

Sygn. akt: KIO 2436/18

Sygn. akt: KIO 2442/18

WYROK

z dnia 21 grudnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Agata Mikołajczyk

Małgorzata Matecka

Aneta Mlącka

Protokolant: Piotr Cegłowski

Klaudia Cejrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie dniu 7 grudnia 2018 r. i w dniu 17 grudnia 2018 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 listopada 2018 r. przez odwołującego:

A. DXC Technology Polska Sp. z o.o., ul. Szturmowa 2A, 02-678 Warszawa, (KIO 2436/18),

B. Sygnity S.A., ul. F. Klimczaka 1, 02-797 Warszawa, (KIO 2442/18),

w postępowaniu prowadzonym przez **PGNiG Obrót Detaliczny Sp. z o.o., ul. Jana Kazimierza 3, 01-248 Warszawa,**

przy udziale wykonawcy:

A. Sygnity S.A., ul. F. Klimczaka 1, 02-797 Warszawa zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2436/18 po stronie odwołującego,

B. wykonawcy ASSECO Poland S. A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2436/18 po stronie odwołującego,

C. wykonawcy Essembli Sp. z o.o., Aleje Jerozolimskie 162A, 02-342 Warszawa zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2436/18 po stronie odwołującego,

D. wykonawcy Oracle Polska Sp. z o.o., ul. Przyokopowa 31, 01-208 Warszawa zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2436/18 po stronie odwołującego,

E. wykonawcy CROSS Sp. z o.o., ul. Słomińskiego 15/507, 00-195 Warszawa zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2442/18 po stronie odwołującego.

orzeka:

1. Oddala odwołania;

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołujących: **DXC Technology Polska Sp. z o.o., (ul. Szturmowa 2A, 02-678 Warszawa)** (KIO 2436/18) i **Sygnity S.A., (ul. F. Klimczaka 1, 02-797 Warszawa),** (KIO 2442/18) i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30.000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołujących tytułem wpisów od odwołania:

2.1.1. **DXC Technology Polska Sp. z o.o., (ul. Szturmowa 2A, 02-678 Warszawa)** (KIO 2436/18) w kwocie 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy),

2.1.2. **Sygnity S.A., (ul. F. Klimczaka 1, 02-797 Warszawa),** (KIO 2442/18) w kwocie 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy).

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie.**

.....
.....
.....

Sygn. akt: KIO 2436/18

Sygn. akt: KIO 2442/18

Uzasadnienie

Odwołania zostały wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.), [ustawa Pzp], przez Zamawiającego: PGNiG Obrót Detaliczny sp. z o.o. z Warszawy, którego przedmiotem jest: „Dostawa, wdrożenie i serwis Centralnego Systemu Billingowego w PGNiG Obrót Detaliczny Sp. z o.o.” Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. UE pod numerem nr ogłoszenia DUUE: 2018/S 221-

506755, w dniu 16.11.2018 r.

Odwołania zostały wniesione przez wykonawców: (1) DXC Technology Polska sp. z o.o. z Warszawy (**Sygn. akt: KIO 2436/18**) oraz (2) Sygnity S.A. z Warszawy (**Sygn. akt: KIO 2436/18**) wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) oraz jej załącznika nr 2 Wzoru umowy, oraz Opisu Przedmiotu zamówienia stanowiącego załącznik nr 1 do Wzoru umowy.

Sygn. akt: KIO 2436/18

Odwołujący DXC Technology Polska sp. z o.o. z Warszawy zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Pzp: art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp, art. 22 ust. 1a, art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp, art. 151 ustawy Pzp, 38 ustawy Pzp, art. 36 ust. 1 pkt 3) i pkt 16) ustawy Pzp w zw. z art. 5 kc, art. 353 kc, art. 483 kc, art. 484 § 2 kc w związku z art. 14 ustawy Pzp, a także art. 139 ust. 1 ustawy Pzp i art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji SIWZ w zakresie wskazanym w Odwołaniu, poprzez zmianę zaskarżonych postanowień w sposób określony w Odwołaniu lub ich doprecyzowanie zgodnie z żądaniami zawartymi w Odwołaniu. Ponadto, Odwołujący wniósł o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego w Postępowaniu.

Odwołujący wskazał, że na skutek wadliwie skonstruowanego SIWZ w szczególności wzoru umowy i wskazanych w treści odwołania załączników, Wykonawca może ponieść szkodę, co stanowi o naruszeniu przez Zamawiającego przepisów ustawy PZP. Wykonawca wykazuje, iż w następstwie ww. czynności i zaniechań czynności wymaganych przepisami Prawa zamówień publicznych może ponieść rzeczywistą szkodę majątkową, polegającą na braku możliwości złożenia oferty w Postępowaniu, a następnie jej wyboru jako oferty najkorzystniejszej, a w konsekwencji na nieuzyskaniu zamówienia.

Zdaniem wykonawcy, Zamawiający sporządził Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia (dalej SIWZ), w szczególności postanowienia wzoru umowy, w sposób uniemożliwiający złożenie przez Odwołującego oferty. W ocenie DXC postanowienia SIWZ i załączników do SIWZ powinny zostać zmienione w sposób, o jaki wnioskuje Odwołujący, co umożliwi Odwołującemu złożenie oferty, spowoduje zachowanie zasady równego traktowania oraz uczciwej konkurencji, zasady proporcjonalności i przejrzystości.

1. Nadmierne i nieproporcjonalne określenie warunków udziału, naruszenie zasad zapewniających zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, naruszenie zasady proporcjonalności - poprzez naruszenie przepisów 22 ust. 1a, art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp:

1.1. Dotyczy pkt. 5.8 ppkt 5.8.1.3.1 zdolność techniczna i zawodowa, warunek określony w ppkt 5.8.1.3.2 dotyczący wykazania się doświadczeniem w zakresie wdrożenia systemu billingowego.

Zamawiający w SIWZ określił warunek zdolności technicznej i zawodowej w następujący sposób:

„5.8.1.3. posiadają zdolności techniczne lub zawodowe tj.

5.8.13.1. *wykażą, że w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, należycie zrealizowali z wyłączeniem okresu gwarancji (a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również realizują) co najmniej: (UWAGA: Zamawiający wyjaśnia, że w przypadku warunku dotyczącego wykazania się dwiema usługami wdrożenia systemu billingowego, Zamawiający dopuszcza tylko wdrożenie w całości wykonane i odebrane (zakończone), w przypadku warunku dotyczącego wykazania się usługą utrzymania i rozwoju systemu billingowego Zamawiający dopuszcza wykazanie się również usługą będącą w trakcie realizacji pod warunkiem, że była ona wykonywana przez okres minimum 6 miesięcy i spełnia pozostałe wymagania postawione w warunku).”*

Zgodnie z § 2 ust. 5 pkt. 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zamawiający w celu zapewnienia odpowiedniego poziomu konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego może dopuścić, aby wykaz dotyczył dostaw lub usług wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych - również wykonywanych, w okresie dłuższym niż 3 lata przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Zgodnie z treścią uzasadnienia do projektu rozporządzenia nowa regulacja określona w § 2 ust. 5 rozporządzenia dająca możliwość dopuszczenia przez zamawiającego, aby wykaz dostaw lub usług obejmował okres dłuższy niż 3 lata przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, to rozwiązanie, ma na celu zapewnienie odpowiedniego poziomu konkurencyjności w postępowaniach, w szczególności tych, które dotyczą specjalistycznych robót, dostaw lub usług. Celowość tej regulacji nakazuje przyjąć raczej obowiązek zamawiającego do wydłużenia tych okresów w sytuacji, gdyby określone przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu miały doprowadzić do zaburzenia poziomu konkurencyjności w postępowaniu lub nawet wyeliminowania konkurencji. W takim przypadku zamawiający będzie zobligowany do wydłużenia terminów zgodnie z § 2 ust. 5., tak by zachować zasady uczciwej konkurencji w postępowaniu, powyższe potwierdza Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 2 listopada

2016 r., KIO 1959/16: „Niemniej jednak wydaje się, iż w sytuacji, gdyby ustalone przez zamawiającego na podstawie § 4 ust. 2 rozporządzenia warunki miały doprowadzić do zaburzenia odpowiedniego poziomu konkurencji, zamawiający będzie zobligowany do wydłużenia terminu zgodnie z ust. 5 pkt. 2. Tego rodzaju konstatacja wynika również z jednej z podstawowych dla postępowań o udzielenie zamówień publicznych zasad, tj. zawartej w art. 7 p.z.p. zasady zachowania uczciwej konkurencji.” Zatem jeżeli w ocenie Zamawiającego na rynku występuje niewielka ilość podmiotów mogących wykazać się doświadczeniem w wykonaniu określonych dostaw czy świadczenia usług, których wymaga zamawiający w dokumentacji postępowania, wydłużenie okresu doświadczenia jest w takiej sytuacji uzasadnione. Konieczność wydłużenia okresu doświadczenia ze względu na zachowanie zasad konkurencyjności wyraziła KIO już w wyroku z 17 lipca 2008 r. sygn. KIO/UZP 678/08, w którym wskazała: „(...) z uwagi na charakter przedmiotu zamówienia oraz sytuację na rynku wykonawców (nieznaczna liczba wykonawców specjalizujących się w realizacji podobnych zamówień) Zamawiający powinien dopuścić możliwość wykazania się przez wykonawców zrealizowaniem wykonanych robót budowlanych, odpowiadających swoim rodzajem i wartościami robotom budowlanym, stanowiącym przedmiot zamówienia, wykonanych w okresie dłuższym niż 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia. (...). Wydłużenie tego okresu w tym przypadku zapewni konkurencyjność w postępowaniu. Decyzję co do okresu, z którego wykonawcy będą mogli wykazać się wykonaniem stosownych robót, Zamawiający winien podjąć przy uwzględnieniu sytuacji na rynku wykonawców zdolnych wykonać przedmiotowe zamówienie.” Wydłużenie okresu doświadczenia wymaga każdorazowej oceny rynku potencjalnych wykonawców zamówienia. Przekonanie zamawiającego o ograniczonej liczbie wykonawców mogących spełnić warunki udziału w postępowaniu stanowi dodatkowe uzasadnienie wydłużenia okresów doświadczenia.

W niniejszym Postępowaniu Zamawiający wydłużył okres wykazania się doświadczeniem z 3 lat do 5 lat, jednak w ocenie Odwołującego okres ten powinien zostać wydłużony do 10 lat z uwagi na specjalistyczny i skomplikowany przedmiot zamówienia, oraz brak tego typu zamówień na rynku w ostatnich latach przy jednoczesnym zdominowaniu nielicznych (w tak zdefiniowanym okresie) wdrożeń przez jeden podmiot. Szczegółowość warunków w zakresie doświadczenia opisanych w SIWZ w pkt. 5.8 wymaga odpowiedniego wydłużenia okresu w którym wykonawcy mogli nabyć doświadczenie.

Biorąc pod uwagę wskazane naruszenia Odwołujący wniósł o zmianę warunku określonego w pkt. 5.8.1.3.1:

„5.8.1.3.1. *wykażą, że w okresie ostatnich dziesięciu lat (...)*

1.2 Dotyczy pkt. 5.8 zdolność techniczna i zawodowa, warunek określony w ppkt. 5.8.1.3.2 dotyczący wykazania się doświadczeniem w zakresie wdrożenia systemu billingowego.

Zamawiający w SIWZ określił:

„5.8.1.3.2. 2 *(dwie) usługi wdrożenia systemu billingowego, które łącznie spełniają poniższe warunki:*

5.8.1.3.2.1. *obejmujące swoim zakresem co najmniej główne procesy zdefiniowane przez Zamawiającego w ramach OPZ (Tabela 1) każda, a ponadto przynajmniej jedna z usług obejmowała swoim zakresem dodatkowo integrację: Sprzedawca - OSD, lub OSD - Sprzedawca w zakresie co najmniej dwóch z następujących przepływów informacji: informacji o umowie, informacji o układach pomiarowych, informacji o odczytach w pełnym cyklu życia tych obiektów jakie zachodzą na polskim rynku energetycznym (w szczególności w ramach standardów edifact, ebix czy innych obecnie funkcjonujących formach komunikacji wynikających z IRIESD) i;*

5.8.13.2.2. *w przypadku, gdy Wykonawca zamierza zaproponować Zamawiającemu architekturę rozwiązania opartą o:*

5.8.13.2.2.1. *gotową technologię aplikacyjną (COTS; ang. Commercial OffThe Shelf), zrealizowane wyłącznie w oparciu o wybraną przez Wykonawcę na potrzeby realizacji projektu technologię aplikacyjną, lub jej wcześniejszą wersję, Wykonawca przedłoży na wezwanie Zamawiającego oświadczenie producenta oprogramowania potwierdzające, iż użyta na potrzeby realizacji projektu wykazanego w ramach warunku udziału w Postępowaniu technologia aplikacyjna stanowi poprzednią wersję technologii obecnie oferowanej w Postępowaniu lub*

5.8.1.3.2.2.2. *dedykowane rozwiązanie aplikacyjne (ang. bespoke), zrealizowane wyłącznie w oparciu o wybraną przez Wykonawcę na potrzeby realizacji technologię wytworzenia dedykowanego rozwiązania, lub jej wcześniejszą wersję, i*

5.8.1.3.2.3. *o wartości przynajmniej 15.000.000 PLN netto jednego z nich, przy czym wartość o której mowa w niniejszym ustępie dotyczy wyłącznie wartości usługi wdrożeniowej, z wyłączeniem usługi wsparcia po wdrożeniu i dostaw: licencji oprogramowania, wsparcia producenta oprogramowania i -infrastruktury technicznej i systemowej S, i*

5.8.1.3.2.4. *zrealizowane na rzecz Klienta końcowego z Europejskiego Obszaru Gospodarczego, będącego organizacją wielooddziałową składającą się z co najmniej 5 oddziałów rozumianych jako jednostki realizujące niezależnie procesy obsługi odbiorców działającego w sektorze energetycznym i zajmującego się dystrybucją lub obrotem gazu lub energii elektrycznej, i*

5.8.1.3.2.5. *wdrożone systemy billingowe obsługujące łącznie przynajmniej 3.500.000 punktów przyłączeniowych gazu (dalej „PPG”), lub punktów przyłączeniowych energii (dalej „PPE”) przy czym przynajmniej jedna z usług musi dotyczyć wdrożenia systemu obsługującego przynajmniej 2.000.000 PPG lub PPE, i*

5.8.13.2.6. wdrożone systemy billingowe obsługujące łącznie przynajmniej 1300 użytkowników końcowych realizujących kluczowe procesy biznesowe (z wyłączeniem użytkowników zewnętrznych: klientów indywidualnych, lub biznesowych korzystających z funkcjonalności CSB pośrednio, lub bezpośrednio), przy czym przynajmniej jedna z usług musi dotyczyć wdrożenia systemu obsługującego przynajmniej 700 użytkowników, oraz"

Wykonawca wskazał, że określony przez Zamawiającego warunek jest nadmierny, suma poszczególnych wymagań w ramach ww. warunku powoduje, że wykonawcy z wieloletnim doświadczeniem na rynku nie są w stanie wykazać się wymaganym doświadczeniem. Zamawiający wymaga wykazania się doświadczeniem w stworzeniu i wdrożeniu systemu billingowego tylko w branży gazowej i energetycznej, tym samym eliminując wykonawców, którzy zrealizowali podobne projekty wdrożeniowe w branży wodno - kanalizacyjnej oraz ciepłowniczej, które to branże tworzą jeden sektor tzw. „utility”. Podobnie ograniczenie odnośnie wykazania się realizacją projektów informatycznych dla klienta końcowego z Europejskiego Obszaru Geograficznego, nie znajduje uzasadnienia przy zamówieniu, którego przedmiotem jest system informatyczny, gdyż miejsce siedziby klienta, na rzecz którego system został wykonany nie ma znaczenia odnośnie oceny jakości i sposobu wykonania.

Odwołujący wskazał, że warunki w zakresie doświadczenia wykonawcy, które należy spełniać łącznie są trudne do spełnienia lub nawet niemożliwe, dlatego też Odwołujący wnosi o obniżenie wartości projektu z 15 mln na 10 mln oraz obniżenie wartości odnośnie ilości użytkowników i punktów przyłączeniowych. Zdaniem Spółki obniżenie tych wartości zwiększy konkurencyjność i umożliwi większej liczbie podmiotów przystąpienie do Postępowania, a jednocześnie w dalszym ciągu Zamawiający będzie miał gwarancję, że wykonawcy którzy złożą ofertę i spełniają tak określone warunki będą posiadać odpowiednie doświadczenie do wykonania niniejszego zamówienia.

Odwołujący powołał się na wyrok KIO 2219/17: „Zasada proporcjonalności, o której mowa w art. 7 p.z.p. nakazuje zachowania adekwatnego do danej sytuacji, tym samym musi być ono odpowiednie w okolicznościach danej sprawy, a podejmowane działania muszą odpowiadać założonym celom. W myśl art. 22 ust 1a p.z.p. zamawiający jest zobligowany formułować warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe, w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, z uwzględnieniem potrzeb danego zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. W szczególności Zamawiający winien wyrażać je jako minimalne poziomy zdolności co skutkuje tym, iż za zdolnego do wykonania zamówienia uznaje się wykonawcę, który wykaże spełnienie minimalnych wielkości, określonych przez zamawiającego. Należy przy tym uwzględniać specyfikę zamówienia, w tym jego rodzaj, przedmiot, zakres, sposób wykonania, wartość i sposób płatności. Celem stawiania przez zamawiających warunków udziału w postępowaniu, jest zapewnienie, aby zamówienie zostało powierzone podmiotowi dającemu rękojmię jego należytej realizacji. Zamawiający zobowiązany jest przy tym zachować równowagę pomiędzy jego tak rozumianym interesem, a interesem wykonawców. Chodzi o to, aby poprzez wprowadzenie nadmiernych wymagań, nie nastąpiło wyeliminowanie z postępowania wykonawców, zdolnych do jego należytego wykonania”.

Odwołujący wniósł o zmianę warunku na następujący:

„5.8.1.3.2. 1 (jedna) usługa wdrożenia systemu billingowego spełniająca wszystkie poniższe warunki albo 2 (dwie) usługi wdrożenia systemu billingowego, które łącznie spełniają poniższe warunki:

„5.8.1.3.2.1. (...) i;

5.8.1.3.2.2.(...) opartą o:

5.8.1.3.2.2.1.(...) lub

5.8.1.3.2.2.2.(...) i

5.8.1.3.2.3. o wartości przynajmniej 10.000.000 PLN netto jednego z nich (...), i

5.8.1.3.2.4. zrealizowane na rzecz Klienta końcowego, będącego organizacją wielooddziałową składającą się z co najmniej 5 oddziałów rozumianych jako jednostki realizujące niezależnie procesy obsługi odbiorców działającego w sektorze energetycznym, elektrycznym, gazowym, ciepłowniczym lub wodno-kanalizacyjnym i zajmującego się dystrybucją lub obrotem gazu, energii elektrycznej, ciepła lub wody i

5.8.1.3.2.5. wdrożone systemy billingowe obsługujące łącznie przynajmniej 2.000.000 punktów przyłączeniowych gazu, wody lub ciepła przy czym przynajmniej jedna z usług musi dotyczyć wdrożenia systemu obsługującego przynajmniej 1.000.000 PPM i

5.8.1.3.2.6. wdrożone systemy billingowe obsługujące łącznie przynajmniej 1.000 użytkowników końcowych (...), oraz"

1.3 Dotyczy pkt. 5.8 zdolność techniczna i zawodowa, warunek określony w pkt. 5.8.1.3.3 dotyczący wykazania się doświadczeniem w zakresie usługi utrzymania i rozwoju systemu billingowego

Zamawiający w SIWZ określił:

„5.8.1.3.3.1(jedną) usługę utrzymania i rozwoju systemu billingowego:

„5.8.133.1. obejmującą zakresem co najmniej główne procesy zdefiniowane przez Zamawiającego w ramach OPZ (Tabela 1), oraz integrację: Sprzedawca - OSD, lub OSD - Sprzedawca w zakresie co najmniej dwóch z następujących

przepływów informacji: informacji o umowie, informacji o układach pomiarowych, informacji o odczytach w pełnym cyklu życia tych obiektów jakie zachodzą na polskim rynku energetycznym (w szczególności w ramach standardów edifact, ebix czy innych obecnie funkcjonujących formach komunikacji wynikających z IRIESD), i;

5.8.1.3.3.2. w przypadku, gdy Wykonawca zamierza zaproponować Zamawiającemu architekturę rozwiązania opartą o:

5.8.133.2.1. gotową technologię aplikacyjną (COTS; ang. Commercial OffThe Shelf), zrealizowaną, lub realizowaną wyłącznie w odniesieniu do wybranej przez Wykonawcę na potrzeby realizacji wdrożenia systemu billingowego technologii aplikacyjnej, lub jej wcześniejszej wersji, Wykonawca przedłoży na wezwanie Zamawiającego oświadczenie producenta oprogramowania potwierdzające, iż użyta na potrzeby realizacji projektu wykazanego w ramach warunku udziału w Postępowaniu technologia aplikacyjna stanowi poprzednią wersję technologii obecnie oferowanej w Postępowaniu, lub

5.8.1.3.3.2.2. dedykowane rozwiązanie (ang. bespoke), zrealizowaną, lub realizowaną wyłącznie w odniesieniu do wybranej przez Wykonawcę na potrzeby realizacji wdrożenia systemu billingowego technologii wytworzenia dedykowanego rozwiązania, lub jej wcześniejszej wersji, i

5.8.1.3.3.3. o uśrednionej wartości rocznej powyżej 2.000.000 PLN netto, przy czym wartość o której mowa odnosi się wyłącznie do wartości świadczonej przez Wykonawcę usługi wsparcia i rozwoju z wyłączeniem wartości opłat za wsparcie producenta dla oprogramowania i sprzętu, i

5.8.1.3.3.4. zrealizowaną, lub realizowaną na rzecz klienta końcowego z Europejskiego Obszaru Gospodarczego, będącego organizacją wielooddziałową składającą się z co najmniej 5 oddziałów rozumianych jako jednostki realizujące niezależnie procesy obsługi odbiorców, działającego w sektorze energetycznym i zajmującego się sprzedażą lub obrotem energii: gazu lub energii elektrycznej, i

5.8.1.3.3.5. system billingowy obsługujący przynajmniej 2.000.000 punktów przyłączeniowych gazu, lub punktów przyłączeniowych energii, i

5.8.1.3.3.6. system billingowy obsługujący przynajmniej 700 użytkowników końcowych realizujących kluczowe procesy biznesowe (z wyłączeniem użytkowników zewnętrznych: klientów indywidualnych, lub biznesowych korzystających z funkcjonalności systemu billingowego pośrednio, lub bezpośrednio);"

Odwołujący ponawia argumentację przedstawioną w uzasadnieniu do zarzutu powyżej, wskazując, że warunek jest nadmierny i nieproporcjonalny oraz w sposób nieuzasadniony ogranicza możliwość wykazania się doświadczeniem jedynie do projektów zrealizowanych dla klientów z Europejskiego Obszaru Gospodarczego.

Odwołujący wniósł o zmianę warunku na następujący:

5.8.1.3.3.1 (jedną) usługę utrzymania i rozwoju systemu billingowego:

„5.8.1.3.3.1. (...)

5.8.1.3.3.2. (...):

5.8.1.3.3.2.1.(...), lub

5.8.1.3.3.2.2.(...), i

5.8.1.3.3.3. (...), i

5.8.1.3.3.4. zrealizowaną, lub realizowaną na rzecz klienta końcowego, będącego organizacją wielooddziałową składającą się z co najmniej 5 oddziałów rozumianych jako jednostki realizujące niezależnie procesy obsługi odbiorców, działającego w sektorze energetycznym, elektrycznym, gazowym, ciepłowniczym lub wodno-kanalizacyjnym i zajmującego się sprzedażą lub obrotem energii: gazu lub energii elektrycznej, wody lub ciepła i

5.8.1.3.3.5. system billingowy obsługujący przynajmniej 2.000.000 punktów przyłączeniowych gazu, energii, wody lub ciepła i

5.8.1.3.3.6.(...);"

1.4. Dotyczy pkt. 5.8 SIWZ ppkt. 5.8.1.3.4. dysponowania zespołem osób zdolnych do wykonania zamówienia.

Zamawiający w SIWZ w pkt. 5.8.1.3.4. w stosunku do następujących osób określił wymagania w brzmieniu:

Lp. 1

„Kierownik Projektu

3 (trzy) projekty wdrożenia systemu billingowego, rozumiane jako pełne cykle wdrożeniowe² w roli kierownika projektu, w tym przynajmniej 2 (dwa) projekty zostały zrealizowane na rzecz Klienta końcowego z Europejskiego Obszaru Gospodarczego, będącego organizacją wielooddziałową składającą się z co najmniej 5 (pięć) oddziałów rozumianych jako jednostki realizujące niezależnie procesy obsługi odbiorców; działającego w sektorze energetycznym, zajmującego się sprzedażą lub obrotem energii: gazu lub energii elektrycznej, oraz przynajmniej 1 (jeden) projekt został zrealizowany w okresie ostatnich 3 (trzech) lat; Wykonawca przedłoży na wezwanie Zamawiającego dokument, wystawiony przez akredytowany ośrodek certyfikujący, potwierdzający kompetencje w zakresie kierowania projektami: np. PRINCE2, lub równoważne gdzie przez równoważność Zamawiający rozumie dowolną, kaskadową lub hybrydową metodykę zarządzania projektami opartą na produktach."

Lp.2

„Główny Architekt Biznesowy

3 (trzy) projekty wdrożenia systemu billingowego, rozumiane jako pełne cykle wdrożeniowe w roli architekta rozwiązania, w tym przynajmniej 2 (dwa) projekty zostały zrealizowane na rzecz Klienta końcowego z Europejskiego Obszaru Gospodarczego, będącego organizacją wielooddziałową składającą się z co najmniej 5 (pięć) oddziałów rozumianych jako jednostki realizujące niezależnie procesy obsługi odbiorców, działającego w sektorze energetycznym, zajmującego się sprzedażą lub obrotem energii: gazu lub energii elektrycznej, oraz przynajmniej 1 (jeden) projekt został zrealizowany w okresie ostatnich 3 (trzech) lat; Wykonawca przedłoży na wezwanie Zamawiającego dokument potwierdzający kompetencje w zakresie zarządzania architekturą OpenGroup CA, lub równoważny: TOGAF - Zachman Certified - Enterprise Architect, IASA Certified IT Architect, BCS Enterprise and Solution Architect lub EACOE Enterprise Architect; Wykonawca przedłoży na wezwanie Zamawiającego dokument producenta oprogramowania potwierdzający kompetencje w zakresie znajomości funkcjonalności i architektury rozwiązań aplikacyjnych w ramach wybranej przez Wykonawcę technologii."

Lp.3

„Architekt Techniczno-Integracyjny

2 (dwa) projekty wdrożenia systemu billingowego, rozumiane jako pełne cykle wdrożeniowe systemów informatycznych obejmujące swoim zakresem zaprojektowanie modelu integracji, oraz architektury logicznej i technicznej w roli architekta integracji, w tym przynajmniej 1 (jeden) z projektów został zrealizowany na rzecz Klienta końcowego z Europejskiego Obszaru Gospodarczego; będącego organizacją wielooddziałową składającą się z co najmniej 5 (pięć) oddziałów rozumianych jako jednostki realizujące niezależnie procesy obsługi odbiorców; działającego w sektorze energetycznym i zajmującego się sprzedażą lub obrotem energii: gazu lub energii elektrycznej."

Lp.4

„Analityk billingu

2 (dwa) projekty wdrożenia systemu biHingowego, rozumiane jako pełne cykle wdrożeniowe w roli analityka, oraz przynajmniej 1 (jeden) projekt został zrealizowany w okresie ostatnich 3 (trzech) lat; Znajomość metodyki analizy procesów biznesowych w oparciu o stosowaną przez Zamawiającego notację BPMN i znajomość narzędzi wspierających mapowanie procesów z wykorzystaniem notacji BPMN 2.0."

Lp.5

„Kierownik Zespołu konsultantów wdrożeniowych

3 (trzy) projekty wdrożenia systemu billingowego, rozumiane jako pełne cykle wdrożeniowe w roli konsultanta wdrożeniowego wiodącego, lub kierownika zespołu konsultantów, dotyczące wdrożenia technologii oferowanej Zamawiającemu przez Wykonawcę w ramach Postępowania, w tym przynajmniej 2 (dwa) projekty zostały zrealizowane na rzecz Klienta końcowego z Europejskiego Obszaru Gospodarczego, będącego organizacją wielooddziałową składającą się z co najmniej 5 (pięć) oddziałów rozumianych jako jednostki realizujące niezależnie procesy obsługi odbiorców, działającego w sektorze energetycznym, zajmującego się sprzedażą lub obrotem energii: gazu lub energii elektrycznej, oraz przynajmniej 1 (jeden) projekt został zrealizowany w okresie ostatnich 3 (trzech) lat; Wykonawca przedłoży na wezwanie Zamawiającego dokument producenta oprogramowania potwierdzający kompetencje w zakresie znajomości funkcjonalności i architektury rozwiązań aplikacyjnych w ramach wybranej przez Wykonawcę technologii;"

Lp.6

„Konsultant wdrożeniowy wiodący

2 (dwa) projekty wdrożenia systemu billingowego, rozumiane jako pełne cykle wdrożeniowe w roli konsultanta wdrożeniowego wiodącego, dotyczące wdrożenia technologii oferowanej Zamawiającemu przez Wykonawcę w ramach Postępowania, w tym przynajmniej 1 (jeden) projekt został zrealizowany na rzecz Klienta końcowego z Europejskiego Obszaru

Gospodarczego; będącego organizacją wielooddziałową składającą się z co najmniej 5 (pięć) oddziałów rozumianych jako jednostki realizujące niezależnie procesy obsługi odbiorców, działającego w sektorze energetycznym, zajmującego się sprzedażą lub obrotem energii: gazu lub energii elektrycznej;

Wykonawca przedłoży na wezwanie Zamawiającego dokument producenta oprogramowania potwierdzający kompetencje w zakresie znajomości funkcjonalności i architektury rozwiązań aplikacyjnych w ramach wybranej przez Wykonawcę technologii;

Wymagane ponadto doświadczenie w zakresie realizacji transferu wiedzy w przynajmniej 1 (jednym) projekcie w zakresie szkolenia dla trenerów."

Lp.7

„Kierownik Zespołu migracji i czyszczenia danych

2 (dwa) projekty wdrożenia systemu informatycznego, rozumiane jako pełne cykle wdrożeniowe w roli konsultanta

migracji danych, lub kierownika zespołu migracji danych, obejmujące swoim zakresem realizację, lub nadzór nad migracją danych biznesowych z rozproszonych źródeł (przynajmniej 10 instancji systemów źródłowych), w tym: utworzenie reguł biznesowych migracji danych, oraz ich deduplikacji, gdzie łączna ilość unikalnych rekordów (np. kont Klientów) podlegających migracji wynosiła przynajmniej 3.500.000, w tym przynajmniej 1 (jeden) projekt został zrealizowany na rzecz Klienta końcowego z Europejskiego Obszaru Gospodarczego, będącego organizacją wielooddziałową składającą się z co najmniej 5 (pięć) oddziałów rozumianych jako jednostki realizujące niezależnie procesy obsługi odbiorców, działającego w sektorze energetycznym, zajmującego się sprzedażą lub obrotem energii: gazu lub energii elektrycznej;"

Lp.8

„Kierownik Testów

2 (dwa) projekty wdrożenia systemu informatycznego, rozumiane jako pełne cykle wdrożeniowe w roli kierownika testów, w tym przynajmniej w ramach 1 (jednego) z projektów wykorzystywane było na potrzeby zarządzania procesem testowania rozwiązanie JIRA lub równoważne, gdzie przez równoważność Zamawiający rozumie system obsługujący w trybie zgłoszeń proces zarządzania testami oprogramowania oraz przynajmniej 1 (jeden) projekt zostały zrealizowane na rzecz Klienta końcowego z Europejskiego Obszaru Gospodarczego, będącego organizacją wielooddziałową składającą się z co najmniej 5 (pięć) oddziałów rozumianych jako jednostki realizujące niezależnie procesy obsługi odbiorców, działającego w sektorze energetycznym, zajmującego się sprzedażą lub obrotem energii: gazu lub energii elektrycznej; Wykonawca przedłoży na wezwanie Zamawiającego dokument potwierdzający kompetencje w zakresie znajomości metodyk testowania oprogramowania ISTQB na poziomie przynajmniej Advanced lub równoważnego CSTE, CMST CSTP - P, lub CSTP - M."

Lp. +9

„Kierownik Serwisu aplikacyjnego

2 (dwa) projekty utrzymania systemu informatycznego dla przynajmniej 700 użytkowników końcowych realizujących kluczowe procesy biznesowe (z wyłączeniem użytkowników zewnętrznych: klientów indywidualnych, lub biznesowych korzystających z funkcjonalności systemu billingowego pośrednio lub bezpośrednio) w roli kierownika serwisu aplikacyjnego, w tym przynajmniej 1 (jeden) projekt utrzymania i rozwoju systemu billingowego, oraz przynajmniej 1 (jeden) projekt został zrealizowany w okresie ostatnich 3 (trzech) lat; Wykonawca przedłoży na wezwanie Zamawiającego dokument potwierdzający kompetencje w zakresie poziomu świadczenia usług IT zgodnie z ITIL na poziomie przynajmniej Practitioner"

Lp. 10

„Główny inżynier ds. infrastruktury techniczno - systemowej

2 (dwa) projekty wdrożenia systemu informatycznego, rozumiane jako pełne cykle wdrożeniowe obejmujące swoim zakresem zaprojektowanie architektury techniczno - systemowej w roli inżyniera ds. infrastruktury techniczno - systemowej, w tym przynajmniej 1 (jeden) z projektów został zrealizowany na rzecz Klienta końcowego z Europejskiego Obszaru Gospodarczego, będącego organizacją wielooddziałową składającą się z co najmniej 5 (pięć) oddziałów rozumianych jako jednostki realizujące niezależnie procesy obsługi odbiorców, działającego w sektorze energetycznym, zajmującego się sprzedażą lub obrotem energii: gazu lub energii elektrycznej;"

Lp. 11

„Konsultant wdrożeniowy zadaniowy

1 (jeden) projekt wdrożenia systemu billingowego, rozumiany jako pełny cykl wdrożeniowy w roli konsultanta wdrożeniowego zadaniowego, dotyczący wdrożenia technologii oferowanej Zamawiającemu przez Wykonawcę w ramach Postępowania, oraz przynajmniej 1 (jeden) projekt został zrealizowany w okresie ostatnich 3 (trzech) lat; Wykonawca przedłoży na wezwanie Zamawiającego dokument producenta oprogramowania potwierdzający kompetencje w zakresie znajomości funkcjonalności i architektury rozwiązań aplikacyjnych w ramach wybranej przez Wykonawcę technologii;

Wymagane ponadto doświadczenie w zakresie świadczenia asysty dla wdrożonego systemu po starcie produktywnym."

Lp. 12

„Kierownik Zespołu programistów billingu

3 (trzy) projekty wdrożenia systemu billingowego, rozumiane jako pełne cykle wdrożeniowe w roli programisty billingu, lub kierownika zespołu programistów; dotyczące wdrożenia technologii oferowanej Zamawiającemu przez Wykonawcę w ramach Postępowania; w tym przynajmniej 1 (jeden) projekt został zrealizowany na rzecz Klienta końcowego z Europejskiego Obszaru Gospodarczego, będącego organizacją wielooddziałową składającą się z co najmniej 5 (pięć) oddziałów rozumianych jako jednostki realizujące niezależnie procesy obsługi odbiorców, działającego w sektorze energetycznym, zajmującego się sprzedażą lub obrotem energii: gazu lub energii elektrycznej, oraz przynajmniej 1 (jeden) projekt został zrealizowany w okresie ostatnich 3 (trzech) lat;

Wykonawca przedłoży na wezwanie Zamawiającego dokument producenta oprogramowania potwierdzający kompetencje w zakresie prowadzenia prac programistycznych w ramach wybranej przez Wykonawcę technologii (...)

Lp. 14

„Konsultant serwisu aplikacyjnego

1 (jeden) projekt utrzymania i rozwoju systemu billingowego realizowany na podstawie określonych parametrów SLA w roli konsultanta serwisu aplikacyjnego zrealizowany; lub realizowany w ciągu ostatnich 3 (trzech) lat;

Wykonawca przedłoży na wezwanie Zamawiającego dokument potwierdzający kompetencje w zakresie poziomu świadczenia usług IT zgodnie z ITIL na poziomie przynajmniej Practitioner

Zamawiający określił wymagane kwalifikacje i doświadczenie każdej z osób w zespole wykonawcy. Warunki postawione w stosunku do 13 z 14 osób wchodzących w skład zespołu wykonawcy są w ocenie Odwołującego nadmierne i nieproporcjonalne. Zakres wymaganego doświadczenia powinien zostać dostosowany do przedmiotu zamówienia oraz do warunku doświadczenia dla wykonawcy. Dlatego też Odwołujący wnosi o wydłużenie okresów doświadczenia z 3 do 5 lat oraz usunięcie ograniczenia realizacji projektów dla klientów z Europejskiego Obszaru Gospodarczego. Ograniczenie obszaru, na którym były wykonywane projekty wdrożeniowe systemów billingowych do EOG nie ma racjonalnego uzasadnienia. Systemy informatyczne wykonywane są na całym świecie, a sposób ich wykonania nie różni się w zależności od tego, czy są one świadczone w UE, EOG czy innym miejscu na świecie, dlatego też Odwołujący wnosi o wykreślenie zawężenia do EOG odnośnie wykonania projektów przez ww. osoby w projekcie. Ze względu na zachowanie proporcjonalności wymagań w ramach danego postępowania Odwołujący wnosi o zmniejszenie ilości wymaganych projektów i ich zrównanie dla wszystkich wyżej wskazanych osób w zespole wykonawcy do 2 (dwóch).

Ponadto zakres doświadczenia osób w zespole wykonawcy nie może być ograniczony jedynie do sektora energetycznego, gdyż w żaden sposób nie weryfikuje to umiejętności w zakresie tworzenia i wdrażania systemów informatycznych, w tym systemu billingowego. Tym samym warunek należy rozszerzyć na cały sektor „utility” czyli energetyczny, elektryczny, gazowy, ciepłowniczy lub wodno-kanalizacyjny.

Odwołujący wniósł o ukształtowanie wymogów w stosunku do osób w następujący sposób w pkt. 5.8.1.3.4 SIWZ:

Lp.1

„Kierownik Projektu

2 (dwa) projekty wdrożenia systemu billingowego, rozumiane jako pełne cykle wdrożeniowe² w roli kierownika projektu, w tym przynajmniej 1 projekt został zrealizowany na rzecz Klienta końcowego będącego organizacją wielooddziałową składającą się z co najmniej 5 (pięć) oddziałów rozumianych jako jednostki realizujące niezależnie procesy obsługi odbiorców, działającego w sektorze energetycznym, elektrycznym, gazowym, ciepłowniczym lub wodno-kanalizacyjnym, zajmującego się sprzedażą lub obrotem gazu, energii elektrycznej, wody lub ciepła oraz przynajmniej 1 (jeden) projekt został zrealizowany w okresie ostatnich 5 (pięciu) lat;

(...)”

Lp.2

„Główny Architekt Biznesowy

2 (dwa) projekty wdrożenia systemu billingowego, rozumiane jako pełne cykle wdrożeniowe w roli architekta rozwiązania, w tym przynajmniej 1 projekt został zrealizowany na rzecz Klienta końcowego, będącego organizacją wielooddziałową składającą się z co najmniej 5 (pięć) oddziałów rozumianych jako jednostki realizujące niezależnie procesy obsługi odbiorców, działającego w sektorze energetycznym, elektrycznym, gazowym, ciepłowniczym lub wodno-kanalizacyjnym, zajmującego się sprzedażą lub obrotem gazu, energii elektrycznej, wody lub ciepła oraz przynajmniej 1 (jeden) projekt został zrealizowany w okresie ostatnich 5 (pięciu) lat;

(...)”

Lp.3

„Architekt Techniczno-integracyjny

2 (dwa) projekty wdrożenia systemu billingowego, rozumiane jako pełne cykle wdrożeniowe systemów informatycznych obejmujące swoim zakresem zaprojektowanie modelu integracji”, oraz architektury logicznej i technicznej w roli architekta integracji w tym przynajmniej 1 (jeden) z projektów został zrealizowany na rzecz Klienta końcowego, będącego organizacją wielooddziałową składającą się z co najmniej 5 (pięć) oddziałów rozumianych jako jednostki realizujące niezależnie procesy obsługi odbiorców, działającego w sektorze energetycznym, elektrycznym, gazowym, ciepłowniczym lub wodno-kanalizacyjnym i zajmującego się sprzedażą lub obrotem gazu, energii elektrycznej, wody lub ciepła.”

Lp.4

„Analityk billingu

2 (dwa) projekty wdrożenia systemu billingowego, rozumiane jako pełne cykle wdrożeniowe w roli analityka, oraz przynajmniej 1 (jeden) projekt został zrealizowany w okresie ostatnich 3 (trzech) 5 (pięciu) lat;

(...)"

Lp.5

„Kierownik Zespołu konsultantów wdrożeniowych

2 (dwa) projekty wdrożenia systemu billingowego, rozumiane jako pełne cykle wdrożeniowe w roli konsultanta wdrożeniowego wiodącego, lub kierownika zespołu konsultantów, dotyczące wdrożenia technologii oferowanej Zamawiającemu przez Wykonawcę w ramach Postępowania, w tym przynajmniej 2-(dwa)-projekty 1 (jeden projekt został zrealizowany na rzecz Klienta końcowego, będącego organizacją wielooddziałową składającą się z co najmniej 5 (pięć) oddziałów rozumianych jako jednostki realizujące niezależnie procesy obsługi odbiorców, działającego w sektorze energetycznym, elektrycznym, gazowym, ciepłowniczym lub wodno-kanalizacyjnym, zajmującego się sprzedażą lub obrotem gazu, energii elektrycznej, wody lub ciepła oraz przynajmniej 1 (jeden) projekt został zrealizowany w okresie ostatnich 5 (pięciu) lat;

(...)"

Lp. 6

„Konsultant wdrożeniowy wiodący

2 (dwa) projekty wdrożenia systemu billingowego, rozumiane jako pełne cykle wdrożeniowe w roli konsultanta wdrożeniowego wiodącego, dotyczące wdrożenia technologii oferowanej Zamawiającemu przez Wykonawcę w ramach Postępowania, w tym przynajmniej 1 (jeden) projekt został zrealizowany na rzecz Klienta końcowego, będącego organizacją wielooddziałową składającą się z co najmniej 5 (pięć) oddziałów rozumianych jako jednostki realizujące niezależnie procesy obsługi odbiorców, działającego w sektorze energetycznym, elektrycznym, gazowym, ciepłowniczym lub wodno-kanalizacyjnym zajmującego się sprzedażą lub obrotem gazu, energii elektrycznej, wody lub ciepła;

(...)"

Lp 7

„Kierownik Zespołu migracji i czyszczenia danych

2 (dwa) projekty wdrożenia systemu informatycznego, rozumiane jako pełne cykle wdrożeniowe w roli konsultanta migracji danych, lub kierownika zespołu migracji danych, obejmujące swoim zakresem realizację, lub nadzór nad migracją danych biznesowych z rozproszonych źródeł (przynajmniej 10 instancji systemów źródłowych), w tym: utworzenie reguł biznesowych migracji danych, oraz ich deduplikacji, gdzie łączna ilość unikalnych rekordów (np. kont Klientów) podlegających migracji wynosiła przynajmniej 2.000.000 w tym przynajmniej 1 (jeden) projekt został zrealizowany na rzecz Klienta końcowego, będącego organizacją wielooddziałową składającą się z co najmniej 5 (pięć) oddziałów rozumianych jako jednostki realizujące niezależnie procesy obsługi odbiorców, działającego w sektorze energetycznym, elektrycznym, gazowym, ciepłowniczym lub wodno-kanalizacyjnym zajmującego się sprzedażą lub obrotem gazu energii elektrycznej, wody lub ciepła;"

Lp. 8

„Kierownik Testów

2 (dwa) projekty wdrożenia systemu informatycznego, rozumiane jako pełne cykle wdrożeniowe w roli kierownika testów; w tym przynajmniej w ramach 1 (jednego) z projektów wykorzystywane było na potrzeby zarządzania procesem testowania rozwiązanie JIRA lub równoważne, gdzie przez równoważność Zamawiający rozumie system obsługujący w trybie zgłoszeń proces zarządzania testami oprogramowania oraz przynajmniej 1 (jeden) projekt zostały zrealizowane na rzecz Klienta końcowego, będącego organizacją wielooddziałową składającą się z co najmniej 5 (pięć) oddziałów rozumianych jako jednostki realizujące niezależnie procesy obsługi odbiorców, działającego w sektorze energetycznym, elektrycznym, gazowym, ciepłowniczym lub wodno-kanalizacyjnym, zajmującego się sprzedażą lub obrotem gazu, energii elektrycznej, wody lub ciepła;

(...)"

Lp. +9

„Kierownik Serwisu aplikacyjnego

2 (dwa) projekty utrzymania systemu informatycznego dla przynajmniej 700 użytkowników końcowych realizujących kluczowe procesy biznesowe (z wyłączeniem użytkowników zewnętrznych: klientów indywidualnych, lub biznesowych korzystających z funkcjonalności systemu billingowego pośrednio lub bezpośrednio) w roli kierownika serwisu aplikacyjnego, w tym przynajmniej 1 (jeden) projekt utrzymania i rozwoju systemu billingowego, oraz przynajmniej 1 (jeden) projekt został zrealizowany w okresie ostatnich 5 (pięciu) lat;

(...)"

Lp. 10

„Główny inżynier ds. infrastruktury techniczno - systemowej

2 (dwa) projekty wdrożenia systemu informatycznego, rozumiane jako pełne cykle wdrożeniowe obejmujące swoim zakresem zaprojektowanie architektury techniczno - systemowej w roli inżyniera ds. infrastruktury techniczno –

systemowej w tym przynajmniej 1 (jeden) z projektów został zrealizowany na rzecz Klienta końcowego, będącego organizacją wielooddziałową składającą się z co najmniej 5 (pięć) oddziałów rozumianych jako jednostki realizujące niezależnie procesy obsługi odbiorców, działającego w sektorze energetycznym, elektrycznym, gazowym, ciepłowniczym lub wodno-kanalizacyjnym, zajmującego się sprzedażą lub obrotem gazu, energii elektrycznej, wody lub ciepła;"

Lp. 11

„Konsultant wdrożeniowy zadaniowy

1 (jeden) projekt wdrożenia systemu billingowego, rozumiany jako pełny cykl wdrożeniowy w roli konsultanta wdrożeniowego zadaniowego, dotyczący wdrożenia technologii oferowanej Zamawiającemu przez Wykonawcę w ramach Postępowania, oraz przynajmniej 1 (jeden) projekt został zrealizowany w okresie ostatnich 5 (pięciu) lat;

(...)"

Lp. 12

„Kierownik Zespołu programistów billingu

2 (dwa) projekty wdrożenia systemu billingowego, rozumiane jako pełne cykle wdrożeniowe w roli programisty billingu, lub kierownika zespołu programistów, dotyczące wdrożenia technologii oferowanej Zamawiającemu przez Wykonawcę w ramach Postępowania, w tym przynajmniej 1 (jeden) projekt został zrealizowany na rzecz Klienta końcowego, będącego organizacją wielooddziałową składającą się z co najmniej 5 (pięć) oddziałów rozumianych jako jednostki realizujące niezależnie procesy obsługi odbiorców, działającego w sektorze energetycznym, elektrycznym, gazowym, ciepłowniczym lub wodno-kanalizacyjnym, zajmującego się sprzedażą lub obrotem gazu, energii elektrycznej, wody lub ciepła oraz przynajmniej 1 (jeden) projekt został zrealizowany w okresie ostatnich 5 (pięciu) lat;

(...)"

Lp. 14

„Konsultant serwisu aplikacyjnego

1 (jeden) projekt utrzymania i rozwoju systemu billingowego realizowany na podstawie określonych parametrów SLA w roli konsultanta serwisu aplikacyjnego zrealizowany, lub realizowany w ciągu ostatnich 5 (pięciu) lat;

(...)"

2. Naruszenie zasad zapewniających zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, naruszenie zasad proporcjonalności i przejrzystości, nieuwzględnienie okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, naruszenie prawa ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa oraz zasad współżycia społecznego - poprzez naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy PZP, art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy PZP, art. 36 ust. 1 pkt 3) i pkt 16) ustawy PZP w zw. z art. 5 kc, art. 3531 kc, w związku z art. 14 ustawy PZP, a także art. 139 ust. 1 ustawy PZP, art. 11 ust. 2 uznk, art. 387 kc,

2.1. Dotyczy § 18 Wzoru umowy, w szczególności § 18 ust. 7 oraz § 18 ust. 20 [OPROGRAMOWANIE STANDARDOWE ZEWNĘTRZNE] i § 18 ust. 21-28 [OPROGRAMOWANIE STANDARDOWE WYKONAWCY I OPROGRAMOWANIE DEDYKOWANE]

Zamawiający we Wzorze umowy w § 18 wprowadził postanowienia dotyczące kodów źródłowych i licencji, ust. 20 [OPROGRAMOWANIE STANDARDOWE ZEWNĘTRZNE] i ust. 21-28 [OPROGRAMOWANIE STANDARDOWE WYKONAWCY I OPROGRAMOWANIE DEDYKOWANE] w szczególności:

§ 18 ust. 7

„7. Oprogramowanie (w szczególności kod źródłowy) i jego Dokumentacja, a także wszelkie inne przekazane przedmioty własności intelektualnej nie mogą zostać zastrzeżone na gruncie Umowy jako informacje poufne.”

§ 18 ust. 20 lit k)

„k) Prawo do weryfikacji Kodu Źródłowego przez Zamawiającego lub podmioty trzecie, działające na rzecz Zamawiającego, pod kątem bezpieczeństwa i wydajności Systemu;”

W przypadku oprogramowania standardowego takich firm jak np. firmy Oracle Microsoft i SAP, kod źródłowy i jego dokumentacja stanowi własność intelektualną tego producenta i nie jest przez firmę udostępniany. W związku z powyższym, postanowienia SIWZ - Wzoru umowy, które wskazują na obowiązek udostępnienia kodów źródłowych do Oprogramowania Standardowego Zewnętrznego i Wykonawcy uniemożliwiają złożenie oferty wszystkim wykonawcom wykorzystującym oprogramowanie standardowe takich producentów jak np. Oracle. Tym samym zapisy dotyczące udostępniania kodu źródłowego znacząco utrudniają przestrzeganie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, bezzasadnie zawężając krąg Wykonawców zdolnych do złożenia ofert w przetargu. Nieograniczające konkurencji zadanie od wykonawcy przekazania Zamawiającemu kodów źródłowych winno być ograniczone do Oprogramowania Dedykowanego, wykonanego na potrzeby tego zamówienia.

Odwolujący wniósł o wykreślenie zapisów dotyczących udostępniania kodów źródłowych Oprogramowania Standardowego Zewnętrznego i Oprogramowania Standardowego Wykonawcy i ograniczenie w ramach całej SIWZ, że obowiązek dostarczenia kodu źródłowego dotyczy Oprogramowania Dedykowanego, oraz w szczególności:

1. Zmianę w treści § 18 ust. 7 w następujący sposób: „7. Oprogramowanie Dedykowane (w szczególności kod źródłowy) i jego Dokumentacja, a także wszelkie inne przekazane przedmioty własności intelektualnej nie mogą zostać zastrzeżone na gruncie Umowy jako informacje poufne.”
2. Wykreślenie w całości postanowienia zawartego w § 18 ust. 20 lit k) Wzoru Umowy;
3. Dodanie do nagłówka [OPROGRAMOWANIE STANDARDOWE ZEWNĘTRZNE] sformułowania OPROGRAMOWANIE STANDARDOWE WYKONAWCY”, tym samym oznaczenie nagłówka w treści: „[OPROGRAMOWANIE STANDARDOWE ZEWNĘTRZNE i OPROGRAMOWANIE STANDARDOWE WYKONAWCY]” oraz dodanie w treści §18 ust. 20 wszędzie tam gdzie występuje określenie „Oprogramowanie Standardowe Zewnętrzne” po nim określenia „Oprogramowanie Standardowe Wykonawcy”;
4. Usunięcie z nagłówka [OPROGRAMOWANIE STANDARDOWE WYKONAWCY I OPROGRAMOWANIE DEDYKOWANE] dotyczącego ust. 21-28 Wzoru umowy określenia OPROGRAMOWANIE STANDARDOWE WYKONAWCY, tym samym nadanie brzmienia nagłówka do ust. 21-28 w treści „[OPROGRAMOWANIE DEDYKOWANE]” oraz usunięcia z treści postanowień §18 ust. 21-28 Wzoru umowy określenia „Oprogramowanie Standardowe Wykonawcy”;
5. Odpowiednie dostosowanie całej dokumentacji SIWZ i załączników w związku z powyższymi zmianami.

2.2. Dotyczy pkt. 7.3.11 Załącznika nr 1 do Umowy - Opis Przedmiotu Zamówienia

Zamawiający określił:

7.3.11. „*Ponadto Zamawiający oczekuje w ramach prac wdrożeniowych utworzenia repozytorium Kodu Źródłowego> dokumentów technicznych i paczek instalacyjnych związanych z Systemem. Repozytorium ma się znajdować w PGNIG OD i musi obsługiwać wersjonowanie. Przygotowanie paczek instalacyjnych wszelkich poprawek i nowych wersji Oprogramowania do wgrania na produkcję musi odbywać się przez kompilację kodu znajdującego się w/w repozytorium przy współudziale pracowników Zamawiającego.*”

Odwołujący wskazał, że w Załączniku nr 2 do Umowy - Definicje znajduje się definicja pojęcia „Oprogramowanie” (pkt. 1.66). Oznacza ono:

„Oprogramowanie lub jego element, dostarczane przez Wykonawcę w ramach Umowy, obejmujące w szczególności oprogramowanie infrastrukturalne (narzędziowe), systemowe, bazodanowe, aplikacyjne potrzebne do wykonania Systemu zgodnie z Umową, a także ich

Dokumentację. Oprogramowanie może być Oprogramowaniem Standardowym Zewnętrznym lub Wykonawcy lub Oprogramowaniem Dedykowanym.”

Odwołujący podnosił wyżej zarzuty dotyczące zakresu udostępniania kodów źródłowych do różnego rodzaju oprogramowań i składał wnioski o ograniczenie obowiązku udostępnienia kodów źródłowych do Oprogramowania Dedykowanego. Konsekwencją tego jest wniosek Odwołującego doprecyzowania w pkt. 7.3.11 Załącznika nr 1 do Umowy, iż wymóg ten ma dotyczyć Oprogramowania Dedykowanego, nie zaś Oprogramowania.

Ponadto w treści powyższego postanowienia pkt. 7.3.11 Załącznika nr 1 do Umowy dotyczące obowiązku udziału pracowników Zamawiającego w ramach prac wykonywanych przez Wykonawcę świadczą o nadużyciu prawa przez Zamawiającego.

Ponadto zgodnie z SIWZ osoby wchodzące w zespół osób świadczących usługi muszą spełniać wymagania określone przez Zamawiającego. Zgodnie z pkt. 4.1.1 wzoru umowy Zamawiający wymaga aby Wykonawca oświadczył, że do realizacji umowy dysponuje osobami zdolnymi do wykonania umowy:

„§ 21 ust. 1 i 3 Wzoru Umowy:

„1. Wykonawca potwierdza, że dysponuje osobami wskazanymi w złożonej ofercie, posiadającymi niezbędne kwalifikacje do realizacji Umowy.

(...)

2. Wykonawca zobowiązany jest wykonywać Umowę przy pomocy odpowiednio wykwalifikowanego Personelu, od którego będzie wymagał przestrzegania przepisów obowiązującego prawa, w tym zwłaszcza z zakresu bezpieczeństwa i higieny pracy.”

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

Odwołujący wniósł o zmianę brzmienia pkt. 7.3.11 w następujący sposób:

„7.3.11. *Ponadto Zamawiający oczekuje w ramach prac wdrożeniowych utworzenia repozytorium Kodu Źródłowego, dokumentów technicznych i paczek instalacyjnych związanych z Systemem. Repozytorium ma się znajdować w PGNIG OD i musi obsługiwać wersjonowanie. Przygotowanie paczek instalacyjnych wszelkich poprawek i nowych wersji*

Oprogramowania Dedykowanego do wgrania na produkcję musi odbywać się przez kompilację kodu znajdującego się w/w repozytorium."

3. Niejednoznaczny opis przedmiotu zamówienia, brak wskazania wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, nieprecyzyjny zakres zobowiązań wykonawcy, naruszenie zasad zapewniających zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, naruszenie zasad proporcjonalności i przejrzystości, oraz zasad współzycia społecznego - poprzez naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy PZP, art. 29 ust. 1 ustawy PZP, art. 36 ust. 1 pkt 16) ustawy PZP w zw. z art. 5 kc, art. 353(1) kc, 483 kc, 484 §2 kc w związku z art. 14 ustawy PZP, a także art. 139 ust. 1 ustawy PZP

Zamawiający we wzorze umowy - par. 25 ust. 19 i 20 - określił:

„19. Zamawiający jest uprawniony do naliczenia następujących kar umownych za opóźnienie:

a) W wykonaniu Etapów w terminach wskazanych w § 3 ust. 1 Umowy lub w terminach, jakie Strony uzgodniły dla wykonania Etapów zgodnie z § 3 ust. 7 - w wysokości 0,005 % Wynagrodzenia wskazanego w § 19 ust 1 brutto za każdy dzień opóźnienia do 14 (słownie: czternaście) dni opóźnienia oraz w wysokości 0,01% w/w Wynagrodzenia za każdy dzień powyżej 14 (słownie: czternaście) dni opóźnienia;

b) W wykonaniu wszelkich świadczeń innych niż wskazane w lit. a) powyżej, dla których został zadeklarowany przez Wykonawcę lub określony przez Strony termin wykonania, w szczególności w Karcie Projektu lub Szczegółowym Planie Projektu lub w innych dokumentach - w wysokości 0,003 % Wynagrodzenia wskazanego w § 19 ust. 1 Umowy brutto za każdy dzień opóźnienia do 10 (słownie: dziesięciu) dni opóźnienia oraz w wysokości 0,005 % w/w Wynagrodzenia za każdy dzień powyżej 10 (słownie: dziesięciu) dni opóźnienia;

c) W wypadku opóźnienia w przekazaniu przez Wykonawcę Kodów Źródłowych lub ich Dokumentacji w wymaganym Umową terminie, Wykonawca zapłaci karę umowną w wysokości 5000 (słownie: pięć tysięcy) złotych za każdy dzień opóźnienia

d) W przypadku opóźnienia w realizacji świadczeń realizowanych przez Wykonawcę w ramach usług Wsparcia Konsultanckiego w stosunku do ustalonego terminu ich wykonania - w wysokości 1 % wynagrodzenia za usługi Wsparcia Konsultanckiego, stanowiącego iloczyn stawki za roboczogodzinę Usług i liczby godzin przewidzianych na realizację świadczenia, za każdy dzień opóźnienia;

e) Za naruszenie obowiązku, o którym mowa w § 18 ust. 3 - w wysokości 10 000 (słownie: dziesięć tysięcy) zł za każdy tydzień opóźnienia.

20. Dla uniknięcia wątpliwości, kara jest naliczana za każdy Etap niezależnie i okoliczność zapłaty kary za opóźnienie w jednym Etapie nie wyklucza możliwości naliczenia kary za kolejne Etapy."

Zamawiający w § 25 ust. 15 Wzoru umowy określił:

„15. Kary umowne mogą zostać nałożone na Wykonawcę niezależnie od zaistnienia jego winy lub stopnia tej winy (w tym także niezależnie od winy osób, którymi posłużył się przy wykonaniu zamówienia), co oznacza, że zastrzeżone kary umowne oznaczają odpowiedzialność na zasadzie ryzyka, od której Wykonawca może się uwolnić wyłącznie wykazując, że zdarzenie będące przyczyną nałożenia kary nastąpiło z przyczyn, za które odpowiedzialność ponosi Zamawiający z zastrzeżeniem jednak postanowienia § 32 ust 1 Umowy."

Wykonawca podkreślił, że realizacja przedmiotu zamówienia wymaga współdziałania Zamawiającego z wykonawcą, zatem jest w znacznym stopniu zależna od Zamawiającego, którego działania lub zaniechania mogą doprowadzić do opóźnień w trakcie prac w ramach umowy. Tym samym określenie we wzorze umowy w pkt. 19, 20 kar umownych za opóźnienie nałożonych na wykonawcę, niezależnie od przyczyn tego opóźnienia stanowi o nadużyciu prawa podmiotowego przez Zamawiającego. Wykonawca jako profesjonalista na rynku IT, nie kwestionuje faktu, że mogą wystąpić opóźnienia w realizacji projektu, jednak niekoniecznie będą one powodowane działaniem wykonawcy. Mogą być to okoliczności całkowicie od niego niezależne, dlatego też Odwołujący wnosi o zmianę we wzorze umowy poprzez dookreślenie, że kary umowne należą się Zamawiającemu za opóźnienie z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, co z jednej strony zabezpiecza interesy Zamawiającego, a z drugiej pozwala wykonawcy ocenić ryzyko wystąpienia takich opóźnień, co przekłada się na faktyczną możliwość skalkulowania ceny oferty. Pozostawienie zapisu o naliczaniu kar umownych za opóźnienie oznacza, że wykonawca nie jest w stanie ocenić, jaka może być ilość tych opóźnień, gdyż będzie on odpowiadał nawet z przyczyn niezależnych od niego.

Ponadto Odwołujący wskazuje, że Zamawiający określił % kar umownych za wystąpienie określonych okoliczności liczonych od całego wynagrodzenia brutto wykonawcy w ramach tej umowy. Sposób wyliczenia kar umownych jest nieproporcjonalny, gdyż skoro przykładowo kara jest naliczana za opóźnienie w realizacji etapu prac odnoszącego się do wykonania i wdrożenia systemu billingowego, niezasadnym jest liczenie kary umownej od wartości usług utrzymania systemu, zwłaszcza, że w § 19 wynagrodzenie wykonawcy zostało rozdzielone na poszczególne rodzaje prac wykonywanych w ramach umowy. Dlatego też odwołujący wnosi o zmianę w tym zakresie i dookreślenie, że kara

umowna liczona jest od wynagrodzenia brutto za wykonanie - wdrożenie systemu, określonego w §19 ust. 2 lit. a Umowy. Dodatkowo Odwołujący wskazuje, że chociaż co do zasady naliczanie kar umownych jest powszechnie stosowanym mechanizmem ochrony, to jednak wysokość i sposób naliczania kar umownych musi być zgodny z zasadami określonymi w kodeksie cywilnym, tym samym kary umowne nie mogą być rażąco wygórowane, zgodnie z art. 484 § 2 kc.

W licznych orzeczeniach sądów powszechnych, zastrzeżenie kar umownych, których wielkość może wielokrotnie przekraczać wynagrodzenie wykonawcy nawet w sytuacji gdy druga strona nie poniosła z tego powodu strat, została uznana za działanie niezgodne z prawem i zasadami współżycia społecznego. W wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 22 czerwca 2018 r. sygn. V AGa 167/18, wskazano: „Kara umowna może być rażąco wygórowana w rozumieniu art. 484 § 2 k.c. już w momencie jej zastrzegania albo stać się rażąco wygórowaną w następstwie późniejszych okoliczności, do których zalicza się fakt, że szkoda wierzyciela jest znikoma, wskutek czego zachodzi rażąca dysproporcja między wysokością szkody a wysokością należnej kary. Kryterium rażącej dysproporcji między karą umowną a powstałą lub mogącą powstać szkodą - charakterystyczne dla klasycznych stosunków cywilnych - może zostać zmodyfikowane na gruncie prawa pracy; ponieważ przepis art. 484 § 2 k.c. znajduje w stosunkach pracy jedynie odpowiednie zastosowanie.”

Odwołujący wnosi o wykreślenie w całości postanowienia zawartego w § 25 ust. 15 oraz dokonanie zmiany brzmienia § 25 ust 19 i 20 w następujący sposób:

„19. Zamawiający jest uprawniony do naliczenia następujących kar umownych za opóźnienie z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy:

- a) W wykonaniu Etapów w terminach wskazanych w § 3 ust. 1 Umowy lub w terminach, jakie Strony uzgodniły dla wykonania Etapów zgodnie z § 3 ust 7 - w wysokości 0,005 % Wynagrodzenia wskazanego w § 19 ust. 2 lit. a brutto (...);
 - b) W wykonaniu wszelkich świadczeń innych niż wskazane w lit. a) powyżej, dla których został zadeklarowany przez Wykonawcę lub określony przez Strony termin wykonania, w szczególności w Karcie Projektu lub Szczegółowym Planie Projektu lub w innych dokumentach - w wysokości 0,003 % Wynagrodzenia wskazanego w § 19 ust. 2 lit. a Umowy brutto (...);
 - c) (...)
 - d) (...);
 - e) (...).
20. (...).”

4. Naruszenie zasad proporcjonalności, oraz zasad współżycia społecznego, nadużycie prawa podmiotowego, poprzez naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy PZP, art. 29 ust. 1 ustawy PZP, art. 36 ust. 1 pkt 3) i pkt 16) ustawy PZP w zw. z art. 5 kc, art. 3531 kc, w związku z art. 14 ustawy PZP, a także art. 139 ust. 1 ustawy PZP

Zamawiający w § 30 ust. 12 i 13 Wzoru umowy określił następujące okoliczności uprawniające Zamawiającego do odstąpienia od umowy:

„12. Zamawiający będzie uprawniony do odstąpienia od Umowy w przypadku, gdy:

- a) Opóźnienie w opracowaniu Karty Projektu przekroczy 7 (słownie: siedem) dni,
- b) Opóźnienie w opracowaniu Szczegółowego Planu Projektu przekroczy 10 (słownie: dziesięć) dni,
- c) Opóźnienie w wykonaniu pełnego zakresu wymagań funkcjonalnych Systemu w terminie określonym w Umowie lub w harmonogramie ustalonym przez Strony, zgodnego z Projektem Funkcjonalnym Systemu, wymaganego do Odbioru Produkcyjnego Systemu, przekroczy 10 (słownie: dziesięć) dni,
- d) Dwie Iteracje usuwania zastrzeżeń podczas Odbioru uruchomienia Systemu w zakresie pierwszej Transzy Migracji nie doprowadzą do jego pełnej poprawności lub zamknięcie pierwszego miesiąca po uruchomieniu Systemu w zakresie pierwszej Transzy Migracji wykaże (i) Błąd Krytyczny lub (ii) Błąd Niekrytyczny w praktyce uniemożliwiający wykonywanie Funkcji Biznesowej,
- e) Opóźnienie z przyczyn leżących wyłącznie po stronie Wykonawcy w uruchomieniu Systemu dla danej Transzy Migracji przekroczy 10 (słownie: dziesięć) dni;
- f) Opóźnienie z przyczyn leżących wyłącznie po stronie Wykonawcy w zakończeniu Asysty Powdrożeniowej dla danej Transzy Migracji przekroczy 30 (słownie: trzydzieści) dni,
- g) Złożona w Ofercie deklaracja Wykonawcy dotycząca możliwości realizacji wymagania lub wymagań funkcjonalnych Systemu za pośrednictwem funkcjonalności w pełni dostępnej w standardzie, tzn. możliwej do osiągnięcia wyłącznie za pomocą wbudowanych narzędzi konfiguracji i parametryzacji, okaże się nieprawdziwa;
- h) Kary umowne za opóźnienia w realizacji Umowy przekroczą 10 % Wynagrodzenia określonego w § 19 ust 1 Umowy brutto,
- i) Wykonawca naruszy zobowiązanie do zachowania poufności Informacji Poufnych;

- j) Wykonawca naruszy swoje zobowiązania w zakresie ochrony danych osobowych;
- k) Wykonawca naruszy przewidziane w Umowie zasady korzystania z podwykonawców;
- l) Wykonawca realizuje Umowę w sposób sprzeczny z przepisami prawa lub uprzednio wskazanymi przez Zamawiającego wytycznymi (zarządzeniami, decyzjami itp.) organów sprawujących kontrolę lub nadzór nad działalnością Zamawiającego, wydanych wobec Zamawiającego orzeczeń, o których Zamawiający uprzednio poinformował Wykonawcę;
- m) wystąpią wady prawne dóbr niematerialnych dostarczonych lub udostępnionych Zamawiającemu przez Wykonawcę w ramach realizacji Umowy potwierdzonych prawomocnym orzeczeniem sądu lub zawarciem ugody;
- n) otwarcia likwidacji, wydania sądowego nakazu zajęcia majątku Wykonawcy;
- o) innego istotnego naruszenia przez Wykonawcę warunków Umowy, jeżeli Wykonawca nie zaprzestanie lub nie naprawi naruszenia po upływie 14 (słownie: czternastu) dni od dnia wezwania przez Zamawiającego;

13. Zamawiający przed dokonaniem odstąpienia od Umowy z powodów wskazanych w powyższym ustępie nie jest zobowiązany do wyznaczania Wykonawcy terminu dodatkowego na wykonanie obowiązków, których naruszenie stanowi podstawę do odstąpienia od Umowy, chyba że wyraźnie postanowiono w Umowie inaczej."

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w wzorze umowy określił szereg okoliczności uprawniających go do rozwiązania umowy. Zważywszy, że jednym z głównych celów zamówień publicznych jest realizacja zamówienia, uprawnienia dotyczące możliwości odstąpienia od umowy w trakcie jej realizacji powinny być szczegółowo określone, proporcjonalne do czasu trwania całego projektu i dotyczyć takich sytuacji, które wyraźnie wskazują, że dalsza realizacja umowy jest niemożliwa, niecelowa, naraża Zamawiającego na zbyt duże straty, czyli dalsze wykonywanie umowy jest niecelowe i zbyt ryzykowne. Za wszystkie inne naruszenia umowy, które mogą wystąpić, przewidziany jest w każdej umowie, również w tym Postępowaniu, mechanizm naliczania kar umownych.

Odwołujący wniósł o doprecyzowanie okoliczności, kiedy Zamawiającemu przysługuje prawo odstąpienia od Umowy, w sposób który nie będzie narażał Wykonawcy na możliwość nagłego zakończenia realizacji umowy z powodów, które mogą zaburzyć poszczególne etapy ale mogą zostać nadrobione/zrównoleglone w następnych etapach i nie determinują niewykonalności umowy. Odwołujący przedstawia poniżej propozycję zapisów umowy, które w jego ocenie zabezpieczają interes Zamawiającego, jednocześnie chroniąc wykonawcę przed nagłym i przedwczesnym zakończeniem umowy.

Odwołujący wniósł o dokonanie następujących zmian w treści wzoru umowy § 30 ust. 12 i 13 Wzoru umowy, ponadto odnośnie postanowienia zawartego w lit. o) w § 30 ust. 12 Odwołujący wnosi o jego usunięcie w całości ewentualnie o doprecyzowanie przez Zamawiającego jakie naruszenia będą uznane przez Zamawiającego za istotne:

„12. Zamawiający będzie uprawniony do odstąpienia od Umowy w przypadku, gdy:

- a) Opóźnienie z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy w opracowaniu Karty Projektu przekroczy 30 (słownie: trzydzieści siedem) dni,
- b) Opóźnienie z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy w opracowaniu Szczegółowego Planu Projektu przekroczy 60 (słownie: sześćdziesiąt dziesięć) dni,
- c) Opóźnienie z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy w wykonaniu pełnego zakresu wymagań funkcjonalnych Systemu w terminie określonym w Umowie lub w harmonogramie ustalonym przez Strony, zgodnego z Projektem Funkcjonalnym Systemu, wymaganego do Odbioru Produkcyjnego Systemu, przekroczy 60 (słownie: sześćdziesiąt dziesięć) dni,
- d)(...) skreślony,
- e) Opóźnienie z przyczyn leżących wyłącznie po stronie Wykonawcy w uruchomieniu Systemu dla danej Transzy Migracji przekroczy 30 (słownie: trzydzieści dziesięć) dni;
- f)(...) bez zmian,
- g)(...) bez zmian
- h) Kary umowne za opóźnienia w realizacji Umowy przekroczą 30 % Wynagrodzenia określonego w § 19 ust. 1 Umowy brutto,
- i)(...) bez zmian;
- j)(...) bez zmian;
- k)(...) bez zmian;
- l)(...) bez zmian;
- m)(...) bez zmian;
- n)(...) bez zmian;
- o)(...) skreślony; " ewentualnie zamiast wykreślenia doprecyzowanie jakie naruszenia będą uznane przez Zamawiającego za istotne";

„13. O ile Strony Umowy zgodnie nie postanowią inaczej, Zamawiający ma prawo do odstąpienia od Umowy, z zastrzeżeniem, że przed dokonaniem odstąpienia od Umowy z powodów wskazanych w powyższym ustępie nie jest

zobowiązany do wyznaczania Wykonawcy terminu dodatkowego uzgodnionego przez Strony, jednak nie dłuższego niż 60 (sześćdziesiąt) dni, na wykonanie obowiązków, których naruszenie stanowi podstawę do odstąpienia od Umowy."

5. Naruszenie zasad proporcjonalności, oraz zasad współzycia społecznego, nadużycie prawa podmiotowego, poprzez naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy PZP, art. 29 ust. 1 ustawy PZP, art. 36 ust. 1 pkt 16) ustawy PZP w zw. z art. 5 kc, art. 3531 kc, w związku z art. 14 ustawy PZP, a także art. 139 ust. 1 ustawy PZP

Dotyczy § 30 ust. 21 i 23 wzoru umowy, w których Zamawiający określił:

„21. Zamawiający będzie uprawniony do wypowiedzenia Umowy, w zakresie Usług Utrzymania, w przypadku gdy:

- a) Wykonawca naruszy zobowiązanie do zachowania poufności informacji Poufnych;
- b) Wykonawca naruszy swoje zobowiązania w zakresie ochrony danych osobowych
- c) Wykonawca naruszy przewidziane w Umowie zasady korzystania z podwykonawców;
- d) Wykonawca realizuje Umowę w sposób sprzeczny z przepisami prawa lub uprzednio wskazanymi przez Zamawiającego wytycznymi (zarządzeniami, decyzjami itp.) organów sprawujących kontrolę lub nadzór nad działalnością Zamawiającego, wydanych wobec Zamawiającego orzeczeń, o których Zamawiający uprzednio poinformował Wykonawcę;
- e) wystąpią wady prawne dóbr niematerialnych dostarczonych lub udostępnionych Zamawiającemu przez Wykonawcę w ramach realizacji Umowy potwierdzonych prawomocnym orzeczeniem sądu lub zawarciem ugody;
- f) otwarta zostanie likwidacja, wydany sądowy nakaz zajęcia majątku Wykonawcy;
- g) nastąpi inne istotne naruszenie przez Wykonawcę warunków Umowy, jeżeli Wykonawca nie zaprzestanie lub nie naprawi naruszenia po upływie 14 (słownie: czternastu) dni od dnia wezwania przez Zamawiającego
- h) Kary umowne za niedotrzymanie poziomu usług SLA, do których naliczenia jest uprawniony Zamawiający, przekroczą 100 000 (słownie: sto tysięcy) zł;
- i) Opóźnienie w przywróceniu Dostępności Systemu przekroczy 12 (słownie: dwanaście) godzin;
- j) Wykonawca winny sposób naruszy warunki wykonywania Umowy.

23. W przypadku zaistnienia okoliczności, będących podstawą do natychmiastowego wypowiedzenia Umowy, Zamawiający jest uprawniony według swojego uznania do rozwiązania Umowy zamiast ze skutkiem natychmiastowym, przy zachowaniu 6 (słownie: sześć) - miesięcznego terminu wypowiedzenia Umowy."

Odwołujący wskazuje na ogromną dysproporcję w zakresie możliwości wypowiedzenia umowy przez Zamawiającego i Wykonawcę. Zgodnie z treścią wzoru umowy Wykonawca tylko w przypadku określonym w § 30 ust 18 i 19 wzoru umowy ma prawo wypowiedzieć umowę, podczas gdy Zamawiający zagwarantował sobie nie tylko szereg okoliczności, które uprawniają go do wypowiedzenia umowy określone w § 30 ust. 21 lit. a-i wzoru umowy. Dodatkowo w § 30 ust. 21 lit. j wzoru umowy Zamawiający zastrzegł, że niezależnie od wskazanych okoliczności Zamawiający ma prawo wypowiedzieć umowę w całości lub w części za każde inne naruszenie umowy przez Wykonawcę. Takie ukształtowanie postanowień umowy stanowi jawny przejaw nadużycia przez Zamawiającego pozycji dominującej w Postępowaniu oraz zasad obowiązujących na gruncie prawa cywilnego.

Zgodnie z art. 5 Kodeksu cywilnego, nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współzycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony. Również w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej dominuje pogląd, że Zamawiający powinien dążyć do realizacji umowy a nie odstąpienia od jej wykonania, tak np. w wyroku KIO z dnia z dnia 18 maja 2015 r. KIO 897/15:

„Nie jest celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego odstąpienie przez zamawiającego od umowy w dowolnym momencie jej realizacji z bliżej nieokreślonej przyczyny. Celem postępowania jest zrealizowanie z góry określanego i zdefiniowanego celu publicznego i, jak wskazał ustawodawca w art. 145 p.z.p., tylko w przypadku gdy dalsza realizacja owego celu publicznego nie leży w interesie publicznym zamawiający może skorzystać z prawa odstąpienia od umowy."

Odwołujący w szczególności podkreślił, że postanowienie zawarte w lit. i) § 30 ust. 21 Wzoru Umowy, stanowi o nadużyciu prawa podmiotowego przez Zamawiającego, który z tej okoliczności tworzy podstawę do rozwiązania umowy, podczas gdy System będzie się znajdował u Zamawiającego, zatem wykonawca nie będzie miał wpływu na klimatyzację, systemy ppoż (serwerownia może spłonąć, zostać zalana), zasilanie, systemy kontroli dostępu, etc. Ponadto dostępność systemu jest zdefiniowana bardzo ogólnie. Nie wiadomo gdzie są punkty pomiarowe. Na część infrastruktury (np. LAN/WAN) Wykonawca nie będzie miał wpływu.

Odwołujący wniósł o dokonanie następujących zmian w treści wzoru umowy § 30 ust. 21 i 23 Wzoru umowy. Ponadto odnośnie postanowienia zawartego w lit. g) w § 30 ust. 21 Odwołujący wnosi o jego usunięcie w całości, ewentualnie o doprecyzowanie przez Zamawiającego, jakie naruszenia będą uznane przez Zamawiającego za istotne:

„21. Zamawiający będzie uprawniony do wypowiedzenia Umowy, w zakresie Usług Utrzymania, w przypadku gdy:

- a)(...) bez zmian;
 - b)(...) bez zmian;
 - c)(...) bez zmian;
 - d)(...) bez zmian;
 - e)(...) bez zmian;
 - f)(...) bez zmian;
 - g)(...) skreślenie ewentualnie doprecyzowanie jakie naruszenia będą uznane przez Zamawiającego za istotne
 - h) Kary umowne za niedotrzymanie poziomu usług SLA, do których naliczenia jest uprawniony Zamawiający, przekroczą 30% Wynagrodzenia określonego w § 19 ust 2 lit e Umowy brutto,
 - i)(...) skreślenie;
 - j)(...) skreślenie.
- 23.(...) bez zmian."

6.Naruszenie zasad proporcjonalności, oraz zasad współzycia społecznego, nadużycie prawa podmiotowego, poprzez naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy PZP, art. 29 ust. 1 ustawy PZP, art. 36 ust. 1 pkt 16) ustawy PZP w zw. z art. 5 kc, art. 3531 kc, w związku z art. 14 ustawy PZP, a także art. 139 ust. 1 ustawy PZP

Dotyczy § 27 ust. 1 i 3 wzoru umowy, w których Zamawiający określił:

„1. W razie opóźnienia Wykonawcy w realizacji zobowiązań wynikających z Umowy, Zamawiający jest uprawniony do wykonania lub zlecenia wykonania przez podmiot trzeci tych prac, z którymi Wykonawca opóźnia się lub opóźnił się, na koszt i ryzyko Wykonawcy, o ile takie opóźnienie może spowodować niewykonanie w harmonogramie przewidzianym dla Projektu Umowy lub jej części (wykonanie zastępcze).

(...)

3. Warunkiem wykonania zastępczego będzie wezwanie Wykonawcy do realizacji określonych świadczeń wskazanych w Umowie lub Załącznikach, co do których Wykonawca opóźnia się, z określeniem terminu na ich wykonanie, po bezskutecznym upływie którego Zamawiający będzie uprawniony do wykonania zastępczego prac, co do których Wykonawca się opóźnia (...)."

Odwołujący wskazał, że uprawnienie do wykonania zastępczego w sytuacji opóźnienia wykonania zobowiązania przez wykonawcę jest nadmierne, gdyż opóźnienie może być całkowicie niezależne od wykonawcy, za co wykonawca nie może ponosić odpowiedzialności ani kosztów wykonania zastępczego. Odwołujący wnioskuje o zmianę treści postanowienia i ustalenie, że wykonanie zastępcze jest możliwe w sytuacji gdy wykonawca pozostaje w zwłoce w z wykonaniem zobowiązania. Podkreślić należy, że opierając się na treści przepisów Kodeksu cywilnego (art. 480 kc), na które także powołuje się Zamawiający w treści postanowień zawartych w §247 Wzoru umowy, użyte jest pojęcie zwłoki a nie opóźnienia.

Odwołujący wnosi o dokonanie zmiany treści § 27 ust. 1 i 3 w następujący sposób:

„1. W razie zwłoki Wykonawcy w realizacji zobowiązań wynikających z Umowy, Zamawiający jest uprawniony do wykonania lub zlecenia wykonania przez podmiot trzeci tych prac; z którymi Wykonawca pozostaje w zwłoce na koszt i ryzyko Wykonawcy, o ile taka zwłoka może spowodować niewykonanie w harmonogramie przewidzianym dla Projektu Umowy lub jej części (wykonanie zastępcze).

(...)

3. Warunkiem wykonania zastępczego będzie wezwanie Wykonawcy do realizacji określonych świadczeń wskazanych w Umowie lub Załącznikach, co do których Wykonawca pozostaje w zwłoce, z określeniem terminu na ich wykonanie, nie krótszego niż 60 dni, po bezskutecznym upływie którego Zamawiający będzie uprawniony do wykonania zastępczego prac, co do których Wykonawca pozostaje w zwłoce.

(...)

7.Naruszenie zasad proporcjonalności, oraz zasad współzycia społecznego, nadużycie prawa podmiotowego, poprzez naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy PZP, art. 29 ust. 1 ustawy PZP, art. 36 ust. 1 pkt 16) ustawy PZP w zw. z art. 5 kc, art. 3531 kc, w związku z art. 14 ustawy PZP, a także art. 139 ust. 1 ustawy PZP

Dotyczy § 26 ust. 3 Wzoru umowy Zamawiający określił:

„3. W przypadku zawarcia Umowy przez Konsorcjum, obowiązek zawarcia powyższych umów ubezpieczenia dotyczy łącznie Konsorcjum, a ochrona ubezpieczeniowa uwzględniać powinna odpowiedzialność każdego członka Konsorcjum (współubezpieczeni)."

Odwołujący wskazuje, że w treści SWIZ pkt. 5.8.1.2.1. określił warunek udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawcy poprzez żądanie przedłożenia polisy OC na kwotę 20.000.000.

„5.8.1.2. znajdują się w sytuacji ekonomicznej lub finansowej, tj.:

5.8.1.2.1. Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną co najmniej 20.000.000,00 PLN. W przypadku podania wartości ubezpieczenia w walucie innej niż PLN, w celu oceny spełniania w w. warunku Zamawiający dokona przeliczenia wartości podanych w walucie innej niż polski złoty po kursie średnim NBP obowiązującym na dzień ogłoszenia o zamówieniu. Jeśli publikacja ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nastąpi w dniu, w którym Narodowy Bank Polski nie publikuje tabeli kursów średnich, Zamawiający przyjmie jako podstawę kurs z tabeli kursów średnich opublikowany w dniu najbliższym po dniu publikacji ogłoszenia o niniejszym zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej."

Podmioty występujące w Konsorcjum łącznie mają obowiązek spełnić wymaganie określone przez Zamawiającego. Podkreślić należy, że Konsorcjanci ponoszą odpowiedzialność solidarną wobec Zamawiającego. Zatem Konsorcjum, które w Postępowaniu jest Wykonawcą, spełni ten warunek jeżeli przedstawi polisę OC na określoną kwotę jednego z członków Konsorcjum. Mając na uwadze powyższe Odwoływający wskazuje, że postanowienie umowne zawarte w par. 26 ust. 3 jest nadmierne i niezgodne z wymaganiem określonym w SIWZ. Skoro na etapie oceny ofert Konsorcjum może wykazać spełnianie warunku w sposób wyżej wskazany, to brak jest podstaw do żądania w umowie przedłożenia polisy OC współubezpieczonych członków konsorcjum obejmującą odpowiedzialność każdego z członków konsorcjum.

Odwoływający wnosi o wykreślenie postanowienia zawartego w § 26 ust. 3 Wzoru umowy

8. Naruszenie zasad proporcjonalności, oraz zasad współżycia społecznego, nadużycie prawa podmiotowego, poprzez naruszenie przepisów art. 7 ust 1 i ust. 3 ustawy PZP, art. 29 ust. 1 ustawy PZP, art. 36 ust. 1 pkt 16) ustawy PZP w zw. z art. 5 kc, art. 353 (1) kc, w związku z art. 14 ustawy PZP, a także art. 139 ust. 1 ustawy PZP

8.1. Dotyczy § 11 ust. 4 Wzoru Umowy, w którym Zamawiający określił:

„4. Wykonawca ponosi odpowiedzialność za utratę lub uszkodzenie danych podlegających migracji do Systemu.”

Odwoływający wskazuje, że zakres odpowiedzialności powinien być ograniczony do zawinionych przez wykonawcę działań, które spowodują utratę lub uszkodzenie danych.

Odwoływający wnosi o doprecyzowanie brzmienia § 11 ust. 4 Wzoru Umowy w następujący sposób: *„4. Wykonawca ponosi odpowiedzialność za utratę lub uszkodzenie danych podlegających migracji do Systemu z winy Wykonawcy”*.

8.2. Dotyczy § 12 ust. 6 Wzoru Umowy, w którym Zamawiający określił:

„6. Od momentu pozytywnego Odbioru Infrastruktury Technicznej i Systemowej lub jej elementów, Zamawiający powierza Wykonawcy Infrastrukturę Techniczną i Systemową w celu wykonania prac objętych przedmiotem Umowy; do momentu pozytywnego Odbioru Końcowego Systemu. Wykonawca ponosi odpowiedzialność za utratę lub uszkodzenie powierzonej Infrastruktury Technicznej i Systemowej do momentu pozytywnego Odbioru Końcowego Systemu”.

Zamawiający obarcza wykonawcę odpowiedzialnością za utratę lub uszkodzenie powierzonej Infrastruktury Technicznej i Systemowej do momentu pozytywnego Odbioru Końcowego Systemu, w sytuacji gdy cała infrastruktura znajduje się już u Zamawiającego i stanowi jego własność zgodnie z treścią §12 ust. 3 Wzoru Umowy. Odwoływający wskazał, że z uwagi na przedmiot umowy i sposób jej realizacji, niezbędne jest korzystnie przez wykonawcę z Infrastruktury Technicznej i Systemowej w okresie pomiędzy Odbiorem Infrastruktury Technicznej i Systemowej a odbiorem Końcowym Systemu jednak zakres tej odpowiedzialności powinien być ograniczony do zdarzeń zawinionych przez wykonawcę, gdyż w pozostałym zakresie nie ma on wpływu na np. sposób zabezpieczeń infrastruktury, dostępu do niej osób niepożądanych, sposobu serwisowania, itp.

Odwoływający wnosi o zmianę brzmienia postanowienia § 12 ust. 6 w następujący sposób:

„6. Od momentu pozytywnego Odbioru Infrastruktury Technicznej i Systemowej lub jej elementów, Zamawiający powierza Wykonawcy Infrastrukturę Techniczną i Systemową w celu wykonania prac objętych przedmiotem Umowy, do momentu pozytywnego Odbioru Końcowego Systemu. Wykonawca ponosi odpowiedzialność za swoje działania i zaniechania, które spowodują utratę lub uszkodzenie powierzonej Infrastruktury Technicznej i Systemowej do momentu pozytywnego Odbioru Końcowego Systemu”.

9. Niejednoznaczny opis przedmiotu zamówienia, brak wskazania wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, nieprecyzyjny zakres zobowiązań wykonawcy, naruszenie zasad zapewniających zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, naruszenie zasad proporcjonalności i przejrzystości, oraz zasad współżycia społecznego - poprzez naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy PZP, art. 29 ust. 1 ustawy PZP, art. 36 ust. 1 pkt 3) i pkt 16) ustawy PZP w zw. z art. 5 kc, art. 353(1) kc, w związku z art. 14 ustawy PZP, a także art. 139 ust. 1 ustawy PZP

Dotyczy § 13 ust. 8 Wzoru Umowy, w którym Zamawiający określił:

„8. Niezależnie od szczegółowych wymogów określonych wprost w Umowie i Załącznikach, z którymi zgodność jest warunkiem Odbioru danego elementu Projektu, Zamawiający jest uprawniony do odmowy akceptacji lub żądania poprawienia elementów będących przedmiotem Odbioru; jeżeli nie spełniają jego wymagań wynikających z Umowy i

Załączników w sposób pośredni, w szczególności ze względu na określone w Umowie i Załącznikach cele Projektu”.

Uprawnienie odmowy akceptacji lub żądania poprawienia elementów będących przedmiotem Odbioru, jakie zapewnił sobie Zamawiający, z uwagi na jego nieprecyzyjność pozostawia w całkowitym subiektywnym uznaniu Zamawiającego decyzję o odmowie akceptacji lub konieczności wprowadzenia poprawek do przedmiotów Odbioru. Wykonawca w żaden sposób nie może wykazać, że Zamawiający nie ma podstaw do odmowy akceptacji czy do żądania poprawek. Tak duża dowolność w ocenie przez Zamawiającego oznacza nieuprawnione naruszenie zasad równości stron stosunku prawnego. Odwołujący wskazuje, że aby nie doszło do całkowitej uznaniowości Zamawiającego w ramach projektu powinny zostać opracowane scenariusze testowe, które będą wykonywane podczas testów przy dokonywaniu Odbioru. Wprowadzenie scenariuszy testowych pozwoli w sposób wcześniej ustalony na przygotowanie środowiska i danych testowych oraz weryfikowanie jakości elementów stanowiących przedmiot Odbioru. Obecne brzmienie kwestionowanego postanowienia umownego w żaden sposób nie pozwala wykonawcy na zgłoszenie sprzeciwu do oceny Zamawiającego oraz uniemożliwia poprawne planowanie przygotowania testów, w szczególności środowisk i danych testowych, co ma bezpośredni wpływ na harmonogram Umowy, co stanowi o nadużyciu prawa podmiotowego przez Zamawiającego.

Odwołujący wnosi o dokonanie zmiany treści postanowienia i wprowadzenia do SIWZ scenariuszy testowych, Odwołujący wnosi o wprowadzeniu następującego brzmienia § 13 ust. 8 Wzoru Umowy:

„8. W ramach realizacji projektu Wykonawca przygotowuje i przedłoży do odbioru Plan Testów Akceptacyjnych, który będzie podstawą do przygotowania środowisk testowych (również danych testowych) i wykonania testów akceptacyjnych. Zamawiający jest uprawniony do odmowy akceptacji lub żądania poprawienia elementów będących przedmiotem Odbioru, jeżeli nie będą one realizowały przypadków użycia weryfikowanych przy pomocy scenariuszy testowych (brak Błędów Blokujących i Krytycznych)”.

10. Niejednoznaczny opis przedmiotu zamówienia, nieprecyzyjny zakres zobowiązań wykonawcy, naruszenie zasad zapewniających zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, naruszenie zasad proporcjonalności i przejrzystości, oraz zasad współzycia społecznego - poprzez naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy PZP, art. 29 ust. 1 ustawy PZP, art. 36 ust. 1 pkt 3) i 16) ustawy PZP w zw. z art. 5 kc, art. 353 (1) kc, w związku z art. 14 ustawy PZP, a także art. 139 ust. 1 ustawy PZP ,

Dotyczy § 14 ust. 4 Wzoru Umowy, w którym Zamawiający określił:

4 . Wykonawca w ramach Usług Utrzymania zapewni modyfikacje Systemu, które wynikać będą ze zmian obowiązującego prawa lub decyzji organów regulacyjnych mających zastosowanie do Zamawiającego, w okresie trwania Utrzymania, w zakresie funkcjonalności Systemu realizujących wymogi biznesowe i funkcjonalne określone w Umowie i Załącznikach, w szczególności w OPZ. Poza Usługi Utrzymania wykraczać będą te zmiany Systemu wymagane zmianami prawnymi, których realizacja będzie polegać na tworzeniu nowych funkcjonalności w Systemie - mogą one być realizowane jako opcjonalne prace rozwojowe w ramach Wsparcia Konsultanckiego.”

Odwołujący wskazał, że zgodnie z treścią § 9 ust. 4 Wzoru Umowy, System na moment Odbioru Końcowego Systemu ma być zgodny z przepisami obowiązującego prawa: „4. Na moment pozytywnego Odbioru Końcowego Systemu, System będzie zgodny z wymaganiami wynikającymi z aktualnych przepisów prawa obowiązujących na ten moment oraz zawierał najaktualniejsze dostępne Oprogramowanie i Infrastrukturę Techniczną i Systemową, chyba że Strony wyraźnie i wprost postanowią inaczej”.

Odbiór Końcowy Systemu to pojęcie zostało zdefiniowane w załączniku nr 2 do Wzoru Umowy- Definicje, poz. 1.54:

„Odbiór Końcowy Systemu” - Odbiór dotyczący całości wdrożonego Systemu w zakresie wszystkich Transz Migracji oraz wszystkich wymagań w stosunku do Systemu wynikających z OPZ, po zakończeniu Asysty Powdrożeniowej. Pozytywny Odbiór Końcowy Systemu rozpoczyna okres świadczenia Usług Utrzymania w stosunku do całości Systemu”.

Powyższe oznacza, że w momencie odbioru Systemu będzie on zgodny z prawem (w innym przypadku nie doszłoby do odbioru). Od momenty odbioru Systemu Wykonawca zobowiązany jest do świadczenia Usług Utrzymania, co w praktyce oznacza zobowiązanie do usuwania Błędów Systemu za zasadach określonych w Umowie. Zamawiający jest uprawniony do żądania wprowadzania modyfikacji do Systemu w związku ze zmianami przepisów prawa, jednak wykonanie takich modyfikacji oznacza wykonanie prac w znacznie większym zakresie niż świadczenie Usług Utrzymania Systemu, za które wykonawca powinien otrzymać wynagrodzenie, gdyż zakres koniecznych do wykonania prac często będzie równy zakresowi prac przy dokonywaniu modyfikacji polegających na tworzeniu nowych funkcjonalności, za co Zamawiający w tym samym postanowieniu przewiduje wynagrodzenie w ramach opcji. Odwołujący wnosi o objęcie każdej modyfikacji związanej ze zmianą przepisów prawa lub też będącej wynikiem decyzji administracyjnej wydanej w trakcie Usług Utrzymania wynagrodzeniem z opcji.

Odwołujący wnosi o zmianę treści postanowienia § 14 ust. 4 Wzoru Umowy w następujący sposób:

„4. Wykonawca w okresie świadczenia Usług Utrzymania będzie dokonywał modyfikacji Systemu, które wynikać będą ze zmian obowiązującego prawa lub decyzji organów regulacyjnych mających zastosowanie do Zamawiającego, w okresie

trwania Utrzymania, w zakresie funkcjonalności Systemu realizujących wymogi biznesowe i funkcjonalne określone w Umowie i Załącznikach, w szczególności w OPZ, oraz te zmiany Systemu wymagane zmianami prawnymi, których realizacja będzie polegać na tworzeniu nowych funkcjonalności w Systemie - wykonywane modyfikacje będą realizowane jako opcjonalne prace rozwojowe po uprzednim uzgodnieniu zakresu i wynagrodzenia pomiędzy Stronami zgodnie z procesem zarządzania zmianą”.

11. Niejednoznaczny opis przedmiotu zamówienia, nieprecyzyjny zakres zobowiązań wykonawcy, naruszenie zasad zapewniających zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, naruszenie zasad proporcjonalności i przejrzystości, oraz zasad współzycia społecznego - poprzez naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy PZP, art. 29 ust. 1 ustawy PZP, art. 36 ust. 1 pkt 3) i 16) ustawy PZP w zw. z art. 5 kc, art. 353 (1) kc, w związku z art. 14 ustawy PZP, a także art. 139 ust. 1 ustawy PZP.

Dotyczy §14 ust. 5 Wzoru Umowy, w którym Zamawiający określił:

„5. Zamawiającemu przysługuje prawo opcji polegające na:

a) Zamówieniu Usług Utrzymania w okresie do zakończenia Projektu, przekraczających wymiar Usług Utrzymania Systemu, które są objęte zamówieniem podstawowym, o których mowa w § 19 ust. 2 lit e Umowy, wielokrotnie aż do wyczerpania maksymalnej wartości tej opcji określonej w § 19 ust. 2 lit. f Umowy. Zamawiający może zrealizować to prawo opcji każdorazowo najpóźniej na 15 (słownie: piętnaście) dni przed planowanym rozpoczęciem objętych zamówieniem opcjonalnym Usług Utrzymania;

b) przedłużeniu Usług Utrzymania po zakończeniu Projektu, które może być realizowane czterokrotnie, każdorazowo na kolejne 12 miesięcy. Zamawiający może zrealizować prawo opcji dotyczące przedłużenia Utrzymania każdorazowo najpóźniej na 30 (słownie: trzydzieści) dni przed zakończeniem trwających Usług Utrzymania.”

Odwolujący podkreśla, że Zamawiający przewidział w ramach zamówienia prawo opcji, czego Odwołujący nie kwestionuje, jednak dla możliwości prawidłowego świadczenia Usług Utrzymania w ramach korzystania przez Zamawiającego z prawa opcji musi być zachowany odpowiedni czas do przygotowania zasobów umożliwiających świadczenie usług proporcjonalny do skali projektu. Korzystanie z prawa opcji przez Zamawiającego z zachowaniem 15 i 30- dniowego okresu powiadomienia nie umożliwia Wykonawcy odpowiedniego przygotowania i redukcji zespołu niezbędnego do realizacji usług, zgodnie z obowiązującym prawem pracy (czas na rekrutację i czas wypowiedzenia).

Odwolujący wnosi o wydłużenie terminów wskazanych w § 14 ust. 5 Wzoru Umowy do 90 dni, i zmianę brzmienia postanowienia w następujący sposób:

„5. Zamawiającemu przysługuje prawo opcji polegające na:

a) Zamówieniu Usług Utrzymania w okresie do zakończenia Projektu, przekraczających wymiar Usług Utrzymania Systemu, które są objęte zamówieniem podstawowym, o których mowa w § 19 ust. 2 lit e Umowy, wielokrotnie aż do wyczerpania maksymalnej wartości tej opcji określonej w § 19 ust. 2 lit. f Umowy. Zamawiający może zrealizować to prawo opcji każdorazowo najpóźniej na 90 (słownie: dziewięćdziesiąt) dni przed planowanym rozpoczęciem objętych zamówieniem opcjonalnym Usług Utrzymania;

b) przedłużeniu Usług Utrzymania po zakończeniu Projektu, które może być realizowane czterokrotnie, każdorazowo na kolejne 12 miesięcy. Zamawiający może zrealizować prawo opcji dotyczące przedłużenia Utrzymania każdorazowo najpóźniej na 90 (słownie: dziewięćdziesiąt) dni przed zakończeniem trwających Usług Utrzymania.”

12. Niejednoznaczny opis przedmiotu zamówienia, nieprecyzyjny zakres zobowiązań wykonawcy, naruszenie zasad zapewniających zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, naruszenie zasad proporcjonalności i przejrzystości, oraz zasad współzycia społecznego - poprzez naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy PZP, art. 29 ust. 1 ustawy PZP, art. 36 ust. 1 pkt 3) i 16) ustawy PZP w zw. z art. 5 kc, art. 353(1) kc, w związku z art. 14 ustawy PZP, a także art. 139 ust. 1 ustawy PZP.

Dotyczy § 3 ust. 5 Wzoru Umowy, w którym Zamawiający określił:

„5. Zamawiający jest uprawniony do jednostronnej zmiany terminów Okien Migracyjnych, o których mowa w pkt 3.18 OPZ. W razie takiej zmiany terminy wykonania Umowy przez Wykonawcę zostaną odpowiednio dostosowane do zmiany terminów Okien Migracyjnych, a ewentualne wynikię stąd opóźnienie w realizacji Projektu nie będzie podstawą do roszczeń Zamawiającego wobec Wykonawcy. Wykonawca nie będzie miał roszczeń do Zamawiającego wynikających z ww zmiany terminów Okien Migracyjnych. Zmiana, o której mowa w niniejszym ustępie, może być dokonana jednostronnym pisemnym oświadczeniem Zamawiającego”.

Powyższe postanowienie umowne uprawniające do jednostronnej zmiany terminów Okien Migracyjnych, oznacza, że Zamawiający w dowolnym momencie może dokonać takiej zmiany bez względu na skutki takiej zmiany dla zakresu, sposobu i terminów realizacji umowy przez wykonawcę. Znajomość terminów wykonania poszczególnych prac jest jednym z kluczowych parametrów jakie każdy wykonawca, i to niezależnie od branży, bierze pod uwagę szacując m.in. zasoby niezbędne do świadczenia usług oraz związane z tym koszty. W efekcie wskazane wyżej postanowienie skutkuje tym, że wykonawcom nie jest znany zakres zamówienia, gdyż wykonawca nie wie kiedy daną czynność ma wykonać.

Jednocześnie wykonawca narażony jest na poniesienie kosztów związanych z utrzymaniem w pełnej gotowości zasobów dedykowanych do świadczenia tych usług przez cały okres trwania umowy, skoro Zamawiający może w dowolnym momencie zmienić terminy okien Migracyjnych. Odwołujący wskazuje, że zmiana terminów Okien Migracyjnych, o których mowa w pkt 3.18 OPZ powinna być procesowana w ramach procedury zarządzania zmianą. W szczególności każdorazowo powinna zostać wykonana analiza/ocena wpływu na parametry umowy.

Odwołujący wnosi o wykreślenie § 3 ust. 5 z Wzoru Umowy i dodanie do postanowień dotyczących procedury zarządzania zmianą w pkt. 3.2 „Zakres zmian” Załącznika numer 2 do OPZ Plan projektu dla dostawy, wdrożenia i serwisu Centralnego Systemu Bilingowego (Plan projektu) pozycję zmiana terminów Okien Migracyjnych.

13. Nadmierne zobowiązania, nieprecyzyjny opis przedmiotu zamówienia, naruszenie zasad zapewniających zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, naruszenie zasad proporcjonalności i przejrzystości, oraz zasad współzycia społecznego - naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp, art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, art. 36 ust. 116) ustawy Pzp w zw. z art. 5 kc, art. 353 (1) kc, w związku z art. 14 ustawy Pzp, a także art. 139 ust. 1 Pzp

Zamawiający w § 21 ust.12 określił:

„12. Wykonawca zobowiązany będzie prowadzić akta osobowe członków Personelu w sposób wynikający z wiążących Wykonawcę przepisów obowiązującego prawa. Na pisemne żądanie Zamawiającego, Wykonawca udzieli Zamawiającemu żądanej i posiadanej przez Wykonawcę (w tym posiadanej przez jego Podwykonawców) informacji o danym członku Personelu lub umożliwi Zamawiającemu samodzielny dostęp do akt osobowych danego członka Personelu”.

Powyższym postanowieniem Zamawiający nakłada na wykonawcę obowiązek nadmierny lub nawet niemożliwy do spełnienia z uwagi na fakt, że mogą wystąpić sytuacje, w których wykonawca nie będzie mógł udzielić żądanych informacji o osobie, która była zaangażowana w realizację umowy, chociażby ze względu na okoliczność, że dana osoba zmieniła pracę, miejsce zamieszkania, odmawia kontaktu. Wykonawca nie może wymusić na osobach, które nie są mu podległe w ramach stosunku pracy wyrażenia zgody na udostępnienie informacji na ich temat Zamawiającemu. Wykonanie obowiązku określonego w ww. postanowieniu może okazać się niemożliwe w związku z obowiązującymi przepisami w zakresie, prawa pracy oraz ochrony danych osobowych. Odwołujący wskazuje chociażby na regulacje Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych), tzw. klauzulą zapomnienia, art. 7 ust. 3 i 4 zgodnie z którą: Osoba, której dane dotyczą, ma prawo w dowolnym momencie wycofać zgodę. Wycofanie zgody nie wpływa na zgodność z prawem przetwarzania, którego dokonano na podstawie zgody przed jej wycofaniem. Osoba, której dane dotyczą, jest o tym informowana, zanim wyrazi zgodę. Wycofanie zgody musi być równie łatwe jak jej wyrażenie. 4. Oceniając, czy zgodę wyrażono dobrowolnie, w jak największym stopniu uwzględnia się, czy między innymi od zgody na przetwarzanie danych nie jest uzależnione wykonanie umowy, w tym świadczenie usługi, jeśli przetwarzanie danych osobowych nie jest niezbędne do wykonania tej umowy. Odwołujący podkreślił, że Zamawiający w żaden sposób nie sprecyzował w jakim celu takie dane mają być udostępniane. Zakres przetwarzanych danych oraz środki techniczno- organizacyjne ich ochrony powinny być dostosowane do celu przetwarzania. Zamawiający powinien jednoznacznie określić cel przetwarzania takich informacji. Nie jest wykluczone, że cel będzie determinował, że Zamawiający będzie działał jako kontroler, co niesie za sobą wszystkie konsekwencje wynikające z RODO.

Odwołujący wnosi o wykreślenie kwestionowanego postanowienia lub doprecyzowanie celu w jakim dane mają być udostępnione lub zmianę brzmienia § 21 ust. 12 Wzoru Umowy w następujący sposób:

„12. Wykonawca zobowiązany będzie prowadzić akta osobowe członków Personelu w sposób wynikający z wiążących Wykonawcę przepisów obowiązującego prawa. Na pisemne żądanie Zamawiającego, Wykonawca udzieli Zamawiającemu żądanej i posiadanej przez Wykonawcę (w tym posiadanej przez jego Podwykonawców) informacji o danym członku Personelu lub umożliwi Zamawiającemu samodzielny dostęp do akt osobowych danego członka Personelu o ile będzie to możliwe i zgodne z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa”.

14. Nadmierne zobowiązania, naruszenie zasad proporcjonalności i przejrzystości, oraz zasad współzycia społecznego - poprzez naruszenie przepisów art. 151 ustawy PZP, art. 36 ust. 1 pkt. 16) ustawy PZP w zw. z art. 5 kc, art. 3531 kc, w związku z art. 14 ustawy PZP, a także art. 139 ust. 1 ustawy PZP.

Dotyczy § 24 ust. 10 i 11 Wzoru Umowy, w którym Zamawiający określił:

„10. Zamawiający zwróci lub zwolni, zależnie od formy wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania Umowy, Wykonawcy kwotę w wysokości 70% wartości zabezpieczenia należytego wykonania Umowy w terminie 30 (słownie: trzydziestu) dni od dnia zakończenia obowiązywania Umowy, w tym wszelkie zrealizowane w ramach Umowy prawo opcji.

11. Kwota w wysokości 30% wartości zabezpieczenia należytego wykonania Umowy zostanie zatrzymana przez Zamawiającego na zabezpieczenie roszczeń z Umowy, w tym z tytułu rękojmi za wady, jednak na okres nie krótszy niż do dnia zakończenia obowiązywania Umowy, i zostanie zwrócona Wykonawcy w terminie 15 (słownie: piętnastu) dni po

wygaśnięciu wszelkich roszczeń z tytułu upływu okresu rękojmi za wady”.

Odwołujący wskazał, że w ramach umowy wykonawca zobowiązany jest wykonać i wdrożyć System a następnie świadczyć Usługi Utrzymania. Zgodnie z Wzorem Umowy Zamawiający przewidział odbiór poszczególnych elementów oraz Odbiór Końcowy Systemu zgodnie z §13 lit. h) Wzoru Umowy. Po dokonaniu Odbioru Końcowego Systemu rozpoczyna bieg Gwarancja udzielona na okres 24 miesięcy. Zatem kwestia zwolnienia 70 % a następnie 30% zabezpieczenia należytego wykonania umowy powinna być zgodna z zakresem zamówienia i z terminami jego realizacji. Zgodnie z art. 151 PZP 70% zabezpieczenie jest zwracane wykonawcy w terminie 30 dni od dnia wykonania zamówienia i dokonania odbioru zaś 30% pozostaje na zabezpieczenie roszczeń z rękojmi. Postanowienia zawarte w § 24 ust. 10 i 11 Wzoru Umowy są niezgodne z ustawą PZP w kontekście zakresu świadczeń objętych niniejszym zamówieniem. Skoro wykonawca ma wykonać System, zaś Zamawiający dokonuje Odbioru Końcowego Systemu, co rozpoczyna bieg Gwarancji, zaś dalsza realizacja umowy dotyczy już świadczeń z zakresu Usługi Utrzymania zasadnym jest aby zwrot 70 % zabezpieczenia został dokonany w terminie 30 dni od dnia dokonania Odbioru Końcowego Systemu, zaś pozostałe 30% po upływie okresu rękojmi, który równy jest okresowi Gwarancji,

Odwołujący wnosi o dokonanie następującej zmiany w treści § 24 ust. 10 i 11 Wzoru Umowy:

„10. Zamawiający zwróci lub zwolni zależnie od formy wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania Umowy, Wykonawcy kwotę w wysokości 70% wartości zabezpieczenia należytego wykonania Umowy w terminie 30 (słownie: trzydziestu) dni od dnia dokonania Odbioru Końcowego Systemu.

11. Kwota w wysokości 30% wartości zabezpieczenia należytego wykonania Umowy zostanie zatrzymana przez Zamawiającego na zabezpieczenie roszczeń z Umowy, w tym z tytułu rękojmi za wady i zostanie zwrócona Wykonawcy w terminie 15 (słownie: piętnastu) dni po wygaśnięciu wszelkich roszczeń z tytułu upływu okresu rękojmi za wady”.

15. Niejednoznaczny opis przedmiotu zamówienia, brak wskazania wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, nieprecyzyjny zakres zobowiązań wykonawcy, naruszenie zasad zapewniających zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, naruszenie zasad proporcjonalności i przejrzystości, oraz zasad współzycia społecznego - poprzez naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy PZP, art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy PZP, art. 36 ust. 1 pkt 3) i pkt 16) ustawy PZP w zw. z art 5 kc, art. 3531 kc, w związku z art. 14 ustawy PZP, a także art. 139 ust. 1 ustawy PZP:

Dotyczy pkt 22.3 SIWZ oraz pkt. 7 Preambuły Wzór Umowy i § 6 ust. 3 Wzoru Umowy, w których Zamawiający w SIWZ określił:

pkt 22.3 SIWZ: „Dokumenty wskazane w pkt 22.1. SIWZ zostaną udostępnione, po złożeniu przez Wykonawcę Oświadczenia o zachowaniu poufności (wzór stanowi załącznik nr 15 do SIWZ), podpisanego Kwalifikowanym Podpisem Elektronicznym przez osoby umocowane do reprezentowania Wykonawcy. Wykonawcy, który złoży ww. oświadczenie o zachowaniu poufności w ciągu 10 dni od opublikowania SIWZ w Module, dokumenty wskazane w pkt 22.1. SIWZ zostaną udostępnione 11-go dnia od opublikowania SIWZ. Wykonawcom, którzy zgłoszą się w terminie późniejszym, ww. dokumenty będą udostępniane na bieżąco, aż do dnia poprzedzającego dzień otwarcia ofert. Ww. Oświadczenie należy przesłać na adresy e-mailowe, o których mowa w pkt 2.3. SIWZ.”

Preambuła pkt 7 Wzoru umowy: „Intencją Zamawiającego jest, by Wykonawca zaprojektował i dostosował do potrzeb Zamawiającego, zgodnie z wszystkimi wymaganiami CSB, wraz z jego integracją z systemami informatycznymi wykorzystywanymi przez Zamawiającego oraz migracją do CSB danych dotyczących Punktów Poboru, a także utrzymywał System przez okres Umowy. Zamawiający w ograniczonym zakresie wskazał w Postępowaniu techniczne wymagania wobec Systemu; a także określił swoje wymagania biznesowe, zaś rolą Wykonawcy jest takie zaprojektowanie i wykonanie Systemu i zaproponowanie takiej specyfikacji technicznej oraz zakresu funkcjonalności, które pozwolą na pełne zrealizowanie wymogów i celów Zamawiającego określonych w Umowie, w tym w Załącznikach;”

§ 6 ust. 3 Wzoru Umowy: „Wykonawca nie będzie się powoływać na oświadczenia Zamawiającego w dziedzinie technologii i know-how, ani też na oczekiwania Zamawiającego co do jego potrzeb w tej dziedzinie, w celu ograniczenia odpowiedzialności Wykonawcy, chyba że Wykonawca poinformuje Zamawiającego na piśmie o swoich zaleceniach w tej dziedzinie, a Zamawiający w sposób wyraźny poleci Wykonawcy zastosowanie rozwiązania sprzecznego z takimi zaleceniami Wykonawcy”.

Odwołujący wskazał, że z uwagi na brak udostępnienia dokumentów, o których mowa w pkt.

22.1 SIWZ brak jest precyzyjnego określenia przedmiotu zamówienia, a tym samym wykonawca nie ma możliwości oceny bez znajomości dokumentów wskazanych w pkt 22.1. SIWZ potrzeb Zamawiającego oraz ryzyka wykonawcy związanego z realizacją zamówienia.

Zamawiający w pkt. 22.3. SIWZ wprost wskazał, że dokumenty, o których mowa w pkt. 22.1 SIWZ zostaną udostępnione najwcześniej 11-go dnia po ogłoszeniu postępowania, podczas gdy Odwołujący ma zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy PZP 10 dni na wniesienie odwołania na SIWZ. Zamawiający naruszył także art. 38 ustawy PZP, ograniczając czas na

zadawanie pytań do SIWZ w zakresie wskazanej dokumentacji. Tym samym działanie Zamawiającego uniemożliwia wykonawcom skorzystanie, ze środków ochrony prawnej przewidzianych w ustawie PZP oraz utrudnia skorzystanie z możliwości uzyskania wyjaśnień w trybie art. 38 ustawy PZP. Takie działanie Zamawiającego narusza podstawowe zasady PZP takie jak jasność, precyzyjność, kompleksowość opisu przedmiotu zamówienia.

Jednocześnie z ostrożności Odwołujący podnosi zarzut nieprawidłowości Opisu przedmiotu zamówienia w związku z możliwymi brakami, niejasnościami, brakiem precyzji w opisach zawartych w dokumentach, o których mowa w pkt. 22.1 SIWZ.

Mając na uwadze powyższe Odwołujący wnosi o zobowiązanie się przez Zamawiającego, że będzie udzielał odpowiedzi na wnioski o wyjaśnienia do treści SIWZ w zakresie dokumentów o których mowa w pkt. 22.1 SIWZ nawet po upływie połowy terminu na zadawanie pytań, oraz nie będzie kwestionował możliwości wniesienia odwołania na treść SIWZ w zakresie dokumentów o których mowa w pkt. 22,1 SIWZ w terminie 10 dni od dnia ich udostępnienia wykonawcy.

Ponadto Odwołujący wnosi o wydłużenie terminu na składanie ofert o 11 dni z uwagi na fakt, że Zamawiający określił, że najwcześniej po 11 dniach od ogłoszenia SIWZ udostępni dokumenty, o których mowa w pkt. 22.1 SIWZ, przez co Zamawiający w sposób nieuprawniony skrócił wykonawcom czas na przygotowanie się do złożenia ofert, gdyż brak dostępu do ww. dokumentów w rzeczywistości uniemożliwia zapoznanie się z potrzebami Zamawiającego i przygotowanie oferty.

W uzasadnieniu prawnym Odwołujący w szczególności wskazał, że:

Określenie treści SIWZ wraz z załącznikami, w tym w szczególności z treścią umowy w sprawie zamówienia, która zostanie podpisana z wybranym wykonawcą jest jednym z uprawnień Zamawiającego wynikających z art. 36 ust. 1 pkt 16) ustawy PZP. Zamawiający nie może czynić z powyższego uprawnienia użytku, który byłby sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. W ocenie Odwołującego takie działanie Zamawiającego nie może być uznane za wykonywanie prawa, i nie powinno korzystać z ochrony. W ocenie Odwołującego wskazane we wcześniejszej części odwołania postanowienia wzoru umowy i załączników poza licznymi naruszeniami przepisów ustawy PZP, naruszają także podstawowe zasady prawa cywilnego, takie jak zasadę swobody umów i zasadę równości stron stosunku cywilnoprawnego, a także stanowią nadużycie prawa podmiotowego. Dodatkowo, poprzez brak doprecyzowania postanowień umowy, Zamawiający doprowadził do sytuacji, w której wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia nie posiadają precyzyjnych informacji. Konsekwencją takiej sytuacji będzie uzyskanie przez Zamawiającego zamówienia za kwotę znacznie wyższą (ponieważ obejmującą wiele niesprecyzowanych elementów i ryzyk wymagających podwyższenia ceny oferty), niż ta, za którą mógłby uzyskać zamówienie przygotowując jednoznaczną i pozbawioną niejasności dokumentację Postępowania, a w skrajnym przypadku brak ofert. Zwrócił uwagę na orzecznictwo wskazując m.in., że: Obowiązkiem zamawiającego jest określenie postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego tak, aby cel zamówienia publicznego tj. zaspokojenie określonych potrzeb publicznych został osiągnięty. W swoim działaniu nie może jednak korzystać z prawa absolutnego, oderwanego od przedmiotu zamówienia, sytuacji wykonawcy oraz ciążyących na nim obowiązków jako drugiej strony stosunku zobowiązaniowego z wykonawcą; Przerzucenie na wykonawcę takiego ryzyka, nad którym wykonawca nie ma żadnej kontroli stanowi naruszenie zasady słuszności i sprawiedliwości kontraktowej; Możliwość naliczenia kar umownych z tytułu niewykonania przez wykonawcę określonych obowiązków wynikających z umowy o realizacji zamówienia publicznego w sytuacji gdy przyczyną niewykonania danego zobowiązania będzie działanie lub zaniechanie zamawiającego jest działaniem sprzecznym z zasadami słuszności i sprawiedliwości kontraktowej. Klauzule takie są pośrednią aprobatą nieprofesjonalnego działania zamawiającego i próbą ubezpieczenia kosztem wykonawcy własnych zaniechań czy też zaniedbań. Powoływanie się na bliżej niezdefiniowany interes publiczny przez zamawiającego nie jest żadnym uzasadnieniem wprowadzenia takich klauzul do umów o realizację zamówienia publicznego. Interes publiczny wymaga od zamawiającego starannego działania, przygotowania właściwych i prawidłowych dokumentów niezbędnych do uzyskania koniecznych pozwoleń i decyzji, podejmowania współpracy z wykonawcą w celu wyeliminowania opóźnień, nie zaś jednostronnego formułowania postanowień umowy, które obarczają wykonawcę zaniechaniami i nieprawidłowymi działaniami zamawiającego; Zasady uczciwego postępowania i słuszności kontraktowej wyrażają się w tym, że podział ryzyka związanego z ewentualnym zawieszeniem prac budowlanych winien być skorelowany ze źródłem zawieszenia. O ile zasadnym może być przerzucenie na wykonawcę odpowiedzialności za zawieszenie robót spowodowane działaniem lub zaniechaniem samego wykonawcy lub osób trzecich, to w kontekście umowy o realizację zamówienia publicznego obarczenie wykonawcy skutkami działań i zaniechań zamawiającego nie może się ostać. Celem bowiem zamawiającego winno być dążenie do realizacji zamówienia, wyrażające się we współpracy z wykonawcą i podejmowaniu wszelkich możliwych działań zmierzających do realizacji umowy. Obarczenie zaś wykonawcy konsekwencjami zaniechań i działań zamawiającego nie służy powyższemu celowi w żaden sposób. Jest wyłącznie próbą niezasadnego obarczenia wykonawcy konsekwencjami własnych zaniedbań i działań. Odwołujący przyznaje, że Zamawiający, jako organizator postępowania posiada uprawnienie przede wszystkim do przygotowania opisu przedmiotu

zamówienia dostosowanego do jego indywidualnych potrzeb. Jednakże uprawnienie to nie oznacza dokonania opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji poprzez stawianie nadmiernych i nieadekwatnych do potrzeb Zamawiającego warunków, które w nieuzasadniony sposób ograniczają Odwołującemu możliwość złożenia oferty w Postępowaniu.

Sygn. akt: KIO 2442/18

Odwołujący Sygnity zarzucił naruszenie art.7, art. 22 ust. 1a oraz art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

Wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji treści SIWZ, w tym wskazanych załączników, w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania.

Stwierdził ponadto, że Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania, gdyż pragnie ubiegać się o przedmiotowe zamówienie. Czynności podjęte przez Zamawiającego, niezgodne z PZP, uniemożliwiają Odwołującemu złożenie oferty, pomimo, że jest specjalistą w przedmiocie zamówienia. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przepisów PZP Odwołujący może ponieść szkodę - nie będzie w stanie złożyć oferty i uzyskać zamówienia.

W uzasadnieniu zarzutów wskazał na następujące okoliczności:

1.Rozdział 5 pkt. 5.8.1.3 SIWZ - warunek udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej

W Rozdz. 5 pkt. 5.8.1.3 SIWZ Zamawiający wskazał warunki udziału w Postępowaniu w zakresie wykazania zdolności technicznej lub zawodowej poprzez wykazanie doświadczenia polegającego na wykazaniu, że w ciągu ostatnich 5 lat zostały zrealizowane przynajmniej dwie usługi wdrożenia systemu billingowego oraz dwie usługi utrzymania i rozwoju.

„5.8.1.3. posiadają zdolności techniczne lub zawodowe tj.,

5.8.1.3.1. *wykażą, że w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania*

ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, należycie zrealizowali z wyłączeniem okresu gwarancji (a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również realizują) co najmniej: (UWAGA: Zamawiający wyjaśnia, że w przypadku warunku dotyczącego wykazania się dwiema usługami wdrożenia systemu billingowego, Zamawiający dopuszcza tylko wdrożenie w całości wykonane i odebrane (zakończone), w przypadku warunku dotyczącego wykazania się usługą utrzymania i rozwoju systemu billingowego Zamawiający dopuszcza wykazanie się również usługą będącą w trakcie realizacji pod warunkiem, że była ona wykonywana przez okres minimum 6 miesięcy i spełnia pozostałe wymagania postawione w warunku).

5.8.1.3.2. 2 (dwie) usługi wdrożenia systemu billingowego, które łącznie spełniają poniższe warunki:

5.8.1.3.2.1.(....)

5.8.1.3.2.2.(....)

5.8.1.3.2.3.o wartości przynajmniej 15.000.000 PLN netto jednego z nich,

przy czym wartość o której mowa w niniejszym ustępie dotyczy wyłącznie wartości usługi wdrożeniowej z wyłączeniem usługi wsparcia po wdrożeniu i dostaw. licencji oprogramowania, wsparcia producenta oprogramowania i —infrastruktury technicznej i systemowej S, i

5.8.1.3.2.4.(...)

5.8.1.3.2.5.wdrożone systemy bilingowe obsługujące łącznie przynajmniej 3.500.000 punktów przyłączeniowych gazu (dalej, „PPG”), lub punktów przyłączeniowych energii (dalej, „PPE”) przy czym przynajmniej jedna z usług musi dotyczyć wdrożenia systemu obsługującego przynajmniej 2.000.000 PPG lub PPE, i

5.8.1.3.2.6.wdrożone systemy bilingowe obsługujące łącznie przynajmniej

1.300 użytkowników końcowych realizujących kluczowe procesy biznesowe (z wyłączeniem użytkowników zewnętrznych: klientów indywidualnych, lub biznesowych korzystających z funkcjonalności CSB pośrednio, lub bezpośrednio), przy czym przynajmniej jedna z usług musi dotyczyć wdrożenia systemu obsługującego przynajmniej 700 użytkowników, oraz

5.8.1.3.3(jedną) usługę utrzymania i rozwoju systemu billingowego:

5.8.1.3.3.1.(....) i;

5.8.1.3.3.2.(....)

5.8.1.3.3.3.o uśrednionej wartości rocznej powyżej 2.000.000 PLN netto, przy czym wartość o której mowa odnosi się wyłącznie do wartości świadczonej przez Wykonawcę usługi wsparcia i rozwoju z wyłączeniem wartości opłat za wsparcie producenta dla oprogramowania i sprzętu, i

5.8.1.3.3.4.(....) ; i

5.8.1.3.3.5.system bilingowy obsługujący przynajmniej 2.000.000 punktów przyłączeniowych gazu, lub punktów przyłączeniowych energii,

5.8.1.3.3.6.system bilingowy obsługujący przynajmniej 700 użytkowników

końcowych realizujących kluczowe procesy biznesowe (z wyłączeniem użytkowników zewnętrznych:klientów indywidualnych, lub biznesowych korzystających z funkcjonalności systemu billingowego pośrednio, lub bezpośrednio); ”

Według najlepszej wiedzy Odwołującego w okresie ostatnich lat nie były realizowane w Polsce nowe wdrożenia systemu bilingowego o wartości i zakresie opisanym przez Zamawiającego w warunkach udziału w Postępowaniu, za wyjątkiem dwóch postępowań prowadzonych przez Enea SA i Energa SA, które zakończyły się rozwiązaniem umowy przez zamawiających i zawarciem ugody przez Strony (informacje prasowe), przy czym oba wdrożenia były realizowane przez jednego wykonawcę. Warunki wskazane przez Zamawiającego w SIWZ, według wiedzy Odwołującego, nie mogą być spełnione przez żaden podmiot krajowy, na podstawie wdrożeń przeprowadzonych na rynku krajowym, ani samodzielnie ani w konsorcjum. Z ostrożności wskazać należy, że być może jeden wykonawca, który realizował zamówienia na rzecz Enea SA i Energa SA, o ile jego referencje z dwóch umów, które nie zostały zrealizowane, zostałyby przez Zamawiającego uznane, byłby w stanie wykazać spełnianie warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu. Jakaś część prac została bowiem przez zamawiającego odebrana. Z ostrożności Odwołujący podnosi, że gdyby taka okoliczność miała miejsce, to warunki udziału w Postępowaniu wskazane w Rozdziale 5 pkt. 5.8.1.3 SIWZ sprzyjałyby jedynie jednemu wykonawcy krajowemu. Wydaje się to o tyle prawdopodobne, że warunki wskazane w SIWZ bazują na parametrach wdrożeń dla Enea SA (2 mln odbiorców) i Energa SA (3,5 mln odbiorców) i każde min. 15 mln.

Mając na uwadze powyższe, wymaganie Zamawiającego polegające na wykazaniu wykonania i wdrożenia systemu bilingowego (gaz lub energia) o powyższych parametrach jest wymaganiem rygorystycznym, nadmiernym i naruszającym zasadę uczciwej konkurencji. Jest to bezsporne ograniczenie rynku do wykonawców, którzy świadczyli takie usługi w Europie i potencjalnie jednego wykonawcy krajowego, z pominięciem wielu wykonawców prowadzących swoją działalność w obszarze tworzenia i wdrażania systemów bilingowych. Tym samym, w ocenie Odwołującego, możemy mieć do czynienia z sytuacją, kiedy żaden podmiot polski, z wyjątkiem jednego, nie będzie miał możliwości złożenia oferty w Postępowaniu. Tak postawione wymaganie narusza przepis art. 22 ust. 1a w związku z art. 7 ust. 1 Pzp. Bezspornym pozostaje, że przy uznaniu referencji jednego wykonawcy, który świadczył porównywalne usługi na rzecz Enea SA i Energa SA, wykonawca ten zyskałby pozycję nie tylko uprzywilejowaną ale przede wszystkim mógłby być jedynym, który spełniłby warunki udziału w Postępowaniu. Ze względu na charakter rynku w obszarze usług bilingowych i sytuację na rynku krajowym, inni zamawiający stawiali wymagania dla usługi wykonania i wdrożenia systemu bilingowego w sposób konkurencyjny tak, aby mogli w postępowaniu złożyć oferty wykonawcy krajowi i ich konsorcja. Przykładem może być tutaj postępowanie na „Dostawy i wdrożenie systemów obsługi i rozliczeń klientów dla PGE Obrót S.A. oraz PGE Dystrybucja S.A” prowadzone przez PGE Obrót S.A. w roku 2016 (Dz.U./S S13 20/01/2019458-2016-PL), które z innych przyczyn niż warunki udziału w postępowaniu, zostało unieważnione. Postępowanie to miało porównywalny charakter do Postępowania. W założeniach system obsługi i rozliczeń klientów dla PGE Obrót S.A. oraz PGE Dystrybucja S.A. miał obsługiwać co najmniej 5,4 mln odbiorców energii elektrycznej. PGE Obrót S.A. wskaza następujące warunki udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia:

1) posiadania wiedzy i doświadczenia tj.;

a. wykonali należycie w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania Wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy-w tym okresie, co najmniej jeden projekt obejmujący dostawę i wdrożenie systemu informatycznego wspierającego proces rozliczeń w przedsiębiorstwie sektora Utility (tj. elektroenergetycznym, gazowym, ciepłowniczym lub wodno-kanalizacyjnym):

- w zakres którego wchodziło zaprojektowanie, budowa, wdrożenie systemu, jego integracja na poziomie sprzętowo aplikacyjnym w strukturze wewnętrznej systemu oraz integracja zamawianego systemu z innymi systemami działającymi u zamawiającego, migracja danych z systemów eksploatowanych przez zamawiającego, dostawa licencji oraz świadczenie usług utrzymaniowych,

- którego efektem był wdrożony system obsługujący przynajmniej 800 000 (osiemset tysięcy) klientów lub PPM(PPM - punkt poboru medium) oraz umożliwiający jednoczesną pracę 500 (pięćset) użytkowników oraz

(....)

Przez system informatyczny wspierający proces rozliczeń o którym mowa w lit a powyżej, rozumie się system obejmujący co najmniej:

a)obsługę i ewidencję danych pomiarowych w zakresie rozliczeń i obsługi zgłoszeń;

b)obsługę sprzedaży usług i produktów oraz obsługę związanych z tym umów;

c)rozliczanie i fakturowanie;

d)zarządzanie przychodami i należnościami;

e)obsługę windykacji.

Przez system informatyczny wspierający obsługę klienta o którym mowa w lit. b powyżej, rozumie się system obejmujący co najmniej:

a)zarządzanie ofertą;

b)realizację kampanii sprzedażowych i utrzymaniowych;

c)przyjmowanie, rejestracja i zarządzanie obsługą zgłoszeń;

d) ewidencja umów z klientami;

e) obsługę windykacji;"

Tak sformułowane warunki były efektem wiedzy PGE Obrót S.A., że to są najwyższe możliwe do spełnienia wymagania udziału w postępowaniu przez wykonawców działających na rynku polskim. Warunki te w sposób istotny różnią się od warunków sformułowanych przez Zamawiającego w Postępowaniu. Podkreślenia wymaga fakt, że od stycznia 2016 r. do dnia ogłoszenia o przedmiotowym zamówieniu nie został ogłoszony żaden przetarg na system bilingowy ani nie zostało zrealizowane, według wiedzy Odwołującego, żadne zamówienie o wielkości i zakresie porównywalnym do wskazanego w Postępowaniu."

Odwołujący wniósł o zmianę brzmienia punktu 5.8.1.3 zgodnie z poniższym:

„5.8.1.3. posiadają zdolności techniczne lub zawodowe tj.

5.8.1.3.1. wykazają, że w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania

ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, należycie zrealizowali z wyłączeniem okresu gwarancji (a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również realizują) co najmniej: (UWAGA: Zamawiający wyjaśnia, że w przypadku warunku dotyczącego wykazania się dwiema usługami wdrożenia systemu bilingowego, Zamawiający dopuszcza tylko wdrożenie w całości wykonane i odebrane (zakończone), w przypadku warunku dotyczącego wykazania się usługą utrzymania i rozwoju systemu bilingowego Zamawiający dopuszcza wykazanie się również usługą będącą w trakcie realizacji pod warunkiem, że była ona wykonywana przez okres minimum 6 miesięcy i spełnia pozostałe wymagania postawione w warunku).

5.8.1.3.2. jedna usługa wdrożenia systemu bilingowego,

5.8.1.3.2.1. (...)

5.8.1.3.2.2. w przypadku, gdy Wykonawca zamierza zaproponować Zamawiającemu architekturę rozwiązania opartą o:

5.8.13.2.2.2. (...)

5.8.1.3.2.3. o wartości przynajmniej 5.000.000 PLN netto,

5.8.1.3.2.4. (...)

5.8.1.3.2.5. wdrożony system bilingowy obsługuje przynajmniej 1.500.000 punktów przyłączeniowych gazu (dalej „PPG”), lub punktów przyłączeniowych energii (dalej „PPE”)

5.8.1.3.2.6. wdrożone systemy bilingowe obsługujące łącznie przynajmniej 500 użytkowników końcowych realizujących kluczowe procesy biznesowe (z wyłączeniem użytkowników zewnętrznych: klientów indywidualnych, lub biznesowych korzystających z funkcjonalności CSB pośrednio, lub bezpośrednio),

5.8.133 (jedną) usługę utrzymania i rozwoju systemu bilingowego:

5.8.133.1. (...);

5.8.133.2.1. (...)

5.8.1.3.3.3. o uśrednionej wartości rocznej powyżej 2.000.000 PLN netto, przy czym wartość o której mowa odnosi się wyłącznie do wartości świadczonej przez Wykonawcę usługi wsparcia i rozwoju z wyłączeniem wartości opłat za wsparcie producenta dla oprogramowania i sprzętu, i

5.8.1.3.3.4. (...)

5.8.1.3.3.5. system bilingowy obsługujący przynajmniej 1.500.000 punktów przyłączeniowych gazu, lub punktów przyłączeniowych energii, i

5.8.1.3.3.6. system bilingowy obsługujący przynajmniej 500 użytkowników końcowych realizujących kluczowe procesy biznesowe (z wyłączeniem użytkowników zewnętrznych: klientów indywidualnych, lub biznesowych korzystających z funkcjonalności systemu bilingowego pośrednio, lub bezpośrednio);”

1. Opis Przedmiotu Zamówienia (OPZ) - Załącznik nr 1 do Załącznika nr 2 SIWZ - integracja systemów

Zamawiający wymaga przeprowadzenia integracji Centralnego Systemu Bilingowego z systemami posiadanymi przez Zamawiającego. Sposób opisanie integracji przez Zamawiającego nie pozwala na wycenę tego elementu wdrożenia i złożenie ważnej oferty, ze względu na poniższe braki. Opisanie w pkt. 7.2 (strona 33 OPZ) założenia do integracji nie zawierają specyfikacji procesów biznesowych; a jedynie grupy usług podlegających integracji (Rys 4: Główne przepływy informacji do i z systemu bilingowego). Brak szczegółowej specyfikacji uniemożliwia dokładną wycenę wymaganych do wdrożenia usług integracyjnych. Opisanie procesów biznesowych realizowane jest przez Wykonawcę w ramach wdrożenia i stanowi jeden z produktów podlegających odbiorowi (Projekt funkcjonalny systemu, pkt. 5.2.3.2). Opisanie na Rys. 4 główne przepływy nie wskazują potencjalnego zwielokrotnienia usług w zależności od ilości systemów zewnętrznych dostarczających i odbierających dane. Przykładowo Rys. 4 definiuje konieczność przygotowania interfejsów obsługujących komunikację z bankami (6 różnych grup usług), jednak nie wskazano z usług ilu banków korzysta Zamawiający. O ile mechanizm obsługi funkcjonalnej danych pobieranych za pomocą tych interfejsów do systemu bilingowego może być jeden, o tyle implementacja komunikacji z kolejnymi bankami może być różna. Co więcej, etap testowania interfejsów z bankami może znacząco zmienić harmonogram wdrożenia, ze względu na duży nacisk

jaki banki kładą na bezpieczeństwo komunikacji z systemami zewnętrznymi. W opisie wymagań integracyjnych nie wskazano również, które usługi zrealizowane mają być w modelu synchronicznym, a które w modelu asynchronicznym. Konieczność przygotowania każdego z tych modeli wymaga odpowiedniego zaprojektowania architektury wewnętrznej dostarczanego rozwiązania. Określenie tej specyfikacji jest przedmiotem produktów:

- 5.2.3.4: „Koncepcja Realizacji Integracji Systemu z innymi systemami wykorzystywanymi przez Zamawiającego (zawierająca co najmniej zakres i przepływ danych, sposób i forma przekazywania danych, częstotliwość i sposób uruchamiania, wolumen danych, metodę monitorowania poprawności działania integracji, postępowanie w przypadku błędów wraz z obsługą błędów, postępowanie awaryjne). Dokument musi zostać przekazany do odbioru nie później niż na 6 (słownie: sześć) miesięcy przed realizacją pierwszej testowej migracji pierwszej Transzy Migracji.”
- 5.2.3.5 „Specyfikacja Realizacji Integracji zawierająca szczegółowy opis opracowywanych w Projekcie integracji z systemami zewnętrznymi w tym: opis zastosowanej metody, przedstawienie mechanizmu integracji, techniczny opis integracji dla każdego komponentu objętego integracją”.

Wymagania w zakresie integracji są niejednoznaczne i niekompletne, nie wyczerpują zagadnienia w sposób umożliwiający Odwołującemu wykonanie swoich zobowiązań w zakresie integracji a także w sposób umożliwiający identyfikację zakresu prac po stronie Odwołującego i tym samym dokonania wyceny tego obszaru. Wskazał na naruszenie przepisu art. 29 ust. 1 w związku z art. 7 ust. 1 Pzp.

Odwołujący wniósł o uzupełnienie OPZ o szczegółowy opis wymagań i procesu integracji pod kątem powyższych braków tak, aby zakres obowiązków wykonawcy w tym obszarze był możliwy do zidentyfikowania, zgodny z oczekiwaniem Zamawiającego, i możliwy do wycenienia.

2.Opis Przedmiotu Zamówienia (OPZ) -Załącznik nr 1 do Załącznika nr 2 SIWZ - migracja danych

Zamawiający wymaga przeprowadzenia migracji danych do Centralnego Systemu Bilingowego z systemów posiadanych przez Zamawiającego. Sposób opisanie migracji przez Zamawiającego nie pozwala na wycenę tego elementu wdrożenia i złożenie ważnej oferty, ze względu na poniższe braki. W pkt 4.5 (strona 10 OPZ) brakuje informacji o ilości danych podlegających migracji oraz rozłożenia tych danych pomiędzy wskazanymi do migracji bazami danych. Punkt 4.5 wskazuje na Tabelę 2: „Liczba instancji systemów bilingowych oraz orientacyjna liczba aktywnych punktów poboru na moment uruchomienia postępowania”, przy czym w tym samym punkcie Zamawiający zastrzegł, iż dane te mają charakter poufny i na obecnym etapie nie zostały one udostępnione. Brak tych informacji ma kluczowe znaczenie w kontekście zapisów pkt. 5.4.7 (strona 22 OPZ) o pełnej odpowiedzialności Wykonawcy za realizację migracji. Jednocześnie w pkt. 4.4 (strona 10) wskazano, że zakres migracji obejmuje 6 różnych systemów bilingowych dostarczonych przez 4 różnych dostawców, ale migracji podlega 98 niezależnych baz danych. W OPZ brakuje informacji, czy wskazane do migracji bazy danych występują tylko w 6 różnych wersjach (po jednej dla każdego wskazanego systemu bilingowego), czy też stanowią one różne wersje, nawet o obrębie tego samego systemu podlegającego migracji. Brak tej informacji jest znaczący z punktu widzenia oszacowania ilości algorytmów migracyjnych lub ich wariantów oraz kosztów analizy mapowania źródłowych modeli danych na model docelowy. Informacja ta jest znacząca również z punktu widzenia kosztów prowadzenia migracji oraz testowania na każdym etapie przygotowania i realizacji migracji testowych i produkcyjnych. Wymagania w zakresie migracji są niejednoznaczne i niekompletne, nie wyczerpują zagadnienia w sposób umożliwiający Odwołującemu wykonanie swoich zobowiązań w zakresie migracji a także w sposób umożliwiający identyfikację zakresu prac po stronie Odwołującego i tym samym dokonania wyceny tego obszaru. Brak jednoznacznego i wyczerpującego opisu wymagań stanowi naruszenie przepisu art. 29 ust. 1 w związku z art. 7 ust. 1 Pzp.

Odwołujący wniósł o uzupełnienie OPZ o szczegółowy opis wymagań i procesu migracji pod kątem powyższych braków tak, aby zakres obowiązków wykonawcy w tym obszarze był możliwy do zidentyfikowania, zgodny z oczekiwaniem Zamawiającego, i możliwy do wycenienia.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie w piśmie z dnia 6 grudnia 2018 r. poinformował, że postanowił uwzględnić częściowo zarzuty podniesione w odwołaniach zapowiadając stosowną modyfikację/zmianę SIWZ (odpowiednio jej załączników). Podał również, w odniesieniu do żądania wydłużenia terminu składania ofert, że Zamawiający przewidział 52 dni od przekazania ogłoszenia do wspólnotowego publikatora na złożenie oferty (14.11.2018 — 4.01.2019 r.) z góry uwzględniając krótszy czas na zapoznanie się z dokumentami objętymi poufnością. Podkreślił, że termin składania ofert zgodnie z art. 43 ust. 2 Pzp nie może być krótszy niż 35 dni od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej. Dalej oświadczył, że Zamawiający z góry ustanowił zatem termin znacznie dłuższy — wynoszący 52 dni. Zatem od dnia 27 listopada (udostępnienie dokumentów poufnych) do 4 stycznia 2019 r. (termin składania ofert) jest 38 dni tj. również więcej niż minimalny termin 35 dni wynikający z art. 43 ust. 2 Pzp. Nie doszło zatem do naruszenia ustawy PZP w analizowanym zakresie. Konkludując, stwierdził, że termin składania ofert zostanie wydłużony nie tylko z uwagi na żądanie Odwołującego, ale również z uwagi na wpływające wnioski o wyjaśnienia treści SIWZ oraz planowane przez Zamawiającego zmiany w SIWZ związane z uwzględnieniem części

zarzutów z odwołań. Zamawiający zatem deklaruje, że termin składania ofert zostanie wydłużony co najmniej o 11 dni, gdyż nie można wykluczyć, że będzie to okres nawet dłuższy. W odniesieniu do pozostałych nieuwzględnionych zarzutów wniósł o oddalenie odwołań.

Wnoszący odwołanie wykonawcy (wykonawca DXC oraz wykonawca Sygnity) mając na uwadze stanowisko Zamawiającego podane w odpowiedzi na odwołanie ograniczyli odwołania co do następujących zarzutów:

Sygn. akt: KIO 2436/18

Odwołujący DXC podtrzymał odwołanie w zakresie zarzutów i żądań dotyczących Wzoru umowy -podniesionych w odwołaniu w jego punkcie:

- 1)pkt 3 dotyczący § 25 ust.15 oraz ust. 19 i 20 Wzoru umowy (str. 27);
- 2)z pkt 4 dotyczący § 30 ust.12 i 13 Wzoru umowy (str. 30);
- 3)pkt 5 w części nie uwzględnionej dotyczący § 30 ust.21 i 23 Wzoru umowy (str. 34);
- 4)pkt 6 dotyczący § 27 ust.1 i 3 Wzoru umowy (str. 37);
- 5)pkt 8.1 dotyczący § 11ust. 4 Wzoru umowy (str. 40);
- 6)pkt 9 dotyczący § 13 ust.8 Wzoru umowy(str. 41);
- 7)pkt 10 dotyczący § 14 ust.4 Wzoru umowy (str. 42);
- 8)pkt 11 dotyczący § 14 ust.5 Wzoru umowy (str. 44);
- 9)pkt 14 dotyczący § 24 ust.10 i 11 Wzoru umowy (str. 48)

Sygn. akt: KIO 2442/18

Odwołujący Sygnity podtrzymał zarzut z punktu pierwszego odwołania (str 3) dotyczący warunku z rozdziału 5 pkt 5.8.1.3 SIWZ.

Do postępowania odwoławczego po stronie Odwołujących, wnosząc o uwzględnienie odwołań przystąpienie zgłosili:

- 1)w sprawie o sygn. akt: KIO 2436: wykonawca Sygnity S.A z Warszawy, wykonawca Essembli sp. z o.o. z Warszawy oraz wykonawca Oracle Polska spółka z o.o. z Warszawy i wykonawca Asseco Poland S.A z Warszawy;
- 2)w sprawie o sygn. akt: KIO 2442: wykonawca Asseco Poland S.A z Warszawy, wykonawca Essembli sp. z o.o. z Warszawy i wykonawca Cross sp. z o.o. z Warszawy.

Także wykonawca Asseco Poland S.A z Warszawy oraz wykonawca Essembli sp. z o.o. z Warszawy zgłosili przystąpienia do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 2442/18 jednakże z uwagi na częściowe uwzględnienie zarzutów w odwołaniu i stanowisko wnoszącego odwołanie Sygnity S.A z Warszawy oświadczyli, że cofają zgłoszone przystąpienie do postępowania odwoławczego w tej sprawie.

Rozpoznając odwołanie w zakresie wskazanych powyżej zarzutów Izba zważyła, co następuje:

Zarzuty podnoszone w odwołaniu nie zasługują na uwzględnienie.

Przedmiot tego zamówienia, któremu Zamawiający nadał nazwę: „Dostawa, wdrożenie i serwis Centralnego Systemu Billingowego w PGNiG Obrót Detaliczny Sp. z o.o.” obejmuje zgodnie z jego opisem według specyfikacji istotnych warunków zamówienia (pkt 4.1.) oraz Wzoru umowy i Opisu przedmiotu zamówienia - bardzo złożone, różnorodne świadczenia, w szczególności: Usługę zaprojektowania i Budowy oraz Wdrożenia Centralnego Systemu Billingowego, Usługę Asysty Powdrożeniowej, Usługę Utrzymania Centralnego Systemu Billingowego, Usługę przygotowania i realizacji Transferu Wiedzy oraz Usługę Wsparcia Konsultanckiego dotyczącego Centralnego Systemu Billingowego.

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia określony został przede wszystkim we Wzorze Umowy, która stanowi Załącznik nr 2 do SIWZ, a jej jednym z kluczowych załączników jest Opis przedmiotu zamówienia stanowiący załącznik nr 1 do tego Wzoru Umowy. Nazwa nadana przez Zamawiającego w Ogłoszeniu i powtórzona w punkcie 4.1. SIWZ to nazwa bardzo ogólna, a jej uszczegółowienie ma miejsce w jej kluczowym załączniku Opisie Przedmiotu Zamówienia stanowiącym integralną część Wzoru Umowy. Należy także zwrócić uwagę na inne niż OPZ załączniki, do tego Wzoru Umowy stanowiące także integralną jej część, w których nastąpiło rozwinięcie (czy uzupełnienie) jej postanowień a także ważną wskazówkę interpretacyjną, w tych przypadkach gdy zdaniem wykonawcy określone postanowienie wymagałoby takiej interpretacji. Także procedura zapytań przewidziana w art. 38 ust. 1 ustawy Pzp stanowi kluczowe narzędzie dla potwierdzenia istoty danego postanowienia, o ile wykonawca nie znajduje jego zdaniem odpowiedzi w postanowieniach dokumentacji, a z uwagi na ich znaczenie nie chce przenosić na siebie ciężaru ryzyka błędu w interpretacji wymagania. Należy tu wskazać na zastrzeżone jako poufne załączniki nr 2 oraz załącznik nr 14.

Zdaniem Izby treść zarzutów z odwołania opisanych powyżej i podnoszona argumentacja wskazują, że Odwołujący oparli się na postanowieniach Wzoru Umowy nie uwzględniając postanowień w pozostałych opisanych dokumentach, w tym postanowień OPZ.

Wymaga podkreślenia, że z istoty tego Projektu (przedmiotu zamówienia) wynika, że jego realizacja następuje od etapu projektowego, a sposób wykonania jest precyzowany w dużej mierze na etapie po zawarciu Umowy. Tak jak wskazano w § 2 Wzoru Umowy - w wyniku przeprowadzonego postępowania zostanie zawarta umowy, której Przedmiotem będzie: „zaprojektowanie, budowa, wdrożenie i uruchomienie CSB wraz z dostarczeniem i serwisem Infrastruktury Technicznej i Systemowej i licencji do Oprogramowania, wraz z wykonaniem migracji danych Zamawiającego oraz integracji z systemami posiadanymi lub wykorzystywanymi przez Zamawiającego oraz świadczeniem Asysty Powdrożeniowej, Utrzymania i Wsparcia Konsultanckiego, a także zarządzania Projektem i Transferem Wiedzy, w terminach i na zasadach wynikających z niniejszej Umowy, w tym z Załączników. Zakres świadczeń składających się na przedmiot Umowy został wskazany w pkt 2 Załącznika nr 1 do Umowy, OPZ”.

We Wzorze Umowy (w § 3) wskazano, że strony ustalą: „Harmonogram Generalny realizacji Umowy obejmujący następujące Etapy, których terminy realizacji zostały wskazane na podstawie harmonogramu zadeklarowanego w Ofercie oraz wymagań OPZ co do terminów realizacji Projektu, w szczególności zawartych w treści Rysunku2 Konceptcja harmonogramu realizacji Projektu oraz Tabeli 5 Dokumentacja”. O etapach realizacji i ich wynagrodzeniu ma decydować wykonawca.

Dalej wskazano, że ten Harmonogram zostanie doprecyzowany poprzez ustalenie szczegółowych terminów realizacji Umowy w Etapie 1 – Przygotowanie do Projektu, zgodnie z wymogami zawartymi w Umowie i Załącznikach, w szczególności OPZ oraz na podstawie harmonogramu zadeklarowanego przez Wykonawcę w Ofercie. Zgodnie z ust.6 w § 3 Wzoru Umowy: „Wykonawca jest zobowiązany do takiego zaprojektowania Projektu, w szczególności jego szczegółowego harmonogramu, który pozwoli na realizację Projektu w terminie 48 miesięcy od rozpoczęcia Projektu”.

W kolejnych postanowieniach Wzoru Umowy wskazuje się na kluczowe dokumenty, które opracuje wykonawca: Karta Projektu oraz Szczegółowy Plan Projektu W przypadku, gdy „Wykonawca nie przedstawi w Karcie Projektu i Szczegółowym Planie Projektu innego harmonogramu wykonania Projektu, zgodnego z harmonogramem zadeklarowanym w Ofercie i zaakceptowanego przez Zamawiającego zgodnie z postanowieniami Umowy, Wykonawca jest zobowiązany do przestrzegania Harmonogramu Generalnego co do terminów wykonania danego Etapu oraz co do zadań objętych danym Etapem”. (§ 4 ust.7). Także o kluczowych etapach Projektu zdecyduje Wykonawca, któremu w tym Projekcie powierzono zarządzanie Projektem od podstaw (od jego zaprojektowania). We Wzorze Umowy jak i jej załącznikach ustalony został szczegółowy zakres zadań przypisanych Wykonawcy a także zakres prac, który ma zrealizować Zamawiający samodzielnie oraz we współpracy z Wykonawcą.

Należało zgodzić się z Zamawiającym, że specyfika wdrażanego Systemu będzie zależna od rozwiązania zaoferowanego przez Wykonawcę i Zamawiający nie wie jak będzie wyglądał docelowy model danych w oferowanym przez Wykonawcę rozwiązaniu.

Jak wynika z analizy treści odwołań (także co do tych zarzutów nie podtrzymanych na rozprawie) - Odwołujący uznając, że przedmiot zamówienia w zakresie integracji Systemu z innymi systemami Zamawiającego został niedostatecznie opisany oczekiwali uzupełnienia OPZ o szczegółowe wymogi w zakresie specyfikacji procesów biznesowych, potencjalnego zwielokrotnienia usług oraz informacji, które usługi zrealizowane mają być w modelu synchronicznym, a które w modelu asynchronicznym.

Izba ponownie zwraca uwagę, że w ramach projektu jednym z zadań Wykonawcy jest zaprojektowanie realizacji podanych przez Zamawiającego procesów biznesowych w ramach oferowanego Systemu. Tak jak podnosił Zamawiający nie jest jego intencją, aby w ramach wdrażanego rozwiązania zostały odzwierciedlone jego aktualne procesy biznesowe, ale oczekuje, że po wdrożeniu systemu sposób realizacji jego procesów biznesowych ulegnie zmianie zgodnie z dobrymi praktykami oraz możliwościami oferowanymi przez wdrażany System. Zamawiający w punkcie 7 preambuły Wzoru Umowy wskazał, że: „Intencją Zamawiającego jest, by Wykonawca zaprojektował i dostosował do potrzeb Zamawiającego, zgodnie z wszystkimi wymaganiami, CSB, wraz z jego integracją z systemami informatycznymi wykorzystywanymi przez Zamawiającego oraz migracją do CSB danych dotyczących Punktów Poboru, a także utrzymywał System przez okres Umowy. Zamawiający w ograniczonym zakresie wskazał w tym Postępowaniu techniczne wymagania wobec Systemu. a także określił swoje wymagania biznesowe, albowiem rolą Wykonawcy jest takie zaprojektowanie i wykonanie Systemu i zaproponowanie takiej specyfikacji technicznej oraz zakresu funkcjonalności, które pozwolą na pełne zrealizowanie wymogów i celów Zamawiającego określonych W Umowie, tym w Załącznikach. Zamawiający także w OPZ potwierdził swoje oczekiwanie wskazując m.in. w pkt 5.8.1 na szkolenia z wdrażanego rozwiązania bazowego realizowane na początku Projektu, które mają na celu przekazać Zamawiającemu wiedzę odnośnie funkcjonalności i działania rozwiązania bazowego zaproponowanego przez Wykonawcę. W oparciu o tak nabytą wiedzę, w kolejnym kroku w ramach Projektu zostanie opracowany Projekt Funkcjonalny Systemu (OPZ 5.2.3.2), zawierający m.in. opis realizacji procesów biznesowych w oferowanym rozwiązaniu. Także w OPZ (rys. 4) przedstawiono główne przepływy informacji zidentyfikowane przez Zamawiającego. Ich dokładna analiza, której wynikiem jest opracowanie Konceptcji Integracji oraz Specyfikacji Integracji Systemu z danym systemem wykorzystywanym przez

Zamawiającego, jest zadaniem Wykonawcy. Także należy zwrócić uwagę, że trwałość Realizacji etapów wcześniejszych jest zależna od powodzenia wdrożenia etapów późniejszych. W konsekwencji wymagania dla tego przedmiotu zamówienia i jego złożoność zdecydowały o oddaleniu zarzutów z odwołań, co do ich przedmiotowego (sygn. akt: KIO 2436/18) jak i podmiotowego (sygn. akt: KIO 2442/18) aspektu.

Sygn. akt: KIO 2436/18

Zarzut z punktu 3 odwołania (kary umowne) w zakresie § 25 ust.15 Wzoru Umowy.

Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego braku uzasadnienia do wykreślenia tego postanowienia. W myśl bowiem tej regulacji (Postanowienie Ogólne) w jej końcowej części: „Wykonawca może się uwolnić od odpowiedzialności wykazując, że zdarzenie będące przyczyną nałożenia kary nastąpiło z przyczyn, za które odpowiedzialność ponosi Zamawiający (...)”. Z tego też względu Izba nie znalazła podstaw do wykreślenia w całości postanowienia ust.15, o co wnioskował wykonawca.

Z kolei postanowienia § 25 ust.19 i ust.20 Wzoru Umowy (*Kary umowne za opóźnienie w wykonaniu umowy*) w ocenie Izby są uzasadnione charakterem Projektu. Tak jak wskazywał Zamawiający w związku z charakterem Projektu CSB, który polega na powierzeniu Wykonawcy zaprojektowania od podstaw oraz zarządzania całością Projektu j oddaniu w ręce Wykonawcy w dużym stopniu kontroli nad Projektem, w słusznym interesie Zamawiającego leży zbudowanie narzędzi umownych, zwłaszcza kar umownych, które pozwolą na skuteczne egzekwowanie od Wykonawcy należytej realizacji Umowy. W związku ze wskazanym charakterem i skomplikowaniem projektu oraz przyznaniem Wykonawcy wiodącej roli w zarządzaniu i kierowaniu projektem, uzasadnione jest ponoszenie przez Wykonawcę ryzyka opóźnień w Projekcie, którym sam zarządza.

Izba zgodziła się także z Zamawiającym, że liczenie kar umownych od całkowitego wynagrodzenia (a nie jego części) jest uzasadnione także charakterem Projektu CSB, w którym podział wynagrodzenia za poszczególne elementy Projektu zależy w dużej mierze od decyzji Wykonawcy. Podział wynagrodzenia w § 19 na poszczególne prace w ramach Umowy jest zależny od tego, jakie ceny wskaże Wykonawca w ofercie. Wykonawca ma w tym zakresie zgodnie z pkt 16.1.3. SIWZ tylko dwa (2) ograniczenia - (1) wartość opcji nr 2 nie może przekroczyć wartości iloczynu 12 miesięcy i sumy cen brutto za Usługi Utrzymania Systemu w ramach Opcji 1 i (2) wartość 9000 roboczogodzin będzie iloczynem średniej stawki za roboczogodzinę na prace dodatkowe i ilości roboczogodzin. W związku z tym, ze względu na konieczność wyeliminowania wpływu Wykonawcy - na zmianę wysokości kar umownych poprzez sposób przydzielenia przez Wykonawcę cen w ofercie do poszczególnych składników zamówienia, uzasadnione jest ustalanie wysokości kar umownych w oparciu o cenę globalną zamówienia, wskazaną w § 19 ust. 1 Umowy. Ponadto, w związku z faktem, że kary umowne są liczone od całości wynagrodzenia, zostały one w poszczególnych przypadkach „zdarzeń karanych” określone jako odpowiednio niski procent całości wynagrodzenia, odpowiadający wyważonej i pożądanej dotkliwosci kary. Izba zwraca uwagę, że wykonawca nie wykazał, by w konkretnych przypadkach kar umownych przewidzianych w Umowie, procent całości wynagrodzenia, jaki ma stanowić dana kara, był rażąco wysoki. Niewątpliwie dokonanie zmiany wysokości kar umownych poprzez odniesienie ich do wysokości poszczególnych składników wynagrodzenia, prowadziłaby do uzasadnionej zmiany procentowej wartości danej kary umownej, a to nie zostało przez wykonawcę zauważone w proponowanych żądaniach zmian.

Niewątpliwie realizacja tego Projektu – jak jest to wskazywane – została skierowana do Wykonawcy, jako podmiotu posiadającego doświadczenie i wiodącą rolę na rynku jako dostawcy kompletnego know-how dla rozwiązań w obszarze bilingu przedsiębiorstw energetycznych i tym samym taki podmiot powinien być zdolny do skalkulowania przewidzianych w Umowie kar umownych, ze względu na typowo występujące w tego typu projektach zdarzenia, i ma możliwość uwzględnienia ich w cenie oferty. Możliwość kształtowania przez zamawiającego kar umownych, tj. podstaw i sposobu ich naliczania, wynikająca z zasady swobody umów (art. 353 (1) k.c.) oraz możliwości umownego rozszerzenia odpowiedzialności dłużnika uzależnionej od jego winy Krajowa Izba Odwoławcza (tak jak wskazywał Zamawiający) podkreślała niejednokrotnie w dotychczasowym orzecznictwie.

Zarzut z pkt 4 odwołania w zakresie § 30 ust. 12 i 13 Wzoru Umowy (uprawnienia do odstąpienia od Umowy przez Zamawiającego).

Izba podzieliła pogląd Zamawiającego, że wykonawca domaga się doprecyzowania okoliczności, w których Zamawiającemu przysługuje prawo odstąpienia od Umowy podczas gdy Zamawiający zbudował katalog przesłanek odstąpienia od Umowy przywiązując dużą wagę do tego, by uwzględnić w nim te elementy realizacji Umowy, których opóźnienie naraża na porażkę realizację całej Umowy bądź jest symptomem niezdolności Wykonawcy do wykonania dalszej części Umowy. W szczególności § 30 ust. 12 lit. d), którego wykreślenie postuluje Wykonawca, dotyczy opóźnienia w realizacji pierwszej Transzy Migracji, która jest jednym z kluczowych i najtrudniejszych punktów Projektu, a niezdolność do jej prawidłowej realizacji, przejawiająca się w opóźnieniu Wykonawcy, może być objawem niezdolności Wykonawcy do realizacji całości migracji danych do Systemu. W takim przypadku w słusznym interesie Zamawiającego

leży możliwość odstąpienia od Umowy, której szanse na prawidłową realizację znacząco zmalały. Dodatkowo, w przypadku § 30 ust. 12 lit. d), możliwość odstąpienia przez Zamawiającego następuje dopiero po trzykrotnym niepowodzeniu w odbiorze Transzy Migracji - co wyklucza nagłość odstąpienia przez Zamawiającego z punktu widzenia Wykonawcy. Ziszczenie się przesłanki odstąpienia wskazanej w § 30 ust. 12 lit. d) dla Zamawiającego może oznaczać ponadto konieczność rezygnacji z wdrożenia CSB oraz powrotu do starego systemu bilingowego, ponieważ może oznaczać brak realnej zdolności uruchomienia przez Wykonawcę wdrażanego Systemu. Zamawiający musi mieć zapewnioną w takim przypadku możliwość rezygnacji z kontynuowania zamówienia.

Izba zgodziła się także z Zamawiającym, że charakter zamówienia, obejmujący złożone i różnorodne świadczenia, których sposób wykonania jest precyzowany w dużej mierze na etapie po zawarciu Umowy, nie daje Zamawiającemu możliwości wymienienia we Wzorze Umowy z nazwy wszystkich sposobów jej naruszenia przez Wykonawcę, które mogą skutkować koniecznością odstąpienia od Umowy z punktu widzenia Zamawiającego. Dlatego koniecznym jest, dla ochrony słuszných interesów Zamawiającego, istnienie przesłanki do odstąpienia od Umowy określonej w § 30 ust. 12 lit. o), dotyczącej „innego istotnego naruszenia przez Wykonawcę warunków Umowy”. Przesłanka ta również nie będzie skutkować nagłością ewentualnego odstąpienia od Umowy przez Zamawiającego z punktu widzenia Wykonawcy lub godzeniem w jego interes w nieuzasadniony sposób. Po pierwsze bowiem, przesłanka ta ogranicza się do naruszeń istotnych, a ponadto wymagane jest (po zmianie tego postanowienia) wezwanie przez Zamawiającego do zaprzestania naruszeń, a odstąpienie jest możliwe dopiero w razie ich niezaprzestania lub nieusunięcia w terminie 14 dni przez Wykonawcę.

Zarzut z pkt 5 odwołania w zakresie § 30 ust. 21 i 23 Wzoru Umowy (uprawnienia do wypowiedzenia Umowy przez Zamawiającego).

Odwołujący domaga się ograniczenia okoliczności, w których Zamawiającemu przysługuje prawo wypowiedzenia Umowy. W tym przypadku Zamawiający uwzględnił zarzut częściowo i jak wskazał, sprecyzował przesłanki wypowiedzenia Umowy, dlatego nie może być mowy o wypowiedzeniu dowolnym przez Zamawiającego. Nie może być też mowy o wypowiedzeniu Umowy w dowolnym momencie, gdyż wypowiedzenie może dotyczyć Umowy w zakresie, w jakim stanowi ona umowę o świadczenie usług, a takie usługi świadczone są zasadniczo już po uruchomieniu Systemu dla zmigrowanych Transz Migracyjnych. Ponadto, podnoszona przez Odwołującego dysproporcja w uprawnieniach Wykonawcy i Zamawiającego dotyczących możliwości wypowiedzenia Umowy jest pozorna, gdyż zgodnie z bezwzględnie obowiązującymi przepisami kodeksu cywilnego (art. 746 k.c. w zw. z art. 750 k.c.) Wykonawca może wypowiedzieć umowę o świadczenie usług z ważnych powodów, którego to uprawnienia nie można wyłączyć. Także w tym przypadku Zamawiający modyfikując uprawniając Zamawiającego do wypowiedzenia umowy w każdym czasie z ważnych powodów, wprowadził konieczność uprzedniego wezwania Wykonawcy z wyznaczeniem terminu 14 dni na usunięcie naruszeń przez Wykonawcę. Co do postanowienia § 30 ust. 21 lit. i), Izba zgodziła się z Zamawiającym, że stosownie do zasad wykonywania zobowiązań, których nie modyfikuje Umowa w zakresie podstaw rozwiązania Umowy, strona nie ponosi odpowiedzialności za takie nienależyte wykonanie zobowiązań, którego przyczyną są okoliczności spowodowane przez drugą stronę. Dlatego w przypadku, gdy niemożliwość przywrócenia dostępności Systemu będzie spowodowana wyłącznie okolicznościami, za które odpowiada Zamawiający, podstawa do wypowiedzenia Umowy nie powstanie i nie ma potrzeby czynienia w tym zakresie dodatkowych zastrzeżeń w Umowie, gdyż wynika to z zasad ogólnych wykonywania zobowiązań. Z kolei co do § 30 ust. 21 lit. h), kara umowna została określona kwotowo, z uwagi na swobodę kształtowania przez Wykonawcę składników wynagrodzenia, co pozwala Zamawiającemu na rzeczywisty wpływ na wysokość tej kary.

Zarzut z pkt 6 odwołania w zakresie § 27 ust. 1 i 3 Wzoru Umowy (uprawnienie do powierzenia zastępczego wykonania Umowy przez Zamawiającego).

Odwołujący domaga się zmiany na zawinione przez Wykonawcę przesłanek uprawniających Zamawiającego do powierzenia zastępczego wykonania Umowy na koszt i ryzyko Wykonawcy. Zdaniem Izby, uzasadnione jest, aby Wykonawca ponosił odpowiedzialność i ryzyko związane z niewykonaniem przez niego Umowy, w postaci możliwości zastępczego wykonania Umowy na jego koszt i ryzyko, w przypadku gdy istnieje możliwość dalszej realizacji Umowy przez innego wykonawcę, czyli przeszkoda dla realizacji umowy przez Wykonawcę jest związana wyłącznie z Wykonawcą, choćby była poza jego kontrolą. Słuszny interes Zamawiającego nie jest dostatecznie chroniony, jeżeli możliwość dalszej realizacji Umowy z innym wykonawcą istnieje, a on nie ma uprawnień aby z tej okoliczności korzystać powierzając zastępcze wykonanie umowy. Również możliwość skorzystania przez Zamawiającego z zastępczego wykonania w przypadku opóźnienia niezależnie od jego przyczyny (chyba że jest spowodowane przez Zamawiającego) jest konieczna również ze względu na potrzebę zapewnienia ciągłości działania systemu bilingowego. Jest to szczególnie ważne, gdy weźmie się pod uwagę wolumen punktów poboru, których obsługa zależna jest od nieprzerwanego działania systemu, zwłaszcza, że w przypadku liczników przedpłatowych (instalowanych u odbiorców wrażliwych) dostawa - paliwa gazowego lub energii jest przerwana w razie niedziałania systemu.

Zdaniem Izby, możliwość zaprojektowania wykonania Projektu od podstaw przez Wykonawcę oraz powierzenie mu zarządzania Projektem, a także ze względu na doświadczenie Wykonawcy w tego rodzaju u przedsięwzięciach, uzasadnia aby Wykonawca ponosił ryzyko zastępczego wykonania Umowy, również w przypadku, gdy przyczyny, dla których Wykonawca nie może Umowy realizować, nie są przez niego zawinione.

Zarzut z pkt 8.1 odwołania w zakresie § 11 ust. 4 Wzoru Umowy (odpowiedzialność Wykonawcy za utratę lub uszkodzenie danych Zamawiającego).

Izba w tym przypadku miała na uwadze opisy zawarte w OPZ oraz w zastrzeżonym załączniku nr 14 i argumentację Zamawiającego podtrzymywaną na rozprawie, że odpowiedzialność Wykonawcy może dotyczyć tylko takich danych, które zostały mu powierzone. Zamawiający udostępni bowiem dane przygotowane w strukturach przejściowych i za takie dane będzie odpowiadał wykonawca. Na takie stanowisko wskazuje chociażby postanowienie OPZ: pkt 5.3.2 – Wykonawca ma opracować docelowy model systemowy; pkt 5.4.4 (str.21) – uzupełnienie ma zaproponować Wykonawca; pkt.5.2.3.6 (str.17/18) - koncepcję realizacji migracji danych także opracowuje wykonawca. Izba zwraca uwagę na postanowienie OPZ w punkcie 5 Tabela 3 w którym m.in. wskazano w kolumnie 2 , że za: „ Eksport odpowiednich danych z systemów źródłowych. Zapewnienie odpowiedniej jakości danych na poziomie jednostki.” odpowiada Zamawiający.

Izba zgodziła się także z Zamawiającym, że w związku z wolumenem i wagą migrowanych danych (ponad 7 mln punktów poboru; związane z nimi dane osobowe; dane te są kluczowe dla działalności Zamawiającego), a także ze względu na charakter Projektu, w którym to Wykonawca od podstaw decyduje o przebiegu i technicznych środkach realizacji Projektu, w tym migracji, uzasadniona jest podwyższona odpowiedzialność Wykonawcy za migrowane dane, oparta na zasadzie ryzyka. Ponadto, przypisanie do Wykonawcy ryzyka utraty danych jest uzasadnione ze względu na fakt, że cała kontrola procesu migracji jest zgodnie z Umową po stronie Wykonawcy. Proces migracji danych jest przeprowadzany w całości przez Wykonawcę i jest hermetyczny, przez co Zamawiający nie ma możliwości oceny czy utrata lub uszkodzenie danych zostało spowodowane przy zawinieniu Wykonawcy.

Zarzut z pkt 9 odwołania w zakresie § 13 ust. 8 Wzoru Umowy (podstawy akceptacji przedmiotu odbioru przez Zamawiającego).

Izba podzieliła pogląd Zamawiającego, że Umowa precyzuje jakie cele Zamawiającego muszą być zrealizowane w Projekcie, dlatego wymóg zgodności z nimi jest uzasadniony, możliwy do weryfikacji w oparciu o treść Umowy i możliwy do oceny ich spełnienia przez Wykonawcę. Cele wpisane są w preambule Umowy, w § 5 ust. 3 Umowy oraz w pkt 2 i 3 OPZ. Ponadto, specyfika zamówienia na wykonanie CSB polega na odejściu przez Zamawiającego od formułowania szczegółowych wymagań funkcjonalnych i technicznych, co mogłoby być postrzegane jako ograniczenie konkurencji. Izba podkreśla, że Wykonawca, na etapie przygotowania do Projektu, określa szczegóły procedury odbiorowe oraz szczegółowe kryteria, w oparciu o jakie przedmiot odbioru będzie testowany. Zamawiający w SIWZ określił tylko wymogi o charakterze biznesowym i celowościowym, nie ograniczając swobody wykonawcy w zaproponowaniu całościowego rozwiązania bilingowego. Zdaniem Izby opis celów w Umowie tych bezpośrednich jak i pośrednich jest jednoznaczny - przedmiot Umowy ma być wykonany prawidłowo. Tym samym uprawnienie Zamawiającego do badania przedmiotu odbioru pod kątem spełnienia przezeń wymagań i celów Projektu określonych w SIWZ przez Zamawiającego nie narusza wymagań co do opisu przedmiotu zamówienia. Izba zwraca uwagę, że procedurę odbioru ma doprecyzować wykonawca, także jej kryteria. To wykonawca ma stworzyć scenariusze odbiorowe.

Zarzut z pkt 10 odwołania (str. 42) w zakresie § 14 ust. 4 Wzoru Umowy (obowiązek dostosowywania istniejących funkcjonalności Systemu do zmian prawnych w okresie Usług Utrzymania).

W przypadku tego postanowienia Odwołujący domaga się określenia w Umowie, aby wszystkie modyfikacje Systemu związane ze zmianami prawnymi były realizowane w ramach odrębnego wynagrodzenia. Izba zwraca uwagę na załącznik numer 14, który opisuje oczekiwania i obszary funkcjonalności i te funkcjonalności mają być skonfigurowane. Ponadto system ma swoje wymagania funkcjonalne. Tak jak wskazywał Zamawiający, logika Systemu i wymogi Zamawiającego są takie, że większość elementów mogących wymagać zmian ze względu na zmiany prawne jest skonfigurowalnych, co oznacza, że ich działanie może być modyfikowane bez konieczności dodatkowych prac programistycznych polegających na modyfikacji kodu źródłowego. Dlatego Izba zgodziła się z Zamawiającym, że kwestionowane wymaganie nie jest nadmiarowe.

Zarzut z pkt 11 odwołania w zakresie § 14 ust. 5 Wzoru Umowy (terminy realizacji przez Zamawiającego prawa opcji na Usługi Utrzymania).

Odwołujący domaga się wydłużenia terminu, tj. wydłużenia wyprzedzenia, z jakim Zamawiający jest uprawniony zrealizować prawo opcji. Zdaniem Izby, postanowienia § 14 litera a) i litera b) stanowią o kontynuacji usługi. Tak jak podnosił Zamawiający, termin 15 dni na realizację prawa opcji w zakresie Usług Utrzymania w czasie do zakończenia Projektu wprowadzono w związku z faktem, że to prawo opcji może być realizowane w zakresie Usług Utrzymania w

rozliczeniu miesięcznym, jak również w związku z tym, że dotyczy takich samych rodzajowo usług, które już będą świadczone w ramach podstawowego zakresu Umowy (jest ich kontynuacją), a zatem realizacja tego prawa opcji nie wymaga od Wykonawcy szczególnego przygotowania do ich świadczenia. Dodatkowo, w związku z ułożeniem przez samego Wykonawcę harmonogramu realizacji Projektu, który ma wpływ na zakres realizacji prawa opcji na Usługi Utrzymania w podstawowym okresie trwania Umowy (do zakończenia Projektu), Wykonawca będzie wiedział kiedy nastąpić będzie uruchomienie kolejnych opcjonalnych miesięcy Usług Utrzymania. Ponadto, dokładny termin uruchomienia Usług Utrzymania w ramach opcji nie jest możliwy do ustalenia dla danej Transzy Migracji z większym, niż przewidziane przez Zamawiającego, wyprzedzeniem, ponieważ zależy to od potwierdzenia spełnienia wskaźników KPI, od którego zależne jest przejście do Usług Utrzymania. Izba zgodziła się z Zamawiającym, że Umowa nakłada na Wykonawcę obowiązek informowania Zamawiającego o wszelkich okolicznościach mogących mieć wpływ na realizację Umowy lub ją utrudniać (§ 5 ust. 6 Umowy). Zatem Wykonawca, w przypadku uzasadnionej potrzeby wcześniejszego zasięgnięcia informacji czy Zamawiający będzie realizował prawo opcji określone w § 14 ust. 5, może, a nawet powinien, wnioskować do Zamawiającego o ustalenie kiedy i w jakim zakresie realizowane będzie prawo opcji z § 14 ust. 5. Zarzut z pkt 14 odwołania w zakresie § 24 ust. 10 i 11 Wzoru Umowy (termin zwrotu zabezpieczenia należytego wykonania Umowy).

Odwołujący domaga się zwrotu 70 % zabezpieczenia należytego wykonania Umowy w terminie 30 dni od Odbioru Końcowego Systemu. Zgodnie z art. 151 ust. 1 Pzp *Zamawiający zwraca zabezpieczenie w terminie 30 dni od dnia wykonania zamówienia i uznania przez zamawiającego za należyte wykonane.* W pełni należy podzielić stanowisko Zamawiającego, że realizacja zamówienia objętego Umową nie kończy się wraz Odbiorem Końcowym Systemu, gdyż później ma miejsce realizacja Usług Utrzymania i ewentualnie prawa opcji, które również objęte jest zamówieniem. Dlatego postanowienie o zwolnieniu zabezpieczenia należytego wykonania Umowy dopiero po realizacji całego jej zakresu objętego zamówieniem, jest prawidłowe. Na powyższe nie ma wpływu fakt, że istotnie co do Systemu okres rękojmi za wady Systemu może upłynąć przed zakończeniem realizacji zamówienia, ponieważ biegnie on od Odbioru Końcowego Systemu. W takim bowiem wypadku, możliwość zatrzymania 30% przed zwolnieniem całości zabezpieczenia należytego wykonania Umowy po prostu nie będzie miała zastosowania.

Sygn. akt: KIO 2442/18

Odwołujący Sygnity zarzut dotyczący warunku z rozdziału 5 pkt 5.8.1.3 SIWZ oraz żądanie zmiany niektórych parametrów określonych w treści warunku oparł na twierdzeniu, że warunek jest nieadekwatny do rynku wykonawców krajowych i do tego rynku jest nieproporcjonalny. Z kolei żądania wnioskowanych zmian zostały odniesione do sytuacji faktycznej tego wykonawcy. Wobec takiej argumentacji należało zarzut ten uznać za niezasadny.

Odwołujący Sygnity domaga się, aby w pkt. 5.8.1.3.2.3. SIWZ zmniejszyć wymaganą wartość wykonanego jednego wdrożenia z 15 mln zł netto do 5 mln zł netto.

Izba zwraca uwagę, że Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie KIO 2436/18 (dotyczy zarzutu odwołującego DXC) uwzględnił żądanie odwołującego DXC i zdecydował o zmniejszeniu wymaganej wartości wdrożenia z 15 mln na 10 mln zł netto. Takie „złagodzenie” warunku w przypadku tego przedmiotu zamówienia z uwagi na skalę jego wdrożenia jest znaczące. Wartość samego wdrożenia przekroczy bowiem istotnie kwotę 15 mln zł. Zatem warunek nakazujący wykazanie się przynajmniej jednym wdrożeniem o wartości 10 mln zł netto (taka wartość wynika z uwzględnienia zarzutu z odwołania DXC) w żaden sposób nie może być potraktowany jako nadmierny czy nieproporcjonalny, powodujący w konsekwencji niezgodne z prawem ograniczenie konkurencji. Należało w tym przypadku zgodzić się z Zamawiającym, że postulowane w odwołaniu wdrożenie o wartości 5 mln, w porównaniu do wdrożenia jakie będzie miało miejsce w niniejszej sprawie, nie będzie adekwatne w odniesieniu do skali wdrożenia. Jak wskazywał Zamawiający dalsze obniżanie warunku (wartość wdrożenia po zmianie 10 mln jest kilkukrotnie mniejsza od wartości planowanego wdrożenia) byłoby działaniem sprzecznym z jego podstawowym interesem, albowiem Zamawiający ma prawo oczekiwać, aby przedmiot zamówienia wykonał wykonawca z doświadczeniem odpowiednim do wyzwania i skali wdrożenia. W konsekwencji o zamówienie nie będą mogły ubiegać się wszystkie podmioty działające na rynku, także samodzielnie Odwołujący, jednakże nie oznacza to, że z tego powodu takie wymaganie kwalifikuje się jako utrudnienie uczciwej konkurencji, jak również nie oznacza, że jego wprowadzenie wykracza poza realizację celu, któremu ma służyć - dopuszczenie do udziału w postępowaniu wyłącznie wykonawców, którzy dają rękojmię prawidłowej realizacji zamówienia. Izba podziela stanowisko Zamawiającego, że żądanie Odwołującego wydaje się być działaniem mającym na celu obniżenie warunku do posiadanego przez niego poziomu zdolności, a nie dążeniem do zachowania przez zamawiającego w postępowaniu zasad uczciwej konkurencji i proporcjonalności.

Podobne stanowisko należy odnieść do żądanej zmiany parametrów w pkt. 5.8.1.3.2.5 oraz 5.8.1.3.2.6 SIWZ. W tym przypadku Odwołujący Sygnity domaga się zmniejszenia wymagania dla wdrożenia z 3.500.000 punktów przyłączeniowych do 1.500.000 oraz, aby wdrożone systemy bilingowe obsługiwały łącznie w miejsce 1.300 użytkowników końcowych realizujących kluczowe procesy biznesowe - 500 takich użytkowników. Także, co do żądania

zmniejszenia wymagania dla utrzymywanego systemu bilingowego określone w pkt. 5.8.1.3.3.5 i 5.8.1.3.3.6 SIWZ: z 2.000.000 punktów przyłączeniowych do 1.500.000 punktów przyłączeniowych oraz aby utrzymywany system bilingowy obsługiwał przynajmniej zamiast 700 użytkowników końcowych realizujących kluczowe procesy biznesowe przynajmniej 500 takich użytkowników.

Izba wskazuje ponadto na słuszną argumentację wskazywaną przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie w zakresie analogicznego zarzutu z odwołania wykonawcy DXC (sygn. akt: KIO 2436/18), który to zarzut został częściowo uwzględniony, a w pozostałej części nie podtrzymany przez wykonawcę - która znajduje także zastosowanie w przypadku tego zarzutu z odwołania wykonawcy Sygnity. Stosownie do tej argumentacji, ten Zamawiający jest (...) jednym z niewielu jeżeli nie jedynym podmiotem w Polsce o tak znacznie rozproszonej strukturze geograficznej. Jednocześnie skala wdrożenia jest bardzo duża zarówno w znaczeniu geograficznym (PGNiG OD posiada swoje zespoły w całym kraju) jak i ilości migrowanych danych (PGNiG posiada największą bazą klientów w sektorze energii elektrycznej i gazu) I w tym celu Zamawiający musi tak dalece jak to możliwe starać się zapewnić w przyszłości należyłą realizację umowy. Do tego konieczne jest dopuszczenie do realizacji podmiotów, które były w stanie w przeszłości (choć Zamawiający dopuszcza tu po zmianie SIWZ nawet 10 lat doświadczenia wstecz) należycie zrealizować zamówienie o dużej skali. Przedmiot tego zamówienia obejmuje 7 mln punktów przyłączeniowych. Zgodnie z pkt. 3.11. OPZ Migracja musi być przeprowadzona w ramach wskazanych w Tabela 2 Transz Migracji. Każda transza migracji podlega odrębnemu odbiorowi. Zamawiający nie dopuszcza możliwości podziału zakresu migracji wskazanej w danej transzy". Zamawiający przewiduje 6 migracji co wynika z § 19 ust. 2 lit. a) Wzoru Umowy. Pojedyncza transza migracji będzie obejmowała zatem do 1,5 mln punktów przyłączeniowych dotycząc w sumie około 7 mln aktywnych punktów przyłączeniowych. W tym kontekście wymaganie postawione w treści warunku w żaden sposób nie może być uznane za nadmierne czy nieproporcjonalne. Zamawiający (...) dopuszcza wykazaniem się doświadczeniem we wdrożeniu systemu w zakresie 3,5 mln punktów przyłączeniowych (50 % wartości objętej zamówieniem) a dodatkowo wymaganie to dotyczy dwóch usług a nie jednej. Zamawiający wymaga przy tym, aby przynajmniej jedno wdrożenie obejmowało 2 mln punktów przyłączeniowych (zatem mniej niż 1/3 docelowej ilości objętej zamówieniem). Wyraźnie zatem widać, że są to parametry ustanowione na znacznie niższym poziomie niż ten, którego dotyczy przedmiot zamówienia (7 mln punktów przyłączeniowych). Zdaniem Zamawiającego, dalsze obniżenie wymagań w tym zakresie spowoduje, że dopuszczone zostaną podmioty, które nie będą miały odpowiedniego doświadczenia i nie dadzą rękojmi należytej realizacji umowy, biorąc pod uwagę z jaką skalą zamówienia będą musieli zmierzyć się wykonawcy". Analogiczna argumentacja, jak wskazywał Zamawiający (...) dotyczy ilości 1.300 użytkowników końcowych realizujących kluczowe procesy biznesowe. Zamawiający w niniejszym postępowaniu dąży do stworzenia systemu bilingowego, który będzie obsługiwał 2000 użytkowników końcowych realizujących kluczowe procesy biznesowe. Jest to zatem o 700 więcej niż treść warunku. Jednocześnie wymaga podkreślenia, że treść warunku (łącznie 1.300 użytkowników) odnosi się do dwóch wykazywanych wdrożeń, a jedynie dla jednego z nich wymagane jest wdrożenie systemu obsługującego przynajmniej 700 użytkowników. Zatem łączne spełnienie wymagania 1300 użytkowników przy dwóch usługach nie jest wymaganiem nadmiernym."

Mając powyższe na względzie orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do jego wyniku uwzględniając przepisy 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. z 2018 r. poz. 972).

.....
.....
.....