

WYROK

z dnia 14 października 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Tomasz Skowroński

Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 października 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 września 2022 r. przez wykonawcę Sygnity Business Solutions S.A. z siedzibą w Zielonej Górze, ul. Dąbrowskiego 12, 65-021 Zielona Góra w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa w Warszawie, ul. Poleczki 33, 02-822 Warszawa

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu 1 odwołania, tj. zarzutu naruszenia art. 16 ust. 1 i 3, w zw. z art. 112 ust. 1 ustawy Pzp poprzez ustanowienie w treści Ogłoszenia o zamówieniu oraz w treści SWZ - Rozdział III.2. pkt 1.1.1.1 oraz pkt 1.1.1.2 warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w odniesieniu do wiedzy i doświadczenia Wykonawcy w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a przez to utrudniający Odwołującemu ubieganie się o przedmiotowe zamówienie.
2. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu 3 odwołania, tj. zarzutu naruszenia art. 16 ust. 1, art. 17 ust. 1 pkt 2) oraz art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w odniesieniu do konieczności zapewnienia przez Wykonawcę Środowisk stanowiących kopię Środowiska Produkcyjnego Systemu w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, preferujący konkretnych wykonawców, a przy tym powodujący konieczność poniesienia przez Zamawiającego nakładów, które nie pozwolą uzyskać najlepszych efektów zamówienia,
3. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu 5 lit. a) odwołania, tj. zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1 i 3 w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 20 oraz w zw. art. 8 ust. 1 ustawy w zw. z art. 5 i art. 353(1) Kodeksu cywilnego poprzez skonstruowanie postanowień umownych w zakresie określenia uprawnienia Zamawiającego do jednostronnej decyzji w zakresie zawieszania świadczenia Usług z Grupy G1 w terminach uniemożliwiających określenie Wykonawcy minimalnego zakresu świadczenia w tym zakresie (co jest dodatkowo sprzeczne z przepisem art. 433 pkt 4 ustawy).
4. Oddala odwołanie.
5. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę Sygnity Business Solutions S.A. z siedzibą w Zielonej Górze, ul. Dąbrowskiego 12, 65-021 Zielona Góra i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę

Sygnity Business Solutions S.A. z siedzibą w Zielonej Górze, ul. Dąbrowskiego 12,

65-021 Zielona Góra tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2022 r., poz. 1710) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 2576/22

Uzasadnienie

Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa z siedzibą w Warszawie, zwana dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2022 r., poz. 1710), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na „Utrzymanie i rozwój systemu informatycznego EBS”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 20 września 2022 r., nr 2022/S 181-512314.

W dniu 30 września 2022 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca Sygnity Business Solutions S.A. z siedzibą w Zielonej Górze, zwany dalej „Odwołującym”, wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegających na niezgodnym z przepisami ustawy Pzp sporządzeniu treści Ogłoszenia o zamówieniu oraz Specyfikacji Warunków Zamówienia, zwanej dalej „SWZ”, zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 16 ust. 1 i 3, w zw. z art. 112 ust. 1 ustawy Pzp poprzez ustanowienie w treści

Ogłoszenia o zamówieniu oraz w treści SWZ - Rozdział III.2. pkt 1.1.1.1 oraz pkt

1.1.1.2 warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w odniesieniu do wiedzy i doświadczenia Wykonawcy w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a przez to utrudniający Odwołującemu ubieganie się o przedmiotowe zamówienie,

2. art. 16 ust. 1 i 3 w zw. z art. 112 ust. 1 ustawy Pzp poprzez ustanowienie w treści

Ogłoszenia o zamówieniu oraz w treści SWZ - Rozdział III.2. pkt 1.1.2.2 oraz pkt

1.1.1.2 warunków udziału w postępowaniu w zakresie osób zdolnych do realizacji zamówienia w odniesieniu do Kierownika Projektu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a przez to utrudniający Odwołującemu ubieganie się o przedmiotowe zamówienie,

3. art. 16 ust. 1, art. 17 ust. 1 pkt 2) oraz art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Pzp poprzez opisanie

przedmiotu zamówienia w odniesieniu do konieczności zapewnienia przez

Wykonawcę Środowisk stanowiących kopię Środowiska Produkcyjnego Systemu w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, preferujący konkretnych wykonawców, a przy tym powodujący konieczność poniesienia przez Zamawiającego nakładów, które nie pozwolą uzyskać najlepszych efektów zamówienia,

4. art. 16 ust. 1 oraz art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w odniesieniu do czasów realizacji zmian w Ramach Usług Rozwoju Modyfikacji wraz z koniecznym do zapewnienia współczynnikiem całkowitej wydajności realizacyjnej w sposób wygórowany, a przez to utrudniający uczciwą konkurencję,

5. art. 16 pkt 1 i 3 w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 20 oraz w zw. art. 8 ust. 1 ustawy w zw. z art. 5 i art. 353(1) Kodeksu cywilnego poprzez skonstruowanie postanowień umownych w zakresie:

a) określenia uprawnienia Zamawiającego do jednostronnej decyzji w zakresie zawieszania świadczenia Usług z Grupy G1 w terminach uniemożliwiających określenie Wykonawcy minimalnego zakresu świadczenia w tym zakresie (co jest dodatkowo sprzeczne z przepisem art. 433 pkt 4 ustawy),

b) skonstruowania postanowień dotyczących zasad świadczenia usług Certyfikacji z Grupy Usług G2U3 w taki sposób, iż w przypadku rezygnacji przez Zamawiającego od zamówionej Certyfikacji Wykonawcy nie będzie przysługiwało wynagrodzenie z tytułu wykonanych czynności Certyfikacyjnych,

- w sposób, który prowadzi do zaburzenia równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, co pozostaje w sprzeczności z zasadami współzycia społecznego, godzi w naturę stosunku prawnego, naruszając tym samym równowagę kontraktową Stron oraz stanowi nadużycie przez zamawiającego przysługującego mu prawa podmiotowego do ukształtowania istotnych postanowień umownych.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

1) dokonanie modyfikacji Ogłoszenia o zamówieniu oraz treści SWZ w Rozdziale III.2

pkt 1.1.1 poprzez dokonanie zmiany treści wstępu do warunku udziału w postępowaniu w odniesieniu do wiedzy i doświadczenia i nadaniu mu następującego brzmienia:

1. O niniejsze zamówienie mogą ubiegać się Wykonawcy spełniający warunki udziału w postępowaniu w zakresie:

1.1. Zdolności technicznej lub zawodowej. Zamawiający uzna, że Wykonawca spełnia warunek udziału we wskazanym zakresie, jeżeli Wykonawca wykaże, że:

1.1.1. wykonał w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu

składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również realizuje: (...)”.

2) dokonanie modyfikacji Ogłoszenia o zamówieniu oraz treści SWZ w Rozdziale III.2 pkt 1.1.1.1 poprzez usunięcie dodatkowego wymagania określonego w lit. b), tj. obowiązku, aby wdrożenie lub modyfikacja dotyczyła systemu funkcjonującego w 10 lokalizacjach,

3) dokonanie modyfikacji Ogłoszenia o zamówieniu oraz treści SWZ w Rozdziale III.2 pkt 1.1.1.2 w zakresie obligatoryjnego spełnianie przez referencyjną usługę wszystkich wymagań określonych w pkt od a) do j) poprzez ograniczenie spełnienia tego wymagania poprzez wykazanie co najmniej 5 spośród 10 zadań wskazanych szczegółowo w treści warunku, co spowoduje nadanie temu warunkowi następującego

brzmienia:

1.1.1.1. co najmniej jedną usługę o wartości nie mniejszej niż 1 000 000,00 zł brutto (słownie: jeden milion złotych 00/100) rocznie (bez kosztów infrastruktury sprzętowej i licencji) obejmującą utrzymanie systemu spełniającego wymagania opisane w pkt powyżej, która była świadczona przez okres co najmniej 12 miesięcy, a w ramach świadczonych usług do zadań wykonawcy należała realizacja co najmniej 5 spośród poniższych zadań:

a) obsługa zgłoszeń incydentów od użytkowników systemu,

b) usuwanie wad w utrzymywanym systemie,

c) weryfikacja skuteczności wytworzonych poprawek przed wdrożeniem na

środowisko

produkcyjne,

d) monitorowanie pracy systemu,

e) administracja środowiskami, na których zainstalowany był utrzymywany system,

f) administracja uprawnieniami w aplikacji,

g) wprowadzanie poprawek i modyfikacji oprogramowania na środowiska zamawiającego,

h) odtwarzanie systemu z kopii bezpieczeństwa zamawiającego,

i) zapewnienie odpowiedniego poziomu świadczenia usług,

j) zmiana wersji oprogramowania wspomagającego na środowiskach zamawiającego (np. baza danych, serwer aplikacyjny, system operacyjny).

4) dokonanie modyfikacji Ogłoszenia o zamówieniu oraz treści SWZ w Rozdziale III.2 pkt 1.1.2.2 poprzez usunięcie odniesienia do wymagania określonego w pkt. 1.1.1.2. i zamiast tego nadanie mu następującego brzmienia:

1.1.1.1. Jednym Kierownikiem Projektu, który posiada

a) co najmniej 3-letnie doświadczenie na stanowisku Kierownika Projektu przy realizacji zamówień obejmujących świadczenie usług utrzymania systemu informatycznego opartego o licencje Oracle EBS.

b) certyfikat Prince 2 Foundation lub równoważny,

c) certyfikat ITIL Foundation lub równoważny,

d) wykształcenie wyższe”.

Dodatkowo wniósł o modyfikację treści pierwszej Uwagi (po pkt 1.1.2.14) w taki sposób, aby zakaz występowania tej samej osoby w różnych rolach nie dotyczył ról, o których mowa w pkt. 1.1.2.1 oraz 1.1.2.2.

5) dokonanie modyfikacji treści zobowiązań Wykonawcy dotyczących zapewnienia własnych Środowisk stanowiących kopię Środowiska Produkcyjnego, w szczególności zaś postanowień:

- pkt 4.1.5 Umowy,
- pkt 2.1.1.22 oraz 2.1.1.23 Załącznika nr 1A do Umowy,
- pkt 3.1.3 Załącznika nr 1C do Umowy
- pkt 3.1.5 oraz 3.1.6 Załącznika nr 7 do Umowy,

- w taki sposób, aby obowiązek zapewnienia licencji niezbędnych dla budowy

środowisk dla wszystkich Aplikacji przeniesiony został na Zamawiającego, lub - jeśli w ocenie Zamawiającego w jakimś zakresie nie ma takiej możliwości - aby przedmiot zamówienia obejmował dostawę niezbędnych licencji do budowy środowisk, z których ma korzystać Wykonawca dla realizacji usług w ramach Umowy.

6) dokonanie zmian w Załączniku nr 4C w zakresie:

a) określenia nowych terminów przekazania oprogramowania Modyfikacji do Testów Akceptacyjnych, wskazanych w pkt 3 (tabela) w sposób zgodny z tabelą zawartą w treści odwołania.

b) obniżenia określonego w pkt 4 wartości współczynnika zapewnienia całkowitej wydajności realizacyjnej z dotychczasowego poziomu minimum 1000 Punktów Funkcyjnych (w każdym miesiącu obowiązywania Usługi Rozwoju) do poziomu 250

Punktów funkcyjnych.

7) dokonanie zmiany treści dokumentacji postępowania, a zwłaszcza pkt 3.7 Umowy w taki sposób, aby możliwość podjęcia przez Zamawiającego jednostronnej decyzji zawieszenia świadczenia Usług z Grupy Usług Utrzymania Środowisk (G1) została ograniczona w taki sposób, aby:

- prawo zawieszenia przysługiwało wyłącznie jeden raz w okresie trwania realizacji

Umowy,

- okres zawieszenia usługi musiał być z góry przez Zamawiającego określony i nie mógł trwać dłużej niż 6 miesięcy,
- w przypadku, gdy okres zawieszenia Usługi z Grupy G1 przekracza 3 miesiące wznowienie świadczenia Usług wymaga zgody Wykonawcy.

8) dokonanie zmiany treści pkt 4.9 Załącznika nr 2C1 i nadanie mu następującej treści:

„4.9. W przypadku, jeżeli po upływie terminu, o którym mowa w zdaniu wyżej,

Certyfikacja nie została zakończona, Zamawiający może odstąpić od zamówionej

Certyfikacji (w terminie 30 dni od wystąpienia przesłanki do odstąpienia). W takim przypadku wynagrodzenie za daną Certyfikację zostanie obliczone na podstawie zestawienia pracochłonności prac zrealizowanych przez Wykonawcę oraz jednostkowej stawki za Roboczo dzień określonej w punkcie 8.11 Umowy”.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł m.in.:

Odnosnie zarzutu dotyczącego okresu zdobywania doświadczenia Odwołujący podniósł, że wskazany w treści Ogłoszenia o zamówieniu oraz z treści Rozdziału III.2 pkt 1.1.1 warunek w zakresie wiedzy i doświadczenia jest nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a nadto biorąc pod uwagę niewielką na rynku liczbę zamówień i wdrożeń Oprogramowania Oracle EBS na rynku polskim, obejmujących łącznie wszystkie ww. elementy mający charakter dyskryminujący z uwagi na to, że uniemożliwia on ubieganie się o to zamówienie podmiotom posiadającym doświadczenie oparte o realizację różnych zamówień, a wystarczające do prawidłowego wykonania zamówienia. Szczególna trudność w zakresie wymagań dotyczących wiedzy i doświadczenia w zakresie sformułowanym przez Zamawiającego dotyczy wykazania się doświadczeniem w zakresie realizacji usług odnoszących się do Systemów opartych o licencje Oracle EBS w określonych wersjach, przy jednoczesnym wymaganiu spełnienia wymagań dotyczących wartości tych usług oraz spełnienia szeregu dodatkowych wymagań Zamawiającego. Stawianie powyższych warunków w zagregowanej postaci przez Zamawiającego i to jeszcze wykazanych w ciągu ostatnich 3 lat jest nadmierowe.

Nadto wskazał, że od marca 2020 roku, nieprzerwanie przez okres ok. 2 lat, polska gospodarka funkcjonowała w restrykcjach związanych z Pandemią Covid-19. Konsekwencją wpływu pandemii na realizację usług wdrożeń systemów opartych o licencje Oracle EBS jest to, iż większość nowych wdrożeń została wstrzymana lub odsunięta w czasie. Według dokonanej weryfikacji na przykładzie ogłoszeń opublikowanych w D.U.U.E. w roku 2022 r., w których pojawia się sformułowanie Oracle EBS, oprócz przedmiotowego postępowania zostały opublikowane wyłącznie 2 postępowania odnoszące się do tego oprogramowania, z których jedno dotyczyło wyłącznie zakupu licencji, a drugie realizacji zmian prawnych, przy czym szacunkowa wartość tego drugiego zamówienia wynosiła ok. 350 000,00 zł. Pokazuje to jednoznacznie, że potencjalna liczba projektów, spełniających wymagania Zamawiającego w odniesieniu do zakresu referencyjnej usługi i jednocześnie jej wartości jest bardzo mała (w odniesieniu do usługi wdrożeniowej), lub wręcz - z uwagi na sposób sformułowania ww.

warunku - nierealna do spełnienia w zakresie jakiegokolwiek innego podmiotu niż Wykonawca dotychczas realizującego tą usługę (w odniesieniu do usługi utrzymania).

Odwołujący jest podmiotem, który realizował usługi utrzymania i rozwoju, stanowiące przedmiot niniejszego zamówienia bezpośrednio przed rozpoczęciem realizacji aktualnej umowy (w okresie 2015 - 2019). Usługi te zostały zrealizowane prawidłowo, a Zamawiający wielokrotnie na prośbę Wykonawcy wystawiał mu z tytułu świadczenia tych usług referencje. Trudno zatem byłoby twierdzić, aby Odwołujący w rzeczywistości nie miał potencjału umożliwiającego mu świadczenie ww. usług. Tymczasem sposób sformułowania wymagań, w szczególności w tym przypadku zawężenie okresu, w którym możliwe jest wykazanie się prawidłową realizacją usług może spowodować, iż Odwołujący nie będzie w stanie sprostać wymaganiom Zamawiającego, czego oczywistym skutkiem stanie się to, że ostatecznie w niniejszym postępowaniu złożona zostanie wyłącznie 1 oferta, tzn. oferta podmiotu aktualnie świadczącego ww. usługę, gdyż według naszej wiedzy nie ma na krajowym rynku aktualnie

innego podmiotu, który jest w stanie spełnić warunki udziału w postępowaniu literalnie spełniające wymagania określone w tym postępowaniu.

Odnosnie zarzutu dotyczącego wymagania dotyczącego liczby lokalizacji Odwołujący podniósł, że realizacja przedmiotu zamówienia nie obejmuje budowania sieci, która umożliwiałaby połączenie pomiędzy lokalizacjami a wyłącznie świadczenia usług związanych z systemem system EBS, który jest systemem zainstalowanym centralnie i dla jego funkcjonowania nie ma znaczenia liczba lokalizacji. Z technicznego punktu widzenia możliwym jest bowiem funkcjonowanie i korzystanie przez niego z użytkowników w wielu lokalizacjach. Tak sformułowany wymóg był kwestionowany w poprzednich postępowaniach - w 2015 r. przez Sygnity S.A. oraz przez Dahliamatic S.A. w 2019 r. i w obu przypadkach Zamawiający uwzględnił nieproporcjonalność ww. wymagania i uwzględnił odwołania w tym zakresie. Stąd też zdumiewającym jest fakt ponownego wskazania w treści sformułowanych warunków wymagania, które z technicznego punktu widzenia nie ma absolutnie żadnego wpływu na weryfikację doświadczenia i kompetencji Wykonawcy zdobytych w odniesieniu do realizacji usług wdrożenia, modyfikacji i utrzymania Systemów działających w oparciu o oprogramowanie Oracle EBS.

Odnosnie zarzutu dotyczącego wymagań dotyczących usługi utrzymaniowej Odwołujący podniósł, że opisany w Rozdziale III.2 pkt 1.1.1.2. SWZ wymóg jest w zasadzie nie do spełnienia dla jakiegokolwiek innego podmiotu niż podmiot, który aktualnie realizuje usługi świadczone na rzecz Zamawiającego. Należy wskazać bowiem, iż nie dość, że przedmiotem usługi o której mowa w treści warunku jest świadczenie usług utrzymania Systemu opartego o: (1) konkretne wersje Oracle EBS, (2) o określonej bardzo wysokiej wartości, tj. powyżej 1 mln rocznie, (3) w okresie przekraczającym 12 miesięcy to jeszcze w ramach ww. usługi Wykonawca musi potwierdzić realizację co najmniej 10 konkretnego rodzaju zadań wchodzących w skład utrzymania. Posiadanie umowy utrzymaniowej Systemu o tak dużym wolumenie i w odniesieniu do konkretnych wersji Oracle EBS nie jest łatwe do spełnienia. Dodanie w treści ww. warunku dodatkowego obostrzenia, w ramach którego konieczne jest wykazanie realizacji 10 różnego rodzaju świadczeń, z których znaczna część jest ewenementem na rynku powoduje, że wykazanie się doświadczeniem przez jakikolwiek podmiot, który nie realizuje usługi na rzecz Zamawiającego jest w zasadzie niemożliwe. W tym kontekście pragniemy zaznaczyć bowiem, iż niektóre rodzaje zadań, których oczekuje Zamawiający nie są standardowo usługami zlecanymi przez innych Klientów, którzy realizację tych zadań z reguły realizują własnymi siłami. Do usług tego rodzaju z całą pewnością zaliczyć można m. in.

- administracja środowiskami (do poziomu systemu operacyjnego włącznie), na których zainstalowany był utrzymywany system,
- administracja uprawnieniami w aplikacji,
- odtwarzanie systemu z kopii bezpieczeństwa zamawiającego,
- zmiana wersji oprogramowania wspomagającego na środowiskach zamawiającego (np. baza danych, serwer aplikacyjny, system operacyjny).

Większość Klientów, w tym Klientów komercyjnych, choćby ze względów na własne wdrożone polityki bezpieczeństwa, nie dopuszcza możliwości realizacji zadań dotyczących np. administrowania uprawnieniami, gdyż są to czynności w sposób oczywisty zależne od decyzji personalnych u danego Klienta i nadawanie uprawnień z reguły jest realizowane przez administratorów działających po stronie Klienta. Podobnie zupełnie wyjątkowymi są zadania dotyczące administrowaniem środowiskami do poziomu systemów operacyjnych, odtwarzanie systemu z kopii zapasowej, czy zmiany wersji oprogramowania wspomagającego. Zazwyczaj tego typu obowiązki są bowiem realizowane bądź przez samego Zamawiającego, bądź też przez wykonawców dostarczających infrastrukturę, lub realizujących utrzymanie infrastruktury systemowej. Nie znaczy to bynajmniej, iż Wykonawcy, którzy w ramach utrzymania systemów EBS dla innych Klientów nie posiadają wiedzy czy doświadczenia w realizacji tego typu prac. Możliwe jest przecież, aby przynajmniej niektóre z tych czynności były realizowane w ramach np. w formie konsultacji, lub też w ramach innych umów świadczonych na rzecz innych Klientów. Natomiast bardzo mało prawdopodobne, albo wręcz niemożliwe, aby taki zestaw zadań był realizowany w ramach jednej konkretnej umowy i to spełniającej wszystkie pozostałe opisane w treści warunku wymagania. W tej sytuacji koniecznym jest wskazanie, że według naszej wiedzy nie ma na rynku żadnej usługi, która w 100% odpowiadałaby takiemu konglomeratowi wymagań, o jakich sformułowanie pokusił się Zamawiający. Dla zapewnienia jakiegokolwiek konkurencyjności koniecznym jest dokonanie takiej modyfikacji tego warunku, aby dopuścić możliwość wykazania się realizacją usług utrzymania dużego systemu opartego o licencje

Oracle EBS, ale w zakresie realizacji typowych zadań związanych z realizacją tego typu usług zlecanych na rynku, a nie całego zakresu świadczeń, które są co prawda elementem

przedmiotu zamówienia, ale których zlecenie na rynku w ramach umów na utrzymanie systemów EBS nie jest w ogóle praktykowane. Zwłaszcza w sytuacji, gdy takie sformułowanie treści warunku w sposób oczywisty preferuje tylko jednego Wykonawcę, dotychczas realizującego usługi na rzecz ARiMR. Stąd też konieczne jest ograniczenie treści tego warunku w taki sposób, aby zakres zadań wchodzących w skład realizowanej usługi utrzymania obejmował przynajmniej 5 typowych zadań, o których mowa w treści warunku.

Wydaje się, że jest to wystarczające dla potwierdzenia wiedzy i doświadczenia Wykonawcy, która trudno, aby przy tak dużej i skomplikowanej Umowie, jak w przypadku Zamawiającego miała objąć wszystkie zadania, które akurat ARiMR zleca w ramach tejże Umowy. Nadto podniósł, że ewentualne niespełnienie choćby jednego warunku, a nawet jego części (jak w przypadku administrowania uprawnieniami w aplikacji lub administrowania środowiskami - ale co najmniej na poziomie systemów operacyjnych), spowodować może zakwestionowanie całej usługi, a w konsekwencji utratę bardzo wysokiego wadium. Ryzyko z tym związane może skutecznie uniemożliwić złożenie ofert jakiegokolwiek innemu wykonawcy niż dotychczasowy wykonawca świadczący usługi utrzymania i rozwoju systemu EBS.

Odnosnie zarzutu dotyczącego wymagań dotyczących doświadczenia Kierownika Projektu Odwołujący podniósł, że jedną z wymaganych przez Zamawiającego do realizacji Umowy osób jest drugi z Kierowników Projektu, w zakresie której to roli Zamawiający oczekuje, że wykonawca zadeklaruje dysponowanie:

1.1.1.2. Jednym Kierownikiem Projektu, który posiada

- a) co najmniej 3-letnie doświadczenie na stanowisku Kierownika Projektu przy realizacji zamówień o zakresie jak w pkt 1.1.1.2 z wyłączeniem wartości zamówień.
- b) certyfikat Prince 2 Foundation lub równoważny,
- c) certyfikat ITIL Foundation lub równoważny,
- d) wykształcenie wyższe.

W kontekście treści tego wymagania Odwołujący wskazał, że dużo bardziej wątpliwe jest posiadanie przez potencjalnych wykonawców osoby mającej doświadczenie w realizacji projektu obejmującego świadczenie wszystkich zadań w ramach utrzymania wymienione w treści warunku (punkty od a) do j)), niż osoby, która pełni rolę Kierownika Projektu w projekcie o wartości przekraczającej 1 mln zł rocznie. Jeśli więc z perspektywy Odwołującego nie ma na rynku (za wyjątkiem Zamawiającego) Klientów powierzających w ramach świadczenia usług utrzymania systemów opartych o Oracle EBS tak szeroki zakres świadczonych prac, to pochodną tej konkluzji jest niemożność posiadania również osoby, która mogłaby w ramach ww. usług pełnić rolę Kierownika Projektu. Stąd też dla możliwości wykazania się odpowiednim doświadczeniem zdaniem Odwołującego wystarczające będzie ograniczenie ww. wymagania w taki sposób, aby doświadczenie ww. osoby dotyczyło pełnienia funkcji Kierownika Projektu przy realizacji umowy w zakresie utrzymania systemu informatycznego opartego o Oracle EBS. W odniesieniu do funkcji Kierownika Projektu

posiadanie przez Projekt wszystkich cech (realizacja wszystkich zadań z zakresu utrzymania wymienionych przez Zamawiającego) nie ma żadnego znaczenia. Rolą i odpowiedzialnością Kierownika Projektu, w szczególności tak dużego nie jest bowiem realizacja prac merytorycznych w obszarach odnoszących się do zadań wymienionych przez Zamawiającego. Zgodnie z metodyką PRINCE2, którą stosuje Zamawiający do głównych zadań Kierownika Projektu należy motywowanie, nadzór i kierowanie zespołem projektowym, planowanie i monitorowanie projektu, utrzymywanie łączności z kierownictwem projektu, w tym raportowanie postępów prac itp. Dla realizacji tychże zadań nie ma większego znaczenia, czy zakres projektu obejmował będzie np. administrację uprawnieniami, gdyż to nie Kierownik Projektu odpowiada merytorycznie za realizację tych usług a jedynie za pokierowanie Zespołem, który te usługi będzie świadczył. W konsekwencji oznacza to, iż nie sposób powiedzieć, że realizacja przez Zespół Projektowy niektórych zadań będzie miała jakikolwiek wpływ na realizację zadań przez Kierownika Projektu i że Kierownik Projektu, w ramach którego były świadczone wszystkie oczekiwane przez Zamawiającego rodzaje zadań posiada w związku z tym szerszy zakres wiedzy i doświadczenia niż osoba, której doświadczenie zostało nabyte częstokroć w ramach dużo większej i bardziej skomplikowanej Umowy, nie zawierającej jednak całego katalogu

świadczeń oczekiwanych przez ARiMR. Dlatego też, jak już wspomnieliśmy powyżej ww. warunek w naszej ocenie jest zupełnie nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, zaś większość Kierowników Projektu, posiadających odpowiednie doświadczenie w realizacji projektów utrzymaniowych systemów tego rodzaju ma wystarczające kompetencje do prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia w tym zakresie. Postawione przez Zamawiającego dodatkowe wymagania w zakresie ról projektowych dla Kierownika Projektu (a w zasadzie jednego z Kierowników Projektu, bo oddzielnie w pkt 1.1.2.1. Zamawiający żąda wykazania się posiadaniem Kierownika Projektu posiadającego kompetencje bardziej wdrożeniowe, niż utrzymaniowe) powodują, że nawet dotychczasowy Kierownik Projektu wykonawcy realizującego wcześniej przedmiotową usługę dla Zamawiającego może zostać wykazany wyłącznie na potwierdzenie spełnienia tylko jednego zestawu kompetencji (albo wymagań określonych w pkt 1.1.2.1. albo 1.1.2.2), ponieważ Zamawiający zabrania potwierdzenia spełnienia wymagań przez jedną osobę dla więcej niż jednej roli. Jest to sytuacja kuriozalna, gdyż w ramach przedmiotowej Umowy obowiązki Kierownika Projektu będą realizowane wyłącznie przez jedną osobę, gdyż według metodyki PRINCE2 nie jest możliwe powierzenie tej roli więcej niż jednej osobie w tym samym czasie. W istocie oznacza to, że Zamawiający nie tylko winien dokonać korekty zakwestionowanego opisu tej roli, ale winien rozważyć wręcz rezygnację z jednego z wymagań określonych w pkt 1.1.2.1 lub 1.1.2.2. Skoro bowiem zgodnie z Rozdziałem III.2 pkt 1.2.1 SWZ Wykonawca ma wykazać się dysponowaniem „osobami, które zostaną skierowane przez Wykonawcę do realizacji zamówienia”, to wyraźnie należy zaznaczyć, iż nie jest możliwe jednoczesne pełnienie roli Kierownika Projektu przez osoby żądane na potwierdzenie wymagań określonych w pkt 1.1.2.1 lub 1.1.2.2. Jeśli tak, to wymaganie Zamawiającego w sposób oczywisty jest nadmiarowe, skoro nie ma szans, aby obie te osoby mogły występować w roli określonej przez Zamawiającego. Zaznaczyć przy tym należy, że doświadczenie osoby, o której mowa w pkt 1.1.2.1 jest jednym z elementów kryterium oceny ofert, stąd ewentualne zmiany SWZ i Ogłoszenia o zamówieniu w zakresie wymagań dla tej roli należy powinny być dokonywane z uwzględnieniem ww. okoliczności.

Odnosnie zarzutu dotyczącego posiadania własnego Środowiska Odwołujący podniósł, że dla realizacji postanowień pkt 3.1.5 Załącznika nr 7 do Umowy oczywistym wydaje się, że każdy z Wykonawców musi zakupić licencje aplikacyjne i technologiczne środowiska Oracle, które stanowią istotną część wartości całej oferty Wykonawcy. W poprzednim postępowaniu mającym za przedmiot utrzymanie i rozwój Systemu EBS w ARiMR w 2019 r. tylko oferta producenta Oracle na zapewnienie licencji Środowisk opiewała na kwotę ok. 3,6 mln złotych. W tym postępowaniu łączna wartość realizacji usługi to 44 miesięcy świadczenia Usługi utrzymania (bez usługi Integracji i Certyfikacji) i według oferty aktualnego wykonawcy - firmy Dahliamatic, wynosi nieco ponad 5 mln zł. Zwrócić należy uwagę, iż Środowiska, które odwzorowują Środowisko Produkcyjne poszczególnych Aplikacji są zróżnicowane jeśli chodzi nie tylko o same produkty, ale też na sposób licencjonowania - jest on różny w przypadku licencji dotyczących aplikacji Oracle e-Business Suite (Oracle Financials) oraz pozostałych licencji (licencji technologicznych). Jest to o tyle istotne, że przypadku aplikacji Oracle e-Business Suite (Oracle Financials) poszczególne produkty są licencjonowane na zasadach Enterprise, co oznacza, że ARiMR dla realizacji swoich celów biznesowych i na swoje potrzeby ma możliwość korzystania z nieograniczonej liczby licencji dostępowych dla użytkowników tych produktów. Na tej podstawie w toku postępowania w 2019 r. Zamawiający nieodpłatnie udostępnił do korzystania z przysługujących mu licencji do produktów: (1) Oracle Inventory Management, (2) Oracle Order Management, (3) Oracle Purchasing, (4) Oracle Financial, (5) Oracle Payroll (zgodnie z pismem Zamawiającego znak: ZP.78.DPiZP.2610.5.2019.IH z dnia 13.09.2019 r.) na potrzeby budowy Środowiska Wykonawcy. Pozostałe wymagane licencje technologiczne, są licencjonowane co do zasady albo na użytkownika końcowego, albo na serwer, co oznacza, że ARiMR nie ma możliwości korzystania z nieograniczonej liczby licencji, tak jak w przypadku licencji dotyczących aplikacji Oracle e-Business Suite (Oracle Financials). Okresowe postępowania dotyczące zakupu usług AtiK wskazują, iż ARiMR posiada znaczącą liczbę takich licencji, natomiast nie jest wiadome czy i w jaki sposób są one przez ARiMR wykorzystywane, a więc przeciwnie niż w przypadku licencji dotyczące Oracle e-Business Suite ich udostępnienie przez Zamawiającego na potrzeby realizacji Umowy nie jest oczywiste i w czasie poprzedniego postępowania ARiMR nie wyraził woli takiego działania. Koszt zakupu tych licencji był bardzo wysoki, w tej chwili jeszcze wzrósł. Jednocześnie Zamawiający w niniejszym postępowaniu zaniechał udostępnienia wszystkich licencji również tych, które udostępnił w poprzednim postępowaniu Wykonawcy realizującemu aktualnie usługę utrzymania i rozwoju systemu EBS (ARiMR w dalszym ciągu posiada możliwość korzystania bez ograniczeń ilości użytkowników). W sytuacji, gdy na podstawie postanowień Załącznika nr 7 do Umowy Zamawiający dopuszcza w stosunku do Wykonawcy aktualnie świadczącego usługi utrzymania (Dahliamatic), że Wykonawca ten zostanie zwolniony ze świadczenia Usług w ramach Okresu Przejściowego, nie będzie zmuszony do zestawiania ponownie środowiska w oparciu o własne licencje, czyli w rezultacie nie będzie musiał dokonać zakupu wspomnianych powyżej licencji i będzie mógł skorzystać z zapewnionych mu nieodpłatnie przez Zamawiającego w ramach poprzedniego postępowania a skorzysta z licencji aplikacyjnych. W sposób oczywisty powoduje to zróżnicowanie sytuacji faktycznej w tym

postępowaniu, gdyż jeden Wykonawca jest w zupełnie innej sytuacji niż pozostali uczestnicy postępowania, którzy nie mogą skorzystać z licencji zapewnionych obecnemu Wykonawcy nieodpłatnie przez Zamawiającego. Taka sytuacja w sposób oczywisty narusza przepisy Prawa zamówień publicznych. Dodatkowo wskazał, że również w zakresie pozostałych licencji, których Zamawiający nie zobowiązywał się dotychczas zapewnić, wymaganie ich zapewnienia przez Wykonawców po pierwsze jest żądaniem, które prowadzi do naruszenia zasad uczciwej konkurencji, a nadto jest przejawem braku dbałości Zamawiającego o gospodarne dysponowanie finansami publicznymi i złamaniem zasady dążenia do uzyskania możliwie najlepszych efektów zamówienia w stosunku do poniesionych nakładów. Konkluzja taka jest wynikiem obserwacji dotychczasowej praktyki Zamawiającego i sytuacji, które miały miejsce w poprzednich edycjach postępowania na utrzymanie i rozwój systemu EBS. Wymaganie na zapewnienie środowisk przez Wykonawcę jest wymaganiem, które zostało sformułowane choćby w ostatnim postępowaniu z 2019 r. Tam również każdy z Wykonawców zobowiązany był do zapewnienia tych środowisk. Oczywistym jest fakt, że w przypadku konieczności zapewnienia licencji do budowy Środowisk na potrzeby świadczenia usług dla Zamawiającego co do zasady każdy Wykonawca będzie musiał do ceny oferty doliczyć koszt tych licencji. Jako że jak wspomniano powyżej koszt ten jest niebagatelny najrozsądniejszym wyjściem, biorąc pod uwagę iż Zamawiający co trzy lub cztery lata prowadzi postępowanie w zakresie niniejszego zamówienia, byłoby dokonanie zakupu licencji, które następnie mogłyby być wykorzystywane przez każdorazowego wykonawcę wybranego w ramach przetargu. Rezygnując z dokonania samodzielnego zakupu tych licencji Zamawiający doprowadza do sytuacji, iż przy każdym kolejnym postępowaniu jest narażony na poniesienie po raz kolejny kosztów, które mogłyby zostać poniesione raz. Oznacza to w konsekwencji w dłuższej perspektywie czasu straty dla Zamawiającego na poziomie wielu milionów złotych. Co więcej posiadanie i wykorzystywanie własnych

środowisk przez Wykonawców w ramach realizacji przedmiotu zamówienia wydaje się być

nadmiarowe. Zamawiający dysponuje nie tylko Środowiskiem Produkcyjnym, ale też Środowiskami Pomocniczymi, które mogłyby zostać wykorzystane przez Wykonawcę do realizacji prac w ramach przedmiotu zamówienia. Co więcej realizację niektórych zadań w oparciu o te Środowiska zamiast w oparciu o środowiska własne Wykonawcy Zamawiający

wprost przewiduje i dopuszcza (por. pkt 2.1.1.22 oraz 2.1.1.23 Załącznika nr 1A do Umowy). Stąd też wyraźnie należy zaznaczyć, że wymaganie od Wykonawców własnych Środowisk, których zapewnienie kosztuje, w sytuacji, gdy możliwym jest wykorzystanie zasobów

Zamawiającego, wydaje się być zupełnie zbędne i naraża Zamawiającego na zarzut w zakresie nieumiejętnego dysponowania środkami budżetowymi. Z tego też względu Odwołujący żąda dokonania takich zmian w treści warunków zamówienia, aby to

Zamawiający zapewnił Wykonawcom wszelkie Środowiska, w których Wykonawca będzie

świadczył usługi. Jeśli zdaniem Zamawiającego wykorzystania Środowisk Pomocniczych jest z jakichś względów niewystarczające i okaże się konieczne jednak uruchomienie dodatkowego Środowiska, na którym będzie swoje prace prowadził Wykonawca, to wnioskujemy o to, aby zmiana dokumentacji postępowania została przeprowadzona w taki sposób, aby przedmiot zamówienia objął również zakup konkretnych, dodatkowych licencji, które zostaną wykorzystane do budowy tych Środowisk, na których prace ma wykonywać Wykonawca, a które w konsekwencji, po ukończeniu świadczenia usługi przekazane zostaną Zamawiającemu a następnie będą mogły być użytkowane przez Zamawiającego również w kolejnych latach użytkowania systemu EBS lub wykorzystane na potrzeby innych projektów. Brak dokonania ww. modyfikacji może prowadzić do sytuacji, w której doszłoby do zachwiania równowagi konkurencyjnej, a przez to do złamania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców. O ile sam Zamawiający jest w stanie nabyć licencje na takich warunkach, które umożliwią mu udostępnienie ich podmiotom trzecim realizującym

prace na jego rzecz, to w przypadku zakupu tych samych licencji na potrzeby budowy własnych Środowisk Wykonawcy w celu świadczenia usług dla konkretnego klienta, większość licencji oferowanych przez Oracle to licencje typu: „on-behalf”. Z wyjaśnień jakie Odwołujący uzyskał od producenta oprogramowania, firmy Oracle, na potrzeby postępowania odwoławczego w poprzedniej edycji przedmiotowego postępowania wynika, że licencje tego typu nie mogą być wykorzystywane ani przez innego wykonawcę, niż ten, który dostarczył licencje, ani też na rzecz „innego Klienta”. Oznacza to tyle, że nawet w przypadku posiadania odpowiednich licencji, zakupionych np. na rzecz realizacji prac w innym projekcie na rzecz innego Klienta, ani też w przypadku możliwości użyczenia niewykorzystywanych licencji posiadanych przez inne podmioty (np. Spółki z Grupy Kapitałowej) licencje te nie będą mogły zostać wykorzystane. A contrario możliwe więc jest wykorzystanie tychże licencji tylko przez podmiot, który dostarczał tego typu licencje na rzecz ARiMR, lub też zakupił je na potrzeby świadczenia tych usług uprzednio. Jak okazało się w poprzednim postępowaniu w 2019 r., jedynym podmiotem, który nie uwzględnił w cenie

swojej oferty konieczności zakupu licencji Oracle dla zestawienia środowisk Wykonawcy jest firma Dahliamatic. Z perspektywy Odwołującego oznacza to po pierwsze, że albo firma ta posiadała wcześniej dostarczone na rzecz Zamawiającego licencje niezbędne do budowy Środowisk w modelu on-behalf, albo też Środowiska te zostały zestawione z naruszeniem zasad licencyjnych Oracle'a. Bez względu na powyższe należy założyć, iż skoro Wykonawca Dahliamatic w poprzednim postępowaniu nie uwzględnił w cenie wartości licencji niezbędnych do budowy Środowisk, to tym bardziej teraz także tego nie uwzględni, skoro jak rozumie Zamawiający fakt działania Środowisk własnych Wykonawcy Dahliamatic została przez Zamawiającego zweryfikowana w ramach poprzedniego Okresu Przejściowego. Nie zmienia to faktu, że wykonawca ten jest jedynym podmiotem, według wiedzy Odwołującego, który nie będzie zmuszony do skalkulowania ceny licencji Oracle'a w cenie własnej oferty, gdyż może on zostać zwolniony z konieczności realizacji usług związanych z Okresem Przejściowym. W sposób oczywisty stawia go to w uprzywilejowanej sytuacji i powoduje, że w zasadzie na starcie wszyscy pozostali konkurenci stoją na straconej pozycji i jakakolwiek konkurencja w zakresie przedmiotowego postępowania okaże się fikcją. Jedynym remedium na tą sytuację jest w przejęcie kosztów licencji przez Zamawiającego, co zresztą jest dla Zamawiającego korzystne. Nastąpić to może albo poprzez dokonanie zakupu w ramach osobnego postępowania, albo też poprzez rozszerzenie zakresu zamówienia o dostawę niezbędnych licencji Oracle.

Odnosnie zarzutu dotyczącego czasów realizacji Modyfikacji oraz współczynnik całkowitej zdolności realizacyjnej Odwołujący podniósł, że w treści pkt 3 Załącznika nr 4C dotyczącego sposobu wyceny Usług Modyfikacji Zamawiający określił maksymalne terminy, które jego zdaniem są wystarczające dla realizacji poszczególnych zmian w zależności od rozmiaru danej Modyfikacji wyrażonej w Punktach Funkcyjnych. Termin ten jest czasem realizacji prac analityczno - deweloperskich i określa termin na realizację prac od momentu uzgodnienia treści danej Propozycji do momentu przekazania gotowego oprogramowania do Testów Akceptacyjnych. Tymczasem realizacji Modyfikacji i prac deweloperskich w zakresie jej realizacji nie da się tak po prostu zawsze zrównoleglic. Oczywiście, możliwe jest to, że daną pracę uda się podzielić na różne osoby i w związku z tym realny okres jej realizacji będzie oczywiście krótszy niż obliczona pracochłonność, ale poziom tego zrównoleglenia jakiego oczekuje Zamawiający wskazując terminy w tabeli z całą pewnością nie jest możliwy do uzyskania. Stąd też Odwołujący dla zaproponowania realnych współczynników przyjął poziom zrównoleglenia na poziomie 2,5 krotności (tzn. suma pracochłonności dla maksymalnego rozmiaru w danej kategorii Modyfikacji wyrażonej w PF została podzielona na 2,5 co pozwoliło określić realny poziom terminów, w których realizacja danej Modyfikacji będzie możliwa).

Dodatkowo wskazujemy, iż w pkt 4 Załącznika nr 4C Zamawiający określił także poziom „całkowitej wydajności realizacyjnej na poziomie minimum 1000 Punktów Funkcyjnych (w każdym miesiącu obowiązywania Usługi Rozwoju)”. Współczynnik ten w istocie tworzy po stronie Wykonawcy zobowiązanie do zapewnienia zasobów osobowych, które będą w stanie zrealizować Modyfikację o rozmiarze 1000PF miesięcznie. Oznacza to, kierując się przelicznikami wskazanymi powyżej, że aby zrealizować modyfikację na poziomie 1000PF Wykonawca musi poświęcić na jej wykonanie 560 MD pracy konsultantów (wg współczynnika Dahliamatic) oraz 690 MD pracy konsultantów (wg współczynnika Odwołującego). Przyjmując założenie, że w ciągu miesiąc jest średnio ok. 20 Dni Roboczych, dla realizacji takiego poziomu pracochłonności konieczne jest skierowanie do pracy minimum odpowiednio 28 osób (Dahliamatic) lub 35 osób (Odwołujący). Jednocześnie warto zaznaczyć, iż zgodnie z założeniami Zamawiającego współczynnik całkowitej wydajności realizacyjnej nie obejmuje prac realizowanych przez Wykonawcę w zakresie przygotowania i uzgodnień Propozycji, realizacji Testów Akceptacyjnych i poprawiania błędów w Modyfikacjach, jak również nie obejmuje w całości takich Modyfikacji, w ramach których Wykonawca pozostaje w zwłoce. Oczywiście oznacza to, że dla realizacji wyłącznie Usług z Grupy G4 konieczne jest w naszej ocenie zagwarantowanie co najmniej ok. 40 - 50 osób. W sposób oczywisty koszt zaangażowania tych osób dla Wykonawcy jest bardzo duży. Tymczasem Zamawiający po swojej stronie w żaden sposób nie zobowiązuje się do zagwarantowania pracy dla tych osób na określonym w ten sposób poziomie. Innymi słowy możliwa jest sytuacja, w której Zamawiający wskazując, iż w danym półroczu Wykonawca zobowiązany jest do utrzymywania wydajności realizacyjnej na poziomie minimum 1000 PF, nałoży na Wykonawcę obowiązek utrzymania na wyłączne potrzeby tego Projektu kilkudziesięciu osób, nie dając jednocześnie Wykonawcy żadnej gwarancji, że w rzeczywistości zespołowi temu zlecone zostaną prace w takim zakresie, która pozwoli pokryć koszty zaangażowania tego zespołu. Taki mechanizm nakłada na Wykonawcę potężne ryzyko polegające na tym, że koszt utrzymania zespołu realizującego Modyfikację w takim rozmiarze nie zostanie nawet pokryty przez zlecenia udzielane przez Zamawiającego. W tej sytuacji dla mitygacji takiego ryzyka konieczne byłoby zobowiązanie się przez Zamawiającego, że każdorazowo oczekiwanie przez niego zapewnienia przez Wykonawcę wydajności realizacyjnej na poziomie minimum 1000 Punktów Funkcyjnych powinno przekładać się na jego zobowiązanie do zamówienia Modyfikacji w takim rozmiarze. Ze względu na wieloletnie doświadczenia Odwołującego we współpracy z Zamawiającym

jesteśmy zmuszeni przyjąć, iż Zamawiający nie zechce zobowiązać się do takiego działania. W tej sytuacji wnosimy o to, aby oczekiwany przez Zamawiającego w treści pkt 4 Załącznika nr 4C do Umowy wydajności realizacyjnej na poziomie minimum 1000 Punktów Funkcyjnych został obniżony do poziomu 250 Punktów Funkcyjnych. Oczywiście nie znaczy to przecież, że Strony nie będą mogły dojść do porozumienia w zakresie realizacji Modyfikacji w większym rozmiarze w danym miesiącu. Jednakże takie obniżenie tego współczynnika zagwarantuje wykonawcom, iż ewentualne koszty, które mogą nie znaleźć odzwierciedlenia w Zleceniach udzielanych przez Zamawiającego w danym miesiącu będą znacznie niższe niż te, do których poniesienia zobowiązuje Wykonawcę taki poziom tego współczynnika, jaki został aktualnie zaproponowany przez Zamawiającego w treści Załącznika nr 4C do Umowy.

Odnosnie zarzutu dotyczącego zawieszenia realizacji Usług z Grupy Usług G1 Odwołujący podniósł, że w ramach postanowień Umowy dotyczących przedmiotu zamówienia, w tym terminów realizacji poszczególnych usług Zamawiający sformułował szereg zastrzeżeń dotyczących zasad świadczenia Grupy Usług Utrzymania Środowisk (G1), a w szczególności zarezerwował sobie prawo zarówno do zawieszenia, jak i wypowiedzenia świadczenia tychże Usług. O ile w zakresie wypowiedzenia tej Grupy Usług nie ma wątpliwości co do zakresu oczekiwań Zamawiającego (choć i tutaj minimalny zakres świadczenia jest mocno dyskusyjny i wynosi 9 miesięcy), o tyle w zakresie zawieszenia tej Grupy Usług nie da się złożyć realnego zapotrzebowania na te usługi. Określony przez Zamawiającego limit wynoszący 3 miesiące (przy założeniu, iż całość Umowy to 29 miesięcy + dodatkowe 17 miesięcy w okresie realizacji prawa opcji) jest w rzeczywistości jedynie formalnym określeniem minimalnego zakresu świadczenia. Wskazanie jako gwarantowanego zakresu w tej Grupie Usług świadczenia stanowiącego 10% podstawowej części zamówienia, bez jednoczesnej możliwości ustalenia w jakim terminie świadczenia te miałyby się rozpocząć (możliwe jest bowiem rozpoczęcie zarówno zaraz po zakończeniu Okresu Przejściowego, jak również po upływie przeszło 2 lat od tego momentu), stanowi o tym, iż zakres tego świadczenia w ogóle przez Zamawiającego nie został zdefiniowany, co oznacza, że regulacja taka jest sprzeczna z przepisem art. 433 pkt

4 ustawy. Przyjmując założenie, że Zamawiający ostatecznie zleci wyłącznie minimalny określony przez siebie zakres prac, a w pozostałym zakresie zawiesi świadczenia Grupy Usług G1 Wykonawca stanie w obliczu sytuacji, w której zmuszony będzie przez okres trwania Umowy utrzymywać zespół osób do świadczenia tej Grupy Usług i to w sytuacji, gdy gwarantowane będzie miał wynagrodzenie wyłącznie za 3 miesiące. Jeśli zdecyduje się jednak na to, aby - dla zoptymalizowania kosztów - przenieść osoby wchodzące w skład zespołu do innych Projektów, zebranie tego zespołu ponownie, szczególnie po dłuższym czasie może okazać się niemożliwe, gdyż osoby realizujące prace w innych projektach nie zostawiają swoich prac po to tylko, żeby wrócić do prac w ramach kontraktu z Zamawiającym po raz kolejny z gwarancją, że okres świadczenia tych usług jest nie dłuższy niż 3 miesiące. Przy aktualnych problemach z dostępnością pracowników o określonej wiedzy i doświadczeniu - co wydaje się wiedzą powszechną i Zamawiający ma zapewne tego świadomość - oczekiwanie, że Wykonawca będzie w stanie zebrać ponownie zespół, mający świadczyć dla niego Usługi, bez gwarancji, że okres ten ponownie będzie dłuższy niż 3 miesiące, świadczyć może wyłącznie o tym, że Zamawiający chce wykorzystać swoją pozycję w tym postępowaniu i narzucić Wykonawcy zobowiązania, które narażą go na poniesienie odpowiedzialności, lub - w przypadku chęci utrzymywania Zespołu w czasie przestoju - na stratę. Aktualna konstrukcja postanowień umownych w tym zakresie de facto wyklucza możliwość powierzenia realizacji świadczeń w zakresie Usług z Grupy G1 podwykonawcy, gdyż żaden z wykonawców nie jest w stanie nawet określić essentialia negotii takiej umowy. Nie jest bowiem w stanie wskazać podwykonawcy ani tego, kiedy miałyby rozpocząć te prace (możliwość przesunięcia startu nawet o ponad 2 lata), ani okresu w jakim usługa miałaby być świadczona. Konsekwencją tego jest brak możliwości oszacowania nie tylko ceny takiej usługi (inaczej kalkuluje się bowiem usługę w perspektywie 3 miesięcznej a inaczej niemal 3-letniej), ale wręcz możliwości jej realizacji ze względu na dostępność zasobów osobowych niezbędnych do jej świadczenia. W tej sytuacji konieczne jest dokonanie zmian w treści Umowy w zakresie uprawnienia określonego w punkcie 3.7 Umowy w taki sposób, aby w jak największym stopniu zapewnić możliwość dookreślenia zakresu świadczeń. Niezbędna jest zatem modyfikacja postanowień Umowy, w ramach której Zamawiający co najmniej:

- zobowiąże się do niekorzystania z prawa zawieszenia do Umowy więcej niż raz,
- zobowiąże się do określenia długości okresu zawieszenia, przy założeniu, że okres ten nie może być dłuższy niż pół roku,
- wskaże na konieczność uzyskania zgody Wykonawcy na podjęcie zawieszonych Usług Grupy G1 w przypadku, gdy okres zawieszenia przekracza 3 miesiące.

Odnosnie zarzutu dotyczącego braku zapłaty za prace nad Certyfikacją Odwołujący

podniósł m.in., że jedną z Usług, które ma obowiązek świadczyć Wykonawca jest Usługa Certyfikacji, czyli jak wskazuje definicja z Umowy realizacja „prowadzonego przez Wykonawcę procesu weryfikacji przekazanego przez Zamawiającego produktu wykonanego na podstawie odrębnych umów lub wytworzonego przez Zamawiającego, który to produkt w ocenie Zamawiającego winien stać się częścią SI lub Dokumentacji, odbywający się na zasadach określonych w Załączniku nr 2C oraz 2C1 do Umowy”. W ramach realizacji tychże usług Wykonawca zobowiązany jest do sprawdzenia Produktu, w szczególności

przetestowania Oprogramowania i weryfikacji Dokumentacji, czego skutkiem ma być dokonanie odbioru Certyfikacji i przekazanie podlegającego procedurze Produktu do

Utrzymania Wykonawcy wraz z pozostałą częścią Systemu. Proces Certyfikacji, szczególnie przy dużych Produktach, jest długotrwały i pracochłonny. W pkt 3.1.1 Załącznika nr 2C (Tabela) Zamawiający określił terminy realizacji procesu Certyfikacji wskazując, iż dla największych Produktów termin ten wynosi nawet 45 Dni. W ramach tego procesu w interesie Wykonawcy jest jak najdokładniejsze sprawdzenie Produktu, gdyż ewentualne usunięcie wad Produktu, które nie zostaną wykryte podczas Certyfikacji, będzie obciążało Wykonawcę w ramach świadczenia Usług Grupy G2. Stąd też pracochłonność tego procesu zazwyczaj jest duża. Dodatkowo należy założyć, iż w ramach procesu Certyfikacji weryfikacja Oprogramowania i Dokumentacji może być prowadzona wielokrotnie, do momentu usunięcia wszystkich wad (tak pkt 4.8 Załącznika nr 2C1). Niedopuszczalna jest więc sytuacja, jaką próbuje usankcjonować Zamawiający, w której przyznaje on sobie prawo do odstąpienia od realizacji procesu Certyfikacji w odniesieniu do danego Produktu bez ponoszenia z tego tytułu jakichkolwiek kosztów poniesionych przez Wykonawcę. Postanowienie takie zawarte w pkt 4.9 Załącznika nr 2C1 do Umowy jest rażąco próbą wykorzystania dominującej pozycji Zamawiającego i naraża Wykonawcę na poniesienie znacznych kosztów bez jakiegokolwiek uzasadnienia. Przecież pracochłonność czynności zespołu Wykonawcy może wynosić przy dużych Produktach w dziesiątkach dni pracy, co oznacza koszt wielu dziesiątek tysięcy złotych. Oczekiwanie przez Zamawiającego, że Wykonawca ma sfinansować ten koszt w sytuacji, gdy on sam zrealizował swoje prace należycie, a odstąpienie od certyfikacji jest wyłączną decyzją Zamawiającego i związane jest ze złą jakością Produktów przedstawionych do Certyfikacji przez Zamawiającego, jest zupełnie pozbawione podstaw. Takie zapisy pozostają w sprzeczności z zasadami współżycia społecznego, naruszając równowagę kontraktową Stron oraz stanowią ewidentne nadużycie przez zamawiającego przysługującego mu prawa podmiotowego do ukształtowania istotnych postanowień umownych.

W dniu 3 października 2022 r. Zamawiający, za pomocą Platformy Zakupowej przekazał wykonawcom kopię odwołania oraz informacją o możliwości zgłoszenia przystąpienia wykonawców do postępowania odwoławczego.

Do postępowania nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

W dniu 12 października 2022 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania jako bezzasadnego.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym ogłoszenie o zamówieniu, SWZ, jak również biorąc

pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie

postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacja postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła także stanowiska i oświadczenia Stron wyrażone w pismach oraz złożone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy.

Izba dopuściła zawnioskowane przez Odwołującego dowody, tj. załączone do odwołania dowody, tj.: pismo Sygnity Business Solutios S.A. z dnia 14 listopada 2019 r. do firmy Oracle oraz pismo będące odpowiedzią firmy Oracle z dnia 18 listopada 2019 r. oraz złożone w trakcie rozprawy przez Odwołującego dowody, tj.: Zestawienie ogłoszenia w TED 2022 (do 29.09.2022) i Tabelę dotyczącą opisu usługi modyfikacji.

Postępowanie odwoławcze w zakresie:

1. zarzutu 1 odwołania, tj. zarzutu dotyczącego naruszenia art. 16 ust. 1 i 3, w zw. z art.

112 ust. 1 ustawy Pzp poprzez ustanowienie w treści Ogłoszenia o zamówieniu oraz w treści SWZ - Rozdział III.2. pkt 1.1.1.1 oraz pkt 1.1.1.2 warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w odniesieniu do wiedzy i doświadczenia Wykonawcy w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a przez to utrudniający Odwołującemu ubieganie się o przedmiotowe zamówienie (zarzut 1 odwołania - zarzut 1 i 2 uzasadnienia odwołania),

2. zarzutu 3 odwołania, tj. zarzutu naruszenia art. 16 ust. 1, art. 17 ust. 1 pkt 2) oraz art.

99 ust. 1 i 4 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w odniesieniu do konieczności zapewnienia przez Wykonawcę Środowisk stanowiących kopię Środowiska Produkcyjnego Systemu w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, preferujący konkretnych wykonawców, a przy tym powodujący konieczność poniesienia przez Zamawiającego nakładów, które nie pozwolą uzyskanie najlepszych efektów zamówienia (zarzut 3 odwołania - zarzut 5 uzasadnienia odwołania),

zostało umorzono na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp. Zgodnie z powołanym przepisem „Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne”. W niniejszym stanie faktycznym Zamawiający dokonał modyfikacji Ogłoszenia o zamówieniu i SWZ. W zakresie zarzutu 1 dokonał zmian, wyczerpując żądania Odwołującego. Natomiast w zakresie zarzutu 3 dokonał zmian, które mimo, że nie są w pełni zgodne z żądaniami Odwołującego to jednak je wyczerpują. Skoro Zamawiający dokonał modyfikacji postanowień Ogłoszenia o zamówieniu i SWZ odnoszących się do postanowień będących podstawą wniesienia odwołania, tym samym czynność będąca podstawą wniesienia odwołania przestała istnieć. Postępowanie odwoławcze w powyższym zakresie stało się więc zbędne. Nie istnieje bowiem substrat zaskarżenia, niezbędny do tego, aby Izba mogła rozpoznać odwołanie merytorycznie i stwierdzić czy Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Pzp. Dlatego też Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w ww. zakresie na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp

Odwołujący na posiedzeniu z udziałem stron cofnął odwołanie w zakresie zarzutu 5 lit. a) odwołania, tj. zarzutu dotyczącego naruszenia art. 16 pkt 1 i 3 w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 20 oraz w zw. art. 8 ust. 1 ustawy w zw. z art. 5 i art. 353(1) Kodeksu cywilnego poprzez skonstruowanie postanowień umownych w zakresie określenia uprawnienia Zamawiającego do jednostronnej decyzji w zakresie zawieszania świadczenia Usług z Grupy G1 w terminach uniemożliwiających określenie Wykonawcy minimalnego zakresu świadczenia w tym zakresie (co jest dodatkowo sprzeczne z przepisem art. 433 pkt 4 ustawy) (zarzut 3 odwołania - zarzut 7 uzasadnienia odwołania). Wobec powyższego odwołanie w tym zakresie podlega umorzeniu.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołania uznając, iż odwołanie podlega oddaleniu.

Zarzut naruszenia art. 16 ust. 1 i 3 w zw. z art. 112 ust. 1 ustawy Pzp poprzez

ustanowienie w treści Ogłoszenia o zamówieniu oraz w treści SWZ - Rozdział 111.2. pkt 1.1.2.2 oraz pkt 1.1.1.2 warunków udziału w postępowaniu w zakresie osób zdolnych do realizacji zamówienia w odniesieniu do Kierownika Projektu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a przez to utrudniający Odwołującemu ubieganie się o przedmiotowe zamówienie (zarzut 2 odwołania - zarzut 3 i 4 uzasadnienia odwołania) nie potwierdził się.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający w Rozdziale III.2 pkt 1.1.1.2 SWZ podał, iż wymaga wykazania się przez wykonawcę realizacją: „co najmniej jednej usługi o wartości nie mniejszej niż 1 000 000,00 zł brutto (słownie: jeden milion złotych 00/100) rocznie (bez kosztów infrastruktury sprzętowej i licencji) obejmującej utrzymanie systemu spełniającego wymagania opisane w pkt powyżej, która była świadczona przez okres co najmniej 12 miesięcy, a w ramach świadczonych usług do zadań wykonawcy należało co najmniej:

- a) obsługa zgłoszeń incydentów od użytkowników systemu,
 - b) usuwanie wad w utrzymywanym systemie,
 - c) weryfikacja skuteczności wytworzonych poprawek przed wdrożeniem na środowisko produkcyjne,
 - d) monitorowanie pracy systemu,
 - e) administracja środowiskami (do poziomu systemu operacyjnego włącznie), na których zainstalowany był utrzymywany system,
 - f) administracja uprawnieniami w aplikacji,
 - g) wprowadzanie poprawek i modyfikacji oprogramowania na środowiska zamawiającego,
 - h) odtwarzanie systemu z kopii bezpieczeństwa zamawiającego,
 - i) zapewnienie odpowiedniego poziomu świadczenia usług,
 - j) zmiana wersji oprogramowania wspomagającego na środowiskach zamawiającego
- (np. baza danych, serwer aplikacyjny, system operacyjny)”.

Zamawiający w punkcie 1.1.2., pkt 1.1.2.1 i pkt 1.1.2.2., że wykonawca

zobowiązany jest wykazać, że „dysponuje następującymi osobami, które zostaną skierowane przez wykonawcę do realizacji zamówienia, legitymującymi się odpowiednimi kwalifikacjami zawodowymi, wykształceniem i doświadczeniem umożliwiającymi realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości.”, wskazując w punkcie 1.1.2.1. „Jednym Kierownikiem Projektu (...)” oraz w punkcie 1.1.2.2. „Jednym Kierownikiem Projektu o wskazanych dalej wymaganiach.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Bezspornym jest, że Odwołujący oczekiwał modyfikacji Ogłoszenia o zamówieniu oraz treści SWZ - Rozdział III.2, pkt 1.1.1.2 w zakresie obligatoryjnego spełniania przez referencyjną usługę wszystkich wymagań określonych w pkt od a) do j) poprzez ograniczenie spełnienia tego wymagania poprzez wykazanie co najmniej 5 spośród 10 zadań wskazanych szczegółowo w treści warunku.

Bezspornym jest także, że Odwołujący, jak przyznał na rozprawie, po dokonanej przez Zamawiającego modyfikacji spełnia już ów warunek. Odwołujący realizował bowiem na rzecz tego Zamawiającego usługę obejmującą taki zakres jak obecnie wymagany.

Zakres wymagań w zakresie wykazania się posiadanym już doświadczeniem dotyczących usługi utrzymaniowej opisanym w Rozdziale III.2, pkt 1.1.1.2. SWZ jest odzwierciedleniem zadań, których wykonywania oczekuje Zamawiający na etapie realizacji Umowy. Jest on ze względu na charakter wykonywanych zadań uzasadniony potrzebami

Zamawiającego. Odwołujący nie wykazał bowiem, iż tak szerokiego zakresu nie obejmują postępowania prowadzone przez innych zamawiających. Poza przedłożeniem wykazu Ogłoszeń o zamówieniach a więc postępowań wszczętych w tym roku przez obecnego Zamawiającego i pięciu innych zamawiających nie złożył żadnych dowodów na to, że te zakresy obejmują węższy zakres zadań niż zakres wymagany w postępowaniu prowadzonym przez obecnego Zamawiającego.

W ramach tego zarzutu Odwołujący podniósł także kwestie związane z Kierownikiem Projektu. Oczekiwał bowiem aby wymagania dotyczące zakazu występowania tej samej osoby w różnych rolach nie dotyczył ról, o których mowa w pkt. 1.1.2.1 oraz 1.1.2.2. Tymczasem połączenie ról kierownika projektu „rozwoju” oraz „utrzymania” - jak konsekwentnie podkreślał Zamawiający - powoduje, iż osoba łącząca takie role nie jest w stanie sprawnie ich wykonywać. Podział służy więc zabezpieczeniu sprawnego i należytego wykonywania umowy. Dlatego też osoby pełniące te role muszą posiadać odpowiednie wymagane przez Zamawiającego doświadczenie, które pozwoli na właściwą realizację zamówienia. Stąd jest ono identyczne w odniesieniu do obydwu ról. Jednak zakres certyfikatów wymaganych od tych osób nie jest już tożsamy. Także Odwołujący, co także przyznał na rozprawie, dysponuje taką osobą. Jego obawy związane są jedynie z kwestią braku możliwości zastąpienia takiej osoby. Mało jest osób - jak podkreślał - posiadających takie doświadczenie i kwalifikacje jak wymagane w tym postępowaniu. W żaden sposób tego jednak nie wykazał. Tym samym Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia tego zarzutu.

Zarzut naruszenia art. 16 ust. 1 oraz art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w odniesieniu do czasów realizacji zmian w Ramach Usług Rozwoju Modyfikacji wraz z koniecznym do zapewnienia współczynnikiem całkowitej wydajności realizacyjnej w sposób wygórowany, a przez to utrudniający uczciwą

konkurencję (zarzut 4 odwołania - zarzut 6 uzasadnienia odwołania) nie potwierdził się.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający w treści Załącznika nr 4C „Sposób wyceny Usługi Modyfikacji” zamieścił tabelę zawierającą „terminy przekazania oprogramowania Modyfikacji do Testów Akceptacyjnych”. Terminy te ukształtował w poprzez odniesienie „Całkowitego Rozmiaru Zmiany (CRZ) wyrażonej w Punktach Funkcyjnych dla Modyfikacji” do „Terminu przekazania oprogramowania Modyfikacji do Testów Akceptacyjnych”. W przypadku gdy „Całkowity Rozmiar Zmiany (CRZ) wyrażony w Punktach Funkcyjnych dla Modyfikacji” wynosi od „1” do „35” „termin przekazania oprogramowania Modyfikacji do Testów Akceptacyjnych” wynosi „3 Dni Robocze”; gdy „Całkowity Rozmiar Zmiany (CRZ) wyrażony w Punktach Funkcyjnych dla Modyfikacji” wynosi od „36” do „100” „termin przekazania oprogramowania Modyfikacji do Testów Akceptacyjnych” wynosi „8 Dni Roboczych”; gdy „Całkowity Rozmiar Zmiany (CRZ) wyrażony w Punktach Funkcyjnych dla Modyfikacji” wynosi od „101” do „200” „termin przekazania oprogramowania Modyfikacji do Testów Akceptacyjnych” wynosi „13 Dni Roboczych”; gdy „Całkowity Rozmiar Zmiany (CRZ) wyrażony w Punktach Funkcyjnych dla Modyfikacji” wynosi od „201” do „350” „termin przekazania oprogramowania Modyfikacji do Testów Akceptacyjnych” wynosi „19 Dni Roboczych”; gdy „Całkowity Rozmiar Zmiany (CRZ) wyrażony w Punktach Funkcyjnych dla Modyfikacji” wynosi od „351” do „600” „termin przekazania oprogramowania Modyfikacji do Testów Akceptacyjnych” wynosi „29 Dni Roboczych”; gdy „Całkowity Rozmiar Zmiany (CRZ) wyrażony w Punktach Funkcyjnych dla Modyfikacji” wynosi od „601” do „1000” „termin przekazania oprogramowania Modyfikacji do Testów Akceptacyjnych” wynosi „39 Dni Roboczych” i gdy „Całkowity Rozmiar Zmiany (CRZ) wyrażony w Punktach Funkcyjnych dla Modyfikacji” wynosi od „1001” do „-” „termin przekazania oprogramowania Modyfikacji do Testów Akceptacyjnych” termin ten jest „ustalany indywidualnie przez Strony”.

Zamawiający, pismem z dnia 12 października 2022 r., dokonał zmiany SWZ (Załącznika nr 4C, pkt 3) i przyjął, że w przypadku gdy „Całkowity Rozmiar Zmiany (CRZ) wyrażony w Punktach Funkcyjnych dla Modyfikacji” wynosi od „1” do „35” „termin przekazania oprogramowania Modyfikacji do Testów Akceptacyjnych” wynosi „8 Dni Roboczych”; gdy „Całkowity Rozmiar Zmiany (CRZ) wyrażony w Punktach Funkcyjnych dla Modyfikacji” wynosi od „36” do „100” „termin przekazania oprogramowania Modyfikacji do Testów Akceptacyjnych” wynosi „13 Dni Roboczych”; gdy „Całkowity Rozmiar Zmiany (CRZ) wyrażony w Punktach Funkcyjnych dla Modyfikacji” wynosi od „101” do „200” „termin przekazania oprogramowania Modyfikacji do Testów Akceptacyjnych” wynosi „18 Dni Roboczych”; gdy „Całkowity Rozmiar Zmiany (CRZ) wyrażony w Punktach Funkcyjnych dla Modyfikacji” wynosi od „201” do „350” „termin przekazania oprogramowania Modyfikacji do Testów Akceptacyjnych” wynosi „24 Dni Roboczych”; gdy „Całkowity Rozmiar Zmiany (CRZ)

wyrażony w Punktach Funkcyjnych dla Modyfikacji" wynosi od „351” do „600” „termin przekazania oprogramowania Modyfikacji do Testów Akceptacyjnych” wynosi „34 Dni Roboczych”; gdy „Całkowity Rozmiar Zmiany (CRZ) wyrażony w Punktach Funkcyjnych dla Modyfikacji” wynosi od „601” do „1000” „termin przekazania oprogramowania Modyfikacji do Testów Akceptacyjnych” wynosi „49 Dni Roboczych” i gdy „Całkowity Rozmiar Zmiany (CRZ) wyrażony w Punktach Funkcyjnych dla Modyfikacji” wynosi od „1001” do „-” „termin przekazania oprogramowania Modyfikacji do Testów Akceptacyjnych” termin ten jest „ustalany indywidualnie przez Strony”.

Pismem tym Zamawiający poinformował wykonawców także o zmianie punktu 4 Załącznika nr 4C. Zamawiający zmienił bowiem wartość wydajności realizacyjnej z „minimum 1000 Punktów Funkcyjnych” na „minimum 800 Punktów Funkcyjnych”.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Niewątpliwym jest, że postanowienia SWZ, tj. Załącznika nr 4C do projektowanych postanowień umowy - Sposób wyceny Usługi Modyfikacji a mianowicie treść punktu 3 uległy zmianie w stosunku do tej treści tabeli, która była podstawą podniesionego zarzutu. Zamawiający - jak podniósł w odpowiedzi na odwołanie - „przychyla się częściowo do żądania Odwołującego i postanowił dokonać zmiany ppu w zakresie terminów”. Nie stanowi ona jednak uwzględnienia odwołania ani też nie odpowiada żądaniu postawionemu przez Odwołującego w odwołaniu, tj. znacznemu wydłużeniu terminów przekazania oprogramowania Modyfikacji do Testów Akceptacyjnych.

System informatyczny, który w określonych okolicznościach będzie modyfikowany służy do dystrybuowania środków pomocowych dla rolnictwa. Wobec tego terminy, w których mają być one wykonane, muszą być adekwatne do wagi realizowanych zadań. Terminy wyspecyfikowane w tabeli, jak podkreślał Zamawiający, są konsekwencją często wprowadzanych zmian legislacyjnych i koniecznością szybkiego dostosowania systemu informatycznego do tych zmian. Odpowiadają one wymaganiom, które stawiane są Zamawiającemu i, którym Zamawiający musi sprostać. Ilość wprowadzanych Modyfikacji jest niezależna od Zamawiającego. Determinują je kolejne zmiany legislacyjne, których skala nie jest Zamawiającemu znana. Tak więc może dojść do sytuacji, w której powstanie konieczność wykonania Modyfikacji o dużej pracochłonności a nawet kumulacji zleceń na wykonanie kilku lub kilkunastu Modyfikacji jednocześnie. Mimo, że Zamawiający określone działania podejmuje już na etapie projektów aktów prawnych to nie ma pewności co do tego kiedy i ile tych Modyfikacji będzie wprowadzanych. Dlatego też oczekuje dysponowania przez wykonawcę zespołem, który zagwarantuje określoną wydajność realizacyjną w każdym miesiącu świadczenia usługi. Musi mieć bowiem zapewnioną właściwą realizację umowy na wypadek konieczności zlecenia wprowadzanych Modyfikacji. Terminy przekazania oprogramowania Modyfikacji do Testów Akceptacyjnych określone w punkcie 3 Załącznika 4C uzasadnione są więc rzeczywistymi potrzebami Zamawiającego.

Czynności dokonywane w ramach usługi modyfikacji pkt 2.6.2.1. do 2.6.2.3.3. , które miałyby uzasadniać wydłużenie terminów, wskazane zostały przez Odwołującego jako te, które muszą następować po sobie a co za tym idzie muszą być konsultowane z Zamawiającym. Tymczasem część z nich, jak wykazał Zamawiający, może być realizowana równolegle, np. PTA (pkt 2.6.2.3.1.) i produkt oprogramowania (pkt 2.6.2.3.2.). Nie oznacza to więc, że muszą być wykonywane wyłącznie w sposób wskazany przez Odwołującego.

Nie znajdują uzasadnienia także obawy Odwołującego związane z potencjalnym brakiem współdziałania Zamawiającego przy realizacji Modyfikacji. Powyższe jest bowiem obwarowane postanowieniami zawartymi w załączniku nr 4 a brak współdziałania przy realizacji umowy może skutkować nawet odstąpieniem przez wykonawcę od umowy.

Zamawiający dokonał także zmiany wartości wydajności realizacyjnej „min. 1000 PF” na „min. 800 PF”. Tymczasem poziom wydajności realizacyjnej na poziomie oczekiwanym przez Odwołującego to „min. 250 PF”, która nie zabezpiecza potrzeb Zamawiającego. Jak już bowiem wyżej wskazano Zamawiający nie ma pewności co do tego jaką ilość Punktów Funkcyjnych zużyje w danym miesiącu a ilość wprowadzanych modyfikacji może być duża. Tym samym Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

Zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 i 3 w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 20 oraz w zw. art. 8 ust. 1 ustawy w zw. z art. 5 i art. 353(1) Kodeksu cywilnego poprzez skonstruowanie

postanowień umownych w zakresie skonstruowania postanowień dotyczących zasad świadczenia usług Certyfikacji z Grupy Usług G2U3 w taki sposób, iż w przypadku rezygnacji przez Zamawiającego od zamówionej Certyfikacji Wykonawcy nie będzie przysługiwało wynagrodzenie z tytułu wykonanych czynności Certyfikacyjnych, w

sposób, który prowadzi do zaburzenia równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, co pozostaje w sprzeczności z zasadami współzycia społecznego, godzi w naturę stosunku prawnego, naruszając tym samym równowagę kontraktową Stron oraz stanowi nadużycie przez zamawiającego przysługującego mu prawa podmiotowego do ukształtowania istotnych postanowień umownych (zarzut 5 lit. b) odwołania - zarzut 8 uzasadnienia odwołania) nie potwierdził się.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający w załącznikach do projektowanych postanowień umowy: nr 2C „Opis Usługi Integracji i Certyfikacji” (str. 82 - 84) i 2C1 „Szczegółowa Procedura Certyfikacji” (str. 85 - 87) do projektu postanowień umowy opisał szczegółowo procedurę certyfikacji.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Produkty, które są przekazywane do Certyfikacji - jak wskazał Zamawiający - są to produkty, które zostały już pozytywnie zweryfikowane i odebrane przez Zamawiającego, zgodnie z pkt 2.1. Załącznika 2C, a więc przeszły już wstępny etap weryfikacji. Twórcą tego produktu, produktu przedstawianego następnie do Certyfikacji, a więc jego wykonawcą, może być Zamawiający bądź inny podmiot. Tak więc Certyfikacja wykonana przez wykonawcę zamówienia stanowi jego kolejny etap. Zauważyć przy tym należy, że wykonawca realizujący zamówienie będące przedmiotem tego postępowania może zwrócić się do Zamawiającego o uwzględnienie w procesie weryfikacji produktów szczególnych kryteriów, które uzasadniają konieczność ich uwzględnienia i może wpłynąć na skrócenie procedury Certyfikacyjnej.

Istotne jest także zgłoszenie wszystkich Wad do Zamawiającego, gdyż wówczas Zgłoszenie Certyfikacji ulega zawieszeniu do czasu ponownego przedstawienia przez Zamawiającego poprawionego produktu do Certyfikacji. Czas poprawy produktów nie wlicza się bowiem do czasów wyznaczonych w harmonogramie.

Niezależnie od powyższego możliwe jest podjęcie działań mających na celu przyspieszenie wykonania Certyfikacji. Ma to miejsce w sytuacji gdy strony umowy podejmą wspólnie decyzję o zmianie części lub całości zasad opisanych w Załączniku w stosunku do danego Zgłoszenia Certyfikacji. W takiej sytuacji istnieje możliwość ustalenia indywidualnych zasad, odmiennych niż opisane w umowie.

Zamawiający przewidział więc szereg rozwiązań zabezpieczających wykonawcę przed sytuacją, w której z przyczyn od niego niezależnych, Certyfikacja nie zostanie zakończona zgodnie z harmonogramem. Niemniej jednak w przypadku współdziałania stron umowy taka sytuacja nie powinna mieć miejsca.

Niezrozumiałym jest więc oczekiwanie przez Odwołującego, że w przypadku odstąpienia przez Zamawiającego od procesu Certyfikacji, zostanie mu wypłacone wynagrodzenia za Certyfikację, która nie została zrealizowana. Brak osiągnięcia rezultatu nie może bowiem skutkować zapłatą w sytuacji gdy nie zostanie wykonana oczekiwana przez Zamawiającego usługa w jej podstawowym zakresie, tj. poprawna weryfikacja i integracja produktu z SVDokumentacją. Dlatego też Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2022 r., poz. 1710) oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania

(Dz.U. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodniczący: