

Sygn. akt: KIO 116/19

WYROK
z dnia 08 lutego 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Młacka
Członkowie: Małgorzata Matecka
Agata Mikołajczyk
Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na posiedzeniach w dniu 05 i 07 lutego 2019 r. i rozprawie w dniu 07 lutego 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 stycznia 2019 r. przez Wykonawcę **DXC Technology Polska Sp. z o.o. (ul. Szturmowa 2A, 02-678 Warszawa)** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa (Al. Jana Pawła II 70, 00-175 Warszawa)**

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu dokonanie zmiany treści SIWZ:
 - w odniesieniu do zarzutu 1.2.4. poprzez usunięcie trzeciego akapitu w sekcji „Referencyjne Standardy Technologiczne” na str. 18 Załącznika nr 4A6 do wzoru umowy postanowienia w brzmieniu „Przyjmuje się, że Referencyjne Standardy Technologiczne nie muszą być jawnie wyspecyfikowane, o ile wynikają ze standardów w jakich wykonana została dana Aplikacja.”,
 - w odniesieniu do zarzutu 1.2.6. poprzez doprecyzowanie i ujęcie w treści SIWZ zaproponowanych (w odpowiedzi na odwołanie w pkt 26 i 29) zmian, tj.:
 - a) określenie, że parametry PCI, PCP oraz PCK zostaną wyznaczone indywidualnie dla każdej Aplikacji, na podstawie co najmniej 10 reprezentatywnych funkcjonalności danej aplikacji, zgodnie ze wskazanymi w odpowiedzi zasadami oraz
 - b) określenie, że odpowiedzialność w przypadku gdy parametry określone na podstawie pomiarów „reprezentatywnych funkcjonalności” dla funkcjonalności nie podlegającej pomiarom spowodują, że system nie będzie spełniał od początku kryterium Standardowej Wydajności spoczywać będzie na Wykonawcy, ale od momentu odbioru i wdrożenia Modyfikacji realizowanej przez Wykonawcę oraz że odpowiedzialność ta odnosić się będzie jedynie do funkcjonalności realizowanych w ramach powyższej Modyfikacji,
2. oddala odwołanie co do zarzutów opisanych w punktach: 1.2.3, 1.2.7, 1.2.9 odwołania
3. umarza postępowanie odwoławcze co do zarzutów opisanych w punktach: 1.1, 1.2.1, 1.2.2, 1.2.5, 1.2.8 odwołania
4. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego **Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa (Al. Jana Pawła II 70, 00-175 Warszawa)** i

4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego **DXC Technology Polska Sp. z o.o. (ul. Szturmowa 2A, 02-678 Warszawa)** tytułem wpisu od odwołania,

4.2. zasądza od Zamawiającego **Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa (Al. Jana Pawła II 70, 00-175 Warszawa)** na rzecz Odwołującego **DXC Technology Polska Sp. z o.o. (ul. Szturmowa 2A, 02-678 Warszawa)** kwotę **18600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:.....

Członkowie:

.....

Sygn. akt: KIO 116/19

UZASADNIENIE

Zamawiający Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Zakup usługi Utrzymania i Rozwoju Aplikacji ZSZiK, IACSplus, GIS, SIz, PZSiPplus, PA oraz eWniosekPlus na okres 47 miesięcy”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 11 września 2018 r. pod numerem 2018/S 174-395011

Odwołujący DXC Technology Polska sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego z dnia 14 stycznia 2019 r. polegającej na opublikowaniu zmian do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wraz z załącznikami, w tym wobec dokonania modyfikacji treści SIWZ w sposób polegający na zaniechaniu wykonania wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 listopada 2018 r., sygn. akt KIO 1896/18, KIO 1901/18, KIO 1903/18, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w pkt 3.4 Załącznika nr 9 do SIWZ w sposób niezgodny z pkt 1.1.1 tiret 6 ww. wyroku, zgodnie z którym Zamawiający miał wprowadzić zmianę do pkt 3.4 Załącznika nr 9 do SIWZ w świetle której wykonawca nie zostanie obciążony karami umownymi z tytułu nieprawidłowej kwalifikacji zgłoszenia przy dochowaniu ustalonego czasu reakcji na zgłoszenie - który to zarzut szczegółowo został opisany w uzasadnieniu do odwołania; modyfikacji w Postępowaniu treści SIWZ i jej ukształtowanie w sposób sprzeczny z obowiązującymi przepisami prawa.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 192 ust. 3 pkt 1 i art. 38 ust. 4 ustawy PZP; w zakresie zarzutu opisanego w pkt 1.2 powyżej - naruszenie 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 k.c., art. 353¹ k.c., art. 487 § 2 k.c., art. 487 § 2 k.c., art. 734 w zw. z art. 750 kc w związku z art. 14 ustawy PZP, a także art. 139 ust. 1 ustawy PZP.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: wykonania w całości wyroku KIO z dnia 13 listopada 2018 r., sygn. akt KIO 1896/18, KIO 1901/18, KIO 1903/18 w odniesieniu do pkt 1.1.1 tiret 6 ww. wyroku - poprzez zmianę postanowień wzoru umowy w ten sposób, że wykonawca nie zostanie obciążony karami umownymi z tytułu nieprawidłowej kwalifikacji zgłoszenia przy dochowaniu ustalonego czasu reakcji na zgłoszenie i stosowną zmianę pkt 3.4

Załącznika nr 9 do SIWZ; dokonania modyfikacji SIWZ w zakresie wskazanym w odwołaniu, poprzez zmianę zaskarżonych postanowień w sposób określony w odwołaniu.

Zarzut nr 1.1 dotyczący niewykonania wyroku Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. akt KIO 1896/18, KIO 1901/18, KIO 1903/18

Odwolujący wskazał, że Krajowa Izba Odwoławcza w pkt 1.1.1 tiret 6 wyroku z dnia 13 listopada 2018 r., sygn. akt KIO 1896/18, KIO 1901/18, KIO 1903/18, nakazała Zamawiającemu w zakresie zarzutu nr 4.2 odwołania dotyczącego brzmienia pkt 3.4 Załącznika nr 9 do SIWZ: „zmianę postanowień wzoru umowy w ten sposób, że wykonawca nie zostanie obciążony karami umownymi z tytułu nieprawidłowej kwalifikacji zgłoszenia przy dochowaniu ustalonego czasu reakcji na zgłoszenie i stosowną zmianę pkt 3.4 Załącznika nr 9 do SIWZ”.

W zarzucie nr 4.2 Odwołujący kwestionował zdanie zawarte w pkt 3.4 Załącznika nr 9 w brzmieniu: „wykonawca ponosi ryzyko prawidłowej diagnozy każdego Zgłoszenia, w tym nadania prawidłowego priorytetu Wady dla danego Zgłoszenia. W szczególności, jeżeli w wyniku realizacji Zgłoszenia okaże się, że Wykonawca nieprawidłowo ocenił, czy faktycznie wystąpiła Wada - odpowiada wobec Zamawiającego za opóźnienie w niedotrzymaniu Czasu Reakcji na Zgłoszenie”. Izba uwzględniając odwołanie w tym zarzucie, wskazała w uzasadnieniu do ww. wyroku, że: „w sytuacji spełnienia wymagania dotyczącego czasu realizacji obciążenie wykonawcy karami umownymi z tytułu nieprawidłowej kwalifikacji zgłoszenia w ramach ustalonego czasu reakcji na zgłoszenie jest nadmiernie restrykcyjne oraz nakazała Zamawiającemu „nieobciążanie wykonawcy karami umownymi z tytułu nieprawidłowej kwalifikacji zgłoszenia przy dochowaniu ustalonego czasu reakcji na zgłoszenie i stosowną zmianę pkt 3.4 Załącznika nr 9”.

Tymczasem, jak podniósł Odwołujący, Zamawiający modyfikując pkt 3.4 Załącznika nr 9 do SIWZ w wykonaniu wyroku KIO (zmiana nr 1.1.17 pisma z 14 stycznia 2019 r.) nie usunął kwestionowanego na mocy wyroku KIO sygn. akt KIO 1896/18, KIO 1901/18, KIO 1903/18 zdania w brzmieniu: „wykonawca ponosi ryzyko prawidłowej diagnozy każdego Zgłoszenia, w tym nadania prawidłowego priorytetu Wady dla danego Zgłoszenia. W szczególności, jeżeli w wyniku realizacji Zgłoszenia okaże się, że Wykonawca nieprawidłowo ocenił, czy faktycznie wystąpiła Wada - odpowiada wobec Zamawiającego za opóźnienie w niedotrzymaniu Czasu Reakcji na Zgłoszenie”, przez co należy uznać, że Zamawiający nie wykonał wyroku KIO; dodał do tego punktu zdanie ostatnie w brzmieniu „Wykonawca może zwolnić się z odpowiedzialności za niedotrzymanie Czasu Reakcji na Zgłoszenie jeżeli diagnoza (i) wymagała szczególnie wysokiego nakładu pracy lub (ii) była utrudniona z uwagi na nieprecyzyjną treść Dokumentacji”.

Dalej Odwołujący argumentował, że Izba w wyroku nakazała Zamawiającemu nieobciążanie wykonawcy jakimikolwiek karami umownymi z tytułu nieprawidłowej kwalifikacji Zgłoszenia przy dochowaniu ustalonego Czasu Reakcji na Zgłoszenie, a taki nakaz nie został uzależniony od warunku lub ograniczony do jakichkolwiek przypadków. Zamawiający nie tylko nie usunął kwestionowanego na mocy wyroku KIO zapisu pkt 3.4 Załącznika nr 9 ale i nie wprowadził zmian, które niwelowałyby ryzyko naliczenia kar z powodu nieprawidłowej kwalifikacji Zgłoszenia w razie dotrzymania Czasu Reakcji. To powoduje, że Zamawiający naruszył art. 192 ust. 3 pkt 1 i art. 38 ust. 4 ustawy PZP.

Odwolujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu wykonania pkt 1.1.1 tiret 6 wyroku KIO z dnia 13 listopada 2018 r., sygn. akt KIO 1896/18, KIO 1901/18, KIO 1903/18 poprzez zmianę postanowień wzoru umowy w ten sposób, że wykonawca nie zostanie obciążony karami umownymi z tytułu nieprawidłowej kwalifikacji zgłoszenia przy dochowaniu ustalonego czasu reakcji na zgłoszenie i stosowną zmianę pkt 3.4 Załącznika nr 9 do SIWZ.

1.2.1.w odniesieniu do pkt 3.7 wzoru umowy w brzmieniu nadanym na mocy zmiany SIWZ nr 1.1.4 z dnia 14 stycznia 2019 r.

Odwolujący wskazał, że zgodnie z wyrokiem KIO sygn. akt KIO 1896/18, KIO 1901/18, KIO 1903/18 Izba uwzględniła zarzut odwołania i nakazała Zamawiającemu wskazanie minimalnego okresu świadczenia Usług z Grupy Usług G1 gwarantowanego wykonawcy.

W wykonaniu wyroku KIO Zamawiający zmodyfikował pkt 3.7 wzoru umowy w ten sposób, że minimalny okres świadczenia Usług z Grupy Usług G1 wynosić będzie 3 miesiące, mimo że sama umowa obowiązywać będzie przez okres 47 miesięcy. Minimalny okres świadczenia Usług z Grupy Usług G1 stanowi zatem zaledwie ok 6,3% całego czasu obowiązywania umowy. Odwołujący podkreślił, że wykonawca musi w czasie obowiązywania umowy utrzymać w pełnej gotowości zespół dedykowany do świadczenia Usług G1 ponosić koszty stąd wynikające, mimo że w okresie zawieszenia świadczenia usług nie będzie otrzymywał wynagrodzenia. To powoduje, że 3-miesięczny gwarantowany okres świadczenia Usług z Grupy Usług G1 jest próbą obejścia nakazu Izby wynikającego z wyroku i jest niezgodny z naturą stosunku prawnego jakim jest umowa świadczenia usług w rozumieniu art. 734 w zw. z art. 750 k.c., a przede wszystkim niezgodny z odpłatnością umowy w rozumieniu art. 2 pkt 13 ustawy PZP, zgodnie z którym zamówieniem publicznym są umowy odpłatne zawierane między zamawiającym a wykonawcą. Odwołujący zauważył, że takie ukształtowanie SIWZ prowadzi do wniosku, że w istocie nie mamy go czynienia z odpłatną umową o świadczenie usług utrzymania systemu w odniesieniu do Usług G1, jedynie bliżej nieokreślonym zobowiązaniem do pozostawania w gotowości do jej świadczenia. Modyfikacja pkt 3.7 sprzeciwia się właściwości (naturze) stosunku, ustawie PZPi zasadom współżycia społecznego. Modyfikacja pkt 3.7 wzoru umowy wynikająca ze zmiany SIWZ stanowi zdaniem Odwołującego naruszenie art. 2 pkt 13 ustawy PZP, art. 5 k.c., art. 353¹ k.c., w związku z art. 14 ustawy PZP, a także art. 139 ust. 1 ustawy PZP.

Odwolujący wniósł o modyfikację pkt 3.7 wzoru umowy poprzez dodanie po zdaniu drugim zdania trzeciego w brzmieniu: „Każdorazowe wznowienie świadczenia Usług z Grupy Usług Utrzymania Środowisk G1, następować będzie na okres nie krótszy niż 3 miesiące.”

1.2.2 w odniesieniu do pkt 8.18 wzoru umowy w brzmieniu nadanym na mocy zmiany 1.1.11 z dnia 14 stycznia 2019 r.:

Odwolujący wskazał, że Zamawiający wykonując wyrok KIO z dnia 13 listopada 2018 r., sygn. akt KIO 1896/18, KIO 1901/18, KIO 1903/18 wyszczególnił w formularzu ofertowym pozycję na wskazanie ceny ryczałtowej za wykonanie Usług Okresu Przejściowego i Usług Przekazania. Jednocześnie dodał do pkt 8.18 wzoru umowy regulację w zakresie sposobu zapłaty wynagrodzenia z tytułu Usług Okresu Przejściowego, skutkujące uzależnieniem wypłaty wynagrodzenia z tytułu wykonania tych Usług od warunku osiągnięcia poziomu Zadowolającego dla Usług z grupy G2, co wynika ze zmiany nr 1.1.11 z dnia 14 stycznia 2018 r. Zgodnie z ww. zapisem: „W przypadku wynagrodzenia należnego z tytułu Usług Okresu Przejściowego wypłata wynagrodzenia będzie następowała w terminie 28 dni od daty zakończenia pierwszego miesiąca świadczenia Usług, pod warunkiem osiągnięcia poziomu Zadowolającego dla Usług z Grupy G2.”

W ocenie Odwołującego, takie ukształtowanie SIWZ powoduje, że wynagrodzenie za Usługi Okresu Przejściowego ma nie tylko warunkowy charakter, ale i warunek ów został powiązany nie z wykonaniem lub należywym wykonaniem Usługi Okresu Przejściowego ale z wykonaniem na określonym poziomie (tj. Zadowolającym) usług niezależnych od Usług Okresu Przejściowego, tj. Usług z Grupy G2, które świadczone są po zakończeniu Usług Okresu Przejściowego. Oznacza to, że wykonawca nie otrzyma wynagrodzenia za Usługi Okresu Przejściowego po ich wykonaniu, a dopiero po wykonaniu innych i niezależnych Usług G2, a co istotnie wyłącznie po wykonaniu tych usług na poziomie Zadowolającym, a więc najwyższym w rozumieniu Załącznika nr 11 do Umowy; wykonawca pozbawiony zostanie całości wynagrodzenia za Usługi Okresu Przejściowego pomimo potwierdzenia ich należytego wykonania w Protokole należytego wykonania Usług

Okresu Przejściowego, nawet jeżeli wykona usługi wchodzące z zakres Grupy G2 ale nie na najwyższym - tj. Zadowalającym poziomie. Wypłata wynagrodzenia za Usługi Okresu Przejściowego została opatrzona warunkiem w rozumieniu art. 89 k.c. a nie terminem w rozumieniu art. 112 k.c.

Jak wyjaśnił Odwołujący, niedotrzymanie Zadowalającego poziomu Usług G2 skutkować będzie naliczeniem kary umownej stosownie do Załącznika nr 11 do wzoru umowy. Zdaniem Odwołującego, łączenie tego prawa z prawem do odmowy wypłaty wynagrodzenia za Usługi Okresu Przejściowego jest wyrazem podwójnego „karania” wykonawcy za to samo zdarzenie i jest sprzeczne nie tylko z zasadami współżycia społecznego wyrażonymi w art. 5 k.c. ale i z naturą stosunku prawnego jakim jest umowa świadczenia usług w rozumieniu art. 734 w zw. z art. 750 kodeksu cywilnego.

Odwołujący wskazał także, że takie ukształtowanie pkt 8.18 wzoru umowy jest sprzeczne z: pkt 8.6 wzoru umowy w brzmieniu nadanym zmianą SIWZ nr 1.1.9, zgodnie z którym wynagrodzenie za Usługi świadczone podczas Okresu Przejściowego oraz okresu Przekazania Usługi płatne będzie jednorazowo, po należyтым wykonaniu tych Usług; pkt 8.16 wzoru umowy w brzmieniu nadanym zmianą SIWZ nr 1.1.10, zgodnie z którą wynagrodzenie za świadczenie Usług z Grupy G2 płatne będzie każdorazowo na podstawie faktur wystawionych przez Wykonawcę, a postawa wystawienia faktury jest jedynie protokół należytego wykonania Usług Okresu Przejściowego lub Protokół należytego wykonania Usług związanych z Przekazaniem Usług. Takie ukształtowanie zdania drugiego w pkt 8.18 wzoru umowy skutkuje naruszeniem przez Zamawiającego 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 k.c., art. 353¹ k.c., w związku z art. 14 ustawy PZP, art. 487 § 2 k.c., a także art. 734 k.c. w zw. z art. 750 k.c. w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy PZP.

Odwołujący wniósł o modyfikację zdania drugiego w pkt 8.18 wzoru umowy w brzmieniu: „W przypadku wynagrodzenia należnego z tytułu Usług Okresu Przejściowego wypłata wynagrodzenia będzie następowała w terminie 28 dni od daty zakończenia pierwszego miesiąca świadczenia Usług, pod warunkiem osiągnięcia poziomu Zadowalającego dla Usług z Grupy G2” poprzez nadanie mu brzmienia: „W przypadku wynagrodzenia należnego z tytułu Usług Okresu Przejściowego wypłata wynagrodzenia będzie następowała w terminie 28 dni od daty doręczenia Zamawiającemu prawidłowo wystawionej faktury, do której dołączony będzie podpisany przez Strony Protokół należytego wykonania Usług Okresu Przejściowego”.

1.2.3.w odniesieniu do Załącznika nr 4J do wzoru Umowy dodanego na mocy zmiany SIWZ nr II.1.1 z 14 stycznia 2019 r.

Odwołujący wskazał, że: zgodnie z pkt 5 Załącznika 4C do wzoru umowy, rozmiar wymagań wchodzących w zakres Propozycji lub Zgłoszenia Zmian Modyfikacji wyrażony w Punktach Rozliczeniowych jest przeliczany na szacunki pracochłonności realizacji danej Propozycji lub Zgłoszenia Zmiany Modyfikacji wyrażonej w Punktach Funkcyjnych. Z kolei w świetle pkt 1 Załącznika nr 4c do wzoru umowy podstawą wyceny Propozycji lub Zgłoszenia Zmiany Modyfikacji jest szacunek pracochłonności wytworzenia lub zmiany oprogramowania dokonywany na podstawie analizy wymagań określających zakres zmienianego lub wytwarzanego oprogramowania wyspecyfikowanych zgodnie z Zasadami zarządzania wymaganiami w Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, stanowiącymi Załącznik 4J do wzoru umowy. Oznacza to, że: wartość Punktu Rozliczeniowego ma bezpośredni wpływ na wycenę Modyfikacji i stanowi element tej wyceny; wartość Punktu Rozliczeniowego ustala się przy zastosowaniu zasad wynikających z Załącznika 4J do wzoru umowy.

Zgodnie z treścią dodanego do SIWZ Załącznika nr 4A6 Zamawiający wprowadził pojęcie Standardu Technologicznego określając go jako konkretne rozwiązanie techniczne, wzorzec projektowy, specyfikację techniczną lub zasady projektowe, które mają wpływ na sposób realizacji funkcjonalności Aplikacji (str. 16 Załącznika 4A6). Katalog Standardów jest z kolei bieżącą konfiguracją przyjętych w projekcie Standardów Technologicznych, opisanym „zgodnie z modelem przedstawionym na Błąd! Nie można znaleźć rodła odwołania.” - oryginalne brzmienie akapitu czwartego na str. 17 Załącznika 4A6 do wzoru umowy.

Odwołujący wskazał, że z postanowień umowy wynika, że koszt Wymagań Technologicznych uzależniony jest wprost od zawartości Katalogu Standardów. Współczynnik wielkości prac (Wwp) zależec będzie od liczby i rodzaju Standardów i wahać się w przedziale od 0,001 do 0,1, zgodnie z tabelą nr 4 na str. 8 Załącznika 4J do SIWZ. To powoduje, że różnice w wycenie Wymagania Technologicznego, zgodnie z przyjętym wzorem, mogą być 100- krotne.

Jak wskazał Odwołujący, Zamawiający nie dołączył do SIWZ Katalogu Standardów, a zatem żaden Wykonawca nie jest w stanie zweryfikować i ocenić na etapie składania ofert jaki jest zakres Katalogu Standardów, jego poszczególne pozycje, a tym samym ocenić pracochłonności niezbędnej do wyceny Punktu Funkcyjnego dla potrzeb składanej oferty.

Zdaniem Odwołującego, wskazane zaniechanie dołączenia do SIWZ Katalogu Standardów stanowi 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.

Odwołujący wniósł o uzupełnienie SIWZ o dokument Katalog Standardów; alternatywnie o wykreślenie z Załącznika nr 4J do wzoru umowy sekcji „Rozmiar wymagań technologicznych”(str. 7 - 9).

1.2.4.W odniesieniu do Załącznika nr 4A6 do wzoru dodanego na mocy zmiany SIWZ nr 11.1.13 z dnia 14 stycznia 2019 r.:

Zgodnie z sekcją Załącznika nr 4A6 do wzoru umowy zatytułowaną „Standard Technologiczny i katalog Standardów”, Standardem Technologicznym jest konkretne rozwiązanie techniczne, wzorzec projektowy, specyfikacja techniczna lub zasady projektowe, które mają wpływ na sposób realizacji funkcjonalności Aplikacji (str. 15 Załącznika 4A6).

W dalszej części Załącznika nr 4A6 Zamawiający zastrzegł: obowiązek zdefiniowania Standardu w kontekście określonej funkcjonalności, a co za tym idzie określonej Aplikacji oraz możliwość zdefiniowania Standardu w kontekście całej Aplikacji (str. 16 Załącznika 4A6); obowiązek grupowania Standardów Technologicznych w Warstwy Technologiczne (str. 16 Załącznika 4A6); obowiązek objęcia w specyfikacji Standardu Technologicznego (str. 16 Załącznika 4A6): dokładnej, pozwalającej na jednoznaczny identyfikację, nazwy oprogramowania firm trzecich lub nazwy specyfikacji standardu lub wyczerpującego, wystarczającego z punktu widzenia wytycznych dla implementacji opisu rozwiązania, wersji Standardu Technologicznego. W świetle powyższego nie budzi wątpliwości fakt, że Standard Technologiczny musi być wyspecyfikowany, a zatem: jednoznacznie zdefiniowany, posiadać określoną wersję, przypisaną jedną Warstwę Technologiczną oraz zostać umieszczony w Katalogu Standardów.

W świetle sekcji „Referencyjne Standardy Technologiczne” na str. 18 Załącznika nr 4A6 wprowadzony został - jako jeden z rodzajów Standardu Technologicznego - Referencyjny Standard Technologiczny, który zgodnie z zastrzeżeniem Zamawiającego nie musi być wyspecyfikowany, o czym świadczy ostatni akapit tej sekcji na stronie 18 Załącznika nr 4A6:

„Przyjmuje się, że Referencyjne Standardy Technologiczne muszą być jawnie wyspecyfikowane, o ile wynikają ze standardów w jakich wykonana została dana Aplikacja.”

Odwołujący zauważył, że Zamawiający z jednej zastrzega obowiązek wyspecyfikowania Standardu Technologicznego, z drugiej jednak strony w sposób niejasny zwalnia jeden z rodzajów Standardu Technologicznego, tj. Referencyjny Standard Technologiczny z wymogu takiej specyfikacji.

Zdaniem Odwołującego, definicja Referencyjnego Standardu Technologicznego jest niejasna i wprowadza dowolność interpretacyjną, gdyż wykonawca na etapie składania ofert nie wie: jakie są standardy wykonania danej Aplikacji skutkujące

brakimi konieczności wyspecyfikowania Referencyjnych Standardów Technologicznych; ile jest Referencyjnych Standardów Technologicznych; jakiej funkcjonalności dotyczyć będzie Referencyjny Standard Technologiczny.

Nadto Odwołujący wskazał, że referencyjne Standardy Technologiczne muszą być uwzględnione w cenie Punktu Funkcyjnego, mimo że wykonawca nie posiada żadnej wiedzy na etapie szacowania oferty czym jest Referencyjny Standard Technologiczny. To powoduje, że nie jest możliwe rzetelne określenie ceny Punktu Funkcyjnego na etapie składania ofert. Zamawiający zatem opisał przedmiot zamówienia w sposób niejasny i nieprecyzyjny, a Odwołujący nie jest w stanie wycenić swojej oferty.

Powyższe zapisy zdaniem Odwołującego stanowią naruszenie 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.

Odwołujący wniósł o usunięcie trzeciego akapitu w sekcji „Referencyjne Standardy Technologiczne” na str. 18 Załącznika nr 4A6 do wzoru umowy zapisu w brzmieniu „Przyjmuje się, że Referencyjne Standardy Technologiczne nie muszą być jawnie wyspecyfikowane, o ile wynikają ze standardów w jakich wykonana została dana Aplikacja.”

1.2.5. W odniesieniu do Załącznika nr 4A6 do wzoru umowy dodanego na mocy zmiany SIWZ nr 11.1.13 z dnia 14 stycznia 2019 r.:

Zgodnie z sekcją Załącznika nr 4A6 do wzoru umowy zatytułowaną „Standard Technologiczny katalog Standardów”, Zamawiający wprowadził i zdefiniował pojęcie Standard Technologiczny. Odwołujący wskazał, że w tej samej sekcji Załącznika nr 4A6, na stronie 16, pojawia się kolejne pojęcie „Standard Techniczny”, które nie zostało zdefiniowane w treści SIWZ. Odwołujący wskazał, że nie wie, czy pojęcie „Standard Techniczny” jest wynikiem omyłki czy też jest to celowe i uzasadnione działanie Zamawiającego, a jeżeli tak to jaki jest jego wpływ na zakres przyszłego świadczenia wykonawcy. Takiemu ukształtowaniu treści Załącznika nr 4A6. Odwołujący zarzucił naruszenie: 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.

Odwołujący wniósł o zdefiniowanie w sekcji „Standard Technologiczny i katalog Standardów” Załącznika nr 4A6 pojęcia „Standard Techniczny”; alternatywnie modyfikację zapisu sekcji „Standard Technologiczny i katalog Standardów” Załącznika nr 4A6 w brzmieniu: „Standardy Techniczne definiowane są zawsze w kontekście określonej funkcjonalności, a co za tym idzie określonej Aplikacji.” poprzez nadanie mu brzmienia: „Standardy Technologiczne definiowane są zawsze w kontekście określonej funkcjonalności, a co za tym idzie określonej Aplikacji.”

1.2.6. W odniesieniu do Załącznika nr 4A6 do wzoru umowy dodanego na mocy zmiany SIWZ nr 11.1.13 z dnia 14 stycznia 2019 r.:

W Załączniku nr 4A6 na str. 9 w sekcji „Standardowa Wydajność Funkcjonalności” zdefiniowano pojęcie „Standardowa Wydajność”, którym jest czas działania funkcjonalności, określony wzorem wskazanym na str. 10 Załącznika nr 4A6.

Odwołujący wskazał, że dotychczasowe postanowienia SIWZ oznaczają konieczność wyznaczenia 3 parametrów dla każdej funkcjonalności (których jest w Systemie Informatycznym Zamawiającego kilka tysięcy - przykładowo samych Funkcji Użytkownika i Usług w Dokumentacji Analitycznej jest ponad 3000) na każdym ze Środowisk Pomocniczych Zamawiającego (a zgodnie z Załącznikiem nr 10 do wzoru umowy jest ich 7 - Środowiska Pomocnicze wykorzystywane są do testów oprogramowania, a więc także weryfikacji kryteriów o której mowa powyżej). To skutkować będzie koniecznością określenia co najmniej kilkudziesięciu tysięcy parametrów (w skrajnym przypadku może to oznaczać nawet obowiązek wykonania 63 000 operacji). Nie można zdaniem Odwołującego wykluczyć, że oznaczać to będzie konieczność wykonania w najbardziej skrajnym przypadku kilku milionów pomiarów, a następnie ich opracowanie. W konsekwencji Odwołujący zauważył, że Wykonawca nie ma pewności co do zakresu obowiązków, jaki wynikać będzie z umowy na etapie jej realizacji, a zatem pozbawiony jest możliwości rzetelnej wyceny swojej oferty. Dodatkowo dla Odwołującego nie było jasne, co Zamawiający rozumiał pod pojęciem „reprezentatywnych funkcjonalności”, o których mowa w akapicie drugim na str. 11 Załącznika 4A6 w brzmieniu: „Parametry te zostaną określone w okresie przejściowym w oparciu o precyzyjne pomiary i testy wydajności reprezentatywnych funkcjonalności”. Brak określenia przez Zamawiającego: kto i na jakich zasadach wybierze „reprezentatywne funkcjonalności”, ile będzie „reprezentatywnych funkcjonalności”, kto będzie ponosił odpowiedzialność w przypadku, gdy parametry określone na podstawie pomiarów „reprezentatywnych funkcjonalności” dla funkcjonalności nie podlegającej pomiarom spowodują, że system nie będzie spełniał od początku kryterium Standardowej Wydajności, - powoduje, że opis przedmiotu zamówienia jest niejasny i nieprecyzyjny wbrew art. 29 ust. 1 ustawy PZP. Powyższe niejasności SIWZ zdaniem Odwołującego powodują, że opis przedmiotu zamówienia jak i zakres odpowiedzialności Wykonawcy jest niejasny i nie jest możliwe określenie zakresu prac, a tym samym wycenę oferty. Powyższe stanowi naruszenie: 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 k.c., art. 353¹ k.c., w związku z art. 14 ustawy PZP, a także art. 139 ust. 1 ustawy PZP.

Odwołujący wniósł o modyfikację SIWZ w ten sposób, aby podane były przez Zamawiającego wartości parametrów PCI, PCP, PCK dla wszystkich funkcjonalności i środowisk, dla których ma obowiązywać Standardowa Wydajność, oraz potwierdzenie Zamawiającego w SIWZ, że SI aktualnie spełnia tak wyliczone kryteria Standardowej Wydajności; alternatywnie o usunięcie z Załącznika 4A6 do wzoru umowy i innych zapisów SIWZ pojęcia „Standardowej Wydajności”, alternatywnie o uzupełnienie Załącznika nr 7 do wzoru umowy „Opis Okresu Przejściowego” w ten sposób, aby zakres i zasady określania parametrów PCI, PCP, PCK zostały opisane jako jedno z zadań Wykonawcy w czasie Okresu Przejściowego - tak aby prace te mogły zostać wycenione w ramach Usług Okresu Przejściowego (tabela II.A Formularza ofertowego). W szczególności uzupełnienie określać powinno czy parametry PCI, PCP, PCK mają zostać określone dla wszystkich funkcjonalności i środowisk, czy też tylko dla „reprezentatywnych funkcjonalności”. W tym drugim przypadku należy jednoznacznie określić: kto i na jakich zasadach wybierze „reprezentatywne funkcjonalności”, ile będzie „reprezentatywnych funkcjonalności”, kto będzie ponosił odpowiedzialność w przypadku, gdy parametry określone na podstawie pomiarów „reprezentatywnych funkcjonalności” dla funkcjonalności nie podlegającej pomiarom spowodują, że system nie będzie spełniał od początku kryterium Standardowej Wydajności.

1.2.7. W odniesieniu do Załącznika nr 4A6 do wzoru umowy dodanego na mocy zmiany SIWZ nr 11.1.13 z dnia 14 stycznia 2019 r.:

W Załączniku nr 4A6 na str. 9 w sekcji „Standardowa Wydajność Funkcjonalności” zdefiniowano pojęcie „Standardowa Wydajność”, którym jest czas działania funkcjonalności, określony wzorem wskazanym na str. 10 Załącznika nr 4A6, tj.:

gdzie:

EP - oznacza zbiór Elementarnych Procesów, objętych kryterium wydajności, ep - Elementarny Proces, będący elementem zbioru EP,

PCI - parametr określający standardowy czas inicjalizacji funkcjonalności,

PCP - parametr określający standardowy czas przetwarzania przypadający na jeden punkt funkcyjny uruchamianej funkcjonalności,

PCKep - parametr określający standardowy czas komunikacji pomiędzy modułami w przypadku odwołania się do pliku zewnętrznego przez proces ep,
RFep - rozmiar funkcjonalny Elementarnego Procesu ep,
Llep - liczba uruchomionych instancji Elementarnego Procesu ep, zgodnie z warunkami uruchamiania funkcjonalności zdefiniowanymi w ramach danego kryterium,
LXep - liczba odwołań do zewnętrznych plików danych w ramach danego Elementarnego Procesu (liczba FTR odnoszących się do EIF)."

Odwołujący zauważył, że tak obliczony czas działania funkcjonalności pomija szereg czynników wpływających na czas działania oprogramowania - a tym samym Standardowa Wydajność określona zgodnie z SIWZ nie będzie odzwierciedlać rzeczywistego działania systemu powierzonego Wykonawcy przez Zamawiającego do utrzymania na mocy umowy.

Odwołujący podkreślił, że zgodnie z powszechną wiedzą i praktyką wytwarzania oprogramowania, czas działania algorytmu komputerowego przetwarzającego dane zależy w dużej mierze od ilości przetwarzanych danych. Czynniki te pomijany jest zupełnie w sposobie obliczania Standardowej Wydajności wskazanym w SIWZ.

Dalej Odwołujący argumentował, że takie skonstruowanie definicji Standardowej Wydajności jakie wprowadził Zamawiający do SIWZ przeczy nie tylko wszelkiej wiedzy i doświadczeniom technologicznym, ale również zdrowemu rozsądkowi. Powoduje to także, że spełnienie przez wykonawcę obowiązku zapewnienia tak określonej Standardowej Wydajności będzie obiektywnie niemożliwe w rozumieniu art. 387 § 1 k.c., ponieważ Zamawiający wykluczył możliwość uzależnienia Standardowej Wydajności od wzrostu ilości przetwarzanych danych. A zatem żaden wykonawca obiektywnie nie będzie w stanie dotrzymać - bez narażenia się na zarzut niewykonania umowy - wymaganej przez Zamawiającego Standardowej Wydajności.

W opinii Odwołującego, z uwagi na fakt, że wykonanie obowiązku zapewnienia Standardowej Wydajności wyliczonej w sposób opisany przez Zamawiającego w treści SIWZ stanowi świadczenie niemożliwe do spełnienia, zawarcie umowy należałoby rozpatrywać przez pryzmat art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP, zgodnie z którym Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zdaniem Odwołującego, wskazane postanowienia stanowią naruszenie przepisów m.in. art. 29 ust. 1 i 3 ustawy PZP, art. 36 ust. 1 pkt 3 i pkt 16 ustawy PZP w zw. z art. 5 k.c., art. 353¹ k.c., art. 387 k.c. w związku z art. 14 ustawy PZP, a także art. 139 ust. 1 ustawy PZP.

Odwołujący wniósł o modyfikację definicji Standardowej Wydajności funkcjonalności określonej wzorem zawartym w Załączniku nr 4A6 na str. 9 w sekcji „Standardowa Wydajność Funkcjonalności” w ten sposób, aby uwzględniła ona: ilość przetwarzanych przez funkcjonalność danych; zmiany funkcjonalności nie wpływające na rozmiar funkcjonalny Elementarnego Procesu i parametr RFep; alternatywnie o wykreślenie z SIWZ pojęcia Standardowej Wydajności.

1.2.8. W odniesieniu do Załącznika nr 4A6 dodanego na mocy zmiany SIWZ nr II.1.13 z 14 stycznia 2019 r.:

W Załączniku nr 4A6 do wzoru umowy, w sekcji „Specyfikacja Wymagań Wydajnościowych”, na stronie 14 Zamawiający wskazał jako regułę: „Jeżeli jednocześnie konieczne jest zredefiniowanie Kryterium Wydajnościowego oraz zmiana funkcjonalności objętej tym kryterium, to definiuje się jedynie Wymaganie Wydajnościowe redefiniujące Kryterium Wydajnościowe.” Jednocześnie Zamawiający, jako wskazał sytuację, która stanowi przykład ilustrujący w praktyce powyższą regułę, w sposób z nią sprzeczny.

Odwołujący podniósł, że takie ukształtowanie zapisów powoduje, że mamy do czynienia z wzajemną sprzecznością, gdyż z jednej strony Zamawiający w regule mówi o wymogu definiowania jedynie Wymagania Wydajnościowego a podany przykład o definiowaniu Wymagania Wydajnościowego oraz Wymagania Funkcjonalnego. To powoduje, że Odwołujący nie ma pewności, jak regułę definiowania wymagań rozumie Zamawiający, jaki będzie zakres obowiązków Wykonawcy, a sam opis przedmiotu zamówienia jest niejednoznaczny i niejasny, co stanowi naruszenie: 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 k.c., art. 353¹ k.c., art. 487 § 2 k.c. w związku z art. 14 ustawy PZP, a także art. 139 ust. 1 ustawy PZP.

Odwołujący wniósł o usunięcie sprzeczności poprzez dostosowanie treści przykładu podanego na stronie 14 sekcji „Specyfikacja Wymagań Wydajnościowych w Załączniku nr 4A6 do wzoru umowy do treści reguły, zgodnie z którą jeżeli jednocześnie konieczne jest zredefiniowanie Kryterium Wydajnościowego oraz zmiana funkcjonalności objętej tym kryterium, to definiuje się jedynie Wymaganie Wydajnościowe redefiniujące Kryterium Wydajnościowe.

1.2.9. W odniesieniu do Załącznika nr 4J do wzoru umowy dodanego na mocy zmiany SIWZ nr II.1.1 do SIWZ z dnia 14 stycznia 2019 r.

W załączniku 4J w sekcji „Rozmiar Wymagań Technologicznych” na str. 7 Zamawiający określił że rozmiar Wymagania Technologicznego oblicza się przy zastosowaniu wzoru:

„Rozmiar Wymagania Technologicznego wyraża się wzorem:

$Rwt = PFref \cdot Mwt \cdot Wwp$, gdzie:

Rwt - rozmiar Wymagania Technologicznego wyrażony w liczbie PRO (Punktów Rozliczeniowych),

PFref - rozmiar funkcjonalny oprogramowania (w PFIFPUG), którego dotyczy wymaganie/Mwt - modyfikator wpływu warstwy technologicznej, wyznaczony zgodnie z Tabela 3 Wwp - współczynnik wielkości prac, związanych z typem operacji, jaka ma być wykonana na Katalogu Standardów, wyznaczona zgodnie z Tabela 4.”

Wzorem tym Zamawiający przedstawił sposób szacowania pracochłonności realizacji Wymagań Technologicznych, który będzie obowiązywał w czasie realizacji umowy w zakresie Usług Modyfikacji (G4). Podstawą wyceny Propozycji lub Zgłoszenia Zmiany Modyfikacji jest szacunek pracochłonności wytworzenia lub zmiany oprogramowania dokonywany właśnie na podstawie analizy wymagań określających zakres zmienianego lub wytwarzanego oprogramowania wyspecyfikowanych zgodnie z Załącznikiem 4J do wzoru umowy (pkt 1 Załącznika nr 4c).

Odwołujący podniósł, że o ile w odniesieniu do wymagań funkcjonalnych Zamawiający oparł się na istniejącej w praktyce od wielu lat i przebadanej metodzie wyceny Punktu Funkcyjnego, o tyle w odniesieniu do wymagań niefunkcjonalnych Zamawiający wprowadził bliżej nieznaną zasady oparte na wyliczeniach Punktu Rozliczeniowego.

To, że jak Zamawiający zastrzegł zgodnie z akapitem 1 we wstępie do Załącznika 4J „faktyczna pracochłonność zależy od wielu czynników, których nie da się przewidzieć na etapie formułowania wymagań lub których nie da się zobiektywizować, bowiem są ściśle uwarunkowane podejściem, kompetencjami czy zasobami danego Wykonawcy” nie powoduje, że ocena tej pracochłonności podlegać może arbitralnym założeniom Zamawiającego sprowadzającym się do uzależnienia wyliczenia pracochłonności od ustalonych na etapie kształtowania treści SIWZ określonych wartości liczbowych Modyfikatora wpływu (tabela nr 3 na str. 8 Załącznika 4J) i Współczynnika wielkości prac (tabela nr 4 na str. 8 Załącznika 4J).

Konieczność uwzględnienia podanych w tabelach 3 i 4 wartości Modyfikatora wpływu i Współczynnika wielkości prac skutkować będzie tym, że wynagrodzenie wykonawcy oderwane zostanie od faktycznej pracochłonności. Zarówno umowa o dzieło jak i umowa o świadczenie usług (a takie typy umów mogą wchodzić w grę w zakresie usług Modyfikacji) jest

umową wzajemną, a zatem zgodnie z art. 487 § 2 kc, obie strony zobowiązują się w taki sposób, że świadczenie jednej z nich ma być odpowiednikiem świadczenia drugiej. A zatem świadczeniu wykonawcy, polegającym na wykonaniu Modyfikacji, odpowiadać ma wynagrodzenie będące jego ekwiwalentem. To co rzeczywiście powinno mieć wpływ na wycenę Modyfikacji to szacowanych nakład pracy wymagany dla jej realizacji.

Dalej Odwołujący argumentował, że nigdzie w SIWZ nie wskazano w jaki sposób poszczególne wartości liczbowe Modyfikatora wpływu jak i Współczynnika wielkości prac zostały wyznaczone, a skoro mają one wpływ na rozmiar Punktu Rozliczeniowego, a tym samym wysokość wyceny Modyfikacji, taki obowiązek ciąży na Zamawiającym. W związku z powyższym Zamawiający powinien wskazać nie tylko wartości liczbowe, ale także sposób i uzasadnienie wyceny jak i uzasadnienie zastosowania tych wartości liczbowych w konkretnym przypadku. Tymczasem przyjęte wartości obu parametrów nie zostały poparte żadnymi wyliczeniami, czy np. odniesieniem do powszechnie stosowanej metodyki.

Zgodnie z punktem 5 Załącznika 4C do wzoru umowy wartość punktu rozliczeniowego równa jest wartości punktu funkcyjnego. A zatem Wykonawca składając ofertę musi skalkulować w ramach ceny Punktu Funkcyjnego wskazywanego w formularzu ofertowym także zupełnie inny zakres prac, tj. zakres wynikający z prac, których rozmiar określany jest w Punktach Rozliczeniowych, zgodnie z Załącznikiem 4J do wzoru umowy.

W ramach Punktu Funkcyjnego wykonywane są prace związane z wytworzeniem funkcjonalności oprogramowania zgodnie z przyjętym w Umowie procesem wytwórczym, o czym świadczy pkt 4 Załącznika 4C do wzoru umowy.

Natomiast Punkt Rozliczeniowy Zamawiający przyjął w celu obliczenia pracochłonności realizacji oprogramowania, zakładając, że pracochłonność można wyliczyć za pomocą: wzoru na obliczenie Wymagań Projektowych (str. 4 Załącznika 4J do wzoru umowy); wzoru na obliczenie Wymagań Technologicznych (str. 7 Załącznika 4J do wzoru umowy). O ile Punkt Funkcyjny, jako wielkość wynikająca z szeroko stosowanej metodyki, każdy wykonawca jest w stanie wyliczyć i wycenić, o tyle wycena Punktu Rozliczeniowego w warunkach abstrakcyjnych i oderwanych od konkretnego zamówienia nie jest możliwa.

Zdaniem Odwołującego, zaproponowany przez Zamawiającego sposób wyliczenia pracochłonności oparty na Punkcie Rozliczeniowym sam w sobie jest wadliwy, a dodatkowo nakaz uwzględnienia w cenie Punktu Funkcyjnego Punktu Rozliczeniowego powoduje, że żaden Wykonawca nie jest w stanie dokonać jego prawidłowej rzetelnej wyceny. Uniemożliwia więc to złożenie porównywalnych ofert, a co za tym idzie wybór najkorzystniejszej oferty w Postępowaniu. Aby temu zapobiec Zamawiający powinien po pierwsze usunąć obiektywne wadliwości i niejasności wynikające z obliczeń Punktu Rozliczeniowego, a po drugie - wskazać w formularzu cenowym odrębną pozycję dla wyceny Punktu Rozliczeniowego.

W ocenie Odwołującego, poprzez takie ukształtowanie zapisów SIWZ Zamawiający pozbawił Wykonawcę możliwości wyceny Modyfikacji odpowiadającej faktycznemu nakładowi prac. Co więcej, przyjęte przez Zamawiającego założenia są niejasne a wykonawca nie jest w stanie nawet ocenić wszystkich potencjalnych skutków, jakie mogą one nieść ze sobą.

Zdaniem Odwołującego stanowi to naruszenie: 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 k.c., art. 353¹ k.c., w związku z art. 14 ustawy PZP, a także art. 139 ust. 1 ustawy PZP.

Odwołujący wniósł o zmianę SIWZ poprzez: wydzielenie osobnej pozycji kosztowej w formularzu ofertowym stanowiącym Załącznik nr 1 do SIWZ dla Punktu Rozliczeniowego oraz jednocześnie wskazanie w Załączniku nr 4J do SIWZ sposobu wyliczania wartości liczbowych Modyfikatora wpływu jak i Współczynnika wielkości prac wskazanych w tabelach 3 i 4 Załącznika 4J, alternatywnie wykreślenie z Załącznika 4J do wzoru umowy sekcji „Rozmiar Wymagań Technologicznych” (str. 7 Załącznika 4J).

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie. Oświadczył, że uwzględnił zarzuty opisane w punktach: 1.1, 1.2.1, 1.2.2, 1.2.5, 1.2.6, 1.2.8 odwołania i dokonał modyfikacji treści SIWZ.

W odniesieniu do zarzutu opisanego w punkcie 1.2.3 odwołania Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wyjaśnił, że współczynnik wielkości prac nie zależy od liczby i rodzaju Standardów (w domyśle występujących w Katalogu Standardów), lecz od typu operacji, jaka ma być wykonana na Katalogu Standardów, (które znajdują się w przywołanej przez Odwołującego tabeli nr 4 Załącznika 4J do SIWZ), który to typ będzie wynikał wprost z treści wymagania.

Ustalenie wartości Współczynnika wielkości prac jest kwestią odróżnienia takich operacji, jak „dodanie Standardu Technologicznego”, czy „zawężenie zakresu stosowania danego Standardu Technologicznego” na etapie analizy treści, a nawet uzgodnienia treści Wymagania Technologicznego. Nie może więc być tu mowy o niepewności związanej z wyceną Wymagania Technologicznego w tym zakresie.

Zamawiający podkreślił, że Katalog Standardów nie ma postacispisu, który mógłby zostać udostępniony Wykonawcom. Zamawiający podkreślił, że Wykonawcy mogą określić zakres Katalogu Standardów na podstawie kodu źródłowego oraz dokumentacji oprogramowania, które zostały im udostępnione.

Zamawiający wskazał także, że niezależnie od możliwości jego ustalenia, zakres Katalogu Standardów nie pozwala wnioskować o zakresie i częstotliwości jego zmian, a zatem ilości zamówień obejmujących realizację Wymagań Technologicznych odnoszących się do określonych Standardów Technologicznych. Zamawiający nie jest w stanie przewidzieć swoich potrzeb w zakresie zmian Standardów Technologicznych. Większość Standardów Technologicznych nigdy nie ulegnie zmianie. W związku z powyższym, zakres Katalogu Standardów nie ma przełożenia na szacowaną pracochłonność związaną z realizacją Wymagań Technologicznych. Tym samym zakres Katalogu Standardów nie jest informacją potrzebną Wykonawcom do wyceny Punktu Funkcyjnego.

W odniesieniu do zarzutu opisanego w punkcie 1.2.7 Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wyjaśnił, że choć można zgodzić się z twierdzeniem, iż czas działania algorytmu komputerowego przetwarzającego dane zależy w dużej mierze od ilości przetwarzanych danych, to za całkowicie bezpodstawne należy uznać twierdzenie, jakoby czynnik ten pomijany jest zupełnie w sposobie obliczania Standardowej Wydajności wskazanym w SIWZ. Zgodnie z opisem wzoru na Standardową Wydajność, jednym z czynników występujących we wzorze jest „Llep - liczba uruchomionych instancji Elementarnego Procesu, zgodnie z warunkami uruchamiania funkcjonalności zdefiniowanymi w ramach danego kryterium”. Natomiast liczba instancji Elementarnego Procesu jest ściśle powiązana z ilością przetwarzanych danych, bowiem by przetworzyć kolejne dane muszą zostać uruchomione kolejne instancje Elementarnego Procesu, które te dane przetworzą.

Dalej Zamawiający wskazał, że Odwołujący nie wziął pod uwagę, że parametrami występującymi we wzorze na Standardową Wydajność są: „PCI — parametr określający standardowy czas inicjalizacji funkcjonalności, PCP — parametr określający standardowy czas przetwarzania przypadający na jeden punkt funkcyjny uruchamianej funkcjonalności, PCKep — parametr określający standardowy czas komunikacji pomiędzy modułami w przypadku odwołania się do pliku zewnętrznego przez proces ep”. Są to parametry, które nie będą ustalone dla dowolnej funkcjonalności, lecz będą wyznaczone empirycznie w okresie przejściowym, przy udziale wykonawcy, w warunkach, przy których wymieniane czynniki mające wpływ na wydajność będą takie same lub bardzo zbliżone do warunków, w których będzie działać funkcjonalność, dla której będzie obowiązywać Standardowa Wydajność. Na dodatek, parametry te będą

Zamawiający: „Współczynnik wielkości prac, jak wynika to wprost z przytoczonego opisu wzoru, nie zależy od „liczby i rodzaju Standardów” (w domyśle występujących w Katalogu Standardów), lecz od typu operacji, jaka ma być wykonana na Katalogu Standardów (które wymienione są w przywołanej przez Odwołującego tabeli nr 4 Załącznika 4J do SIWZ), który to typ będzie wynikał wprost z treści wymagania.” Podstawą wyceny będzie zatem typ danej operacji. Izba przyjęła także wyjaśnienia Zamawiającego, iż: „niezależnie od możliwości jego ustalenia, zakres Katalogu Standardów nie pozwala wnioskować o zakresie i częstotliwości jego zmian, a zatem ilości zamówień obejmujących realizację Wymagań Technologicznych odnoszących się do określonych Standardów Technologicznych. Zamawiający nie jest w stanie przewidzieć swoich potrzeb w zakresie zmian Standardów Technologicznych. Większość Standardów Technologicznych nigdy nie ulegnie zmianie. W związku z powyższym, zakres Katalogu Standardów nie ma przełożenia na szacowaną pracochłonność związaną z realizacją Wymagań Technologicznych”. Izba podziela zatem stanowisko Zamawiającego, zgodnie z którym zakres Katalogu Standardów nie jest informacją niezbędną Wykonawcom do wyceny Punktu Funkcyjnego.

Zamawiający wyjaśnił także, że w sytuacji, gdyby w trakcie realizacji umowy pojawiły się nowe funkcjonalności czy modyfikacje niezbędne do zrealizowania przez Wykonawcę, to Zamawiający przewidział możliwość niezależnego wynagrodzenia w tym zakresie. Zatem te okoliczności, których nie można przewidzieć na chwilę składania ofert, będą stanowiły odrębny przedmiot zamówienia i realizacji.

Izba miała na uwadze także okoliczność, że – zgodnie z wyjaśnieniem Zamawiającego - tego rodzaju zamówienie było już prowadzone przez zamawiającego, jakim jest Zakład Ubezpieczeń Społecznych i metodyka tej wyceny była podobna. Została zastosowana standardowa metodyka wycen, do której zastosowano autorskie rozwiązanie, co potwierdza, że przekazywane przez Zamawiającego informacje są wystarczające dla wykonawców do sporządzenia oferty oraz do realizacji zamówienia.

Izba za bezzasadny uznała również zarzut Odwołującego opisany w punkcie 1.2.7 odwołania.

Odwołujący w treści odwołania podkreślał wielokrotnie, że czas działania algorytmu komputerowego przetwarzającego dane zależy w dużej mierze od ilości przetwarzanych danych, a czynnik ten został pominięty w sposobie obliczania Standardowej Wydajności.

Należy wskazać, że wbrew twierdzeniu Odwołującego, przedstawiony przez Zamawiającego wzór na Standardową Wydajność obejmuje także czynnik, który jest ściśle powiązany z ilością przetwarzanych danych. Czynnik ten to „Llep - liczba uruchomionych instancji Elementarnego Procesu zgodnie z warunkami uruchamiania funkcjonalności zdefiniowanymi w ramach danego kryterium”.

Jak wyjaśnił Zamawiający: „liczba instancji Elementarnego Procesu jest ściśle powiązana z ilością przetwarzanych danych, bowiem by przetworzyć kolejne dane muszą zostać uruchomione kolejne instancje Elementarnego Procesu, które te dane przetwarzają. Czas działania algorytmu komputerowego przetwarzającego dane zależy w dużej mierze od ilości przetwarzanych danych, to za całkowicie bezpodstawne należy uznać twierdzenie, jakoby czynnik ten pomijany jest zupełnie w sposobie obliczania Standardowej Wydajności wskazanym w SIWZ”.

Powyższe zatem oznacza, że Zamawiający ujął w opisie zamówienia niezbędny czynnik, na który zwrócił uwagę Odwołujący – tj. ilość przetwarzania danych, który to czynnik wpływa na czas działania algorytmu komputerowego przetwarzającego dane. Izba miała na uwadze okoliczność, że Odwołujący oparł swój wywód na czynniku ilości przetwarzanych danych. Również żądanie Odwołującego przedstawione w treści odwołania referuje do tego właśnie czynnika. Tym samym podnoszenie przez Odwołującego w trakcie rozprawy okoliczności dotyczących wpływu innych czynników na Standardową Wydajność należy uznać za bezzasadne.

Ponadto Odwołujący w treści odwołania przedstawił żądanie o uwzględnienie przy wyznaczaniu Standardowej Wydajności „zmian funkcjonalności nie wpływających na rozmiar funkcjonalny Elementarnego Procesu i parametr RFep”. Izba podziela stanowisko Zamawiającego, zgodnie z którym nie jest zrozumiały związek pomiędzy oczekiwaniem Odwołującego, a przedstawioną przez niego argumentacją. Odwołujący nie wyjaśnił stawianych tez. Nie można zatem stwierdzić, o jakie zmiany funkcjonalności chodzi.

W konsekwencji Izba uznała zarzut za bezzasadny.

Izba za bezzasadny uznała także zarzut Odwołującego opisany w punkcie 1.2.9 odwołania.

W treści zarzutu Odwołujący wskazał, że zaproponowany przez Zamawiającego sposób wyliczenia pracochłonności oparty na Punkcie Rozliczeniowym sam w sobie jest wadliwy i stwierdził, że wzór stworzony przez Zamawiającego nie jest prawidłowy i powinien wyglądać inaczej. Jednakże Odwołujący nie określił, jak powinien taki wzór wyglądać. Izba podziela stanowisko Zamawiającego, zgodnie z którym „zarzut ten jest w istocie bardzo ogólny, subiektywny i nie odnosi się do żadnych konkretnych postanowień SIWZ. Odwołujący nie precyzuje o jakie założenia chodzi oraz nie wykazuje w jaki sposób rzekoma „niejasność” pozbawia możliwości wyceny Modyfikacji”.

Ponownie należy zauważyć, że Zamawiający przekazał Wykonawcom dokumentację niezbędną do sporządzenia oferty i wszyscy Wykonawcy dokonają wyceny na podstawie takich samych danych. Dodatkowo Zamawiający wyjaśnił, że pracochłonność zależy nie tylko od wymienionych czynników, ale także od wyceny Punktu Funkcyjnego, który określa Wykonawca. Współczynniki nie są wartościami oderwanymi od przedmiotu Wymagania Technologicznego, ustala się je na podstawie kategoryzacji prac, jakie należy wykonać w ramach wymagania. Prace te zostały scharakteryzowane w Załączniku 4G6 oraz w Załączniku 4J. Na tej podstawie wykonawca może określić przewidywaną pracochłonność związaną z realizacją danej kategorii prac i odwracając przytoczony wzór wyznaczyć optymalną z jego punktu widzenia wartość Punktu Funkcyjnego. Ponadto Zamawiający wskazał, że w obecnej umowie zostało określone, w jaki sposób wycenić robocizny.

Zamawiający zwrócił także uwagę, że „na wartość Punktu Rozliczeniowego, a tym samym na wycenę Modyfikacji, mają wpływ same wartości przywołanych współczynników, a nie sposób ich wyznaczenia. Tym samym oczekiwanie, że zostaną wskazane sposoby wyliczenia wartości liczbowych Modyfikatora wpływu jak i Współczynnika wielkości prac wskazanych w tabelach 3 i 4 Załącznika 4J jest nieuzasadnione”. Sposób wyliczenia Punktu Rozliczeniowego odnosi się do rozmiaru funkcjonalnego oprogramowania, a co za tym idzie wyraża analogiczną zależność Punktu Rozliczeniowego od pracochłonności co Punkt Funkcyjny. Dlatego też wydzielenie osobnej pozycji kosztowej w formularzu ofertowym stanowiącym Załącznik nr 1 do SIWZ dla Punktu Rozliczeniowego jest nieuzasadnione”.

W konsekwencji, w ocenie Izby, nie można uznać, że przedstawiona przez Odwołującego argumentacja dowodzi naruszenia przez Zamawiającego art. 7 oraz 29 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Postanowienia SIWZ są jednakowe dla wszystkich wykonawców, a Zamawiający określił, jakie współczynniki i w oparciu o jakie dokumenty winien ustalić wykonawca.

Odwołujący w trakcie rozprawy sformułował zarzut co do braku przedstawienia przez Zamawiającego w treści SIWZ informacji dotyczących modelu IFPUG. Izba nie dokonywała rozstrzygnięcia w zakresie tego zarzutu, gdyż kwestia ta nie była przedmiotem odwołania. Stosownie do artykułu 192 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Izba oddaliła wniosek Odwołującego o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresów informatycznych na

okoliczność ustalenia, czy biorąc pod uwagę formułę szacowania rozmiarów wymagań technologicznych, dołączenie przez Zamawiającego katalogu standardów technologicznych do SIWZ jest niezbędne dla wyceny punktu funkcyjnego, czy wykonawca może odtworzyć katalog standardów technologicznych na podstawie kodu źródłowego i dokumentacji systemu w sposób umożliwiający określenie zakresu przyszłych świadczeń wykonawców; na okoliczność wykazania, czy algorytm obliczania standardowej wydajności opisany w pkt. załącznika 4a6 na str. 10 do umowy jest miarodajny dla określenia wydajności aplikacji; na okoliczność wykazania, czy przyjęty przez Zamawiającego sposób szacowania rozmiaru wymagań technologicznych przy uwzględnieniu przyjętych wartości modyfikatora wpływu warstwy technologicznej i współczynnika wielkości prac w powiązaniu z ceną punktu funkcyjnego, określony w załączniku 4J do umowy, pozwala na miarodajną wycenę wynagrodzenia stanowiącego ekwiwalent faktycznej pracochłonności i zakresu prac wykonawców; nadto co do przedstawionego przez Zamawiającego w trakcie rozprawy dowodu w postaci wzoru.

Izba oddaliła wnioszek z uwagi na fakt, że powołanie takiego dowodu spowoduje nieuzasadnione opóźnienie w rozpoznaniu sprawy.

Przed wszystkim Odwołujący nie sprecyzował, z zakresu jakiej specjalności miałby to być biegły. Stwierdzenie Odwołującego co do powołania biegłego z zakresów informatycznych jest ogólne.

Ponownie należy wskazać, że Wykonawcy są zobowiązani do dokonania wyceny oferty na podstawie załączonej przez Zamawiającego dokumentacji. Zastają pewien określony stan i na jego podstawie podejmują decyzję co do ewentualnego udziału w postępowaniu i sposobu dokonania wyceny. Ponadto Zamawiający w trakcie rozprawy wyjaśnił, że część informacji, jak np. zakres Katalogu Standardów, nie jest informacją niezbędną Wykonawcom do wyceny Punktu Funkcyjnego - treść SIWZ nie zobowiązuje wykonawców do tworzenia takiego katalogu.

Ponadto Odwołujący domaga się powołania biegłego do ustalenia faktów w zakresie dokumentacji stworzonej przez Zamawiającego, a zatem do okoliczności zindywidualizowanych. Brak jest kryteriów obiektywnych, zatem nie jest wiadomo, w oparciu o jakie kryteria miałby dokonać oceny powołany biegły.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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 (t.j. z dnia 7 maja 2018 r. Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

Przewodniczący:

Członkowie: