzenia zapłaty kary umownej jest winą dłużnika w postaci co najmniej niedbalstwa potwierdzającym ugruntowaną obecnie już linię orzeczniczą Sądu Najwyższego, jak chociażby wyrok z dnia 26 stycznia 2011 r. II CSK 318/10, wyrok z dnia 6 października 2010 r. II CSK 180/10, wyrok z dnia 11 stycznia 2008 r. V CSK 362/07, wyrok z dnia 21 września 2007 r. V CSK 139/07, wyrok z dnia 11 marca 2004 r. V CSK 369/03, wyrok z dnia 11 czerwca 2003 r. III CKN 50/01, wyrok z dnia 27 czerwca 2003 r. IV CKN 300/01. Także Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 21 maja 2014 roku, KIO 923/14 stwierdziła, że kara umowna może być zastrzeżona wyłącznie w przypadku zwłoki wykonawcy: Odnosząc się to tego zarzutu Izba wskazuje, że kara umowna jest rodzajem sankcji cywilnoprawnej zastrzeżonej na wypadek szkód powstałych w wyniku niewłaściwego wykonania umowy. (...) Odnosząc się do podnoszonego zarzutu, Izba stwierdza, że zarzut jest zasadny w zakresie zakwestionowania ustanowienia i powiązania kar umownych z okolicznościami, za których powstanie wykonawca nie odpowiada. Instytucja kar umownych zgodnie ze stanowiskiem wyrażanym w bogatym orzecnictwie SN (m.in. wyrok powoływany w odwołaniu) wiąże się z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązań w zwykłym wymiarze. Jak stwierdzono ponadto w wyroku Sądu Najwyższego z dnia z dnia 21 września 2007 r. (sygn. akt: V CSK 139/07): „Zgodnie z art. 383 § 1 i art. 384 § 1 k.c., zastrzeżona przez strony stosunku obligacyjnego kara umowna należy się wierzycielowi tylko wtedy, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest następstwem okoliczności, za które dłużnik ponosi

odpowiedzialność (art. 471 k.c.), To oznacza, że kara umowna zastrzeżona na wypadek nieterminowego spełnienia świadczenia należy się jedynie w razie zwłoki dłużnika (476 k.c.), nie przysługuje natomiast, jeżeli dłużnik obali wynikające z art. 471 in fine k.c. domniemanie, iż opóźnienie w spełnieniu świadczenia jest następstwem okoliczności, za które ponosi odpowiedzialność." Dlatego też zamawiający winien ustalić obowiązek zapłaty kar umownych w przypadku zwłoki wykonawcy". Podobnie Krajowa Izba Odwoławcza orzekła w wyroku z dnia 14 marca 2012, KIO 399/12: „Zarzut jest zasadny w zakresie zakwestionowania ustanowienia i powiązania kar umownych z okolicznościami, za których powstanie wykonawca nie odpowiada. (...) Natomiast instytucja kar umownych zgodnie ze stanowiskiem wyrażanym w orzecznictwie SN (m.in. wyrok powoływany w odwołaniu) wiąże się z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązań w zwykłym wymiarze."

Odwołujący podnosił, że Zamawiający w całym art. 22 w części określającej wysokość kar umownych w żaden sposób nie ograniczył wysokości kar umownych. Co więcej – w przypadku kar umownych określonych w pkt 22.1.1 - 22.1.3 Zamawiający jako podstawę kar podał za każdym razem całość wynagrodzenia umownego, a nie - wartość usługi/części umowy, w stosunku do której miało miejsce niewykonanie lub nienależyte wykonanie, które stanowi podstawę naliczenia kary umownej. Podkreślić jednocześnie należy, że w większości przypadków Zamawiający jako podstawę naliczania kar umownych wskazał kwotę za 1 dzień. Tym bardziej niezrozumiałe jest, dlaczego akurat w w/w 3 przypadkach Zamawiający jako podstawę naliczenia kar umownych w sposób zupełnie nieuzasadniony i bezpodstawny przyjął całość wynagrodzenia za realizację Umowy.

Jakkolwiek swoboda umów pozwala na umieszczenie takich postanowień, to Wykonawca, w szczególności, jeśli jest spółką giełdową mającą zobowiązania wobec akcjonariuszy, musi rzetelnie wycenić ryzyko tak wysokich kar, wyceniając odpowiednio wysoko świadczone usługi. Odwołujący nie rozumie, jaki jest cel takich postanowień. Należy sobie zadać też pytanie, czy Zamawiający ma świadomość wpływu tego typu postanowień na cenę oferty. Odwołujący zakłada, że pierwszoplanowym celem Zamawiającego jest uzyskanie od Wykonawcy zleczanych usług na oczekiwanym poziomie, a nie - uzyskanie przychodów poprzez karanie Wykonawcy. Obecna konstrukcja zasad karania, działa demotywująco, skłaniając bądź to do niezłożenia oferty bądź złożenia jej z bardzo wysoko wycenionym ryzykiem. Przedmiotowe postanowienia Umowy mogą stać w sprzeczności z zasadą dokonywania wydatków publicznych wyrażoną w art. 44 ust. 3 Ustawy o finansach publicznych. Wydatki publiczne powinny być dokonywane w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasady uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów oraz doboru optymalnych środków. Zamawiający może co prawda starać się przerzucić całe ryzyko realizacji danego zamówienia na wykonawców, ale musi się liczyć

z tym, że takie dodatkowe ryzyka (w tym przypadku związane z nieograniczoną wysokością kar umownych) wpłyną na określenie przez wykonawców ceny ofertowej. Teoretycznie, gdyby Odwołujący zdecydował się na złożenie oferty przy takim brzmieniu SIWZ, musiałby wziąć pod uwagę bardzo wysoki poziom ryzyka i próbować wycenić je w ofercie.

Zupełnie niezrozumiałym postanowieniem jest brzmienie pkt. 22.1.3 Umowy:

„22.1.3. opóźnienia w zakończeniu Okresu Przygotowawczego; tj. realizacji wszystkich zobowiązań przypisanych Wykonawcy w Okresie Przygotowawczym - w wysokości 3% maksymalnego wynagrodzenia brutto, o którym mowa w pkt. Błąd! Nie można odnaleźć źródła odwołania [cyt. za oryginalnym tekstem odwołania z dnia 17 lipca 2017 r.], za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia.”

Otóż Zamawiający w tym punkcie Umowy konstytuuje karę umowną z tytułu „opóźnienia w zakończeniu Okresu Przygotowawczego”. Tymczasem z tytułu świadczenia usług w Okresie Przygotowawczym Wykonawca nie otrzymuje w ogóle wynagrodzenia. A kara jest bardzo wysoka - aż 3% od maksymalnego wynagrodzenia. Zdaniem Odwołującego nie jest możliwe skuteczne obciążenie Wykonawcy obowiązkiem zapłaty kary umownej z tytułu wykonywania obowiązków w Okresie Przygotowawczym, jeśli w tym okresie Wykonawca nie otrzymuje żadnego wynagrodzenia. Wskazać należy, że w żadnej znanej Odwołującemu umowie w zamówieniach publicznych, w której przewidziany jest bezpłatny okres przejściowy (umowy zawierane przez ZUS, ARiMR, Ministerstwo Sprawiedliwości, Prokuratura Krajowa, Ministerstwo Finansów), Zamawiający nie przewidział kary umownej z tytułu nienależytego świadczenia zobowiązań w tym okresie. Wynika to z istoty okresu przejściowego - w tym okresie Wykonawca ma niejako „uczyć się” realizacji umowy, przygotowywać do jej realizacji. Tym samym nie powinien ponosić konsekwencji związanych z realizacją swoich zobowiązań w tym okresie.

Z kolei w pkt. 22.1.1 i 22.1.2 Zamawiający ukonstytuował karę umowną z tytułu odstąpienia lub wypowiedzenia Umowy w całości lub w części z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy. W każdym przypadku podstawą obliczenia kary ma być „maksymalne wynagrodzenie”. Zapis ten narusza w/w przepisy prawa. Jak wskazywano powyżej obecnie Zamawiający gwarantuje jedynie 10 - 12% realizacji Umowy. Zatem całkiem możliwe jest, że Wykonawca otrzyma jedynie 10% maksymalnego wynagrodzenia z tytułu realizacji Umowy. Tymczasem Zamawiający uważa, że słuszne jest, aby podstawą obliczania kar umownych było maksymalne wynagrodzenie. Zgodnie z wartością zamówienia wskazaną w Ogłoszeniu taka kara mogłaby wynosić około 9 milionów złotych. Tymczasem maksymalne wynagrodzenie za gwarantowany przedmiot zamówienia to około 14 milionów złotych. Zatem kara umowna mogłaby wynosić

nawet xx% całości wynagrodzenia otrzymanego przez Wykonawcę. Racjonalne jest zatem, aby podstawą obliczania kar umownych była wyłącznie wysokość wynagrodzenia otrzymanego przez Wykonawcę na dzień złożenia oświadczenia o wypowiedzeniu lub odstąpieniu.

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

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu:

1. wykreślenia w art. 22 słowa „opóźnienie” i zastąpienie go odpowiednio słowem „zwłoka”,
2. wykreślenia w art. 22 pkt. 22.1.3. w całości,
3. wykreślenia w art. 22 w pkt. 22.1.1 i pkt. 22.1.2. zwrotu „maksymalnego wynagrodzenia brutto, o którym mowa w pkt. Błąd! Nie można odnaleźć źródła odwołania.” i wpisania w to miejsce: „wynagrodzenia otrzymanego przez Wykonawcę do dnia wypowiedzenia lub odstąpienia”.

15. Wzór umowy: Załącznik nr 2a do SIWZ i Załącznik nr 2b do SIWZ - Art. 7 Podstawowe

warunki realizacji umowy

Zamawiający wymaga w pkt 7.7., aby Wykonawca posiadał ubezpieczenie z tytułu odpowiedzialności cywilnej dedykowane do Umowy.

„7.7. Wykonawca zobowiązuje się, że w chwili zawarcia Umowy będzie posiadał opłacone, dedykowane do Umowy ubezpieczenie z tytułu odpowiedzialności cywilnej za szkody wyrządzone Zamawiającemu poprzez niewykonanie lub nienależyte wykonanie Umowy, w wysokości nie niższej niż maksymalne wynagrodzenie Wykonawcy o którym mowa w pkt.

Błąd! Nie można odnaleźć źródła odwołania. Z chwilą zawarcia Umowy Wykonawca przedstawi Zamawiającemu opłaconą polisę OC potwierdzoną za zgodność z oryginałem oraz zobowiązanie Wykonawcy, że przedłuży okres ubezpieczenia w przypadku, gdy okres obowiązywania Umowy ulegnie wydłużeniu. Wykonawca zobowiązany jest do utrzymania opłaconej polisy OC przez cały okres obowiązywania Umowy i przedkładania Zamawiającemu opłaconej polisy OC potwierdzonej za zgodność z oryginałem na kolejne okresy najpóźniej w dniu; w którym upływa wcześniejszy okres ubezpieczenia."

Zdaniem Odwołującego taki element przedmiotu zamówienia jest z jednej strony nadmierny, z drugiej zaś - SIWZ nie zawiera wystarczających informacji, które byłyby podstawą przedłożenia w tym zakresie porównywalnych ofert. Narusza to art. 29 ust. 1 i 2 Prawa zamówień publicznych.

Nadmierność tego obowiązku umownego powoduje w ocenie Odwołującego, że przedmiot zamówienia został opisany w sposób utrudniający uczciwą konkurencję. Zamawiający wymaga przedstawienia polisy dedykowanej, z drugiej zaś strony nie przedstawia żadnych wymagań do tej polisy-oprócz kwoty ubezpieczenia. Prowadzi to do sytuacji, że każdy z wykonawców może dokonać na etapie szacowania ceny oferty wyceny zupełnie innej polisy, z różnymi zakresami ubezpieczenia. Wpływa to wprost na cenę oferty. Oczywiście jest, że cena, jaką Wykonawca musiałby zapłacić za taką polisę, stanowi wprost element ceny oferty, każdy Wykonawca musi ją zawrzeć w cenie oferty. Skoro jednak SIWZ nie zawiera właściwie żadnych informacji o zakresie ubezpieczenia, to ceny takich ubezpieczeń będą bardzo różne - każdy ubezpieczyciel może inaczej rozumieć zakres niezbędnego ubezpieczenia.

Z kolei, gdyby Zamawiający wymagał posiadania przez Wykonawcę ogólnego ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej, to wymóg taki nie wpływa na cenę oferty. A to dlatego, że każdy profesjonalny Wykonawca posiada takie ubezpieczenie niezależnie od tego, czy składałby ofertę w przedmiotowym postępowaniu, czy też nie składałby. Zatem koszt pozyskania takiej polisy nie wpływa na cenę oferty. W takim przypadku nie ma zatem znaczenia, że warunki polisy nie są określone w SIWZ.

Mając powyższe na uwadze Odwołujący wnosil o nakazanie Zamawiającemu wykreślenia dotychczasowego brzmienia pkt. 7.7. i wpisania w to miejsce:

„7.7. Wykonawca zobowiązuje się, że w chwili zawarcia Umowy będzie posiadał opłacone ubezpieczenie z tytułu odpowiedzialności cywilnej z tytułu prowadzenia działalności gospodarczej, obejmujące szkody wyrządzone poprzez niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy, w wysokości nie niższej niż maksymalne wynagrodzenie Wykonawcy

o którym mowa w pkt. Błąd! Nie można odnaleźć źródła odwołania. Z chwila zawarcia Umowy Wykonawca przedstawi Zamawiającemu opłacona polisę OC potwierdzona za zgodność z oryginałem. Wykonawca zobowiązany jest do utrzymania opłaconej polisy OC przez cały okres obowiązywania Umowy i przedkładania Zamawiającemu opłaconej polisy OC potwierdzonej za zgodność z oryginałem na kolejne okresy najpóźniej w dniu, w którym upływa wcześniejszy okres ubezpieczenia."

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego przystąpili wykonawcy K. spółka akcyjna w K. i P. S. I. spółka akcyjna w W. (dalej: Przystępujący).

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołania nie można uwzględnić.

Izba ustaliła, co następuje:

Po wniesieniu odwołania Zamawiający dokonał zmian w SIWZ w odniesieniu do zarzutu nr 1, 2, 3, 4, 5, 7, 9, 13, 14, 15 (zgodnie z numeracją nadaną w odwołaniu i w I części uzasadnienia), tj. w odniesieniu do zarzutów dotyczących:

- Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia: pkt. III Opis przedmiotu zamówienia, ppkt 1, ppkt 2, ppkt 5 „Informacja o opcjach” - brak wskazania przedmiotu zamówienia bez opcji, nadmierne wymagania dotyczące wyłączności personelu (zarzut nr 1);
- Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia: Pkt III Opis przedmiotu zamówienia, ppkt 14 dotyczący wizji lokalnej (zarzut nr 2);
- Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia: Pkt XIII Opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert - Kryterium oceny oferty „Cena brutto za Punkt Funkcyjny rozwijanego oprogramowania”

w związku z treścią Załącznika nr 6 dla Części I oraz treścią Załącznika nr 4 dla Części II przedmiotu zamówienia przy braku w SIWZ określenia Strategii Wymiarowania (zarzut nr 3);

- Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia: Pkt. XIII Opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty; wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert - kryteria pozacenowe oceny ofert „Doświadczenie personelu wykonawcy w zakresie metodyk Agile” (zarzut nr 4);

- Wzoru umowy: Załącznik nr 2a do SIWZ i Załącznik nr 2b do SIWZ - Art. 1 Definicje: „Ogólne Kryteria Jakościowe” (zarzut nr 5);

- Wzoru umowy: Załącznik nr 2a do SIWZ i Załącznik nr 2b do SIWZ - Art. 3 Okres Przygotowawczy, Infrastruktura Projektu (zarzut nr 7);

- Wzoru umowy: Załącznik nr 2a do SIWZ i Załącznik nr 2b do SIWZ - Pkt 3.7 (zarzut nr 9);

- Wzoru umowy: Załącznik nr 2a do SIWZ i Załącznik nr 2b do SIWZ - Art. 20 Czas trwania umowy i usług, pkt 20.4, 20.8 (zarzut nr 13);

- Wzoru umowy: Załącznik nr 2a do SIWZ i Załącznik nr 2b do SIWZ - Art. 22 (zarzut nr 14);

- Wzoru umowy: Załącznik nr 2a do SIWZ i Załącznik nr 2b do SIWZ - Art. 7 Podstawowe warunki realizacji umowy (zarzut nr 15).

Odwołujący oświadczył, że zmiany SIWZ odnoszące się do zarzutu nr 1, 3, 4, 9, 13, 14, 15 go satysfakcjonują. Jednocześnie oświadczył, że nie cofa zarzutów, które według niego de facto zostały uwzględnione czynnością faktyczną Zamawiającego (Zamawiający zmienił SIWZ zgodnie z żądaniami odwołania). W ocenie Odwołującego nie powinno to skutkować oddaleniem zarzutów zw. z art. 191 ust 2 Prawa zamówień publicznych, ale Izba powinna stwierdzić, że Zamawiający uznał racje Odwołującego w zakresie tych zarzutów. Wobec braku stanowiska procesowego Zamawiającego co do poszczególnych zarzutów, Odwołujący oczekiwał wyrażenia go na rozprawie. Zdaniem Odwołującego Zamawiający przerzuca na wykonawcę konsekwencje wadliwej SIWZ, w tym konsekwencje finansowe.

Przystępujący P. S. I. spółka akcyjna w W. poparł stanowisko Odwołującego. Wnosił o uwzględnienie zarzutów 5, 6, 8, 10, 11, 12. Co do zarzutów 2 i 7 zdaniem Przystępującego zmiany w SIWZ są wystarczające.

Zamawiający nie złożył oświadczenia, że uwzględni zarzuty odwołania w całości albo w części. Wnosił o oddalenie odwołania jako niezasadnego. Poinformował, jakie zmiany zostały wprowadzone do SIWZ po wniesieniu odwołania. Dostrzegając sprzeczność oświadczenia Przystępującego z oświadczeniem Odwołującego, który chce kontynuować spór w zakresie zarzutów 2, 5 i 7. Natomiast Przystępujący chce kontynuować spór jedynie w zakresie zarzutu 5.

Gdyby żądania odwołania były tak postawione, aby Zamawiający mógł je zaakceptować, to zajęłby stanowisko w zakresie ewentualnego uwzględnienia odwołania w całości albo części.

Analizował postawione zarzuty odwołania i wyjaśniał, że zarzuty dotyczące przedmiotu umowy, odnoszące się do art. 7 ust 1 i 3 ust 9a. ust 2, art. 29 ust 1, art. 91 ust 1, ust 2c, ust 2d Prawa zamówień publicznych potraktował jako dostrzeżenie niedoskonałości w SIWZ i zmodyfikował SIWZ w odniesieniu do zarzutów 1, 3, 4, 9, 13, 14, 15.

Druga grupa zarzutów (6, 8, 10, 11, 12), dotyczyła wzorca umownego i Zamawiający wiązał z nimi naruszenie wskazane w odwołaniu na stronie 2, mianowicie naruszenie art. 139 ust 2, art. 140, art. 144 Prawa zamówień publicznych. Odwołujący jednak w odwołaniu w żaden sposób nie powiązał, zdaniem Zamawiającego, podnoszonych naruszeń przepisów z zarzutami sformułowanymi odnośnie wzorca umownego. Merytorycznie Zamawiający zauważał, że jest gospodarzem postępowania i może kształtować postanowienia umowy. Niezależnie od tego podnosił, że zostały sformułowane zgodnie wzorcami dobrych praktyk dostępnymi na stronie Ministra Cyfryzacji. Ponadto dostrzega, że zarzuty naruszeń przepisów, które dotyczą generalnie wzorca umownego nie zostały w żaden sposób uzasadnione w treści odwołania. Art. 139 ust 2 dotyczy pisemności umowy, art. 140 tożsamości zobowiązania wykonawcy zobowiązaniem w ofercie, art. 144 dotyczy zmian umowy. Żadne zarzutów odwołania nie odnoszą się do zakresu objętego tymi przepisami.

Odnosząc się do zarzutów 2, 5, 7, wskazywał, że dokonał zmian w obrębie kwestii, których te zarzuty dotyczyły, wychodząc naprzeciw oczekiwaniom rynku. Natomiast nie mógł w całości zaakceptować zadań odwołania, ponieważ w odniesieniu do zarzutu 2 dotyczącego wizji lokalnej – wizja ma na celu zapoznanie wykonawców z poziomem jakościowych posiadanych produktów, które zawierają informacje wrażliwe i podatne na manipulacje. Prowadził w tym zakresie konsultacje z Agencją Bezpieczeństwa Wewnętrznego i potwierdziła ona taki tryb udostępnienia informacji. W ten sposób możliwa jest identyfikacja każdej osoby, która się zapoznała z informacją. Wydłużył czas dokonania wizji, zwiększył ilość stanowisk i dopuścił zmianę osób. Zauważa, że zarzut 2 i jego uzasadnienie stoją z sprzeczności z zarzutem 7, w którym Odwołujący wnosił o skrócenie bądź zniesienie okresu przygotowawczego. Sprzeczność zdaniem Zamawiającego polega

na tym, że Odwołujący, podnosząc zarzut 2, chce jak najwięcej poznać informacji. Natomiast w zakresie zarzutu 7 – odwrotnie.

Zarzut 5 jest według Zamawiającego chybiony. Zamawiający zakłada, że w postępowaniu biorą udział i umowę będą realizować profesjonalne podmioty, partnerzy, którzy będą uczestniczyć w tworzeniu scenariuszy testowych i na podstawie wspólnych ustaleń zostanie ustalona jakość, którą ma utrzymać wykonawca, który nie był twórcą produktów.

Oceniając tak ustalony stan faktyczny i stanowiska Stron oraz Przystępującego, Izba w pierwszej kolejności przeanalizowała skutki dla postępowania odwoławczego wynikające z zarzutów, co do których Zamawiający zmienił SIWZ, a Odwołującego zmiany te satysfakcjonowały (zarzuty 1, 3, 4, 9, 13, 14, 15).

Przypisywanie czynnościom materialnym Zamawiającego (dokonanym zmianom SIWZ) znaczenia proceduralnego (oświadczenie o uwzględnieniu zarzutów odwołania w części) wydaje się zbyt daleko idące, bez podstawy w przepisach o postępowaniu odwoławczym. W ocenie składu orzekającego nie można również zaakceptować poglądu, że czynność Zamawiającego (zmiana SIWZ) stanowi przyznanie racji Odwołującemu, w takim sensie, jak uznanie powództwa (uznanie powództwa jest co do zasady wiążące dla sądu - jeżeli zatem pozwany uzna powództwo, to sąd, zgodnie z art. 213 § 2 Kodeksu postępowania cywilnego, wyda wyrok uwzględniający żądania powoda). W takim bowiem wypadku Izba musiałaby uwzględnić odwołanie, ale nie mogłaby nic nakazać, ponieważ zmiany zostały już dokonane zgodnie, jak sam Odwołujący twierdził, z żądaniem odwołania (stosownie do art. 192 ust. 3 pkt 1 Prawa zamówień publicznych, Izba uwzględniając odwołanie, nakazuje Zamawiającemu wykonanie lub powtórzenie określonych czynności). Prowadzi to do wniosku, że jeżeli przed dokonaniem zmian SIWZ naruszała przepisy Prawa zamówień publicznych, to po dokonaniu zmian, satysfakcjonujących Odwołującego, naruszenia te nie mają już wpływu na wynik postępowania (a więc a contrario do art. 192 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, odwołanie podlega oddaleniu).

W ocenie składu orzekającego, konstatacja ta dotyczy również zarzutów 2, 5, 7 – Zamawiający dokonał zmian postanowień SIWZ skarżonych w ramach wymienionych zarzutów. Przystępujący po stronie Odwołującego oświadczył, że zmiany w odniesieniu do zarzutów 2 i 7 są wystarczające. Odwołujący domagał się kontynuowania sporu w zakresie zarzutów 2, 5 i 7. W odniesieniu do tych zarzutów Izba ustaliła, że Zamawiający zmienił sposób przeprowadzenia wizji lokalnej, wydłużając jej czas, ilość osób biorących udział, możliwość zmiany tych osób (zarzut nr 2), Odwołujący domagał się nadal udostępnienia „materiałów”, czego Zamawiający nie chciał uczynić, podnosząc, że nie będzie miał możliwości weryfikacji, kto miał dostęp do informacji. Izba w tym względzie podzieliła stanowisko Zamawiającego. W ocenie składu orzekającego słuszne jest, aby była możliwość

identyfikacji osób mających dostęp do produktów, które zawierają dane wrażliwe. Odwołujący wnosił o skrócenie bądź zniesienie okresu przygotowawczego (zarzut nr 7), i w tym zakresie w ocenie Izby nie wykazał, że przewidziany przez Zamawiającego okres przygotowawczy w jakikolwiek sposób narusza interes wykonawcy w postępowaniu. Należy zauważyć, że w zakresie zarzutu nr 2 i 7 nie podzielił stanowiska Odwołującego Przystępujący P., oświadczając, że dla niego zmiany SIWZ w odniesieniu do zarzutów 2 i 7 są wystarczające. W odniesieniu do zarzutu nr 5 (Odwołujący domagał się wskazania, kto przygotowuje dokument „Ogólne Kryteria Jakościowe” i na jakich podstawach), Izba ustaliła, że Zamawiający dokonał zmiany SIWZ w załączniku nr 8, pkt 20, wskazując, że Ogólne Kryteria Jakościowe powinny obejmować dobre praktyki zdefiniowane w ramach „A Guide to the Business Analysis Body of Knowledge”, a zakres ich wykorzystania zostanie ustalony wspólnie z wykonawcą (strona 19 pkt 20 wykazu wprowadzonych zmian, stanowiących załącznik do pisma Zamawiającego z dnia 1 sierpnia 2017 r.). Konsekwentnie zatem ze wcześniejszymi ustaleniami, Izba uznała, że powyższe ewentualne naruszenie, podnoszone w ramach zarzutu nr 5, nie ma wpływu na wynik postępowania, bowiem Zamawiający zmienił SIWZ w tym zakresie.

Odnosnie zarzutów dotyczących:

- wzoru umowy: Załącznik nr 2a do SIWZ i Załącznik nr 2b do SIWZ - Art. 2 Przedmiot Umowy, pkt 2.4, 2.7, 2.8 (zarzut 6),
- wzoru umowy: Załącznik nr 2a do SIWZ i Załącznik nr 2b do SIWZ - Pkt 3.6 (zarzut 8),
- wzoru umowy: Załącznik nr 2a do SIWZ i Załącznik nr 2b do SIWZ - Pkt 2.9., 4.9, 4.10.- kwestie związane z metodyką zwinną Scrum (zarzut 10),
- wzoru umowy: Załącznik nr 2a do SIWZ i Załącznik nr 2b do SIWZ - Art. 4 Tworzenie Oprogramowania (zarzut 11),
- wzoru umowy: Załącznik nr 2a do SIWZ i Załącznik nr 2b do SIWZ - Art. 16 Wynagrodzenie i rozliczenia, pkt 16.7 (zarzut 12),

Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego (Zamawiający nie odniósł się merytorycznie do każdego z wymienionych zarzutów, jednak wskazywał, że Odwołujący nie wykazał, że wzorzec umowy narusza Ustawę) i stwierdziła, że Odwołujący nie udowodnił, że przez wskazane postanowienia SIWZ doszło do naruszeń przepisów Prawa zamówień publicznych.

W ramach zarzutu 6, dotyczącego wzoru umowy: Załącznika nr 2a do SIWZ i Załącznika nr 2b do SIWZ - Art. 2 Przedmiot Umowy, pkt 2.4,2.7,2.8, Odwołujący kwestionował m.in. postanowienia, w których Zamawiający przewidział, iż „Brak osiągnięcia celu Projektu P1 w ramach realizacji Umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy uznaje się za nienależyte wykonanie Umowy w części, w której niedotrzymanie celu Projektu P1 nastąpiło” oraz „Wykonawca oświadcza, że jest świadom, że wszelkie realizowane przez niego Usługi mają doprowadzić do skutków, jakimi są budowa, utrzymanie oraz rozwój Systemu P1”. Odwołujący argumentował, że „Zamawiający zatem stara się stworzyć pojęcie celu umowy jako rodzące zobowiązania Wykonawcy, podczas gdy osiągnięcie tego celu leży całkowicie poza zakresem działań Wykonawcy. Narusza to zdaniem Odwołującego art. 29 ust. 1 Ustawy, gdyż pojęcie celu umowy zawsze wpływać będzie na kształtowanie się obowiązków Wykonawcy, podczas gdy postanowienia celu są niejasne i uniemożliwiają sporządzenie oferty.”. W konsekwencji Odwołujący wnosił o wykreślenie z umowy wszystkich postanowień dotyczących celu umowy, ze względu na okoliczność, że obecna konstrukcja umowy i gwarantowany przez Zamawiającego zakres Tworzenia Oprogramowania uniemożliwiają wpływ Wykonawcy na realizację celu umowy lub zmianę postanowień dotyczących celu umowy w taki sposób, aby wynikało z nich jednoznacznie, że za osiągnięcie celu umowy odpowiedzialny jest jedynie Zamawiający - a to wobec obecnej konstrukcji umowy i gwarantowanego przez Zamawiającego zakresu Tworzenia Oprogramowania wyłącznie w zakresie 10%.

W ocenie składu orzekającego skarżone postanowienia wzorca umownego nie naruszają art. 29 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, zgodnie z którym przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zdaniem Izby nie można przypisywać – zgodnie z żądaniem odwołania – jedynie Zamawiającemu odpowiedzialności za realizację celu umowy. Jeżeli Zamawiający sam przyczyni się do niemożności realizacji celu Umowy/Projektu P1, to wykonawca nie będzie tym obciążony. Wynika to wprost z kwestionowanego odwołaniem postanowienia: „Brak osiągnięcia celu Projektu P1 w ramach realizacji Umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy uznaje się za nienależyte wykonanie Umowy w części, w której niedotrzymanie celu Projektu P1 nastąpiło” – gdzie wyraźnie przypisano negatywne konsekwencje dla wykonawcy braku osiągnięcia celu do „przyczyn leżących po stronie wykonawcy”. Dlatego Izba zarzut oddaliła.

Podnosząc zarzut 8, dotyczący wzoru umowy: Załącznika nr 2a do SIWZ i Załącznika nr 2b do SIWZ - Pkt 3.6, stanowiący, iż „3.6. W ramach Okresu Przygotowawczego,

w terminach wynikających z Załącznika nr 8 lub ustalonych na bieżąco przez Strony, Wykonawca jest zobowiązany do przejęcia Infrastruktury Projektu, a następnie realizacji przy jej użyciu świadczeń zdefiniowanych w Umowie składanych na jej podstawie Dyspozycjach”, Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu określenia w SIWZ szczegółowej listy Infrastruktury Projektu, dla której Zamawiający zapewnia wsparcie producenta, ze wskazaniem poziomu wsparcia, okresów obowiązywania. Zmieniając SIWZ, Zamawiający wprowadził postanowienie, że wykaz Infrastruktury Projektu został określony w załączniku nr 12 do umowy (pkt. 3.7 załącznika 2a). Izba zatem zarzut oddaliła, jako niemający wpływu na wynik postępowania.

Zarzut 10 i 11 odnosił się do Tworzenia Oprogramowania i kwestii związanych z metodyką zwinna Scrum. Odwołujący podnosił, że skoro prace realizowane w ramach Tworzenia Oprogramowania będą zgodnie z metodyką zwinną Scrum, to wszystkie postanowienia dotyczące Tworzenia Oprogramowania powinny być zgodne z zasadami obowiązującymi dla tej metodyki. Tymczasem w pkt. 4.9 Umowy Zamawiający wskazał: „4.9. W celu uniknięcia wątpliwości Strony oświadczają, że niezależnie od udziału P. O. w planowaniu prac objętych Dyspozycją Rezultatu zgodnie z postanowieniem poprzedzającym, Wykonawca przyjmuje wyłączną odpowiedzialność za osiągnięcie rezultatu stanowiącego przedmiot danej Dyspozycji.”. Odwołujący podnosił, że zgodnie z metodyką Scrum zakres prac do wykonania w ramach poszczególnych sprintów jest uzgadniany w ramach zespołu, a nie narzucany jednostronnie przez P. O.. Ponadto podnosił, że w art. 4 Umowy Zamawiający wprowadza klauzule, które są niedopuszczalne dla umowy o dzieło. Zamawiający bowiem z jednej strony oczekuje, iż Wykonawca będzie odpowiedzialny za wykonanie określonego dzieła, w uzgodnionym czasie i za uzgodnionym wynagrodzeniem (wyrażonym ilością dniówek, punktów funkcyjnych bądź wprost wynagrodzeniem) - z drugiej zaś strony wprowadza postanowienia metodyki Scrum, która jest zaprzeczeniem umowy o dzieło i jest typowym zleceniem, zamówieniem usług świadczonych we wskazanych terminach przez wskazane osoby.

W ocenie składu orzekającego Odwołujący nie udowodnił, że przez skarżone postanowienia zostały naruszone jakiegokolwiek przepisy Prawa zamówień publicznych.

Prawo zamówień publicznych nie nakłada na Zamawiającego obowiązku przestrzegania wyłącznie określonego wzorca umownego czy typu umowy. Zamawiający jest gospodarzem postępowania, może wykorzystywać różne wzorce umowne; przepisy Prawa zamówień publicznych nie stoją również na przeszkodzie umowom nienazwanym - okoliczność, że postanowienia umowy o zamówienie publiczne wskazują na elementy umowy o dzieło i umowy zlecenia nie przesądza o naruszeniu przepisów Prawa zamówień publicznych. Odwołujący,

prezentując żądania w konsekwencji zarzutu 11, wnosił o „zlikwidowanie stanu sprzeczności pomiędzy wprowadzoną dla Dyspozycji Rezultatu konstrukcją umowy o dzieło a postanowienia sprzecznymi z tą konstrukcją”. Tak sformułowane żądanie nie tylko jest niezasadne, ale nawet gdyby zostało uznane za słuszne, to nie mogłoby zostać uwzględnione, ponieważ Izba nie może nakazać ogólnie dostosowania SIWZ do postulatów Odwołującego. Reasumując, Izba zarzuty te oddaliła.

W konsekwencji zarzutu 12 Odwołujący wnosił o dodanie postanowienia „umożliwiającego Wykonawcy wycenę w Punktach Funkcyjnych oprogramowania podlegającego autoryzacji i rozliczenie kosztów usługi na podstawie takiej uzgodnionej przez Stronę wyceny”. Według Odwołującego, należy uznać, że obecna treść SIWZ narusza art. 29 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, gdyż SIWZ nie uwzględnia wszystkich wymagań i okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty.

W ocenie składu orzekającego Odwołujący nie wykazał powyższego powiązania. Jak wynika z żądania, Odwołujący niejako wnosił o wyłączenie części zamówienia do osobnego postępowania (mianowicie wnosił o wprowadzenie postanowienia, iż „W uzasadnionych przypadkach Wykonawca może dokonać własnej wyceny oprogramowania lub dokumentacji mających być poddanymi autoryzacji. Jeżeli Zamawiający zaakceptuje wycenę Wykonawca otrzyma wynagrodzenie zgodnie z wyceną Wykonawcy. W przypadku niezaakceptowania wyceny Kierownicy Projektu Stron rozpoczną negocjacje co do wyceny.”). Są to żądania zbyt daleko idące, a ponadto wprowadzające pojęcia nieostre („uzasadnione przypadki”, brak podstaw wyceny, możliwość negocjacji wynagrodzenia). Konkludując, Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia zarzutu nr 12, a ponadto żądania odwołania są niemożliwe do zaakceptowania.

Wobec powyższych okoliczności Izba stwierdziła, że zarzuty odwołania należy oddalić w całości. Jeżeli nawet w odniesieniu do niektórych zarzutów doszło do naruszeń przepisów Prawa zamówień publicznych podnoszonych w odwołaniu, to nie mają one wpływu na wynik postępowania, bowiem Zamawiający dokonał zmian SIWZ w tym zakresie. W konsekwencji orzeczono jak w sentencji, odwołanie oddalając.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....

.....

.....