Sygn. akt: KIO 3063/24

POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 12 września 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:

Małgorzata Matecka

Andrzej Niwicki

Robert Skrzeszewski

na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w sprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 23 sierpnia 2024 r. przez wykonawcę DXC Technology Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Centralną Komisję Egzaminacyjną z siedzibą w Warszawie

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze;

2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy DXC Technology Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie -Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca: ……

Sygn. akt: KIO 3063/24

Uzasadnienie

Zamawiający Centralna Komisja Egzaminacyjna z siedzibą w Warszawie (dalej: „Zamawiający") prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej: „ustawa Pzp") postępowanie o udzielenie zamówienia pn. „Utrzymanie w ruchu i rozwój systemu informatycznego ONE w tym prace programistyczne oraz usługi im towarzyszące", numer referencyjny: CKE/5/2024 (dalej: „Postępowanie"). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 13 sierpnia 2024 r. pod numerem: 487506-2024.

W dniu 23 sierpnia 2024 r. wykonawca DXC Technology Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący") wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na ukształtowaniu w Postępowaniu treści warunków zamówienia określonych w dokumentach zamówienia w sposób sprzeczny z obowiązującymi przepisami prawa, co w ocenie Odwołującego stanowiło naruszenie przepisu art. 16 pkt 1) i pkt 2) ustawy Pzp, art. 17 ust. 1 ustawy Pzp , art. 99 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 134 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp, art. 134 ust. 2 pkt 9), pkt 20) ustawy Pzp w związku z art. 439 ustawy Pzp w zw. z art. 431 ustawy Pzp w zw. z art. 433 ustawy Pzp w zw. z art. 5 kc, art. 353¹ kc, art. 387 kc, art. 483 kc, art. 484 §2 kc w związku z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, art. 433 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu:

1) dokonania modyfikacji SWZ - w zakresie wskazanym w odwołaniu - przez zmianę zaskarżonych postanowień SWZ w sposób określony w odwołaniu (usunięcie) lub ich zmianę zgodnie z żądaniami zawartymi w odwołaniu;

2) dokonania odpowiednich zmian w treści ogłoszenia o zamówieniu dotyczącym postępowania - w takim zakresie, w jakim treść tego ogłoszenia będzie stała w sprzeczności z treścią SWZ zmienioną w wyniku uwzględnienia tego odwołania;

3) przedłużenia terminu składania ofert o czas niezbędny na sporządzenie oferty.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł, co następuje:

I. ZARZUTY ODWOŁANIA – SWZ

1. OPZ Rozdział I – Definicje

Zamawiający w Rozdziale I OPZ określił definicje m.in. definicję Błędu Krytycznego, Błędu Niekrytycznego czy Naprawy. W ocenie Odwołującego wskazane w Rozdziale I OPZ są

niejasne i nieprecyzyjne, co w konsekwencji spowodowało, że dokumentacja postępowania zawiera niejasny opis przedmiotu zamówienia i obowiązków wykonawcy, przy jednoczesnym wymogu świadczenia przez wykonawcę usług na oczekiwanym przez zamawiającego poziomie, pomimo tego, że zamawiający zobowiązany jest do jasnego i precyzyjnego określenia przedmiotu zamówienia i związanych z jego realizacją obowiązków wykonawców w sposób umożliwiający przygotowanie prawidłowej oferty.

Wykonawca na etapie sporządzania oferty powinien mieć możliwość szacowania liczby Błędów Krytycznych czy Błędów Niekrytycznych, które mogą zaistnieć w systemie w okresie realizacji umowy. Można takiego szacowania dokonać jedynie w przypadku, gdy określone przez Zamawiającego są jednoznaczne i wyczerpujące, odwołują się do obiektywnych czynników, a nie subiektywnych odczuć Zamawiającego czy użytkownika.

W przedmiotowej sprawie Zamawiający poprzez opisanie określonych definicji, doprowadził do sytuacji w której opis przedmiotu umowy jest nieprawidłowy i narusza, w szczególności art. 99 ustawy Pzp w związku z art. 16 ustawy Pzp.

a) Definicja Błędu Krytycznego.

Zamawiający jako definicję Błędu Krytycznego określił:

„Błąd Krytyczny oznacza Wadę uniemożliwiającą całkowicie pracę ONE lub poszczególnych Modułów, uniemożliwiająca normalne korzystanie z ONE, dla której nie ma alternatywnej metody wykonania danej operacji w wymaganym czasie dostępnej dla Użytkownika, w szczególności każda Wada uniemożliwiająca dokonanie czynności w ramach procesu Oceniania na ekranie."

Zgodnie z powyższą definicją jako Błąd Krytyczny może być uznany brak działania systemu u tylko jednego użytkownika. Zdaniem Odwołującego jest to zbyt restrykcyjny zakres Błędu Krytycznego - w odniesieniu do tak wysokiej kategorii błędu, rygorystycznego SLA i w kontekście systemu informatycznego będącego przedmiotem zamówienia. Brak działania funkcji dla jednego czy nawet kilku użytkowników systemu może wynikać np. wyłącznie z lokalnych jednostkowych problemów konfiguracyjnych na komputerze użytkownika, na co wykonawca nie ma żadnego wpływu - co oznacza że Błędem Krytycznym może być dowolne zgłoszenie.

Definicja Błędu krytycznego w takim kształcie narusza przepis art. 99 ust. 1 Ustawy Pzp w zakresie stwierdzenia, że Błędem Krytycznym jest już ograniczenie funkcji u jednego użytkownika systemu ONE.

Postanowienie, iż Błędem krytycznym może być brak działania funkcji u jednego użytkownika oznacza, że definicja ta ma charakter otwarty - w oparciu o aktualną definicję Błędu Krytycznego, dowolne zgłoszenie może zawsze zostać zaklasyfikowane jako Błąd Krytyczny. Odwołujący wnosi o ograniczenie definicji Błędu krytycznego do określonej grupy użytkowników, którzy nie mogą korzystać z funkcjonalności systemu, co będzie oznaczało realny wpływ na brak możliwości realizacji funkcjonalności lub błędna realizację funkcjonalności systemu.

Co więcej – Zamawiający wskazuje, że Błędem Krytycznym jest również „Wada uniemożliwiająca normalne korzystanie z ONE, dla której nie ma alternatywnej metody wykonania danej operacji w wymaganym czasie dostępnej dla Użytkownika oraz w szczególności każda Wada uniemożliwiająca dokonanie czynności w ramach procesu Oceniania na ekranie." Odwołujący podkreśla, że alternatywna metoda wykonania danej operacji powinna być potraktowana jako Naprawa Błędu Krytycznego, wobec osiągnięcia celu tej operacji.

W związku z powyższym, nieprawidłowy opis przedmiotu zamówienia w zakresie określenia Błędu Krytycznego narusza przepis art. 99 ust. 1 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę wskazane naruszenia Odwołujący wnosi o:

1) zmianę postanowienia poprzez doprecyzowanie definicji Błędu Krytycznego

w następujący sposób:

• Błąd Krytyczny oznacza Wadę powodującą brak możliwości wykorzystywania wszystkich funkcji systemu ONE w danym momencie przez co najmniej 50% użytkowników.

2) oraz dostosowanie treści warunków zamówienia określonych w dokumentach

zamówienia do wprowadzonych zmian.

b) Definicja Błędu Niekrytycznego.

Zamawiający jako definicję Błędu Niekrytycznego określił:

„Oznacza zakłócenie działania ONE lub poszczególnych Modułów, polegające na nienależytym działaniu lub niedziałaniu jednej z funkcji lub na wystąpieniu uciążliwości w korzystaniu z ONE, które jednak nie uniemożliwia Użytkownikom normalnego korzystania z ONE."

Zgodnie z powyższą definicją błędu niekrytycznego, każde działanie aplikacji (także zgodne z dokumentacją) może być Błędem Niekrytycznym, jeśli skutkuje niezdefiniowanym „nienależytym" działaniem lub niedziałaniem jednej z funkcji lub niezdefiniowaną „uciążliwością" dla dowolnych użytkowników. W efekcie przykładowo dwa zgłoszenia subiektywnie rozumianej uciążliwości przez jednego z ok. 15 000 użytkowników systemu ONE, nawet jeżeli działanie aplikacji będzie zgodne z wcześniejszymi zamówieniami Zamawiającego, będzie skutkowało zgłoszeniem Błędu Niekrytycznego ze wszystkimi tego konsekwencjami.

Z definicji wynika, że użytkownik może zgłosić każdą dowolną niedogodność pracy w systemie, która wg swojego uznania (ocena subiektywna) skutkuje uciążliwością lub nienależytym działaniem (ocena subiektywna), a wykonawca ma obowiązek taką niedogodność zgodnie z definicją obsługiwać w reżimie Czasu Reakcji i Realizacji Błędu Niekrytycznego, niezależnie czy ponosi odpowiedzialność za tą niedogodność, czy powstała niedogodność (wrażenie użytkownika, np.: system działa za wolno) jest poza zakresem odpowiedzialności Wykonawcy.

Nieprecyzyjność i niejednoznaczność ww. definicji dopuszcza też sytuację, gdy działanie zgodne z dokumentacją może zostać arbitralnie uznane przez Zamawiającego za Błąd Niekrytyczny.

W związku z powyższym, obecna definicja Błędu Niekrytycznego narusza przepis art. 99 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 16 ustawy Pzp, poprzez określenie zakresu obowiązków wykonawcy w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, co skutkuje brakiem możliwości sporządzenia prawidłowej oferty.

Biorąc pod uwagę wskazane naruszenia Odwołujący wnosi o:

3) zmianę postanowienia poprzez doprecyzowanie definicji Błędu Niekrytycznego w następujący sposób:

Błąd Niekrytyczny – to działanie systemu ONE niezgodne z dokumentacją, dla którego nie istnieje obejście i blokujące wykonywanie procesów biznesowych przez grupę co najmniej 10 użytkowników.

4) oraz dostosowanie treści warunków zamówienia określonych w dokumentach

zamówienia do wprowadzonych zmian.

c) Definicja Naprawy.

Zamawiający jako definicję Naprawy określił:

„Usunięcie Wady poprzez doprowadzenie do działania produktów zgodnie z Wymaganiami. Wprowadzenie alternatywnego sposobu wykonywania funkcjonalności Produktu nie jest uznawane za Naprawę."

Ponadto, zgodnie z Rozdziałem IV OPZ ust. 10 pkt. 10 ppkt. c), Zamawiający wskazał:

„c) Za termin przekazania Naprawionego Oprogramowania uznaje się poniższą datę i godzinę z uwzględnieniem minut:

- powiadomienia w Systemie Obsługi Zgłoszeń o fakcie udostępnienia właściwego dla zgłoszenia Naprawionego Oprogramowania w serwisie internetowym Wykonawcy,

- rozpoczęcia jego przesyłania na serwer Zamawiającego; Wykonawca zobowiązany jest do przesłania powiadomienia drogą mailową zawierającego numer zgłoszenia i lokalizację udostępnienia Naprawionego Oprogramowania oraz jego identyfikację (w przypadku wskazania innej formy naprawy niż serwis produkcyjny).

d) Za termin usunięcia Błędu Krytycznego, Błędu Niekrytycznego lub Usterki uznaje się datę i godzinę przywrócenia realizacji zakładanej funkcjonalności dostarczonej przez Wykonawcę."

Jednocześnie wprowadzona jest definicja Czasu Naprawy w rozdziale I Definicje Załącznika nr 1 do SWZ:

„Okres liczony od dnia i godziny zgłoszenia Wykonawcy danej Wady lub Zgłoszenia do dnia i godziny usunięcia Wady lub realizacji zadania określonego w Zgłoszeniu liczonej jako powiadomienie zgłaszającego awarię o jej usunięciu."

Z wyżej wymienionych postanowień wynika, że Zamawiający wprowadza dublujące się definicje i pojęcia dotyczące Czasu Naprawy (Naprawy Oprogramowania), co powoduje niejasność w zakresie zobowiązań wykonawcy. Należy przyjąć jedną definicję Czasu Naprawy.

W związku z powyższym, obecne brzmienie SWZ narusza przepis art. 99 ust. 1 w związku z art. 16 ustawy Pzp, poprzez określenie zakresu obowiązków wykonawcy w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, co skutkuje brakiem możliwości sporządzenia prawidłowej oferty.

Biorąc pod uwagę wskazane naruszenia Odwołujący wnosi o:

1) zmianę postanowienia poprzez doprecyzowanie definicji Naprawy w następujący sposób: „Naprawa -

Usunięcie Wady poprzez doprowadzenie do działania produktów zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentacji systemu ONE. Wprowadzenie alternatywnego sposobu wykonywania funkcjonalności Produktu jest uznawane za Naprawę."

„Czas Naprawy - Okres liczony od dnia i godziny zgłoszenia Wykonawcy danej Wady do dnia i godziny usunięcia Wady liczonej jako powiadomienie zgłaszającego o jej usunięciu."

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

2. OPZ – Rozdział IV Usługi Utrzymania Systemu ust. 10.

Zamawiający w Rozdziale I – Definicje określił pojęcia Dzień roboczy oraz Godziny Robocze.

Dzień roboczy	Dzień od poniedziałku do piątku z wyłączeniem dni wolnych od pracy na podstawie art. 1 ust. 1 ustawy z dnia 18 stycznia 1951 r. o dniach wolnych od pracy (Dz. U. z 2020 poz. 1920 ze zm.).
Godziny Robocze	Godziny od 7:00 do 18:00 w Dni Robocze

Jako godziny robocze, Zamawiający wskazał godziny od 7:00 do 18:00 w Dni robocze tj. w dni od poniedziałku do piątku z wyłączeniem dni wolnych od pracy na podstawie art. 1 ust. 1 ustawy z dnia 18 stycznia 1951 o dniach wolnych od pracy.

Odwołujący wskazuje, że pomimo określenia pojęcia Godzin roboczych, Zamawiający w żadnym miejscu OPZ, ani w załącznikach do OPZ nie odnosi się do zdefiniowanego pojęcia Godzin Roboczych.

Natomiast zgodnie z ust. 10 Rozdziału V SWZ, Wykonawca jest zobowiązany do świadczenia usług SLA zgodnie z określonymi w tym postanowieniu zasadami.

W trakcie sesji egzaminacyjnej Wykonawca zobowiązany jest świadczyć SLA zgodnie z poniższymi zasadami:

Kategoria zgłoszenia	Gwarantowany Czas Reakcji (w Czasie Gotowości)	Gwarantowany Czas Naprawy (w Czasie Gotowości)	Czas Gotowości
Błąd Krytyczny	do 1 godziny	do 4 godzin	Pn-Czw. 12:00-22:00 Pt-Nd 6:00-22:00
Błąd Niekrytyczny	do 2 godzin	do 8 godzin	8x7 (8:00 - 16:00)
Usterka	do 4 godzin	do 24 godzin	8x7 (8:00 - 16:00)
Zgłoszenie	do 4 godzin	do 24 godzin	8x7 (8:00 - 16:00)

Tabela 2 - wymagania w zakresie Czasu Reakcji i Czasu Naprawy w trakcie sesji egzaminacyjnej

Natomiast poza sesją egzaminacyjną wykonawca zobowiązany jest świadczyć usługi SLA zgodnie z poniższymi zasadami:

Kategoria zgłoszenia	Gwarantowany Czas Reakcji (w Czasie Gotowości)	Gwarantowany Czas Naprawy (w Czasie Gotowości)	Czas Gotowości
Błąd Krytyczny	do 24 godzin	do 48 godzin	8x5 (8:00 - 16:00)
Błąd Niekrytyczny	do 48 godzin	do 72 godzin	8x5 (8:00 - 16:00)
Usterka	do 72 godzin	do 96 godzin	8x5 (8:00 - 16:00)
Zgłoszenie	do 72 godzin	do 96 godzin	8x5 (8:00 - 16:00)

Tabela 5 - wymagania w zakresie Czasu Reakcji i Czasu Naprawy poza sesją egzaminacyjną

Odwołujący wskazuje, że Zamawiający w powyższych tabelach odnosi się do Czasu Gotowości, który nie jest zdefiniowany przez Zamawiającego.

Wobec powyższego należy wskazać, że ww. postanowienia są nieprecyzyjne, przez co nie jest w sposób konkretny określony zakres obowiązków wykonawcy w zakresie

świadczenia usług SLA. Jeżeli Zamawiający wymaga, aby wykonawca świadczył usługi SLA na określonym poziomie, to

powinien w sposób szczegółowy i precyzyjny zasady niezbędne do świadczenia usług.

Niedoprecyzowanie zakresu wymaganych informacji w jaki sposób wykonawca ma świadczyć usługi SLA ma bezpośredni wpływ na skalkulowanie przez wykonawców ceny oferty, gdyż każdy z nich może inaczej interpretować m.in. czas gotowości.

Przykładowo, wykonawca przy tak ukształtowanych wymaganiach nie posiada wiedzy w jaki sposób powinien liczyć Czas Gotowości np. dla Błędów Krytycznych w okresie sesji egzaminacyjnej tj. czy od poniedziałku do czwartku dla zgłoszeń, które zostaną zarejestrowane przed godziną 12:00, SLA liczy się tylko pomiędzy godzinami 12:00 – 22:00.

Odwołujący wskazuje, że niezbędne jest doprecyzowanie powyższych aspektów, aby wykonawca mógł prawidłowo realizować świadczenie usług SLA w ramach umowy.

Biorąc pod uwagę wskazane naruszenia Odwołujący wnosi o doprecyzowanie postanowień dotyczących świadczenia usług SLA poprzez precyzyjne ustalenie zasad SLA, w tym w szczególności:

- Zdefiniowanie pojęcia “Czas Gotowości” poprzez określenie że jest to wyłącznie czas, w którym biegnie termin realizacji zobowiązań wykonawcy.

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

3. OPZ – Rozdział IV Usługi Utrzymania Systemu ust. 10.

Zamawiający w ust. 10 Rozdziału IV OPZ określił również kategorie

zgłoszeń.

Kategoria zgłoszenia	Gwarantowany Czas Reakcji (w Czasie Gotowości)	Gwarantowany Czas Naprawy (w Czasie Gotowości)	Czas Gotowości
Błąd Krytyczny	do 1 godziny	do 4 godzin	Pn-Czw. 12:00-22:00 Pt-Nd 6:00-22:00
Błąd Niekrytyczny	do 2 godzin	do 8 godzin	8x7 (8:00 - 16:00)
Usterka	do 4 godzin	do 24 godzin	8x7 (8:00 - 16:00)
Zgłoszenie	do 4 godzin	do 24 godzin	8x7 (8:00 - 16:00)

Tabela 2 - wymagania w zakresie Czasu Reakcji i Czasu Naprawy w trakcie sesji egzaminacyjnej

Kategoria zgłoszenia	Gwarantowany Czas Reakcji (w Czasie Gotowości)	Gwarantowany Czas Naprawy {w Czasie Gotowości)	Czas Gotowości
Błąd Krytyczny	do 24 godzin	do 48 godzin	8x5 (8:00 - 16:00)
Błąd Niekrytyczny	do 48 godzin	do 72 godzin	8x5 (8:00 - 16:00)
Usterka	do 72 godzin	do 96 godzin	8x5 (8:00 - 16:00)
Zgłoszenie	do 72 godzin	do 96 godzin	8x5 (8:00 - 16:00)

Tabela 5 - wymagania w zakresie Czasu Reakcji i Czasu Naprawy poza sesją egzaminacyjną

Zamawiający w ramach kategorii zgłoszeń wyodrębnił następujące pozycje:

- Błąd Krytyczny
- Błąd Niekrytyczny,
- Usterka,
- Zgłoszenie.

Odwołujący wskazuje, że Zgłoszenie wskazane w ostatniej pozycji nie dotyczy procesu Naprawy Wad.

Odwołujący wyjaśnia, że przedmiotowe Zgłoszenie stanowi bliżej nieokreślone zamówienie Zamawiającego i nie może podlegać reżimowi zasad świadczenia usługi SLA, w tym czasów Naprawy.

Zgłoszenia winny być realizowane w uzgodnionych pomiędzy Wykonawcą a Zamawiającym terminach.

Biorąc pod uwagę wskazane naruszenia Odwołujący wnosi o wykreślenie z tabeli wskazanej w ust. 10 Rozdziału IV OPZ wiersza z pozycją „Zgłoszenie".

4. OPZ - Rozdział IV Świadczenie Usługi Utrzymania Systemu ust. 10 pkt. 5)

Zamawiający w Rozdziale IV ust. 10 pkt. 5) ppkt a) OPZ wskazał, aby maksymalny czas odpowiedzi aplikacji na działania użytkownika w trakcie sesji egzaminacyjnej nie przekroczył 2 s.

Lp.	Wymaganie	Wartość
1.	Maksymalny czas odpowiedzi aplikacji na działania użytkownika	2s

Tabela 3 - wymagania dodatkowe w trakcie sesji egzaminacyjnej

Również w Rozdziale IV ust. 10 pkt. 5) ppkt. a) OPZ, Zamawiający wskazał, aby maksymalny czas odpowiedzi aplikacji na działania użytkownika poza sesją egzaminacyjną również nie przekroczył 2 s.

Lp.	Wymaganie	Wartość
1.	Maksymalny czas odpowiedzi aplikacji na działania użytkownika	2s

Odwołujący wskazuje, że ww. postanowienia jest nieprecyzyjne. Wykonawcy nie wiedzą co obejmuje maksymalny czas odpowiedzi aplikacji na działania użytkownika. Jednocześnie to Zamawiający odpowiada za infrastrukturę i sieć które to są najczęstszymi powodami problemów wydajnościowych. Ponadto systemy integrują się z zewnętrznymi na których czas odpowiedzi Wykonawca nie ma wpływu. Ponadto w obecnym systemie są funkcjonalności które z definicji są długo trwającymi zadaniami i nie wykonują się one w 2 sek.

Precyzyjne opisanie tego wymagania jest o tyle istotne, że Zamawiający w przypadku stwierdzenia przekroczenia maksymalnego czasu odpowiedzi aplikacji na działania

użytkownika przewidział możliwość naliczenia kary umownej zgodnie z § 6 ust. 1 pkt. 3 i 4 wzoru umowy.

Biorąc pod uwagę wskazane naruszenia Odwołujący wnosi o:

Zmianę OPZ poprzez modyfikację zaskarżonych postanowień OPZ poprzez dodanie że czas jest mierzony na serwerze a nie na dowolnej stacji roboczej, i dotyczy 95% zapytań które powinny się wykonać w czasie do 2s z wyłączeniem tych które zostały zaprojektowanie jako długotrwające i zależą od zewnętrznych systemów.

5. OPZ Rozdział IV Świadczenie Usługi Utrzymania Systemu ust. 9

Zamawiający w Rozdziale IV ust. 9 OPZ wskazał:

„9. W ramach świadczenia Usług Utrzymania, Wykonawca zobowiązany jest do umożliwienia osobom wskazanym przez Zamawiającego uczestnictwa w pracach Wykonawcy, w celu wykształcenia przez te osoby odpowiednich umiejętności oraz kompetencji, pozwalających na samodzielne utrzymywanie ONE przez wskazane osoby. Uczestniczenie w pracach Wykonawcy nie może uniemożliwiać lub utrudniać Wykonawcy wykonywania Usługi Utrzymania. Dokładny proces wykonywania powyższego zostanie ustalony pomiędzy Zamawiającym i Wykonawcą."

Powyższe postanowienie umowy świadczy o nadużyciu prawa przez zamawiającego. Zamawiający nakłada na wykonawcę dodatkowe obowiązki niezwiązane z przedmiotem zamówienia polegające na wyszkoleniu pracowników Zamawiającego, bo jak inaczej traktować uczestnictwo pracowników w świadczeniu usług, co powinno być ujęte jako dodatkowa usługa, za oddzielne wynagrodzenie.

Odwołujący wskazuje również, że Zamawiający zmusza wykonawcę do włączenia do swojego zespołu pracowników Zamawiającego bez określenia jakichkolwiek zasad takiego „oddelegowania".

Odwołujący podkreśla, że skierowania do pracy pracowników musi być dokonane z poszanowaniem obowiązujących przepisów prawa. DXC jako pracodawca, ponosi odpowiedzialność za swoich pracowników i jest zobowiązany do zapewnienia im odpowiednich warunków pracy.

Obowiązek przyjęcia do swojego zespołu wymaga szczegółowego uregulowania zasad na jakich miałoby się to odbyć np. przeszkolenie pracowników np. w zakresie BHP, kwestie odpowiedzialności za wypadki przy pracy.

Ponadto z ww. postanowienia nie wynika ilu pracowników Zamawiający zechce umieścić u Wykonawcy, w związku z powyższym wykonawca nie ma możliwości oszacowania tych kosztów.

Biorąc pod uwagę wskazane naruszenia Odwołujący wnosi o wykreślenie zaskarżonego postanowienia:

„9. W ramach świadczenia Usług Utrzymania, Wykonawca zobowiązany jest do umożliwienia osobom wskazanym przez Zamawiającego uczestnictwa w pracach Wykonawcy, w celu wykształcenia przez te osoby odpowiednich

umiejętności oraz kompetencji, pozwalających na samodzielne utrzymywanie ONE przez wskazane osoby. Uczestniczenie w pracach Wykonawcy nie może uniemożliwiać lub utrudniać Wykonawcy wykonywania Usługi Utrzymania. Dokładny proces wykonywania powyższego zostanie ustalony pomiędzy Zamawiającym i Wykonawcą."

6. OPZ Rozdział IV Świadczenie Usługi Utrzymania Systemu ust. 15.

Zamawiający w Rozdziale IV OPZ ust. 15 wskazał:

„15. Jeżeli jakikolwiek fragment ONE lub oprogramowanie zewnętrzne, o którym mowa w ust. 11, zostanie w trakcie trwania umowy objęty płatną licencją, Wykonawca zobowiązany jest w terminie 3 miesięcy od zajścia zmiany w licencjonowaniu:

1) zmodyfikować ONE tak, aby nie wykorzystywał elementów, dla których zmieniono sposób licencjonowania lub

2) zmodyfikować ONE tak, aby wykorzystywał inne elementy o tej samej funkcjonalności, dostępne na bezpłatnych licencjach lub

3) ponosić w imieniu Zamawiającego koszty niezbędnych licencji do momentu zakończenia realizacji umowy lub realizacji zadania, o którym mowa w pkt. 1) lub 2) lub,

4) wystąpić do Zamawiającego o zgodę na poniesienie kosztów niezbędnych licencji; po uzyskaniu zgody Zamawiającego Wykonawca jest zwolniony z realizacji obowiązków, o których mowa w pkt. 1) – 3)."

Ponadto, Zamawiający w § 7 ust. 7 wzoru umowy wskazał:

„7. W sytuacji, gdy jakikolwiek fragment systemu w okresie obowiązywania umowy na realizację niniejszego zamówienia zostanie objęty płatną licencją lub jego aktualizacja wymaga wykorzystania oprogramowania dostępnego na płatnej licencji, Wykonawca ma obowiązek zaproponować Zamawiającemu zmianę w systemie obejmującą wymianę tego komponentu na inny. Zamawiający zastrzega sobie prawo wprowadzania modyfikacji do propozycji zmiany złożonej przez Wykonawcę lub do niewyrażenia zgody na zmianę w postaci zaproponowanej przez Wykonawcę. Zamawiającemu przysługuje prawo akceptacji odpłatnej licencji. W takiej sytuacji koszty licencji ponosi Zamawiający."

Zgodnie z przedmiotowym wymaganiem, w sytuacji, jeżeli fragment systemu ONE lub oprogramowanie zewnętrzne w trakcie trwania umowy zostanie objęty płatną licencją wykonawca zobowiązany jest do m.in. do zmodyfikowania systemu ONE tak, aby nie wykorzystywał elementów, dla których zmieniono sposób licencjonowania lub zmodyfikowania systemu ONE tak, aby wykorzystywał inne elementy o tej samej funkcjonalności, dostępne na bezpłatnych licencjach.

Odwołujący wskazuje, że Zamawiający nakłada na wykonawcę obowiązek wykonania określonych, dodatkowych prac, co po stronie wykonawcy wiąże się ze znaczącym kosztem pracy, który to koszt wykonawca musi uwzględnić również w cenie oferty.

Jednocześnie w żadnym miejscu dokumentacji postępowania, Zamawiający nie gwarantuje, że za wykonane prace wykonawca otrzyma wynagrodzenie.

Odwołujący podkreśla, że nieprecyzyjny zakres zobowiązania wykonawcy, brak wskazania wszystkich wymagań i okoliczności ma wpływ na prawidłowe sporządzenie oferty.

Odwołujący wskazuje również, że np. wprowadzanie zmian w systemie ONE w zakresie wynikającym ze zmian przepisów prawa, wprowadzanie takich zmian będzie odbywało się odpłatnie i zostało uregulowane w Procedurze zamawiania i wprowadzania zmian w systemie ONE (Załącznik nr 1 do OPZ).

Wobec tego, zasadnym jest, aby również konieczność wprowadzenia zmian w systemie ONE wynikająca ze zmian w zakresie licencji była uregulowana w podobny sposób jak wprowadzenie zmian wynikających ze zmian przepisów prawa.

Biorąc pod uwagę wskazane naruszenia Odwołujący wnosi o:

- Doprecyzowanie i dodanie postanowień w dokumentacji postępowania, że

w przypadku, jeżeli fragment systemu ONE lub oprogramowanie zewnętrzne w trakcie trwania umowy zostanie objęte płatną licencją, a wykonawca będzie zobowiązany do wykonania określonych prac, to przedmiotowe prace zostaną wykonane w ramach procedury wskazanej w załączniku nr 1 do OPZ i rozliczone w ramach roboczogodzin za wprowadzanie zmian do systemu tj. wprowadzenie do Procedury zamawiania i wprowadzania zmian w systemie ONE (Załącznik nr 1 do OPZ) odpowiednich postanowień, jak w przypadku uregulowania zmian wynikających z przepisów prawa.

- oraz dostosowanie treści warunków zamówienia określonych w dokumentach

zamówienia do wprowadzonych zmian.

7. OPZ Rozdział XII Zgodność z normami ust. 1

Zamawiający w ust. 1 Rozdziału XII OPZ wskazał:

„1. Zamawiający wymaga, aby system ONE i sposób projektowania i wdrażania zmian w tym systemie były stale zgodne z następującymi normami:

1) PN-EN lSO 9241-210:2019 lub równoważna w zakresie ergonomii interakcji człowieka i systemu w podzakresie projektowania ukierunkowanego na człowieka w przypadku systemów interaktywnych,

2) PN-EN lSO 9241-151:2008 lub równoważna w zakresie ergonomii interakcji człowieka i systemu w podzakresie wytycznych dotyczących projektowania interfejsów użytkownika stosowanych w sieci World Wide Web,

3) PN-EN lSO 9241-11:2018 lub równoważna w zakresie ergonomii interakcji człowieka i systemu w podzakresie definicji i koncepcji użyteczności,,

4) PN-EN lSO 9241-143:2012 lub równoważna w zakresie ergonomii interakcji człowieka i systemu w podzakresie formularzy,

5) ISO/IEC 27001:2013 lub równoważna w zakresie systemów zarządzania bezpieczeństwem informacji.

Odwołujący wskazuje, że ww. postanowienie jest nadmierne w zakresie spełnienia wymogu, aby system ONE był zgodny z ww. normami.

Obecnie dostarczany system, zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia (Załącznik nr 1 do SIWZ), który obowiązuje na podstawie poprzedniego postępowania z 2020 r. tylko w trakcie projektowania interfejsów graficznych, Zamawiający wymagał uwzględnienia następujących norm:

1. PN-EN lSO 9241-210:2019 lub równoważna w zakresie stosowania przy projektowaniu systemu informatycznego rozwiązań ukierunkowanych na usprawnienie interakcji człowieka z systemem interaktywnym w całym cyklu życia komputerowych systemów interaktywnych;

2. PN-EN lSO 9241-151:2008 lub równoważna w zakresie wytycznych dotyczących projektowania interfejsów użytkownika stosowanych w sieci World Wide Web" ,

3. PN-EN lSO 9241-11:2018 lub równoważna w zakresie wskazówek dotyczących użyteczności i wykorzystania jej w procesie zaprojektowania i wykonania systemu interaktywnego;

4. PN-EN lSO 9241-143:2012 lub równoważna w zakresie wytycznych dotyczących projektowania interfejsu użytkownika opartego na formularzach.

Powyższe oznacza, że Zamawiający wymagał, aby projektowane interfejsy graficzne były zgodne z ww. normami.

Odwołujący podkreśla, że wykonawca, który będzie realizował umowę w przedmiotowym Postępowaniu nie jest w stanie zagwarantować, aby cały system ONE był zgodne z ww. normami.

Obecne wymagania w zakresie zgodności z normami powinno być związane tylko z przedmiotem zamówienia w niniejszym Postępowaniu.

Biorąc pod uwagę wskazane naruszenia Odwołujący wnosi o wykreślenie wymogu, aby system ONE był zgodny z określonymi normami tj. określenie postanowienia w następujący sposób:

„1. Zamawiający wymaga, aby sposób projektowania i wdrażania zmian w systemie ONE były stale zgodne z następującymi normami:

1) PN-EN lSO 9241-210:2019 lub równoważna w zakresie ergonomii interakcji człowieka i systemu w podzakresie projektowania ukierunkowanego na człowieka w przypadku systemów interaktywnych,

2) PN-EN lSO 9241-151:2008 lub równoważna w zakresie ergonomii interakcji człowieka i systemu w podzakresie wytycznych dotyczących projektowania interfejsów użytkownika stosowanych w sieci World Wide Web,

3) PN-EN lSO 9241-11:2018 lub równoważna w zakresie ergonomii interakcji człowieka i systemu w podzakresie definicji i koncepcji użyteczności,,

4) PN-EN lSO 9241-143:2012 lub równoważna w zakresie ergonomii interakcji człowieka i systemu w podzakresie formularzy,

5) ISO/IEC 27001:2013 lub równoważna w zakresie systemów zarządzania bezpieczeństwem informacji.

8. Rozdział V – Świadczenie usług Rozwoju Systemu ust. 2 OPZ

Zamawiający w treści Rozdziału V – Świadczenie usług Rozwoju Systemu ust. 2 OPZ wskazał:

„Wykonawca zobowiązuje się do świadczenia Usług Rozwoju Systemu w wymiarze do 30 000 roboczogodzin w całym

okresie obowiązywania umowy, z zastrzeżeniem, że minimalna liczba roboczogodzin, jaką Zamawiający zobowiązuje się nabyć w okresie trwania umowy to 15 000, z możliwością zastosowania prawa opcji do kolejnych 50 000 godzin. Oznacza to, że w przypadku gdy Zamawiający zakupi w trakcie trwania umowy 15 000

roboczogodzin i więcej, Wykonawcy nie przysługuje żadne roszczenie w zakresie dot. zamówienia pozostałych roboczogodzin przewidzianych do nabycia w ramach zamówienia podstawowego oraz prawa opcji w tym za utracone korzyści. Zastrzega się, że zobowiązanie dotyczące zamówienia minimalnej liczby roboczogodzin nie dotyczy sytuacji braku kontynuowania umowy w roku następnym zgodnie z § 3 ust. 2 umowy."

Odwołujący wskazuje, że zawarte w przytoczonym postanowieniu OPZ wyznaczenie przez Zamawiającego minimalnej roboczogodzin, jaką Zamawiający zobowiązuje się nabyć w okresie trwania umowy na poziomie 15 000, stanowi przejaw niejasnego,

niejednoznacznego oraz niewyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia, nieuwzględniającego wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie co uniemożliwia wykonawcy prawidłową kalkulację oferty.

Zakreślenie możliwości ograniczenia liczby roboczogodzin do poziomu 15 000 skutkuje w kontekście art 99 ust. 1 ustawy Pzp znaczącą trudnością w wycenie oferty z uwagi na niemożność realnego ustalenia w jakim istocie zakresie zamówienie zostanie zrealizowane, a także ustalenie wysokości ryzyka.

Przyjęcie ograniczenia liczby roboczogodzin na poziomie 15 000 jest skrajnie

nieproporcjonalne, godzące w zasady współżycia społecznego i praktycznie uniemożliwiające rzetelną wycenę oferty.

Każdy z wykonawców oczekuje stabilności wykonania usługi, która automatycznie przekłada się na cenę jego oferty.

Biorąc pod uwagę wskazane naruszenia Odwołujący wnosi o zmianę OPZ poprzez modyfikację zaskarżonych postanowień OPZ i nadanie im następującej treści:

„Wykonawca zobowiązuje się do świadczenia Usług Rozwoju Systemu w wymiarze do 30 000 roboczogodzin w całym okresie obowiązywania umowy, z zastrzeżeniem, że minimalna liczba roboczogodzin, jaką Zamawiający zobowiązuje się nabyć w okresie trwania umowy to 28 500, z możliwością zastosowania prawa opcji do kolejnych 50 000 godzin. Oznacza to, że w przypadku gdy Zamawiający zakupi w trakcie trwania umowy 28 500 roboczogodzin i więcej, Wykonawcy nie przysługuje żadne roszczenie w zakresie dot. zamówienia pozostałych roboczogodzin przewidzianych do nabycia w ramach zamówienia podstawowego oraz prawa opcji w tym za utracone korzyści. Zastrzega się, że zobowiązanie dotyczące zamówienia minimalnej liczby roboczogodzin nie dotyczy sytuacji braku kontynuowania umowy w roku następnym zgodnie z §3 ust. 2 umowy."

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

9. OPZ Załącznik nr 2 - Procedura zgłaszania i obsługi błędów w Azure DevOps.

Zamawiający jako Załącznik nr 2 do OPZ dołączył procedurę zgłaszania i obsługi błędów, która odbywa się w Azure DevOps.

Odwołujący wyjaśnia, że w przypadku wcześniejszego postępowania z 2020 r., którego przedmiotem zamówienia było opracowanie systemu ONE, usługa Azure Devops była świadczona przez wykonawcę realizującego umowę.

Zgodnie z wiedzą Odwołującego, Zamawiający prowadzi postępowanie pn. "Dostawa pakietów umożliwiających wykorzystanie zasobów chmury obliczeniowej na potrzeby rozwiązań informatycznych", numer postępowania: CKE/4/2024, którego przedmiotem zamówienia jest sukcesywna dostawa, wg potrzeb Zamawiającego, pakietów umożliwiających wykorzystanie zasobów chmury obliczeniowej, w ramach i na zasadach określonych w umowie Server and Cloud Enrollment (SCE) lub równoważnej, w okresie kolejnych 36-ciu miesięcy od dnia podpisania ww. umowy z Dostawcą zasobów chmurowych.

Odwołujący podkreśla, że postanowienia SWZ, w szczególności opis przedmiotu zamówienia nie określa kto w niniejszym Postępowaniu powinien zapewnić usługę Azure Devops.

W tym miejscu należy przede wszystkim zwrócić uwagę, że usługa Azure Devops jest to produkt, który łączy się z poniesieniem przez wykonawcę określonych kosztów. Oznacza to, że w przypadku konieczności zapewnienia ww. usługi przez wykonawcę, będzie on zobowiązany do uwzględnienia w cenie oferty.

Brak informacji w zakresie kto zapewnia przedmiotową usługę niezbędną do realizacji umowy, skutkuje niemożliwością dokonania prawidłowej kalkulacji i rzetelnego przygotowania oferty.

Biorąc pod uwagę wskazane naruszenia Odwołujący wnosi o precyzyjne wskazanie w dokumentacji Postępowania kto dostarczy będzie odpowiedzialny za zapewnienie usługę Azurę Devops (Zamawiający czy wykonawca).

10. Wzoru umowy § 2.3 ust. 8.

Zamawiający w § 2.3. ust. 8 wzoru umowy wskazał:

„Zamawiający zastrzega sobie prawo do bezpośredniego kontaktu z każdym z członków zespołu realizującym zadania w danym obszarze po wcześniejszym

powiadomieniu, w terminie nie dłuższym niż 2 dni robocze, od momentu tego powiadomienia, z wyłączeniem uzgodnionych z Zamawiającym okresów, w których członek zespołu nie będzie dostępny dla Zamawiającego, (np. zaplanowany urlop) a także z wyłączeniem dostępności członka zespołu z przyczyn losowych."

Przedmiotowe postanowienie stanowi nieuzasadnione oczekiwanie Zamawiającego.

Z powyższego wynika, że Zamawiający w dowolnym czasie, w terminie wyznaczonym przez siebie oczekuje, że każdy pracownik wykonawcy skierowany do realizacji umowy będzie dostępny dla Zamawiającego.

Nie jest również jasne na jakich zasadach (czy za wynagrodzeniem czy bezpłatnie), w jakim celu i w jakim charakterze Zamawiający oczekuje bezpośrednich kontaktów z każdym z członków z zespołu. Osobą wskazaną do kontaktów ze strony wykonawcy jest Kierownik Projektu, co Zamawiający sam przewidział w dalszych postanowieniach umowy.

Odwołujący podkreśla, że zgodnie z § 11 ust. 3 wzoru umowy:

„Osobą odpowiedzialną za realizację Umowy ze strony Zamawiającego jest osoba upoważniona przez Dyrektora. Ze strony Wykonawcy osobą odpowiedzialną za realizację i nadzór nad prawidłowym wykonaniem umowy jest Kierownik Projektu wskazany w Załączniku nr 3 do Umowy."

W ocenie Odwołującego, kontakt Zamawiającego z Kierownikiem Projektu, który zajmuje się zarządzaniem projektem czuwa nad wszystkimi etapami realizacji projektu, zarządza zespołem oraz zadaniami, a tym samym posiada największą wiedzę o całości projektu jest zupełnie wystarczające do weryfikacji przez Zamawiającego o prawidłowej realizacji umowy.

Biorąc pod uwagę wskazane naruszenia Odwołujący wnosi o:

1) Zmianę SWZ poprzez usunięcie postanowienia:

„Zamawiający zastrzega sobie prawo do bezpośredniego kontaktu z każdym z członków zespołu realizującym zadania w danym obszarze po wcześniejszym powiadomieniu, w terminie nie dłuższym niż 2 dni robocze, od momentu tego powiadomienia, z wyłączeniem uzgodnionych z Zamawiającym okresów, w

których członek zespołu nie będzie dostępny dla Zamawiającego, (np. zaplanowany urlop) a także z wyłączeniem dostępności członka zespołu z przyczyn losowych."

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

11. Wzór umowy § 6.

Określone przez Zamawiającego kary umowne naruszają przepisy ustawy Pzp, w szczególności art. 483 § 1 Kodeksu cywilnego, art. 484 § 2 Kodeksu Cywilnego, art. 353(1) KC w z art. 139 ust. 1 Ustawy PZP w art. 431 i 433 pkt 2 PZP poprzez zastrzeżenie we wzorze umowy klauzul obejmujących obowiązek uiszczania kar umownych w wysokości rażąco wysokiej względem sankcjonowanego naruszenia.

Ponadto, należy wskazać, że Zamawiający we wzorze umowy zastrzegł liczne kary umowne, których podstawa oraz wysokość wykracza poza ramy swobody kontraktowej określonej w art 353 (1) k.c., nadto narusza zasadę proporcjonalności określoną w art. 7 ustawy Pzp.

Odwołujący podkreśla, że wskazane w umowie kary są oderwane od wartości potencjalnej szkody Zamawiającego, co prowadzi do nieuzasadnionego wzbogacenia się Zamawiającego kosztem wykonawcy, co w konsekwencji wykracza poza dopuszczalne granice swobody umów. Wskazane przez Zamawiającego kary umowne naruszają też art. 16 ust. 1 Ustawy PZP poprzez ukształtowanie postanowień umowy w sposób naruszający zasadę proporcjonalności, w tym w szczególności proporcjonalności przyjętych sankcji względem chronionych interesów Zamawiającego.

a) Wzór umowy §6 ust 1 pkt. 1.

Zamawiający w § 6 ust. 1 pkt. 1 wzoru umowy wskazał:

1. Zamawiającemu przysługuje prawo do naliczenia następujących kar umownych:

1) W przypadku niedotrzymania, z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, Gwarantowanego Czasu Reakcji lub Gwarantowanego Czasu Naprawy określonego zgodnie z zapisami rozdziału IV ust. 10 pkt 5) lit. a) OPZ, Zamawiający naliczy Wykonawcy karę umowną w wysokości:

a) dla Błędu Krytycznego - 10 000 PLN, za każdą rozpoczętą godzinę

przekroczenia

Gwarantowanego Czasu Reakcji lub Naprawy,

b) dla Błędu Niekrytycznego - 2 000 PLN, za każdą rozpoczętą godzinę

przekroczenia Gwarantowanego Czasu Reakcji lub Naprawy,

c) dla Usterki - 500 PLN, za każdą rozpoczętą godzinę przekroczenia

Gwarantowanego Czasu Reakcji lub Naprawy,

d) dla Zgłoszenia - 500 PLN za każdą rozpoczętą godzinę przekroczenia Gwarantowanego Czasu Reakcji lub Naprawy.

2) W przypadku niedotrzymania, z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, Gwarantowanego Czasu Reakcji lub Gwarantowanego Czasu Naprawy określonego zgodnie z zapisami rozdziału IV ust. 10 pkt 5) lit. b) OPZ, Zamawiający naliczy Wykonawcy karę umowną w wysokości:

a) dla Błędu Krytycznego - 800 PLN za każdą rozpoczętą godzinę

przekroczenia Gwarantowanego Czasu Reakcji lub Naprawy,

b) dla Błędu Niekrytycznego - 500 PLN za każde rozpoczęte 24 godziny

przekroczenia Gwarantowanego Czasu Reakcji lub Naprawy,

c) dla Usterki - 200 PLN za każde rozpoczęte 24 godziny przekroczenia

Gwarantowanego Czasu Reakcji lub Naprawy,

d) dla Zgłoszenia - 200 PLN za każde rozpoczęte 24 godziny przekroczenia Gwarantowanego Czasu Reakcji lub Naprawy,”

Wskazana przez Zamawiającego kara umowna jest nadmierna i nie określona została bez wyraźnego uzasadnienia wynikającego z charakterystyki konkretnego zamówienia. Odwołujący podkreśla, że kara umowna nie może być określana na poziomie, który może być traktowany jako rażąco wygórowany w odniesieniu ewentualnych zagrożeń związanych z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy, w tym możliwości powstania lub rozmiarów szkody.

Odwołujący podkreśla, że np. w przypadku Błędu Krytycznego kara umowna naliczana jest za każdą rozpoczętą godziną. Tak więc w przypadku konieczności naprawy wynoszącej dobę kara umowna wyniesie 240 000, co oznacza dla wykonawcy, że jedna doba może spowodować utratę jakiekolwiek opłacalności wykonania świadczenia.

Tak więc, w przypadku konieczności dokonania naprawy przekraczającej o 10 h reżim określony w umowie, wykonawcy może zostać naliczona kara umowna w wysokości 100 000 zł.

Przedmiotowe wymaganie powoduje, że wykonawca nie jest w stanie prawidłowo dokonać kalkulacji ceny ofertowej, w przewidzenie ryzyk związanych z możliwością naliczenia przez Zamawiającego kary umownej w przypadku zwłoki czasu naprawy.

Biorąc pod uwagę wskazane naruszenia Odwołujący wnosi o:

1) Zmianę SWZ poprzez modyfikację postanowienia w następujący sposób:

1. Zamawiającemu przysługuje prawo do naliczenia następujących kar umownych:

1) W przypadku niedotrzymania, z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, Gwarantowanego Czasu Reakcji lub Gwarantowanego Czasu Naprawy określonego zgodnie z zapisami rozdziału IV ust. 10 pkt 5) lit. a) OPZ, Zamawiający naliczy Wykonawcy karę umowną w wysokości:

a) dla Błędu Krytycznego - 1 000 PLN, za każdą rozpoczętą godzinę

przekroczenia

Gwarantowanego Czasu Reakcji lub Naprawy,

b) dla Błędu Niekrytycznego - 200 PLN, za każdą rozpoczętą godzinę

przekroczenia

Gwarantowanego Czasu Reakcji lub Naprawy,

c) dla Usterki - 50 PLN, za każdą rozpoczętą godzinę przekroczenia

Gwarantowanego Czasu Reakcji lub Naprawy,

d) dla Zgłoszenia - 50 PLN za każdą rozpoczętą godzinę przekroczenia

Gwarantowanego Czasu Reakcji lub Naprawy.

2) W przypadku niedotrzymania, z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, Gwarantowanego Czasu Reakcji lub Gwarantowanego Czasu Naprawy określonego zgodnie z zapisami rozdziału IV ust. 10 pkt 5) lit. b) OPZ, Zamawiający naliczy Wykonawcy karę umowną w wysokości:

a) dla Błędu Krytycznego - 80 PLN za każdą rozpoczętą godzinę

przekroczenia

Gwarantowanego Czasu Reakcji lub Naprawy,

b) dla Błędu Niekrytycznego - 50 PLN za każde rozpoczęte 24 godziny

przekroczenia

Gwarantowanego Czasu Reakcji lub Naprawy,

c) dla Usterki - 20 PLN za każde rozpoczęte 24 godziny przekroczenia

Gwarantowanego Czasu Reakcji lub Naprawy,

d) dla Zgłoszenia - 20 PLN za każde rozpoczęte 24 godziny przekroczenia Gwarantowanego Czasu Reakcji lub Naprawy,"

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

b) Wzór umowy § 6 ust. 1 pkt. 7

Zamawiający wskazał:

„7.W przypadku niedotrzymania ustalonego kalendarza prac uzgodnionego przez Strony w ramach zlecenia realizowanego według ramowej procedury zgłaszania/wprowadzania zmian w systemie ONE - załącznik nr 1 do OPZ, Zamawiający naliczy Wykonawcy karę umowną w wysokości 1% wynagrodzenia Wykonawcy z tytułu realizacji tej zmiany za każdy dzień zwłoki względem ustalonego kalendarza prac;"

Odwołujący wskazuje, że ww. wymaganie jest wymaganiem nadmiernym. Wykonawca nie może być karany za każde przekroczenie każdego terminu względem ustalonego prac. Odwołujący wskazuje, że kara umowna powinna być liczona od zwłoki w przekroczeniu całościowego terminu, a nie jego poszczególnych etapów.

Ponadto, kara umowna jest rażąco wygórowana. co prowadzi do nieuzasadnionego wzbogacenia się Zamawiającego kosztem wykonawcy, co w konsekwencji wykracza poza dopuszczalne granice swobody umów.

Biorąc pod uwagę wskazane naruszenia Odwołujący wnosi o zmianę SWZ poprzez modyfikację zaskarżonego postanowienia w następujący sposób:

„7.W przypadku niedotrzymania ustalonego terminu wprowadzenia zmiany do systemu, prac uzgodnionego przez Strony w ramach zlecenia realizowanego według

ramowej procedury zgłaszania/wprowadzania zmian w systemie ONE - załącznik nr 1 do OPZ, Zamawiający naliczy Wykonawcy karę umowną w wysokości 0,1% wynagrodzenia Wykonawcy z tytułu realizacji tej zmiany za każdy dzień zwłoki względem ustalonego terminu wprowadzenia zmiany;"

c) Wzór umowy § 6 ust. 1 pkt. 7

Zamawiający wymaga:

„7) W przypadku wygenerowania przez system nieprawidłowych danych do rozliczenia pracy wykonanej przez egzaminatorów w trakcie sesji egzaminacyjnej, z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, Zamawiający naliczy Wykonawcy karę w wysokości iloczynu kwoty 20 zł oraz liczby egzaminatorów, dla których system podał nieprawidłowe dane."

Odwołujący wskazuje, że zgodnie z tym postanowieniem Zamawiający będzie uprawniony do naliczenia kar umownych w przypadku wygenerowania przez system nieprawidłowych danych do rozliczenia pracy wykonanej przez egzaminatorów w trakcie sesji egzaminacyjnej.

Odwołujący wskazuje, że niedopuszczalne jest kumulowanie kar umownych tj. naliczania 2 różnych kar umownych za tę samą okoliczność faktyczną. Odwołujący podkreśla, że kara umowna wskazana chociażby w § 6 ust. 1 pkt. 7 zawiera już w sobie karę umowną przewidzianą w tym postanowieniu.

Powyższe narusza przepis art. 483 § 1 Kodeksu cywilnego, art. 484 § 2 Kodeksu Cywilnego, art. 3531 KC w z art. 139 ust. 1 Ustawy Pzp w art. 431 i 433 pkt 2 Pzp poprzez zastrzeżenie w Umowie klauzul obejmujących obowiązek uiszczania kar umownych w wysokości rażąco wysokiej względem sankcjonowanego naruszenia. Wszystkie w/w kary są oderwane od wartości potencjalnej szkody Zamawiającego, co prowadzi do nieuzasadnionego wzbogacenia się Zamawiającego kosztem wykonawcy, co w konsekwencji wykracza poza dopuszczalne granice swobody umów. Powyższe narusza też art. 16 ust. 1 Ustawy PZP poprzez ukształtowanie w/w postanowień umowy w sposób naruszający zasadę proporcjonalności, w tym w szczególności proporcjonalności przyjętych sankcji względem chronionych interesów Zamawiającego.

Biorąc pod uwagę wskazane naruszenia Odwołujący wnosi o:

Zmianę SWZ poprzez wykreślenie postanowienia:

„7) W przypadku wygenerowania przez system nieprawidłowych danych do rozliczenia pracy wykonanej przez egzaminatorów w trakcie sesji

egzaminacyjnej, z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, Zamawiający naliczy Wykonawcy karę w wysokości iloczynu kwoty 20 zł oraz liczby

egzaminatorów, dla których system podał nieprawidłowe dane."

d) Wzór umowy § 6 ust. 1 pkt. 6.

Zamawiający w § 6 ust. 1 pkt. 6 wzoru umowy wskazał:

> "6. W przypadku niewykonania lub wadliwego wprowadzenia PBI w ramach zlecenia ustalonego według ramowej procedury zgłaszania/wprowadzania zmian w systemie ONE, Zamawiający naliczy Wykonawcy karę umowną w wysokości 10 % wartości wynagrodzenia Wykonawcy z tytułu realizacji tego PBI, za każdy przypadek niezgodności, z zastrzeżeniem, że jeżeli Wykonawca w ciągu 30 dni od zgłoszenia ww. wady przez Zamawiającego nie usunie uchybienia Zamawiający uprawniony jest do odstąpienia od umowy w części niezrealizowanej umowy oraz naliczy karę w wysokości 10% wartości wynagrodzenia Wykonawcy, które przysługiwałoby Wykonawcy za zrealizowanie części umowy od której Zamawiający odstąpił w zakresie zamówienia podstawowego. Ww. prawo do odstąpienia przysługuje Zamawiającemu w terminie 60 dni od upływu ww. terminu na usunięcie wady.

Odwołujący wskazuje, że Zamawiający nakłada na wykonawcę nieprecyzyjną karę umowną, polegającą na niewykonaniu lub wadliwym wprowadzeniu PBI w ramach zlecenia zmian w systemie.

Odwołujący podkreśla, że opisana kara umowna jest sposób ogólny i nieprecyzyjny. Zamawiający raz wskazuje, że kara umowna odnosi się do wady, następnie wskazuje na uchybienie.

Ponadto, Zamawiający przewidział już naliczanie kar umownych za ww. obowiązek w § 6 ust. 1 pkt 5 wzoru umowy.

Odwołujący podkreśla, niedopuszczalność kumulowania kar umownych, tj. naliczania dwóch różnych kar umownych za tę samą okoliczność faktyczną jest przyjętym od lat stanowiskiem zarówno doktryny, jak i orzecznictwa.

Biorąc pod uwagę wskazane naruszenia Odwołujący wnosi o:

Zmianę SWZ poprzez wykreślenie postanowienia:

1) W przypadku niewykonania lub wadliwego wprowadzenia PBI w ramach zlecenia ustalonego według ramowej procedury zgłaszania/wprowadzania zmian w systemie ONE, Zamawiający naliczy Wykonawcy karę umowną w wysokości 10 % wartości wynagrodzenia Wykonawcy z tytułu realizacji tego PBI, za każdy przypadek niezgodności, z zastrzeżeniem, że jeżeli Wykonawca w ciągu 30 dni od zgłoszenia ww. wady przez Zamawiającego nie usunie uchybienia Zamawiający uprawniony jest do odstąpienia od umowy w części niezrealizowanej umowy oraz naliczy karę w wysokości 10% wartości wynagrodzenia Wykonawcy, które przysługiwałoby Wykonawcy za zrealizowanie części umowy od której Zamawiający odstąpił w zakresie zamówienia podstawowego. Ww. prawo do odstąpienia przysługuje Zamawiającemu w terminie 60 dni od upływu ww. terminu na usunięcie wady.

e) Wzór umowy § 6 ust. 1 pkt. 22

Zamawiający w § 6 ust. 1 pkt. 22 wzoru umowy wskazał:

„22) Za każdy dzień zwłoki w realizacji obowiązków niewyszczególnionych w pkt. 121) a wynikających z treści umowy lub OPZ, Zamawiający naliczy Wykonawcy karę umowną w wysokości 500 zł"

Odwołujący wskazuje, że Zamawiający nie może zastrzec w umowie kary umownej za każdy obowiązek wykonawcy wynikający z treści umowy lub OPZ.

Przede wszystkim, zgodnie z art. 433 pkt. 2 ustawy Pzp:

„Projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać:

1) odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie, chyba że jest to uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia;

2) naliczania kar umownych za zachowanie wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem."

Odwołujący podkreśla, że niektóre obowiązki wykonawcy nie są związane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem.

Ponadto, ww. wymaganie jest niezgodne z kontraktowym celem kar umownych oraz zasadami współżycia społecznego.

Objęcie karą umowną każdego potencjalnego naruszenia, stanowiącego zbiór otwarty, które to nadto stanowi przejaw niejasnego, niejednoznacznego oraz niewyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia, nieuwzględniający wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie prowadzi do uniemożliwienia wykonawcy kalkulacji ryzyka w ramach przygotowania oferty.

Biorąc pod uwagę wskazane naruszenia Odwołujący wnosi o:

1) Zmianę SWZ poprzez wykreślenie postanowienia:

„22) Za każdy dzień zwłoki w realizacji obowiązków niewyszczególnionych w pkt. 121) a wynikających z treści umowy lub OPZ, Zamawiający naliczy Wykonawcy karę umowną w wysokości 500 zł".

f) Wzór umowy § 6 ust. 2

Zamawiający wskazał w § 6 ust. 2 wzoru umowy:

„2. Łączna wysokość kar umownych, o których mowa w ust. 1 pkt. 1- 22, nie przekroczy 40% maksymalnego wynagrodzenia Wykonawcy określonego w § 4 ust. 1 pkt. 1 lit. a) Umowy."

Z powyższego wynika wprost, że limitacja odpowiedzialności ukonstytuowana przez Zamawiającego w sposób całkowicie różny statuuje pozycję kontraktową stron: brak jest w umowie jakichkolwiek postanowień w zakresie odpowiedzialności Zamawiającego za odpowiedzialność kontraktową. Odpowiedzialność Wykonawcy jest ograniczona tylko w zakresie kar umownych, jednak limit kar umownych jest bardzo wysoki, w zależności od rodzaju usługi, której kary dotyczą.

Odwołujący podkreśla, że Zamawiający powinien mieć świadomość, że tak wysokie limity kar umownych przełożą się wprost na ceny ofert – każdy racjonalnie działający wykonawca musi bowiem ująć w cenie oferty ryzyka związane z zapłatą kar umownych. Skoro Zamawiający dopuszcza, aby łączna wysokość kar umownych mogła wynosić 40% wartości wynagrodzenia wykonawcy, to powinien liczyć się z tym, że Wykonawca odpowiednio wysokie ryzyka ujmie w cenie oferty.

Odwołujący wskazuje również, że są to kary umowne, które liczone są od całości utrzymania systemu ONE i określenie takiego limitu jest zasadne. Niemniej jednak, w ocenie wykonawcy, w związku z tym, że podstawowa usługa utrzymania w ruchu systemu

rozliczana będzie na podstawie stawki miesięcznej, zasadne jest aby kary umowne również były limitowane w okresach miesięcznych.

Przedmiotowe postanowienia SWZ naruszają art. 326 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 16 ustawy PZP oraz w związku z art. 44 ust. 3 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych. Wydatki publiczne powinny być dokonywane w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasady uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów oraz doboru optymalnych środków. Zamawiający – autorytarnie określając postanowienia umowne – powinien się liczyć z tym, że takie niespotykane na rynku IT wysokie limity kar umownych wpłyną na podniesienie przez wykonawców ceny ofert. Tym samym Zamawiający sam doprowadzi do podwyższenia ceny, poprzez nieuzasadnione nadmierne postanowienia Umowy.

Biorąc pod uwagę wskazane naruszenia Odwołujący wnosi o dodanie w § 6 wzoru umowy dodać postanowienie o treści:

„Łączny miesięczny limit odpowiedzialności Wykonawcy z tytułu kar umownych, o których mowa w ust. pkt. 1 – 22, za świadczenie usług w ramach Umowy, wynosi 40% miesięcznego wynagrodzenia ryczałtowego określonego w § 4 ust. 3 Umowy."

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

12. Wzór umowy § 4 ust. 7-11.

Zamawiający w § 4 ust. 7-11 wzoru umowy wskazał:

„7 . Każda ze Stron nie częściej niż raz na 12 miesięcy i nie wcześniej niż w lutym 2026 r. jest uprawniona do złożenia wniosku o zmianę wynagrodzenia tj. zmianę cen jednostkowych wskazanych w ust. 3,4 i 5 oraz wynagrodzenia określonego w ust. 1. Podstawą do dokonania ww. zmian będzie zmiana średniorocznego

wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem w danym roku w stosunku do roku poprzedniego, publikowanego przez Główny Urząd Statystyczny (odnotowanie inflacji lub deflacji).

8. Wykonawca może żądać zmiany wynagrodzenia, zgodnie z treścią ust. 7, kiedy odnotowany poziom inflacji będzie wyższy niż 6%. W przypadku gdy poziom inflacji przekroczy 6%, ceny jednostkowe wskazane w ust. 3,4 i 5 ulegną zwiększeniu o odnotowany wskaźnik inflacji ponad 6%, a wynagrodzenie określone w ust. 1 zostanie zwiększone odpowiednio.

9. Zamawiający może żądać zmiany wynagrodzenia, zgodnie z treścią zapisów ust. 7, kiedy odnotowany poziom deflacji będzie wyższy niż 6%. W przypadku gdy poziom deflacji przekroczy 6%, ceny jednostkowe wskazane w ust. 3, 4 i 5 ulegną zmniejszeniu o odnotowany wskaźnik deflacji ponad 6%, a wynagrodzenie określone w ust. 1 zostanie zmniejszone odpowiednio. Zmiana będzie dotyczyła wyłącznie wynagrodzenia za usługi niewykonane do dnia dokonania waloryzacji.

10. Zmiany, o których mowa w ust. 7-9 wymagają sporządzenia aneksu do umowy. Aneks zostanie sporządzony i podpisany nie później niż 30 dni roboczych od dnia złożenia wniosku przez Stronę.

11. Maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia określonego w ust. 1, w związku ze zmianą, o której mowa w ust. 7 – 10 nie może przekroczyć 10% wynagrodzenia wskazanego w treści umowy w dniu jej zawarcia."

Odwołujący wskazuje, że kwestia zapewnienia waloryzacji należnego mu wynagrodzenia ma szczególne znaczenie w długoterminowych umowach jak np. przedmiotowa umowa, która zawierana jest na okres 45 miesięcy.

Przesłanki waloryzacji określone w art. 439 ustawy Pzp stanowią prawne narzędzie dostosowania stosunku prawnego w celu przywrócenia stanu równowagi ekonomicznej między stronami umowy o zamówienie publiczne, zachwianego przez zdarzenia mogące zaistnieć w trakcie realizacji umowy.

Odwołujący podkreśla, że zadaniem waloryzacji jest urealnienie wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zastosowanie waloryzacji ma na celu nie tylko umożliwienie wykonawcy zachowania rynkowych, przynoszących racjonalny zysk stawek przez cały okres wykonywania zamówienia, ale przede wszystkim zapewnienie zamawiającym pewności, że dzięki możliwości dostosowania ceny do bieżących realiów gospodarczych wykonawca będzie w stanie zrealizować zamówienia w całości i nie będzie zmuszony do zaprzestania jego realizacji z przyczyn ekonomicznych.

Odwołujący podkreśla, że swoboda Zamawiającego w zakresie kształtowania postanowień umowy nie jest absolutna, gdyż zgodnie z art. 353 (1) k.c. treść lub cel stosunku nie może sprzeciwiać się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.

Tak sformułowane zasady dotyczące waloryzacji, określone wzory do wyliczenia oraz limit oznacza, że waloryzacji nie będzie się stosowało w przypadku, kiedy odnotowany poziom inflacji będzie niższy niż 6%. Zgodnie z opublikowanymi prognozami NBP przewidywana w kolejnych latach inflacja będzie niższa niż wskazany przez Zamawiającego poziom, co w praktyce oznacza brak możliwości skorzystania z tych postanowień. Przyjęty we wzorze umowy parametr 6% nie odpowiada realiom rynkowym.

Wprowadzenie limitu maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia 10% spowoduje, że waloryzacja w praktyce waloryzacja będzie mogła być dokonana tylko raz, tym samym wykonawcy nie mogą liczyć na zmianę wynagrodzenia w oparciu o jasne zasady i niezależne dane GUS, w trakcie trwania kilkuletniej umowy, co może skutkować nawet niemożliwością kontynuacji realizacji umowy na pewnym jej etapie w zależności od sytuacji gospodarczej i wpływie zmiany cen na koszty realizacji zamówienia.

Brak prawidłowo skonstruowanej klauzuli waloryzacyjnej w umowie zmusza wykonawców do ujęcia w wyliczeniu ceny oferty własnych założeń wzrostu cen i kosztów w nadchodzących latach, co może przyczynić się do zarzutów o nierealność cen, przeszacowanie lub niedoszacowanie cen ofertowych, a nawet nieporównywalności ofert. Dlatego aby zachować zasady konkurencyjności i równego traktowania wykonawców Zamawiający powinien dokonać zmiany zasad waloryzacji, zgodnie z obecnie panującą sytuacją rynkową i danymi wskaźnikowymi GUS.

Wskazane postanowienia stanowią naruszenie przepisów m.in. art. 439 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 436 ustawy Pzp oraz w zw. z art. 431 ustawy Pzp, gdyż obowiązkiem Zamawiającego jest przygotowanie projektu umowy z poszanowaniem ustawowych zasad określających relacje między stronami, a także ukształtowania sposobu ustalania zmiany wynagrodzenia.

W ocenie Odwołującego, przewidywana waloryzacja jest nieproporcjonalna, nie doprowadzi do urealnienia wydatków wykonawcy, a także określona jest wbrew zasadom współżycia społecznego.

Biorąc pod uwagę wskazane naruszenia Odwołujący wnosi o:

Wykonawca wnioskuje o usunięcie limitu waloryzacji 6% i ustalenie zasad waloryzacji w sposób gwarantujący, że waloryzacja będzie dotyczyć pełnej wartości średniorocznego wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem ogłaszanego przez Prezesa

Głównego Urzędu Statystycznego oraz usunięcie maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia określonej na poziomie 10% tj. usunięcie §11 ust. 11 wzoru umowy

13. Wzór umowy § 2.2 ust. 2.

Zgodnie z par. 2.2. ust. 2 wzoru umowy Zamawiający wskazał:

> 2. Strony dokonują odbioru wdrożonych zmian, o których mowa w ust. 1, przez podpisanie protokołu odbioru. Podstawą podpisania protokołu odbioru przez Zamawiającego jest przekazanie przez Wykonawcę Zamawiającemu Dokumentacji powykonawczej, wraz z rozliczeniem godzin, które zostały wykorzystane w związku z wprowadzoną zmianą (godziny wszystkich osób uczestniczących we wprowadzeniu zmiany). W przypadku, gdy w ocenie Zamawiającego całkowita liczba godzin pracy poszczególnych osób przy wykonaniu zmiany jest zawyżona przez Wykonawcę, Zamawiający może skorzystać z usług niezależnego rzeczoznawcy w celu oceny konieczności zaangażowania wszystkich osób wykazanych przez Wykonawcę i ich zaangażowania godzinowego przy zrealizowanej zmianie. Wykonawcy przysługuje prawo do dyskusji z rzeczoznawcą i zgłoszenia uwag do jego opinii. W przypadku wniesienia takich uwag i po ich rozpatrzeniu przez rzeczoznawcę, ostateczna liczba godzin wskazana przez rzeczoznawcę jest wiążąca dla stron. W przypadku gdy wynagrodzenie (ostateczna liczba godzin ustalona przez rzeczoznawcę x stawka określona w § 4 ust. 4 Umowy) będzie niższe o 15% od wynagrodzenia wskazanego przez Wykonawcę, koszt wynagrodzenia rzeczoznawcy poniesie Wykonawca a w przypadku odmowy zostanie on potrącony z wynagrodzenia Wykonawcy za realizację niniejszej umowy.

Podpisanie protokołu odbioru bez zastrzeżeń stanowi podstawę do wystawienia faktury."

Zgodnie z powyższym w celu rozstrzygania różnic interpretacyjnych powstałych na dowolnym etapie sporządzania lub rozliczania godzin wprowadzonych w ramach zleconych zmian, Zamawiający powoła "niezależnego" rzeczoznawcę w celu oceny konieczności zaangażowania wszystkich osób wykazanych przez wykonawcę i ich zaangażowania godzinowego przy zrealizowanej zmianie.

Odwołujący kwestionuje możliwość zagwarantowania obiektywizmu i niezależności przez rzeczoznawcę, jedynie na bazie postanowień umowy, skoro będzie on powoływany tylko przez jedną stronę tj. Zamawiającego.

Ponadto, Odwołujący wyjaśnia, że zmiany, które wykonawca wprowadza w systemie ONE każdorazowo są uzgadniane i akceptowane przez Zamawiającego na podstawie Ramowej procedury zgłaszania zmian w ramach rozwoju i prawa opcji w systemie ONE (Załącznik nr 1 do OPZ).

Co oznacza, że ww. postanowienie i dokonywanie kolejnej weryfikacji na etapie odbioru wdrożonych zmian jest wymaganiem nadmiarowym Zamawiającego. Zamawiający każdorazowo akceptuje prace wykonywane przez wykonawcę przed przystąpieniem wykonawcy do realizacji prac. Wobec tego, niezasadne jest kwestionowanie przez Zamawiającego ponownie na końcowym etapie rozliczenia liczby godzin niezbędnych do wykonania prac.

Biorąc po uwagę powyższe Odwołujący wnosi o modyfikację zaskarżonego postanowienia tj. wykreślenie konieczności powołania usług niezależnego rzeczoznawcy tj.:

„2.Strony dokonują odbioru wdrożonych zmian, o których mowa w ust. 1, przez podpisanie protokołu odbioru. Podstawą podpisania protokołu odbioru przez Zamawiającego jest przekazanie przez Wykonawcę Zamawiającemu Dokumentacji powykonawczej, wraz z rozliczeniem godzin, które zostały wykorzystane w związku z wprowadzoną zmianą (godziny wszystkich osób uczestniczących we wprowadzeniu zmiany.

Podpisanie protokołu odbioru bez zastrzeżeń stanowi podstawę do wystawienia faktury."

14. Wzór umowy § 3 ust. 2.

Zamawiający w § 3 ust. 2 wzoru umowy wskazał:

„2. Zamawiający zastrzega, że do dnia 11 grudnia każdego roku trwania umowy, począwszy od roku 2024, poinformuje pisemnie Wykonawcę o kontynuacji realizacji umowy w roku następnym. Zgoda Zamawiającego na kontynuowanie umowy w roku następnym warunkowana jest dysponowaniem przez Zamawiającego kwotą na jej sfinansowanie. W przypadku braku ww. informacji

albo poinformowania przez Zamawiającego, że umowa nie będzie kontynuowana w roku następnym, roszczenie, w tym odszkodowanie za utracone korzyści z tytułu wcześniejszego rozwiązania umowy. W przypadku wyrażenia zgody przez Zamawiającego na kontynuowanie umowy w roku następnym, wartość niewykorzystanych usług, o których mowa w §4 ust. 1, przechodzi na następny rok."

Powyższe postanowienie umowne uprawniające do jednostronnego oświadczenia o braku kontynuacji umowy w kolejnym roku obowiązywania umowy, oznacza, że wykonawca nie jest w stanie przygotować prawidłowej oferty, gdyż ww. postanowienia stanowi przejaw niejasnego, niejednoznacznego oraz niewyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia.

Odwołujący podkreśla, że Zamawiający również w zakresie wynagrodzenia w § 4 ust. 6 wskazał minimalne wynagrodzenie wykonawcy z tytułu wykonania niniejszej umowy:

> „6. Minimalne wynagrodzenie Wykonawcy z tytułu wykonania umowy będzie nie mniejsze niż …. zł brutto (słownie: ……), co wynika z iloczynu stawki, o której mowa w ust. 3 oraz liczby miesięcy obowiązywania umowy w 2024 roku (minimalne wynagrodzenie Wykonawcy)."

Odwołujący wskazuje, że wskazuje, że w skrajnym przypadku może praktycznie nie dojść do świadczenia usług w ramach umowy, jeżeli Zamawiający poinformuje wykonawcę, że od 2025 r. umowa nie będzie kontynuowana.

Odwołujący podkreśla, że np. kary umowne wskazane w § 6 wzoru umowy np. w przypadku odstąpienia od umowy Zamawiający będzie naliczał od wartości wynagrodzenia wykonawcy. Podobnie w przypadku zabezpieczenia należytego wykonania umowy, Zamawiający w § 9 ust. 1 wzoru umowy wymaga, aby wykonawca wniósł zabezpieczenie należytego wykonania umowy w wysokości 2% wynagrodzenia maksymalnego wykonawcy z tytułu realizacji umowy.

Należy również zauważyć, że co do zasady umowy w sprawach zamówień publicznych zawierane są na czas oznaczony, a cechą takich umów jest ich trwałość rozumiana w ten sposób, że przepisy Pzp nie przewidują możliwości dowolnego rozwiązywania takich umów zarówno przez zamawiającego, jak i wykonawcę. Jeżeli taka umowa jest wykonywana należycie, to powinna obowiązywać do upływu terminu jej wykonywania. Odwołujący pragnie zauważyć, że Zamawiający na podstawie postanowień umownych oraz przepisów ustawy Pzp, w tym w szczególności art. 456 ust. 1 pkt. 1) ustawy Pzp może odstąpić od umowy.

Okres świadczenia usług jest jednym z kluczowych parametrów jakie każdy wykonawca, i to niezależnie od branży, bierze pod uwagę szacując m.in. zasoby niezbędne do świadczenia usług oraz związane z tym koszty. W efekcie wskazane wyżej postanowienie skutkuje tym, że wykonawcom nie jest znany zakres zamówienia, gdyż pomimo określenia czasu trwania umowy, § 3 ust. 2 wzoru umowy, w obecnym brzmieniu powoduje, że w żaden sposób wykonawca sporządzając ofertę nie może przewidzieć przez jaki okres będzie świadczył usługi na podstawie umowy.

Należy również zwrócić uwagę, że cena jest jednym z podstawowych kryteriów oceny ofert. W zależności od wielkości przedmiotu umowy, wykonawca może skalkulować wyższą lub niższą cenę za świadczenie usług. Wobec tego, wykonawca musi mieć pewność, że zrealizuje w przyszłości zamówienie przez określony czas.

Jednocześnie wykonawca narażony jest na poniesienie kosztów związanych z utrzymaniem w pełnej gotowości zasobów dedykowanych do świadczenia tych usług przez cały okres trwania umowy. Odwołujący podkreśla, że Zamawiający wymaga skierowania do realizacji umowy specjalistów z wysokimi kwalifikacjami oraz doświadczeniem.

Wobec powyższego, należy wskazać, że postanowienie z § 3 ust. 2 wzoru umowy uniemożliwia kalkulację i rzetelne przygotowanie oferty.

Biorąc pod uwagę wskazane naruszenia Odwołujący wnosi o zmianę SWZ poprzez usunięcie postanowienia:

„2. Zamawiający zastrzega, że do dnia 11 grudnia każdego roku trwania umowy, począwszy od roku 2024, poinformuje pisemnie Wykonawcę o kontynuacji realizacji umowy w roku następnym. Zgoda Zamawiającego na kontynuowanie umowy w roku następnym warunkowana jest dysponowaniem przez Zamawiającego kwotą na jej sfinansowanie. W przypadku braku ww. informacji albo poinformowania przez Zamawiającego, że umowa nie będzie kontynuowana w roku następnym, roszczenie, w tym odszkodowanie za utracone korzyści z tytułu wcześniejszego rozwiązania umowy. W przypadku wyrażenia zgody przez Zamawiającego na kontynuowanie umowy w roku następnym, wartość niewykorzystanych usług, o których mowa w §4 ust. 1, przechodzi na następny rok.”

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

W dniu 9 września 2024 r. do akt sprawy wpłynęło pismo Zamawiającego stanowiące odpowiedź na odwołanie. Zamawiający przedstawił następujące stanowisko:

Zarzut nr 1 OPZ- Rozdział I- Definicje– naruszenie art. 99 ust. 1 w związku z art. 16 ustawy Pzp, w związku z przyjętymi przez Zamawiającego definicjami w treści OPZ: a) Błędu Krytycznego, b) Błędu Niekrytycznego, c) Naprawy.

a) W zakresie definicji Błędu Krytycznego Odwołujący wskazuje, że:

za Błąd Krytyczny może być uznany brak działania systemu u tylko jednego użytkownika. Zdaniem Odwołującego jest to zbyt restrykcyjny zakres Błędu Krytycznego - w odniesieniu do tak wysokiej kategorii błędu, rygorystycznego SLA i w kontekście systemu informatycznego będącego przedmiotem zamówienia. Brak działania funkcji dla jednego czy nawet kilku użytkowników systemu może wynikać np. wyłącznie z lokalnych jednostkowych problemów konfiguracyjnych na komputerze użytkownika, na co wykonawca nie ma żadnego wpływu - co oznacza że Błędem Krytycznym może być dowolne zgłoszenie.

Dalej Odwołujący wskazuje, że wnosi o ograniczenie definicji Błędu Krytycznego do określonej grupy użytkowników, którzy nie mogą korzystać z funkcjonalności systemu, co będzie oznaczało realny wpływ na brak możliwości realizacji funkcjonalności lub błędną realizację funkcjonalności systemu i proponuje zdefiniować Błąd Krytyczny jako wadę powodującą brak możliwości wykorzystywania wszystkich funkcji systemu ONE w danym momencie przez co najmniej 50% użytkowników.

Stanowisko Zamawiającego ad definicji Błędu Krytycznego: Zamawiający wnosi o oddalenie zarzutu w tym zakresie.

Zamawiający wskazuje, że istotą klasyfikacji Wad/błędów ? jest wpływ tej Wady/błędu? na osiągnięcie celu, jaki stawia sobie Zamawiający zlecając usługę utrzymania systemu ONE w ruchu.

Egzaminatorzy, na chwilę obecną, stanowią większość użytkowników systemu - ok. 87%. Każdy egzaminator ma przydzielone określone zadanie do wykonania ocenę konkretnych prac.

W przypadku gdy egzaminator nie może skorzystać z danej funkcjonalności (funkcjonalność nie działa lub działa nieprawidłowo) i nie może wykonać przydzielonego zadania nie ma możliwości przydzielenia tego zadania innemu użytkownikowi. W przypadku nie wykonania zadania przez egzaminatora nie ma możliwości zamknięcia sesji egzaminacyjnej i w konsekwencji wydania świadectw. A zatem nawet w przypadku braku możliwości skorzystania z funkcjonalności przez jednego użytkownika mamy do czynienia z błędem krytycznym. Dodatkowo jeżeli u jednego z użytkowników wystąpią określone błędy to istnieje prawdopodobieństwo, że błędy te mogą powtórzyć się u innych użytkowników.

Są też tacy użytkownicy, którzy swoją rolę wypełniają w danym momencie jednoosobowo lub w gronie maksymalnie kilku osób (np. Administrator systemu, Koordynator Krajowy). Brak możliwości wypełniania przez nich swojej funkcji w danym momencie skutkuje brakiem możliwości zakończenia pracy przez innych użytkowników (np. Przewodniczący Zespołu Egzaminatorów.

Należy podkreślić specyfikę procesu oceniania, którą Zamawiający opisał w rozdziale III OPZ cyt. „Charakter wykonywanych w systemie czynności przez egzaminatorów skutkuje ich aktywnością przede wszystkim poza godzinami pracy oraz w weekendy", co w połączeniu z obowiązującymi Zamawiającego terminami publikacji wyników egzaminów nakłada na Zamawiającego obowiązek przyłożenia szczególnej wagi do usuwania ewentualnych przeszkód organizacyjno-technicznych w procesie oceniania. Wymagania Zamawiającego są zatem proporcjonalne do potrzeb, jakie wynikają z zastosowania systemu ONE do realizacji zadań ustawowych i statutowych Zamawiającego. Zarzut zbyt restrykcyjnego określenia SLA jest zatem chybiony – Zamawiający zamawia usługę o określonych parametrach wynikających z potrzeb Zamawiającego i jest świadom, że wyższe parametry takie jak Czas Reakcji i Czas Naprawy mogą powodować wyższe wymagania wobec Wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Zamawiający zwraca również uwagę, że w sytuacji, o której pisze Odwołujący, tj. braku działania funkcji dla jednego czy nawet kilku użytkowników systemu wynikającego np. wyłącznie z lokalnych jednostkowych problemów konfiguracyjnych na komputerze użytkownika, na co Wykonawca nie ma żadnego wpływu, nie znajdą zastosowania zapisy § 6 ust. 1 pkt 1) lub 2) załącznika nr 6 do SWZ – wzór umowy, które uzależniają ewentualne naliczenie kary umownej od zaistnienia przyczyn leżących po stronie Wykonawcy. Ponadto, w przypadku gdyby po analizie Wykonawcy ustalono, że zaistniała sytuacja nie nosi znamion Błędu Krytycznego w rozumieniu definicji z rozdziału I OPZ, Zamawiający przewidział w rozdziale IV ust. 6 OPZ procedurę zmiany kategorii Wady lub Zgłoszenia, a w sytuacji, gdy zgłoszenie Zamawiającego nie nosi znamion Wady zastosowanie znajdzie dodatkowo zapis rozdziału IV ust. 10 pkt. 2) OPZ – automatyczne zaklasyfikowanie takiej sytuacji jako Zgłoszenie.

Zamawiający podkreśla, że sami egzaminatorzy stanowią 87% użytkowników systemu. Przyjmując taką definicję Błędu Krytycznego, jaką proponuje Odwołujący, nie byłoby możliwe zaklasyfikowanie żadnej z Wad dotyczących nieprawidłowego funkcjonowania systemu ONE dla użytkowników pełniących funkcje administracyjne, w tym pracowników i przedstawicieli Zamawiającego z uwagi na małą ich liczbę.

Odwołujący, jako twórca systemu ONE oraz podmiot, który świadczył i świadczy nadal usługi utrzymania systemu ONE (umowa nr CKE-WAG/10/2021 z dnia 1 marca 2021 r.) podczas

jego wykorzystania do elektronicznego oceniania egzaminu maturalnego z języka rosyjskiego i języka niemieckiego w maju 2024 r. doskonale zdaje sobie sprawę z takiego stanu rzeczy.

Na marginesie, definicje błędów w kontraktach łączących Zamawiającego z Odwołującym były tożsame z definicję przyjętą w postępowaniu.

Propozycja Odwołującego prowadzi zatem do pozbawienia Zamawiającego jednego z mechanizmów zabezpieczenia prawidłowej realizacji przyjętych przez Zamawiającego podstawowych założeń funkcjonowania systemu ONE.

Z uwagi na powyższe Zamawiający nie uwzględnia odwołania w tym zakresie, albowiem nie może zmienić zaskarżonych postanowień SWZ w sposób określony przez Odwołującego.

b) W zakresie definicji Błędu Niekrytycznego Odwołujący wskazuje, że:

Za Błąd Niekrytyczny może być uznane każde działanie aplikacji (także zgodne z dokumentacją), jeśli skutkuje niezdefiniowanym „nienależytym" działaniem lub niedziałaniem jednej z funkcji lub niezdefiniowaną „uciążliwością" dla dowolnych użytkowników.

Dalej Odwołujący stwierdza, że z ww. definicji wynika, że użytkownik może zgłosić każdą dowolną niedogodność pracy w systemie, która wg swojego uznania (ocena subiektywna) skutkuje uciążliwością lub nienależytym działaniem (ocena subiektywna), a wykonawca ma obowiązek taką niedogodność zgodnie z definicją obsługiwać w reżimie Czasu Reakcji i Realizacji Błędu Niekrytycznego, niezależnie czy ponosi odpowiedzialność za tą niedogodność, czy powstała niedogodność (wrażenie użytkownika, np.: system działa za wolno) jest poza zakresem odpowiedzialności Wykonawcy, zatem ww. definicja jest nieprecyzyjna i niejednoznaczna i dopuszcza sytuację, gdy działanie zgodne z dokumentacją może zostać arbitralnie uznane przez Zamawiającego za Błąd Niekrytyczny. Jednocześnie Odwołujący proponuje zdefiniować błąd Niekrytyczny jako działanie systemu ONE niezgodne z dokumentacją, dla którego nie istnieje obejście i blokujące wykonywanie procesów biznesowych przez grupę co najmniej 10 użytkowników.

Stanowisko Zamawiającego ad definicji Błędu Niekrytycznego - Zamawiający wnosi o oddalenie zarzutu w tym zakresie.

Zamawiający nie uwzględnia odwołania w tym zakresie albowiem nie może zmienić zaskarżonych postanowień SWZ w

sposób określony przez Odwołującego. Aktualna jest argumentacja Zamawiającego podniesiona ad. definicji Błędu Krytycznego, stąd w piśmie zaniechano jej powielania.

Zamawiający podkreśla, że w zakresie zarzutów Odwołującego, analogicznie jak w przypadku definicji Błędu Krytycznego, w sytuacji, o której pisze Odwołujący, tj. braku ponoszenia odpowiedzialności za niedogodność lub obiektywny brak niedogodności, nie znajdą zastosowania zapisy § 6 ust. 1 pkt 1) lub 2) załącznika nr 6 do SWZ – wzór umowy, które uzależniają ewentualne naliczenie kary umownej od zaistnienia przyczyn leżących po stronie Wykonawcy. Ponadto, w przypadku gdyby po analizie Wykonawcy ustalono, że zaistniała sytuacja nie nosi znamion Błędu Niekrytycznego w rozumieniu definicji z rozdziału I OPZ, Zamawiający przewidział w rozdziale IV ust. 6 OPZ procedurę zmiany kategorii Wady lub Zgłoszenia, a w sytuacji, gdy zgłoszenie Zamawiającego nie nosi znamion Wady zastosowanie znajdzie dodatkowo zapis rozdziału IV ust. 10 pkt. 2) OPZ – automatyczne zaklasyfikowanie takiej sytuacji jako Zgłoszenie.

Zamawiający wskazuje ponadto, że podnoszona przez Odwołującego okoliczność cyt. (wrażenie użytkownika, np.: system działa za wolno) również podlega ocenie wg mechanizmów przewidzianych w rozdziale IV ust. 26 OPZ (por. odpowiedź na Zarzut nr 4). Ponadto, Zamawiający zastrzegł obowiązek Wykonawcy przeprowadzenia testów wydajnościowych jako warunku podpisania protokołu gotowości do świadczenia usługi, zgodnie z zapisami rozdziału IV ust. 24 pkt 5) i ust. 25 OPZ. Zamawiający zwraca uwagę, że procedura przeprowadzania testów wydajnościowych została precyzyjnie opisana w rozdziale IX OPZ i zapewnia Wykonawcy możliwość reakcji na zauważone ryzyka związane z potencjalnie niedostateczną wydajnością skutkującą spowolnioną pracą systemu poprzez możliwość wskazaną w rozdziale IX ust. 2 OPZ, zgodnie z którą Wykonawca, po przeprowadzeniu testów wydajnościowych, może wystąpić do Zamawiającego z wnioskiem o zwiększenie parametrów wydajnościowych infrastruktury, przedstawiając szczegółowe, udokumentowane uzasadnienie odnoszące się do wyników tych testów i wykonanych w toku testów pomiarów przedstawionych w raporcie. Zapis rozdziału IX ust. 4 OPZ zabezpiecza również Wykonawcę przed następstwami braku zgody Zamawiającego na zwiększenie parametrów wydajnościowych bez wcześniejszego wskazania przez Zamawiającego zastrzeżeń do uzasadnienia Wykonawcy.

Ponadto, Zamawiający zastrzegł, żeby sposób projektowania i wdrażania zmian w systemie ONE były stale zgodne z następującymi normami:

1) PN-EN ISO 9241-210:2019 lub równoważna w zakresie ergonomii interakcji człowieka i systemu w podzakresie projektowania ukierunkowanego na człowieka w przypadku systemów interaktywnych (rozdział XII ust. 1 pkt 1) OPZ),

2) PN-EN ISO 9241-151:2008 lub równoważna w zakresie ergonomii interakcji człowieka i systemu w podzakresie wytycznych dotyczących projektowania

interfejsów użytkownika stosowanych w sieci World Wide Web (rozdział XII ust. 1 pkt

2) OPZ),

3) PN-EN ISO 9241-11:2018 lub równoważna w zakresie ergonomii interakcji

człowieka i systemu w podzakresie definicji i koncepcji użyteczności (rozdział XII ust. 1 pkt 3) OPZ),

4) PN-EN ISO 9241-143:2012 lub równoważna w zakresie ergonomii interakcji

człowieka i systemu w podzakresie formularzy (rozdział XII ust. 1 pkt 4) OPZ).

Dodatkowo, Zamawiający wskazuje, że jednym z obowiązków Wykonawcy zgodnie z zapisami rozdziału VIII ust. 11 lit. a) OPZ jest przeprowadzenie audytu WCAG o zakresie określonym w rozdziale VIII ust. 2 OPZ, obejmującym w szczególności:

1) sprawdzenie szybkości działania serwisu na łączach o różnej prędkości (ust.

2 pkt 2) lit. c)),

2) badanie ergonomii serwisu wykonane przez lub z udziałem osób

z niepełnosprawnościami (ust. 2 pkt 4) lit. a)),

3) badanie przystępności treści zawartych w serwisie wykonane przez lub

z udziałem osób z niepełnosprawnościami (ust. 2 pkt 4) lit. d)),

4) badanie czytelności nawigacji wykonane przez lub z udziałem osób

z niepełnosprawnościami (ust. 2 pkt 4) lit. e)),

5) sporządzenie raportu z audytu zawierającego co najmniej rekomendacje

i zalecenia z przypisanymi priorytetami ew. luk, np. krytyczna, zalecana optymalizacja, minimalny wpływ wraz ze wskazaniem kolejności wdrażania/implementowania zaproponowanych zmian/usprawnień (ust. 3 pkt 12)).

Wykonawca zobowiązany będzie również, zgodnie z rozdziałem V ust. 9 OPZ do przedstawienia w trybie opisanym w ust. 4-6 propozycji zmiany polegającej na dostosowaniu ONE do WCAG 2.1 na poziomie AA wraz z szacowaniem czasochłonności.

Zamawiający zawarł powyższe wymogi w celu minimalizacji ryzyka wystąpienia sytuacji, gdzie subiektywne wrażenie użytkownika mogłoby prowadzić do skutecznego zgłoszenia takiej sytuacji jako Wady lub uznania, że zgłoszona sytuacja powstała z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy. Wykonanie przytoczonych czynności da również Wykonawcy możliwość wpływania na sposób funkcjonowania systemu tak, aby był on przejrzysty dla użytkowników jeszcze przed pierwszą sesją egzaminacyjną w maju 2025 r.

c) W zakresie definicji Naprawy Odwołujący wskazuje, że:

Zamawiający wprowadził dublujące się definicje i pojęcia dotyczące Czasu Naprawy (Naprawy Oprogramowania), co powoduje niejasność w zakresie zobowiązań wykonawcy

i wnioskuje o doprecyzowanie definicji Naprawy, przyjęcie jednej definicji Czasu Naprawy i proponuje przyjęcie następujących definicji:

„Naprawa - Usunięcie Wady poprzez doprowadzenie do działania produktów zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentacji systemu ONE. Wprowadzenie alternatywnego sposobu wykonywania funkcjonalności Produktu jest uznawane za Naprawę."

„Czas Naprawy - Okres liczony od dnia i godziny zgłoszenia Wykonawcy danej Wady do dnia i godziny usunięcia Wady liczonej jako powiadomienie zgłaszającego o jej usunięciu." Stanowisko Zamawiającego ad definicji Naprawy :

Po analizie argumentacji podniesionej w Odwołaniu Zamawiający uwzględnił odwołanie w ww. zakresie i zmodyfikował OPZ w zakresie rozdziału IV ust. 10 pkt. 9 (załącznik nr 3 do odpowiedzi na odwołanie) w taki sposób, że dodał lit. i) treści:

i) W przypadku stwierdzenia, że Wykonawca podczas Naprawy Błędu Krytycznego udostępnił alternatywny sposób wykonywania funkcjonalności, której brak działania był podstawą do zgłoszenia tego Błędu Krytycznego, w terminie wynikającym z Czasu Naprawy Błędu Krytycznego, Błąd ten staje się Błędem Niekrytycznym. Udostępnienie alternatywnego sposobu wykonywania funkcjonalności nie jest czynnością wystarczającą do uznania Naprawy Błędu Krytycznego za zakończoną.

oraz

zmodyfikował postanowienia Rozdziału I załącznika nr 1 do SWZ – OPZ w zakresie definicji pojęcia „Czas Naprawy" w następujący sposób:

Czas Naprawy	Okres liczony od dnia i godziny zgłoszenia Wykonawcy danej Wady lub Zgłoszenia do dnia i godziny usunięcia Wady lub realizacji zadania określonego w Zgłoszeniu liczonej jako powiadomienie zgłaszającego Wadę lub Zgłoszenie o jej usunięciu. Czas ten jest mierzony od dnia i godziny zgłoszenia, a w przypadku gdy zgłoszenie nastąpiło poza okresem obowiązywania Czasu Gotowości, od momentu rozpoczęcia obowiązywania Czasu Gotowości. W trakcie sesji egzaminacyjnej Czas Naprawy po potwierdzeniu przez Wykonawcę przystąpienia do usunięcia Wady lub realizacji Zgłoszenia nie ulega przerwaniu przez zakończenie Czasu Gotowości.

oraz zmodyfikował OPZ w zakresie rozdziału IV ust. 10 pkt. 9) lit. c) w następujący sposób:

c) Za termin przekazania Naprawionego Oprogramowania uznaje się datę i godzinę z uwzględnieniem minut modyfikacji oprogramowania w taki sposób, że nie zawiera ono Wady.

oraz

zmodyfikował OPZ w zakresie rozdziału IV ust. 10 pkt. 9) lit. d) poprzez wykreślenie tego zapisu.

Zamawiający wskazuje, że pojęcie Czas Naprawy występuje w treści OPZ wyłącznie w tabelach określających SLA (rozdział IV ust. 10 pkt. 5) i z uwagi na uwzględnienie w tych tabelach Zgłoszenia (co do zasady nie będącego Wadą) definicja ta musi obejmować również inne czynności niż samą Naprawę w rozumieniu definicji zawartej w rozdziale I OPZ. Do sytuacji, w których mamy do czynienia z Wadą znajduje zastosowanie definicja Naprawy jako czynności wymaganej od Wykonawcy aby móc powiedzieć o zakończeniu Czasu Naprawy, co wynika bezpośrednio z treści tej definicji.

Istotą propozycji Odwołującego w definicji Naprawy jest zmiana w zdaniu drugim, polegająca na uznaniu, że „Wprowadzenie alternatywnego sposobu wykonywania funkcjonalności Produktu jest uznawane za Naprawę". Zamawiający nie może się zgodzić z taką definicją, ponieważ gdyby wprowadzanie alternatywnych sposobów

wykonywania funkcjonalności kończyło zobowiązanie Wykonawcy, prowadziłoby to do niekontrolowanego przez Zamawiającego procesu realizacji zmiany funkcjonalności systemu ONE. Zamawiający przewidział i opisał ten proces w rozdziale V OPZ oraz w załączniku nr 1 do OPZ, w szczególności zastrzegając sobie zgodnie z rozdziałem V ust. 6 OPZ prawo do wymagania od Wykonawcy w ramach wprowadzonej zmiany w systemie przeprowadzenia jednodniowego szkolenia (dla maksymalnie 30 osób w maksymalnie 3 grupach po maksymalnie 10 osób) lub konferencji (dla maksymalnie 4 000 osób) w trybie zdalnym z obsługi nowych lub zmienionych funkcjonalności.

Zamawiający uznał za zasadne przyjęcie stanowiska, że zastosowanie alternatywnego sposobu wykonywania funkcjonalności jest rozwiązaniem zastępczym, tymczasowym, które może być stosowane jedynie do czasu wykonania docelowej Naprawy. Jednocześnie z uwagi na fakt, że zastosowanie rozwiązania alternatywnego w danym momencie niweluje problem Zamawiający wprowadził modyfikacją (załącznik nr 3) zapis pozwalający na potraktowanie takiej sytuacji jako Błędu Niekrytycznego, co znacząco zmniejsza wysokość potencjalnych kar dla Wykonawcy.

Zarzut nr 2 OPZ - Rozdział IV Usługi Utrzymania Systemu ust. 10 - brak precyzyjnego określenia SLA z uwagi na brak zdefiniowanego pojęcia „ Czas Gotowości"

W zakresie ww. zarzutu Odwołujący wskazuje, że pomimo określenia pojęcia Godzin roboczych, Zamawiający w żadnym miejscu OPZ, ani w załącznikach do OPZ nie odnosi się do zdefiniowanego pojęcia Godzin Roboczych. Natomiast zgodnie z ust. 10 Rozdziału V SWZ, Wykonawca jest zobowiązany do świadczenia usług SLA w Czasie Gotowości, który nie został zdefiniowany przez Zamawiającego. Niedoprecyzowanie zaś zakresu wymaganych informacji w jaki sposób wykonawca ma świadczyć usługi SLA ma bezpośredni wpływ na skalkulowanie przez wykonawców ceny oferty, gdyż każdy z nich może inaczej interpretować m.in. czas gotowości.

Z uwagi na powyższe wnosi aby wprowadzić definicję pojęcia “Czas Gotowości” poprzez określenie że jest to wyłącznie czas, w którym biegnie termin realizacji zobowiązań wykonawcy.

Stanowisko Zamawiającego

Zamawiający uwzględnił odwołanie w ww. zakresie i zmodyfikował postanowienia Rozdziału I załącznika nr 1 do SWZ – OPZ w następujący sposób (załącznik nr 3 do odpowiedzi na odwołanie)

1) wykreśla się definicję pojęcia „Godziny Robocze”,

2) dodaje się, po definicji pojęcia „CKE”, definicję „Czas Gotowości”:

Czas Gotowości	Czas, w którym Wykonawca zobowiązany jest do przyjmowania, obsługi i naprawy Błędów Krytycznych, Błędów Niekrytycznych, Usterek oraz Zgłoszeń w rozumieniu parametrów SLA zapisanych w rozdziale IV.

3) modyfikuje się definicję pojęcia „Czas Naprawy” w następujący sposób:

Czas Naprawy	Okres liczony od dnia i godziny zgłoszenia Wykonawcy danej Wady lub Zgłoszenia do dnia i godziny usunięcia Wady lub realizacji zadania określonego w Zgłoszeniu liczonej jako powiadomienie zgłaszającego Wadę lub Zgłoszenie o jej usunięciu. Czas ten jest mierzony od dnia i godziny zgłoszenia, a w przypadku gdy zgłoszenie nastąpiło poza okresem obowiązywania Czasu Gotowości, od momentu rozpoczęcia obowiązywania Czasu Gotowości. W trakcie sesji egzaminacyjnej Czas Naprawy po potwierdzeniu przez Wykonawcę przystąpienia do usunięcia Wady lub realizacji Zgłoszenia nie ulega przerwaniu przez zakończenie Czasu Gotowości.

4) modyfikuje się definicję pojęcia „Czas Reakcji” w następujący sposób:

Czas Reakcji	Czas pomiędzy zgłoszeniem Wady lub Zgłoszenia a potwierdzeniem przyjęcia tej Wady lub Zgłoszenia. Czas ten jest mierzony od dnia i godziny zgłoszenia, a w przypadku gdy zgłoszenie nastąpiło poza okresem obowiązywania Czasu Gotowości, od momentu rozpoczęcia obowiązywania Czasu Gotowości.

Zarzut nr 3 OPZ - Rozdział IV Usługi Utrzymania Systemu ust. 10 - dot. umiejscowienia przez Zamawiającego w kategorii zgłoszeń podlegających rygorowi SLA Zgłoszenia, które nie dotyczy procesu Naprawy.

W zakresie ww. zarzutu Odwołujący wskazuje, że Zgłoszenie nie dotyczy procesu naprawy wad. Odwołujący wyjaśnia, że przedmiotowe Zgłoszenie stanowi bliżej nieokreślone zamówienie Zamawiającego i nie może podlegać reżimowi zasad świadczenia usługi SLA, w tym czasów Naprawy. Zgłoszenia winny być realizowane w uzgodnionych pomiędzy Wykonawcą a Zamawiającym terminach.

Z uwagi na powyższe Odwołujący wnioskuje o wykreślenie z tabeli wskazanej w ust. 10 Rozdziału IV załącznika nr 1 do SWZ – OPZ wiersza z pozycją „Zgłoszenie”.

Stanowisko Zamawiającego

Zamawiający nie zgadza się z ww. wnioskiem Odwołującego i wnosi o oddalenie zarzutu w tym zakresie.

Uzasadnienie

Pojęcie Zgłoszenia zostało w sposób jednoznaczny zdefiniowane w OPZ. Sama definicja i charakter Zgłoszenia nie budzą wątpliwości Odwołującego. Odwołujący opiera zarzut na niczym nie popartym twierdzeniu, że Zgłoszenie jako bliżej nieokreślone zamówienie Zamawiającego nie może podlegać warunkom SLA.

Zamawiający informuje, że zgodnie z zapisami rozdziału IV ust. 6 OPZ, Zamawiający każdorazowo zobowiązany jest do dokonania klasyfikacji Zgłoszenia poprzez przypisanie mu jednego ze zdefiniowanych typów Wad (Błąd Krytyczny lub Błąd Niekrytyczny lub Usterka, zgodnie z definicją Wady) - rozdział IV ust. 6 OPZ w związku z rozdziałem I OPZ (definicja Wady).

Jednocześnie ten sam zapis (rozdział IV ust. 6 OPZ) daje Wykonawcy możliwość zawnioskowania o zmianę klasyfikacji Wady lub Zgłoszenia, co pozwala m.in. na zmianę klasyfikacji Błędu Krytycznego lub Błędu Niekrytycznego lub Usterki na Zgłoszenie w przypadku, gdy Wykonawca w swoim wniosku wykaże, że dane Zgłoszenie nie stanowi Wady.

Podkreślić należy, że bez wystąpienia Wady, nie może być mowy ani o Błędzie Krytycznym, ani o Błędzie Niekrytycznym, ani o Usterce.

W celu więc obsługi zgłoszeń nie stanowiących Wady (pierwotnie lub po zmianie klasyfikacji zgłoszenia) konieczne jest, dla zapewnienia należytej współpracy pomiędzy Wykonawcą i Zamawiającym, wprowadzenie mechanizmu, który zapewni Zamawiającemu pewność, że zlecenie Wykonawcy zadań polegających na zmianie konfiguracji ONE lub Infrastruktury, wykonania czynności administracyjnych w ONE lub Infrastrukturze, pozyskania informacji z ONE, udzielenia odpowiedzi na pytanie Zamawiającego dotyczące funkcjonowania ONE, będą obsługiwane przez Wykonawcę w ramach zawartej umowy w określonych maksymalnych ramach czasowych.

Z uwagi na ww. wyodrębniono dodatkowy rodzaj potrzeby, które w OPZ zostało nazwane Zgłoszeniem.

Bez wyodrębnienia ww. rodzaju zgłoszenia Zamawiający nie mógłby prawidłowo realizować usług utrzymania systemu ONE w pełnym zakresie, wynikającym z definicji zawartej w rozdziale II OPZ ust. 2, w tym w szczególności zakresie wynikającym z zapisów rozdziału IV OPZ. Naraziłby się również na dodatkowe koszty (przy każdym zgłoszeniu) lub w skrajnym wypadku odmowę świadczenia ww. usług przez Wykonawcę.

Zamawiający podkreśla, że postulat Wykonawcy, aby Zgłoszenia były realizowane w uzgodnionych pomiędzy Wykonawcą a Zamawiającym terminach jest zrealizowany poprzez zastosowanie zapisów rozdziału IV ust. 10 pkt 5) OPZ, cyt. „Zamawiający na uzasadniony wniosek Wykonawcy może wyrazić zgodę na wydłużenie Okna Serwisowego oraz wyrazić zgodę na wydłużenie Czasu Naprawy dla każdej Wady oraz Zgłoszenia.”. Podkreślić należy, że zastrzeżony Czas Naprawy Zgłoszenia jest na tyle długi (do 24 godzin w sesji egzaminacyjnej, do 96 godzin poza sesją egzaminacyjną), że realizacja prostych czynności administracyjnych, będących istotą Zgłoszenia, nie powinna Wykonawcy deklarującemu wymagany w postępowaniu potencjał nastręczać żadnych trudności.

Z uwagi na powyższe ww. zarzut postawiony przez Odwołującego jest całkowicie bezzasadny zaś żądanie wykreślenia pojęcia „Zgłoszenie” nieuzasadniony.

Jednocześnie Zamawiający w celu zniwelowania obaw Odwołującego zmodyfikował zapis ust. 6 rozdziału IV OPZ (załącznik nr 3 do odpowiedzi na odwołanie) w taki sposób, że przyjmuje on brzmienie:

> 6. W przypadku przekazania Wykonawcy Zgłoszenia Zawierającego informacje o Wadzie, Zamawiający każdorazowo zobowiązany jest do dokonania klasyfikacji Zgłoszenia poprzez przypisanie mu jednego ze zdefiniowanych typów Wad. Na wniosek Wykonawcy i za zgodą Zamawiającego może nastąpić zmiana kategorii Wady lub Zgłoszenia, w tym w

szczególności zmiana Błędu Krytycznego, Błędu Niekrytycznego lub Usterki na Zgłoszenie. Realizacja komunikacji zawierającej w/w proces dokonywana jest przez SOZ, a w przypadku braku możliwości skorzystania z SOZ przez dokonanie Zgłoszenia pocztą elektroniczną lub drogą telefoniczną;

Jednocześnie Zamawiający informuje, że zmodyfikował w Rozdziale IV ust. 10 OPZ pkt 5) nazwę/nagłówek kolumny 3 w tabelach 2 i 5 oraz opis pod ww. tabelami, w sposób następujący:

1) dot. tabeli 2:

a) nazwa kolumny 3 otrzymuje brzmienie: Gwarantowany Czas Naprawy lub

realizacji Zgłoszenia (w Czasie Gotowości);

b) opis pod ww. tabelą otrzymuje brzmienie: Tabela 2 - wymagania w zakresie

Czasu Reakcji, Czasu Naprawy i realizacji Zgłoszenia w trakcie sesji egzaminacyjnej 2) dot. tabeli 5:

c) nazwa kolumny 3 otrzymuje brzmienie: Gwarantowany Czas Naprawy lub

realizacji Zgłoszenia (w Czasie Gotowości);

d) opis pod ww. tabelą otrzymuje brzmienie: Tabela 5 - wymagania w zakresie

Czasu Reakcji, Czasu Naprawy i realizacji Zgłoszenia poza sesją egzaminacyjną.

Zarzut nr 4 OPZ- Rozdział IV Usługi Utrzymania Systemu ust. 10 pkt 5) - brak

doprecyzowania przez Zamawiającego pojęcia „maksymalny czas odpowiedzi aplikacji na działania użytkownika".

W zakresie ww. zarzutu Odwołujący wskazuje, że ww. postanowienie (dla sesji egzaminacyjnej i poza nią) są nieprecyzyjne, gdyż nie wie co obejmuje maksymalny czas odpowiedzi aplikacji na działania użytkownika. Jednocześnie wskazuje, że:

1) to Zamawiający odpowiada za infrastrukturę i sieć które są najczęstszymi

powodami problemów wydajnościowych;

2) System One integruje się z zewnętrznymi systemami na których czas

odpowiedzi Wykonawca nie ma wpływu;

3) w obecnym systemie są funkcjonalności które z definicji są długo trwającymi

zadaniami i nie wykonują się one w 2 sek.; co z uwagi na możliwość naliczenia przez Zamawiającego kary umownej określonej w § 6 ust. 1 pkt. 3 i 4 wzoru umowy wymaga doprecyzowania.

Z uwagi na powyższe Odwołujący wnioskuje o dodanie że ww. czas 2 sekund jest mierzony na serwerze a nie na dowolnej stacji roboczej, i dotyczy 95% zapytań które powinny się

wykonać w czasie do 2 sekund, z wyłączeniem tych które zostały zaprojektowanie jako długotrwające i zależą od zewnętrznych systemów.

Stanowisko Zamawiającego

Zamawiający uwzględnił odwołanie w ww. zakresie i zmodyfikował postanowienia Rozdziału

I– OPZ (załącznik nr 3 do odpowiedzi na odwołanie) w następujący sposób:

1) dodaje się, po definicji pojęcia „Czas Naprawy", definicję „Czas odpowiedzi na działania użytkownika ":

Czas odpowiedzi na działania użytkownika	Czas mierzony od momentu wykonania operacji w interfejsie do pobrania wszystkich danych przez przeglądarkę i zakończenia ich wyświetlania w interfejsie użytkownika.

Zamawiający zmodyfikował Rozdział IV OPZ w następujący sposób:

1) wykreśla się z ust. 10 pkt. 5) lit. a) Tabelę 3,

2) wykreśla się z ust. 10 pkt. 5) lit. b) Tabelę 6,

3) dodaje się ust. 26 następującej treści:

26. Wykonawca zobowiązany jest do monitorowania wydajności systemu ONE tak, aby zapewnić spełnienie wymagań w zakresie czasu wykonania akcji użytkownika zgodnie z poniższymi zapisami:

1) Czas wykonania akcji użytkownika (np. aktualizacja danych, wyświetlenie tabeli w odpowiedzi na np. naciśnięcie przycisku) powinien być nie mniejszy niż 2s dla 95% prób mierzonych przy 300 pracujących równocześnie w systemie użytkowników, którzy dysponują daną funkcjonalnością w swoim interfejsie.

2) Dopuszcza się dłuższe wykonywanie wybranych, uzgodnionych między Zamawiającym a Wykonawcą operacji takich, jak: szyfrowanie plików, generowanie raportów, upload lub download plików, przy czym możliwe jest ustalenie

obowiązującego progu czasu wykonania akcji użytkownika dla każdej z tych czynności indywidualnie lub zbiorowo, jednak nie krótszego niż 2s,

3) Komputer kliencki, na którym mierzone są powyższe wartości, powinien działać w oparciu o Windows 10 lub 11, macOS Big Sur lub Ubuntu 20.04 (lub nowsze) i mieć zainstalowany co najmniej procesor o wartości benchmarku publikowanego przez PassMark Software min. 5000 i 4GB RAM, dysponujący połączeniem internetowym o przepustowości co najmniej 10 Mbit/s w obu kierunkach.

4) Zamawiający wymaga, aby kod interfejsu użytkownika (pliki Javascript i CSS) zostały zminifikowane,

5) Wykonawca zobowiązany jest do wskazywania Zamawiającemu ryzyk związanych z zapewnieniem niedostatecznych zasobów Infrastruktury lub koniecznością modyfikacji kodu systemu ONE, mogących skutkować niedotrzymaniem warunków, o których mowa w pkt. 1) - 4),

6) Brak reakcji Zamawiającego na ryzyka, o których mowa w ust. 5) zwalnia Wykonawcę z odpowiedzialności z tytułu niezachowania czasu odpowiedzi na działania użytkownika,

7) Jeżeli Czas odpowiedzi na działania użytkownika dla danej funkcjonalności zależy od komunikacji z zewnętrznym systemem informatycznym lub od działań wykonywanych asynchronicznie poprzez kolejkowanie nadchodzących zdarzeń (z powiadomieniem), Wykonawca jest zwolniony z odpowiedzialności za przekroczenie wymaganego Czasu odpowiedzi na działania użytkownika dla tej funkcjonalności.

Jednocześnie Zamawiający informuje, że zmodyfikował załącznik nr 6 do SWZ – wzór umowy, wykreślając zapisy § 6 ust. 1 pkt. 3) i 4).

Zamawiający podkreśla, że wymóg czasu odpowiedzi aplikacji na działania użytkownika był Odwołującemu znany, ponieważ wymóg ten został zawarty w wymaganiach dotyczących budowy systemu i nie był kwestionowany przez Odwołującego (Załącznik nr 1 do SIWZ w postępowaniu CKE/13/2020, rozdział 21 Wymogi gwarancyjne), a oferta Odwołującego została wybrana w ww. postępowaniu i zamówienie zostało zrealizowane.

Jednocześnie Zamawiający podkreśla, że w związku ze współfinansowaniem budowy systemu ONE ze środków Unii Europejskiej oraz wymogiem utrzymania produktów projektu Ocenianie na ekranie: Opracowanie systemu do oceniania prac egzaminacyjnych z wykorzystaniem technologii informatycznej, w ramach którego system ONE został wytworzony, odstąpienie od wymogu dotyczącego czasu odpowiedzi aplikacji na działania użytkownika rodziłoby dla Zamawiającego ryzyko pogorszenia parametrów wydajnościowych systemu ONE w trakcie okresu, gdy jest zobowiązany do zachowania trwałości produktów i rezultatów projektu.

Zarzut nr 5 OPZ - Rozdział IV Usługi Utrzymania Systemu ust. 9 nadużycie prawa przez Zamawiającego poprzez nałożenie na Wykonawcę dodatkowych obowiązków .

W zakresie ww. zarzutu Odwołujący wskazuje, że Zamawiający kształtując treść Rozdziału IV ust. 9 OPZ nałożył na wykonawcę dodatkowe obowiązki niezwiązane z przedmiotem

zamówienia polegające na wyszkoleniu pracowników Zamawiającego, co zdaniem Odwołującego jest nadużyciem prawa Zamawiającego.

Powyższe Odwołujący argumentuje tym, że Zamawiający zmusza wykonawcę do włączenia do swojego zespołu pracowników Zamawiającego bez określenia jakichkolwiek zasad takiego „oddelegowania". Odwołujący podkreśla, że skierowanie do pracy pracowników musi być dokonane z poszanowaniem obowiązujących przepisów prawa gdyż pracodawca, ponosi odpowiedzialność za swoich pracowników i jest zobowiązany do zapewnienia im odpowiednich warunków pracy np. przeszkolenie pracowników w zakresie BHP, kwestie odpowiedzialności za wypadki przy pracy.

Ponadto Odwołujący podnosi, że z treści ust. 9 nie wynika ilu pracowników Zamawiający zechce umieścić u Wykonawcy, w związku z powyższym wykonawca nie ma możliwości oszacowania tych kosztów.

Z uwagi na ww. okoliczności Odwołujący wnosi o wykreślenie ww. ust. 9.

Stanowisko Zamawiającego

Po przeanalizowaniu argumentacji Odwołującego Zamawiający uwzględnił odwołanie w ww. zakresie i zmodyfikował postanowienie IV ust. 9 OPZ poprzez jego usunięcie (załącznik nr 3 do odpowiedzi na odwołanie).

Zarzut nr 6 OPZ - Rozdział IV Usługi Utrzymania Systemu ust. 15 - braku wynagrodzenia za konieczność zmian w systemie ONE wynikająca ze zmian w zakresie licencji -zmodyfikowanie systemu ONE tak, aby nie wykorzystywał elementów, dla których zmieniono sposób licencjonowania lub zmodyfikowania systemu ONE tak, aby wykorzystywał inne elementy o tej samej funkcjonalności, dostępne na bezpłatnych licencjach.

W zakresie ww. zarzutu Odwołujący podnosi, że treść Rozdziału IV ust. 15 OPZ oraz § 7 ust. 7 wzoru umowy wskazuje, że Zamawiający nie określił sposobu wypłaty wynagrodzenia za ww. zamiany w zakresie licencji, co zdaniem Odwołującego ma wpływ na prawidłowe sporządzenie oferty.

Odwołujący wskazuje również, że wprowadzanie zmian w systemie ONE w zakresie wynikającym ze zmian przepisów prawa, wprowadzanie takich zmian będzie odbywało się odpłatnie i zostało uregulowane w Procedurze zamawiania i wprowadzania zmian w systemie ONE (Załącznik nr 1 do OPZ).

Wobec tego, wnosi aby konieczność wprowadzenia zmian w systemie ONE wynikająca ze zmian w zakresie licencji była uregulowana w tożsamy sposób jak wprowadzenie zmian wynikających ze zmian przepisów prawa tj. zgodnie z treścią Załącznika nr 1 do OPZ.

Stanowisko Zamawiającego

Po przeanalizowaniu argumentacji Odwołującego Zamawiający uwzględnił odwołanie w ww. zakresie i zmodyfikował Rozdział IV załącznika nr 1 do SWZ – Opis Przedmiotu Zamówienia (załącznik nr 3 do odpowiedzi na odwołanie) w następujący sposób:

1) dodaje się ust. 27 w brzmieniu:

27. Modyfikacje ONE, o których mowa w ust. 15 pkt. 1) oraz 2) będą traktowane i rozliczane jako zmiany w rozumieniu rozdziału V OPZ.

Zarzut nr 7 OPZ- Rozdział XII ust. 1 dot. nadmiernych wymagań Zamawiającego w kwestii zgodności z systemu ONE z normami.

Odwołujący wskazuje, że aktualnie system ONE tylko w zakresie projektowania interfejsów graficznych uwzględnia normy:

1) PN-EN ISO 9241-210:2019 lub równoważna w zakresie stosowania przy

projektowaniu systemu informatycznego rozwiązań ukierunkowanych na usprawnienie interakcji człowieka z systemem interaktywnym w całym cyklu życia komputerowych systemów interaktywnych;

2) PN-EN ISO 9241-151:2008 lub równoważna w zakresie wytycznych dotyczących projektowania interfejsów użytkownika stosowanych w sieci World Wide Web;

3) PN-EN ISO 9241-11:2018 lub równoważna w zakresie wskazówek dotyczących użyteczności i wykorzystania jej w procesie zaprojektowania i wykonania systemu interaktywnego;

4) PN-EN ISO 9241-143:2012 lub równoważna w zakresie wytycznych dotyczących projektowania interfejsu użytkownika opartego na formularzach;

co jest zgodnie z wymaganiami Zamawiającego określonymi w 2020 r. Oznacza to, że wykonawca, który będzie realizował umowę w przedmiotowym postępowaniu nie jest w stanie zagwarantować, aby cały system ONE był zgodny z normami, o których mowa w Rozdziale XII ust. 1 OPZ tj. normami:

1) PN-EN ISO 9241-210:2019 lub równoważna w zakresie ergonomii interakcji człowieka i systemu w podzakresie projektowania ukierunkowanego na człowieka w przypadku systemów interaktywnych;

2) PN-EN ISO 9241-151:2008 lub równoważna w zakresie ergonomii interakcji człowieka i systemu w podzakresie wytycznych dotyczących projektowania interfejsów użytkownika stosowanych w sieci World Wide Web;

3) PN-EN ISO 9241-11:2018 lub równoważna w zakresie ergonomii interakcji człowieka i systemu w podzakresie definicji i koncepcji użyteczności,,

4) PN-EN ISO 9241-143:2012 lub równoważna w zakresie ergonomii interakcji człowieka i systemu w podzakresie formularzy,

5) ISO/IEC 27001:2013 lub równoważna w zakresie systemów zarządzania bezpieczeństwem informacji.

Stanowisko Zamawiającego:

Zamawiający uwzględnił odwołanie w ww. zakresie i zmodyfikował Rozdział XII OPZ (załącznik nr 3 do odpowiedzi na odwołanie) w taki sposób, że ust. 1 przyjął brzmienie:

1. Zamawiający wymaga, aby sposób projektowania i wdrażania zmian w systemie ONE były stale zgodne z następującymi normami:

1) PN-EN ISO 9241-210:2019 lub równoważna w zakresie ergonomii interakcji człowieka i systemu w podzakresie projektowania ukierunkowanego na człowieka w przypadku systemów interaktywnych,

2) PN-EN ISO 9241-151:2008 lub równoważna w zakresie ergonomii interakcji człowieka i systemu w podzakresie wytycznych dotyczących projektowania interfejsów użytkownika stosowanych w sieci World Wide Web,

3) PN-EN ISO 9241-11:2018 lub równoważna w zakresie ergonomii interakcji człowieka i systemu w podzakresie definicji i koncepcji użyteczności,,

4) PN-EN ISO 9241-143:2012 lub równoważna w zakresie ergonomii interakcji człowieka i systemu w podzakresie formularzy,

5) ISO/IEC 27001:2013 lub równoważna w zakresie systemów zarządzania bezpieczeństwem informacji.

Zarzut nr 8 OPZ- Rozdział V ust. 2 Świadczenie Usług Rozwoju Systemu -nieproporcjonalne określenie przez Zamawiającego minimalnej liczby roboczogodzin, która zamierza nabyć.

Odwołujący wskazuje, że zawarte w przytoczonym postanowieniu OPZ wyznaczenie przez Zamawiającego minimalnej liczby roboczogodzin, jaką Zamawiający zobowiązuje się nabyć w okresie trwania umowy na poziomie 15 000 przy wskazaniu również maksymalnej liczby roboczogodzin – 30 000, stanowi wg Odwołującego przejaw niejasnego, niejednoznacznego oraz niewyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia, nieuwzględniającego wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty - uniemożliwia to wykonawcy

prawidłową kalkulację oferty oraz ustalenie wysokości ryzyka w zakresie w jakim Zamawiający ostatecznie zrealizuje zamówienie.

Z uwagi na ww. okoliczności Odwołujący wnosi o zwiększenie minimalnej liczby godzin do 28500, z możliwością zastosowania prawa opcji do kolejnych 50 000 godzin z zastrzeżeniem, że zobowiązanie dotyczące zamówienia minimalnej liczby roboczogodzin nie dotyczy sytuacji braku kontynuowania umowy w roku następnym zgodnie z §3 ust. 2 umowy.

Stanowisko Zamawiającego

Zamawiający nie zgadza się z ww. wnioskiem Odwołującego i wnosi o oddalenie odwołania w tym zakresie.

Uzasadnienie

Zamawiający podkreśla, że Odwołujący w treści odwołania nie zawarł ani nie uprawdopodobnił sposobu naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Uzasadnienie żądania zawarte przez Odwołującego stanowi w swojej istocie polemikę ze wskazanym przez Zamawiającego minimalnym poziomem zamówienia, który Zamawiający określił, zgodnie z zapisami art. 433 ust. 4 ustawy Pzp (par. 4 umowy ust. 6 –

wynagrodzenie minimalne).

Odwołujący nie neguje konieczności ustanowienia mechanizmu elastyczności zastosowanego przez Zamawiającego, kwestionując jedynie poziom minimalnego zobowiązania Zamawiającego - żądając jego podniesienia z 15 000 godzin (50%

przewidywanego zakresu maksymalnego) do 28 500 godzin (95% przewidywalnego zakresu maksymalnego).

Zamawiający podkreśla, że takie ukształtowanie zapisów jest wyrazem niepewności co do zakresu zmian w systemie, który jest zależny od zmian m.in. przepisów prawa, zmian w zakresie licencji (szerzej opisano zmiany w odpowiedzi na Zarzut 6) na które Zamawiający nie ma wpływu. Wskazane przez Odwołującego zapisy nie mogą zatem ulec zmianie.

Z uwagi na powyższe Zamawiający stoi na stanowisku, że wskazanie na działania zgodne z przepisami prawa nie może stanowić podstawy do wniesienia odwołania.

Potwierdza to też Odwołujący twierdząc, że ww. ograniczenie jest „znaczącą trudnością w wycenie oferty". Oznacza to, że wymaganie Zamawiającego nie uniemożliwia Wykonawcy złożenia oferty.

Tym samym ww. zarzut podniesiony przez Odwołującego jest całkowicie bezzasadny.

Zarzut nr 9 – OPZ Załącznik nr 2 - Procedura zgłaszania i obsługi błędów w Azure DevOps

Odwołujący wskazuje, że postanowienia SWZ, w szczególności opis przedmiotu zamówienia nie określa kto w niniejszym Postępowaniu powinien zapewnić usługę Azure Devops zaś usługa ta łączy się z poniesieniem przez wykonawcę określonych kosztów.

Oznacza to, że w przypadku konieczności zapewnienia ww. usługi przez wykonawcę, będzie on zobowiązany do uwzględnienia w cenie oferty kosztów jej zapewnienia Zamawiającemu.

Powyższe zaś zaniechanie Zamawiającego skutkuje niemożliwością dokonania prawidłowej kalkulacji i rzetelnego przygotowania oferty.

Z uwagi na powyższe Odwołujący wnioskuje o wskazanie kto będzie zobowiązany zapewnić tą usługę – Zamawiający czy wykonawca?

Stanowisko Zamawiającego

Zamawiający uwzględnił odwołanie w ww. zakresie i zmodyfikował Rozdział III załącznika nr 1 do SWZ – Opis Przedmiotu Zamówienia, w taki sposób że sekcja „Opis infrastruktury systemu" przyjmuje brzmienie:

System ONE został zrealizowany do działania na Infrastrukturze zewnętrznego dostawcy chmury obliczeniowej.

Aktualnie, system ONE jest utrzymywany na infrastrukturze chmury publicznej Microsoft Azure z wykorzystaniem usług w modelu PaaS. Aktualna umowa na dostarczenie infrastruktury chmurowej obowiązuje do dn. 30.09.2024 r. z możliwością wydłużenia maksymalnie do 31.12.2024 r. Właścicielem subskrypcji zasobów udostępnionych w ramach ww. umowy przez zewnętrznego Dostawcę chmury obliczeniowej jest Zamawiający. Koszty infrastruktury, które dzielą się na koszty stałe oraz koszty zależne od wykorzystania konkretnych zasobów, ponosi Zamawiający w ramach ww. umowy.

Na diagramie poniżej wskazano poglądowy opis usług chmurowych skonfigurowanych dla

ONE.

środowiska

systemu

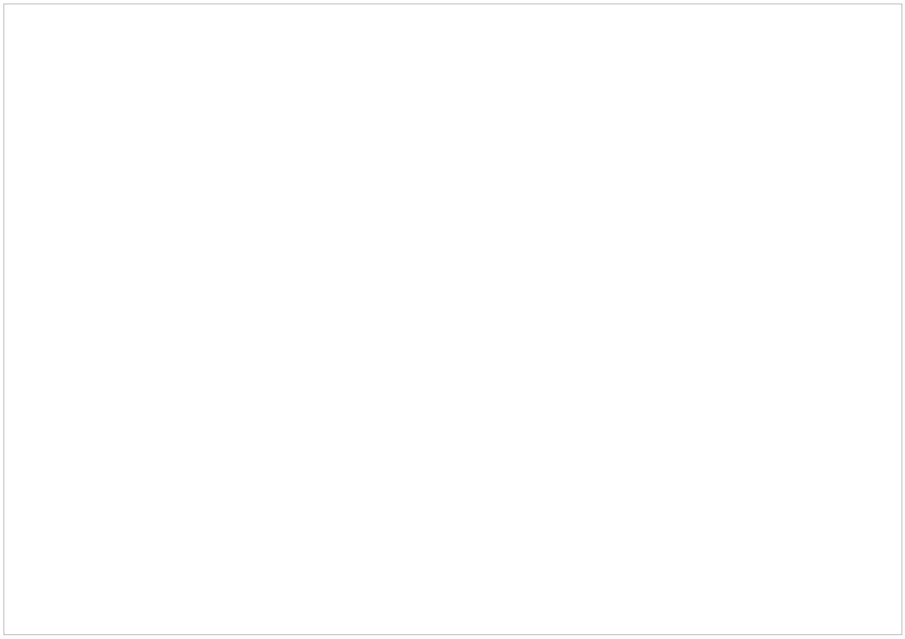


Diagram w wersji o wysokiej rozdzielczości jest dostępny jako załącznik nr 3 do OPZ.

Aktualnie Zamawiający utrzymuje jedno środowisko, w specyfikacji tożsamej ze specyfikacją środowiska produkcyjnego oraz przedprodukcyjnego, które w okresie poza sesją egzaminacyjną jest wykorzystywane jako środowisko przedprodukcyjne.

Zamawiający planuje w ramach niniejszego zamówienia uruchomienie oraz zapewnienie przez siebie Infrastruktury trzech środowisk:

1) testowego - służącego do przetestowania usługi w środowisku o parametrach środowiska programistycznego,

2) przedprodukcyjnego - służącego do przetestowania usługi w środowisku o parametrach środowiska produkcyjnego,

3) produkcyjnego - służącego do realizacji usługi dla użytkowników systemów Zamawiającego.

Każde z ww. środowisk Infrastruktury zapewnia skalowalność w celu udostępnienia optymalnych zasobów wystarczających do spełnienia parametrów poziomu świadczenia usługi oraz ma możliwość całkowitego wyłączenia.

Dodatkowo, Zamawiający zapewni na potrzeby realizacji zamówienia usługę Azure DevOps i udostępni ją Wykonawcy. Ewentualne prace konfiguracyjne i dostosowawcze usługi Azure DevOps zostaną zlecone jako zmiana w rozumieniu zapisów rozdziału V.

Środowiska produkcyjne, przedprodukcyjne oraz testowe mogą działać w tym samym czasie. Dodatkowe informacje nt. Infrastruktury i zakresu prac związanych z utrzymaniem Infrastruktury znajdują się w rozdziale XVII OPZ.

Zarzut nr 10 – dotyczący treści § 2.3 ust. 8 Wzoru umowy

Odwołujący wskazuje, że zastrzeżenie przez Zamawiającego prawa do bezpośredniego kontaktu z każdym z członków zespołu realizującym zadania w danym obszarze po wcześniejszym powiadomieniu, w terminie nie dłuższym niż 2 dni robocze jest wymaganiem nadmiernym.

Odwołujący wskazuje, że ww. oczekiwanie jest nieuzasadnione. Nie wiadomo bowiem na jakich zasadach (czy za wynagrodzeniem czy bezpłatnie), w jakim celu i w jakim charakterze Zamawiający oczekuje bezpośrednich kontaktów z każdym z członków z zespołu, przy jednoczesnym wskazaniu, że osobą wskazaną do kontaktów ze strony wykonawcy jest Kierownik Projektu.

Z uwagi na powyższe, Odwołujący wnioskuje o usunięcie ww. postanowienia.

Stanowisko Zamawiającego

Zamawiający nie zgadza się z ww. wnioskiem Odwołującego i wnosi o oddalenie odwołania w tym zakresie.

Uzasadnienie

Zamawiający podkreśla, że zaskarżony mechanizm jest narzędziem do monitorowania realizacji przedmiotu zamówienia przez osoby wskazane przez Wykonawcę w formularzu oferty pod kątem dokonania przez Wykonawcę nieuprawnionej zmiany osób z pominięciem oficjalnej ścieżki wymiany personelu.

Zamawiający nie może sobie pozwolić na uszczuplenie potencjału Wykonawcy wskutek braku nadzoru Zamawiającego nad procesem realizacji przedmiotu zamówienia. Zamawiający zwraca uwagę, że Zamawiający określił minimalne wymagania dla wszystkich osób wymienionych w rozdziale XV OPZ – Wymagania dot. personelu, jak również dla niektórych osób określił dodatkowe pozacenowe kryteria jakościowe związane z kompetencjami. Wymaga to zapewniania możliwości podejmowania dodatkowych czynności

kontrolnych ze strony Zamawiającego zapewniających realizację przedmiotu zamówienia zgodnie z treścią SWZ i oświadczeniem woli wykonawcy, które zawarto w treści oferty.

Odwołujący zna ten zapis, ponieważ realizuje dla Zamawiającego dwa kontrakty obejmujące podobny zakres usług, i ma świadomość, że Zamawiający nie nadużywa tych zapisów w innych celach, niż wskazane powyżej.

Zamawiający podkreśla, że zapis §2.3 ust. 8 wzoru umowy może być stosowany zarówno w zakresie zadań, o którym mowa w rozdziale II ust. 2 OPZ (utrzymanie), w rozdziale II ust. 3 OPZ (rozwój systemu).

Zamawiający podkreśla, że Odwołujący może również uznać sam, że obecność jego przedstawicieli w siedzibie Zamawiającego będzie korzystna z punktu widzenia organizacji, przepływu informacji czy szybkości podejmowania decyzji i Zamawiający nie zabrania takiej formy realizacji przedmiotu umowy.

W kontraktach realizowanych przez Odwołującego na rzecz Zamawiającego praktyka spotkań roboczych była stosowana i nie budziła żadnych kontrowersji po stronie Odwołującego.

Z uwagi na powyższe ww. zarzut jest całkowicie bezpodstawny.

Zarzut nr 11 – dot. § 6 Wzoru Umowy – zastrzeżenie przez Zamawiającego w umowie licznych i „oderwanych od wartości potencjalnej szkody" kar umownych

Odwołujący wskazuje, że Zamawiający:

1) naruszył przepisy ustawy pzp, w szczególności art. 483 § 1 Kodeksu cywilnego, art. 484 § 2 Kodeksu Cywilnego, art. 353(1) KC, art. 139 ust. 1 Ustawy PZP w art. 431 i 433 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zastrzeżenie we wzorze umowy klauzul obejmujących obowiązek uiszczania kar umownych w wysokości rażąco wysokiej względem sankcjonowanego naruszenia;

2) zastrzegł liczne kary umowne, których podstawa oraz wysokość wykracza poza ramy swobody kontraktowej określonej w art 353 (1) k.c., oraz narusza zasadę

proporcjonalności określoną w art. 7 ustawy Pzp.

Odwołujący podkreśla, że wskazane w umowie kary są oderwane od wartości potencjalnej szkody Zamawiającego, co prowadzi do nieuzasadnionego wzbogacenia się Zamawiającego kosztem wykonawcy, co w konsekwencji wykracza poza dopuszczalne granice swobody umów. Wskazane przez Zamawiającego kary umowne naruszają też art.

16 ust. 1 Ustawy PZP poprzez ukształtowanie postanowień umowy w sposób naruszający zasadę proporcjonalności, w tym w szczególności proporcjonalności przyjętych sankcji względem chronionych interesów Zamawiającego.

Zarzut nr 11a – dot. § 6 ust.1 pkt 1 Wzoru Umowy

Odwołujący wnosi o 10-krotne zmniejszenie każdej kary umownej określonej w § 6 ust. 1 pkt 1) Wzoru umowy.

Stanowisko Zamawiającego

Zamawiający nie zgadza się z ww. wnioskiem Odwołującego i wnosi o oddalenie odwołania w tym zakresie.

Uzasadnienie

Zamawiający zwraca uwagę, że system ONE jest planowany do wykorzystania głównie w procesie oceniania prac egzaminacyjnych egzaminu maturalnego i egzaminu ósmoklasisty, które odbywa się głównie w piątki, soboty i niedziele, co wynika z możliwości zatrudniania w tym czasie osób posiadających uprawnienia egzaminatora - egzaminatorzy oceniają prace egzaminacyjne poza normatywnym czasem prac wykonywanym na co dzień.

Fakt ten jest Odwołującemu znany ponieważ uczestniczył on w budowie systemu ONE, a także realizował usługę jego utrzymania w 2024 roku, w tym podczas trwania sesji egzaminacyjnej.

Zamawiający z ww. powodu zawarł zapis rozdziału IV OPZ dot. Czasu Gotowości, obejmującego okres pracy egzaminatorów podczas sesji egzaminacyjnej.

Taka specyfika procesu oceniania oznacza zwiększone ryzyko dla Zamawiającego, że przestój spowodowany brakiem dostępności systemu ONE w okresie dni, w które odbywa się ocenianie, spowoduje automatyczne przesunięcie całego procesu o tydzień.

Tu należy zauważyć, że Zamawiający jest związany terminami ogłoszenia wyników egzaminów, które są ogłaszane z wyprzedzeniem i nie mogą być przesuwane.

Potencjalna szkoda Zamawiającego w skutek konieczności przesunięcia pracy egzaminatorów (którzy mogą odmówić współpracy w innych terminach z uwagi na inne zobowiązania), ponownego zawarcia umów/aneksów, a w ostateczności do powtórzenia oceniania w sposób tradycyjny, co poskutkuje koniecznością zapewnienia pomieszczeń dla zespołów egzaminacyjnych oraz zapewnienia logistyki związanej z organizacją oceniania (przewóz paczek z pracami, skanowanie, weryfikacja).

Zamawiający dokonał weryfikacji potencjalnego poziomu strat, jakie mógłby ponieść w przypadku, gdyby konieczne zostało zastąpienie oceniania drogą elektroniczną formą

tradycyjną, w oparciu o metodykę zaprezentowaną w rozdziale 6.2 Studium Wykonalności systemu ONE, będącym załącznikiem nr 4 do załącznika nr 1 do SWZ w postępowaniu nr CKE/10/2020 pn. Ocenianie na ekranie: Opracowanie systemu do oceniania prac egzaminacyjnych z wykorzystaniem technologii informatycznej

Zamawiający oszacował potencjalną szkodę wynikającą z ponownego przeprowadzenia jednego przedmiotu zdawanego przez większość zdających na kwotę 1 195 182,47 zł, w tym zwiększone koszty wynajmowania ośrodków – 393 200,00 zł, zwiększone koszty dystrybucji materiałów egzaminacyjnych – 464 034,00 zł, zwiększone koszty sprawdzania prac przez egzaminatorów – 337 948,47 zł. Należy podkreślić, że pozostałe szkody trudno oszacować np. utrata wiarygodności Zamawiającego jako podmiotu odpowiadającego za organizację egzaminów. Potencjalne roszczenia o odszkodowanie lub zadośćuczynienie zdających.

Ww. dokument jest Odwołującemu dobrze znany, ponieważ Odwołujący złożył w tym postępowaniu najkorzystniejszą ofertę i wykonał dla Zamawiającego system ONE, którego utrzymanie jest przedmiotem postępowania, którego dotyczy odwołanie.

Jednocześnie Zamawiający zastrzegł szereg zadań, które mają na celu minimalizację ryzyk związanych z poważnymi awariami systemu ONE podczas sesji egzaminacyjnych: wykonywanie audytów informatycznych (rozdział VI OPZ), audytów bezpieczeństwa (rozdział VII OPZ), audytów dostępności dla osób ze specjalnymi potrzebami (rozdział VIII OPZ), testów (rozdział IX OPZ), zapewnienia zgodności z normami branżowymi (rozdział XII OPZ) oraz zapewnienia przejęcia usług gwarancyjnych (rozdział XIII OPZ).

Kary umowne zastrzeżone przez Zamawiającego we Wzorze Umowy pełnią funkcję dodatkowego mechanizmu prewencji i są narzędziem zapewnienia należytej jakości świadczenia usług przez Wykonawcę. Zamawiający podkreśla, że najbliższa sesja e-oceniania odbędzie się w maju 2025 roku, w związku z czym Wykonawca wybrany w postępowaniu będzie mieć odpowiednio dużo czasu aby wdrożyć wskazane mechanizmy.

Zamawiający zwraca również uwagę, że Czas Naprawy określony dla innych zgłoszeń niż Błąd Krytyczny są odpowiednio długie i dają dużą elastyczność w realizacji naprawy systemu po zgłoszeniu.

Jednocześnie Zamawiający podkreśla, że poza uzasadnieniem dotyczącym zapisów § 6 ust. 1 pkt 1) lit. a) Wzoru Umowy, Odwołujący nie uzasadnił w żaden sposób, dlaczego jego argumentacja mogłaby zostać rozciągnięta na pozostały katalog kar.

Z uwagi na powyższe ww. zarzut jest całkowicie bezzasadny.

Jednocześnie wychodząc naprzeciw oczekiwaniom Odwołującego, Zamawiający zmodyfikował §6 ust. 1 pkt 1) lit. a) Wzoru umowy (załącznik nr 3 do odpowiedzi na odwołanie), w taki sposób, że otrzymał on brzmienie:

a) dla Błędu Krytycznego - 5 000 PLN, za każdą rozpoczętą godzinę przekroczenia Gwarantowanego Czasu Reakcji lub Naprawy.

Zarzut nr 11b – dot. § 6 ust. 1 pkt 5) (w odwołaniu na str. 21 omyłkowo pkt 7) Wzoru Umowy

Zgodnie z § 6 ust. 1 pkt 5) Wzoru Umowy, w przypadku niedotrzymania ustalonego kalendarza prac uzgodnionego przez Strony w ramach zlecenia realizowanego według ramowej procedury zgłaszania/wprowadzania zmian w systemie ONE - załącznik nr 1 do OPZ, Zamawiający naliczy Wykonawcy karę umowną w wysokości 1% wynagrodzenia Wykonawcy z tytułu realizacji tej zmiany za każdy dzień zwłoki względem ustalonego kalendarza prac.

Odwołujący wskazuje, że ww. wymaganie jest wymaganiem nadmiernym, gdyż wykonawca nie może być karany za każde przekroczenie każdego terminu względem ustalonego prac, zaś kara umowna powinna być liczona od zwłoki w przekroczeniu całościowego terminu, a nie jego poszczególnych etapów. Jednocześnie Odwołujący wskazuje, że ww. kara umowna jest rażąco wygórowana i powinna być ustalona na poziomie 0,1% wynagrodzenia Wykonawcy z tytułu realizacji zmiany za każdy dzień zwłoki względem ustalonego terminu wprowadzenia zmiany.

Stanowisko Zamawiającego

Zamawiający nie zgadza się z ww. wnioskiem Odwołującego i wnosi o oddalenie odwołania w tym zakresie.

Uzasadnienie

W pierwszej kolejności Zamawiający podkreśla, że ww. kara umowna jest jednym z mechanizmów, który na celu zapewnić Zamawiającemu należytą jakość i terminowość wdrażania zleceń. Stanowi element monitorowania postępu prac nad zmianą, który ma z jednej strony mobilizować wykonawcę do realizacji zadań zgodnie z przyjętym harmonogramem, z drugiej zapewnić Zamawiającemu wprowadzanie zmian w terminach zgodnych z faktycznym zapotrzebowaniem.

Zamawiający podkreśla, że przekroczenie terminów realizacji poszczególnych zleceń stanowi zagrożenie w zakresie zleceń związanych z procesem oceniania prac

egzaminacyjnych, gdzie nie możliwa jest elastyczność dot. niedotrzymania terminów realizacji zmiany przez wykonawcę.

Brak takiego mechanizmu będzie powodować, że Zamawiający nie będzie miał pewności, że planowane zmiany będą wprowadzone, a ich wprowadzenie nastąpi w oczekiwanym terminie.

Jednocześnie należy zauważyć, że wprowadzane zmiany mogą na siebie wzajemnie wpływać i zaburzenie ustalonej kolejności ich wdrażania (brak wdrożenia w ustalonym terminie pierwszej zmiany) może wpływać na możliwość wykonania drugiej i kolejnej zmiany powierzonej do wykonania wykonawcy.

Z uwagi na powyższe stanowisko Odwołującego dot. ograniczenia kary umownej wyłącznie do terminu wprowadzenia zmiany jest całkowicie bezzasadne, a proponowana wysokość kary powodowałaby, że kara byłaby symboliczna i nie spełniałaby funkcji prewencyjno-represyjnej.

Zarzut nr 11c – dot. § 6 ust. 1 pkt 7 Wzoru Umowy

Zgodnie z § 6 ust. 1 pkt 7 Wzoru Umowy w przypadku wygenerowania przez system nieprawidłowych danych do rozliczenia pracy wykonanej przez egzaminatorów w trakcie sesji egzaminacyjnej, z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, Zamawiający naliczy Wykonawcy karę w wysokości iloczynu kwoty 20 zł oraz liczby egzaminatorów, dla których system podał nieprawidłowe dane.

Odwołujący wskazuje, że zgodnie z tym postanowieniem Zamawiający będzie uprawniony do naliczenia kar umownych w przypadku wygenerowania przez system nieprawidłowych danych do rozliczenia pracy wykonanej przez egzaminatorów w trakcie sesji egzaminacyjnej. Odwołujący wskazuje, że niedopuszczalne jest kumulowanie kar umownych tj. naliczania 2 różnych kar umownych za tę samą okoliczność faktyczną. Odwołujący podkreśla, że kara umowna wskazana chociażby w § 6 ust. 1 pkt. 7 zawiera już w sobie karę umowną przewidzianą w tym postanowieniu i wnosi o wykreślenie ww. kary umownej.

Stanowisko Zamawiającego

Zamawiający nie zgadza się z ww. wnioskiem Odwołującego i wnosi o oddalenie odwołania w tym zakresie.

Uzasadnienie

Zamawiający wnosi o oddalenie zarzutu z powodu braku należytego uzasadnienia ze strony Odwołującego istnienia skumulowanych kar umownych.

Odwołujący zaskarżając zapis § 6 ust. 1 pkt 7) załącznika nr 6 do SWZ – wzór umowy wskazuje, że niedopuszczalne jest kumulowanie kar umownych, tj. naliczania 2 różnych kar za tę samą okoliczność faktyczną. Odwołujący podkreśla, że kara umowna wskazana chociażby w § 6 ust. 1 pkt. 7) zawiera już w sobie karę umowną przewidzianą w tym postanowieniu, przytaczając przy tym zapis tego samego, zaskarżanego postanowienia, którego żąda wykreślenia.

Oczywiste jest zatem, że Odwołujący nie udowodnił i nie wykazał, że występują jakiekolwiek postanowienia umowne, które mogłyby prowadzić do zastosowania jednocześnie dwóch różnych kar za tę samą okoliczność faktyczną,

ponieważ zapis będący podstawą ukarania jest faktycznie jeden.

Jednocześnie Odwołujący wskazuje na oderwanie ww. kary od wysokości potencjalnej szkody Zamawiającego, co nie może mieć miejsca, ponieważ następstwem nieprawidłowego rozliczenia pracy wykonanej przez egzaminatorów w najlepszym możliwym przypadku będzie konieczność ponownego przygotowania dokumentów rozliczeniowych, ich przesłania i ponownego odbioru od egzaminatorów, co poza kosztem przygotowania dokumentów, będzie się wiązać z koniecznością poniesienia co najmniej kosztów dwukrotnej przesyłki dokumentów rozliczeniowych, co w przypadku przesyłki poleconej ze zwrotnym potwierdzeniem odbioru oznacza koszt dodatkowy koszt po stronie Zamawiającego w wysokości co najmniej 2 x 11,80 zł = 23,60 zł.

Z uwagi na powyższe ww. zarzut jest całkowicie bezzasadny.

Jednocześnie wychodząc naprzeciw obawom Odwołującego Zamawiający zmodyfikował SWZ (załącznik nr 4 do odpowiedzi na odwołanie) w taki sposób, że w § 6 ust. 6 Wzoru umowy – załącznik nr 6 do SWZ, dodaje się ust. 6 o treści:

> 6. W przypadku, gdy dla określonego zdarzenia zajdą okoliczności uzasadniające zastosowanie więcej niż jednej kary umownej, Zamawiającemu przysługuje prawo do naliczenia tylko jednej kary umownej wg wyboru Zamawiającego.

Zarzut nr 11d – dot. § 6 ust. 1 pkt 6 Wzoru Umowy

Zgodnie z § 6 ust. 1 pkt 6 Wzoru Umowy w przypadku niewykonania lub wadliwego wprowadzenia PBI w ramach zlecenia ustalonego według ramowej procedury zgłaszania/wprowadzania zmian w systemie ONE, Zamawiający naliczy Wykonawcy karę umowną w wysokości 10 % wartości wynagrodzenia Wykonawcy z tytułu realizacji tego PBI, za każdy przypadek niezgodności, z zastrzeżeniem, że jeżeli Wykonawca w ciągu 30 dni od zgłoszenia ww. wady przez Zamawiającego nie usunie uchybienia Zamawiający uprawniony jest do odstąpienia od umowy w części niezrealizowanej umowy oraz naliczy karę w wysokości 10% wartości wynagrodzenia Wykonawcy, które przysługiwałoby Wykonawcy za zrealizowanie części umowy od której Zamawiający odstąpił w zakresie zamówienia podstawowego. Ww. prawo do odstąpienia przysługuje Zamawiającemu w terminie 60 dni od upływu ww. terminu na usunięcie wady.

Odwołujący wskazuje, że Zamawiający nakłada na wykonawcę nieprecyzyjną karę umowną, polegającą na niewykonaniu lub wadliwym wprowadzeniu PBI w ramach zlecenia zmian w systemie.

Odwołujący podkreśla, że opisana kara umowna jest sposób ogólny i nieprecyzyjny. Zamawiający raz wskazuje, że kara umowna odnosi się do wady, następnie wskazuje na uchybienie. Ponadto, Zamawiający przewidział już naliczanie kar umownych za ww. obowiązek w §6 ust. 1 pkt. 5 wzoru umowy co jest niedopuszczalne (kumulowanie kar). Wnioskuje więc o wykreślenie ww. kary umownej.

Stanowisko Zamawiającego

Zamawiający uwzględnił odwołanie w ww. zakresie i zmodyfikował SWZ w zakresie zapisu § 6 ust. 1 pkt 6) załącznika nr 6 do SWZ – wzór umowy w taki sposób, że otrzymuje on brzmienie:

> 6) W przypadku niewykonania lub wadliwego wprowadzenia PBI w ramach zlecenia ustalonego według ramowej procedury zgłaszania/wprowadzania zmian w systemie ONE, Zamawiający naliczy Wykonawcy karę umowną w wysokości 10 % wartości wynagrodzenia Wykonawcy z tytułu realizacji tego PBI, za każdy przypadek niezgodności, z zastrzeżeniem, że jeżeli Wykonawca w ciągu 30 dni od zgłoszenia ww. wady przez Zamawiającego nie usunie tej wady, Zamawiający uprawniony jest do odstąpienia od umowy w części niezrealizowanej umowy oraz naliczy karę w wysokości 10% wartości wynagrodzenia Wykonawcy, które przysługiwałoby Wykonawcy za zrealizowanie części umowy od której Zamawiający odstąpił w zakresie zamówienia podstawowego. Ww. prawo do odstąpienia przysługuje Zamawiającemu w terminie 60 dni od upływu ww. terminu na usunięcie wady.

Zarzut nr 11e – dot. § 6 ust. 1 pkt 22 Wzoru Umowy

Zgodnie z § 6 ust. 1 pkt 22 Wzoru Umowy za każdy dzień zwłoki w realizacji obowiązków niewyszczególnionych w pkt. 1-21) a wynikających z treści umowy lub OPZ, Zamawiający naliczy Wykonawcy karę umowną w wysokości 500 zł.

Odwołujący wskazuje, że Zamawiający nie może zastrzec w umowie kary umownej za każdy obowiązek wykonawcy wynikający z treści umowy lub OPZ. Odwołujący podkreśla, że niektóre obowiązki wykonawcy nie są związane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem. Ponadto, ww. wymaganie jest niezgodne z kontraktowym celem kar umownych oraz zasadami współżycia społecznego. Objęcie karą umowną każdego potencjalnego naruszenia, stanowiącego zbiór otwarty, które to nadto stanowi przejaw niejasnego, niejednoznacznego oraz niewyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia, nieuwzględniający wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie prowadzi do uniemożliwienia wykonawcy kalkulacji ryzyka w ramach przygotowania oferty. Wnioskuje więc o wykreślenie ww. kary umownej.

Stanowisko Zamawiającego

Zamawiający uwzględnił odwołanie w ww. zakresie i zmodyfikował SWZ (załącznik nr 4 do odpowiedzi na odwołanie) poprzez wykreślenie zapisu § 6 ust. 1 pkt 22) załącznika nr 6 do SWZ.

Zarzut nr 11f – dot. § 6 ust. 2 Wzoru Umowy

Zgodnie z § 6 ust. 2 Wzoru Umowy łączna wysokość kar umownych, o których mowa w ust. 1 pkt. 1- 22, nie przekroczy 40% maksymalnego wynagrodzenia Wykonawcy określonego w § 4 ust. 1 pkt. 1 lit. a) Umowy.

Odwołujący wskazuje, że limit kar umownych jest bardzo wysoki, w zależności od rodzaju usługi, której kary dotyczą. Odwołujący wskazuje również, że są to kary umowne, które liczone są od całości utrzymania systemu ONE i określenie takiego limitu jest zasadne. Niemniej jednak, w ocenie Odwołującego, w związku z tym, że podstawowa usługa utrzymania w ruchu systemu rozliczana będzie na podstawie stawki miesięcznej, zasadne jest aby kary umowne również były limitowane w okresach miesięcznych.

Z uwagi na powyższe Odwołujący wnosi ustalenie limitu kar umownych liczonego od miesięcznego wynagrodzenia ryczałtowego określonego w § 4 ust. 3 Umowy.

Stanowisko Zamawiającego

Zamawiający nie uwzględnił odwołania w zakresie, w jakim Odwołujący domagał się odniesienia kary do miesięcznego wynagrodzenia Wykonawcy z tytułu utrzymania ale

zmodyfikował SWZ (załącznik nr 4 do odpowiedzi na odwołanie) w zakresie zapisu § 6 ust. 2 załącznika nr 6 do SWZ – wzór umowy w taki sposób, że otrzymał on brzmienie:

2. Łączna wysokość kar umownych, o których mowa w ust. 1 pkt 1-21, nie przekroczy 30% maksymalnego wynagrodzenia Wykonawcy określonego w § 4 ust. 1 pkt 1) lit. a) Umowy.

Zamawiający wnosi o oddalenie odwołania w pozostałym zakresie.

Zamawiający odrzuca możliwość kalkulacji limitu wysokości kar umownych w odniesieniu do miesięcznego wynagrodzenia Wykonawcy z tytułu utrzymania, ponieważ nie sposób rozliczenia, ale charakter okoliczności i potencjalnej szkody, której dotyczy kara umowna, powinien decydować o sposobie jej naliczenia.

Ograniczenie odpowiedzialności do 40% miesięcznego wynagrodzenia ryczałtowego określonego w §4 ust. 3 umowy skutkowałoby bowiem utratą przez karę umowną funkcji prewencyjnej, szczególnie w przypadku sytuacji, gdy dochodzi do odstąpienia od umowy w całości lub części z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy.

Zarzut nr 12 – dot. § 4 ust. 7-11 Wzoru umowy – dotyczący zasad waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy.

Odwołujący wskazuje, że wprowadzenie limitu maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia 10% spowoduje, że waloryzacja w praktyce waloryzacja będzie mogła być dokonana tylko raz, tym samym wykonawcy nie mogą liczyć na zmianę wynagrodzenia w oparciu o jasne zasady i niezależne dane GUS, w trakcie trwania kilkuletniej umowy, co może skutkować nawet niemożliwością kontynuacji realizacji umowy na pewnym jej etapie w zależności od sytuacji gospodarczej i wpływie zmiany cen na koszty realizacji zamówienia.

Brak zaś prawidłowo skonstruowanej klauzuli waloryzacyjnej w umowie może przyczynić się do zarzutów o nierealność cen, przeszacowanie lub niedoszacowanie cen ofertowych, a nawet nieporównywalności ofert.

Z uwagi na powyższe Odwołujący wnosi o usunięcie limitu waloryzacji 6% i ustalenie zasad waloryzacji w sposób gwarantujący, że waloryzacja będzie dotyczyć pełnej wartości średniorocznego wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem ogłaszanego przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego oraz usunięcie maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia określonej na poziomie 10% tj. usunięcie §11 ust. 11 wzoru umowy.

Stanowisko Zamawiającego

Zamawiający nie zgadza się z ww. wnioskiem Odwołującego i wnosi o oddalenie odwołania w tym zakresie.

Uzasadnienie

Odwołujący nie przeanalizował istoty zapisu § 4 ust. 11, który wskazuje maksymalną wysokość podwyższenia wynagrodzenia Wykonawcy – do 10%, w związku ze zmianą, o której mowa w ust. 7-10.

Wzrost ww. wynagrodzenia do 10% wynagrodzenia wykonawcy w dniu zawarcia umowy, dotyczy każdej pojedynczej zmiany wnioskowanej w trybie określonym w ust. 7-10. Odwołujący pominął zupełnie, że prawo do zainicjowania takiej zmiany w trakcie realizacji umowy przysługuje Wykonawcy wielokrotnie (3 krotnie), nie częściej niż raz na 12 miesięcy i nie wcześniej niż w lutym 2026 r. - ust. 7.

Teza więc Odwołującego, że waloryzacja mogła być dokonana tylko raz, tym samym wykonawcy nie mogą liczyć na zmianę wynagrodzenia w oparciu o jasne zasady i niezależne dane GUS, w trakcie trwania kilkuletniej umowy, co może skutkować nawet niemożliwością kontynuacji realizacji umowy na pewnym jej etapie w zależności od sytuacji gospodarczej i wpływie zmiany cen na koszty realizacji zamówienia jest całkowicie chybiona.

Jednocześnie ograniczenie górne waloryzacji do 3x10% maksymalnego wynagrodzenia Wykonawcy stanowi również zabezpieczenie Zamawiającego przed sytuacją, gdy realizacja zamówienia staje się nieopłacalna i nieuzasadniona z

punktu widzenia gospodarności. Zamawiający jako jednostka sektora finansów publicznych ma obowiązek oceniania każdej zmiany wysokości wynagrodzenia pod kątem opłacalności, gospodarności, co jest działaniem zalecanym Zamawiającym przez Prokuratorię Generalną każdorazowo podczas podpisywania aneksów do zawieranych umów.

W zakresie zaś usunięcia limitu waloryzacji 6% i ustalenia zasad waloryzacji w sposób gwarantujący, że waloryzacja będzie dotyczyć pełnej wartości średniorocznego wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem ogłaszanego przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego, Zamawiający stoi na stanowisku, że przepisy o zamówieniach publicznych nie przewidują konieczności przeniesienia na Zamawiającego całkowitego ryzyka związanego ze zmianą cen na rynku – waloryzacją.

Z uwagi na powyższe Zamawiający zastosował postanowienia we Wzorze umowy, które na zasadach równych dzielą ryzyka związane z waloryzacją na wykonawcę i Zamawiającego tj. przewidziano możliwość zmian związanych zarówno z inflacją jak i deflacją.

Wprowadzenie więc ograniczenia waloryzacji do sytuacji, gdy wskaźnik inflacji/deflacji przekroczy 6% jest w opinii Zamawiającego dopuszczalne i stanowi zgodny z przepisami prawa możliwy podział ryzyka między Zamawiającego a Wykonawcę.

Tym bardziej, że ww. wskaźnik 6% został określony na podstawie założeń do ustawy budżetowej oraz prognozowanego wskaźnika inflacji przez NBP, zaś ryzyko to po stronie Wykonawcy powinno zostać wkalkulowane przez Wykonawcę w ofercie.

Z uwagi na ww. stan faktyczny ww. zarzut jest całkowicie bezzasadny.

Zarzut 13 – dot. § 2.2 ust. 2. Wzoru umowy – dotyczący zasad powołania niezależnego rzeczoznawcy w celu oceny konieczności zaangażowania wszystkich osób wykazanych przez Wykonawcę i ich zaangażowania godzinowego przy zrealizowanej zmianie Odwołujący kwestionuje możliwość zagwarantowania obiektywizmu i niezależności przez rzeczoznawcę, jedynie na bazie postanowień umowy, skoro będzie on powoływany tylko przez jedną stronę tj. Zamawiającego.

Odwołujący podkreśla wyjaśnia, że zmiany, które wykonawca wprowadza w systemie ONE każdorazowo są uzgadniane i akceptowane przez Zamawiającego na podstawie Ramowej procedury zgłaszania zmian w ramach rozwoju i prawa opcji w systemie ONE (Załącznik nr 1 do OPZ).

Co oznacza, że ww. postanowienie i dokonywanie kolejnej weryfikacji na etapie odbioru wdrożonych zmian jest wymaganiem nadmiarowym Zamawiającego.

Z uwagi na powyższe wnioskuje o wykreślenie konieczności powołania usług niezależnego rzeczoznawcy w ww. celu.

Stanowisko Zamawiającego

Zamawiający nie zgadza się z ww. wnioskiem Odwołującego i wnosi o oddalenie odwołania w tym zakresie.

Uzasadnienie

Instytucja rzeczoznawcy ma na celu kontrolę wyceny prac, podawanych przez wykonawcę jaki niezbędne do przeprowadzenia zmiany w systemie One, poprzez weryfikację zasadności wskazanej przez Wykonawcę liczby roboczogodzin niezbędnych do realizacji zmiany.

Należy zauważyć, że rzeczoznawca to podmiot trudniący się zawodowo wycenianiem zleconych zagadnień i nie leży w jego interesie zafałszowywanie obrazu stanu faktycznego z uwagi na zasady etyki zawodowej oraz reputację niezbędną do prowadzenia tego typu działalności, np. Polskie Towarzystwo Informatyczne lub biegli wpisani na listę biegłych sądowych.

Jednocześnie Zamawiający podkreśla, że wynagrodzenie rzeczoznawcy będzie, zgodnie z zapisami ust. 13 załącznika nr 1 do OPZ finansowane przez Zamawiającego albo przez Wykonawcę w przypadku gdy Wykonawca zawyży wycenę w stosunku do wyceny Rzeczoznawcy.

Tym samym Rzeczoznawca nie ma zatem interesu postępować zgodnie z interesem którejkolwiek ze stron, gdyż niezależnie od wyniku wyceny otrzyma wynagrodzenie za świadczoną usługę.

Zamawiający zwraca uwagę, że zapis ma charakter zabezpieczający i jest elementem kontroli Zamawiającego nad procesem realizacji przedmiotu zamówienia oraz ograniczania ewentualnych sporów, które mogłyby wyniknąć w trakcie tej realizacji.

Nie jest interesem Zamawiającego ani przejawem gospodarności korzystanie z tego zapisu przy każdej nadarzającej się okazji (co potwierdza dotychczasowa historia przebiegu innych podobnych zamówień realizowanych przez Zamawiającego, w tym również z udziałem Odwołującego jako Wykonawcy). Nadmierne stosowanie tego zapisu narażałoby Zamawiającego na nieuzasadnione ponoszenie kosztów.

Z uwagi na powyższe zarzut jest całkowicie bezzasadny.

Zarzut 14 – dot. § 3 ust. 2 Wzoru umowy – potwierdzenie realizacji umowy w kolejnym roku kalendarzowym do 11 grudnia każdego roku.

Jedną z podstawowych zasad finansów publicznych jest zasada roczności budżetu Zgodnie z art. 219 ust.1. Konstytucji Sejm uchwala budżet państwa na rok budżetowy w formie ustawy budżetowej. 109 ust 1 ustawy o finansach publicznych Ustawa budżetowa jest podstawą gospodarki finansowej państwa w danym roku budżetowym.

Art. 46 ust. 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych Jednostki sektora finansów publicznych mogą zaciągać zobowiązania do sfinansowania w danym roku do wysokości wynikającej z planu wydatków lub kosztów jednostki, pomniejszonej o wydatki na wynagrodzenia i uposażenia, składki na ubezpieczenie społeczne i Fundusz Pracy, inne składki i opłaty obligatoryjne oraz płatności wynikające z zobowiązań zaciągniętych w latach poprzednich, z zastrzeżeniem art. 136 ust. 4 i art. 153.

W roku 2024 Zamawiający wystąpił o zapewnienie finansowania na przedmiotowe zamówienie 9 sierpnia 2024 r.

Zamawiający, zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu może także unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia jeżeli środki publiczne, które Zamawiający zamierzał

przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia nie zostaną mu przyznane (art. 257 ustawy Pzp).

W dniu 10 września 2024 r. do akt sprawy wpłynęło pismo Odwołującego zawierające oświadczenie o wycofaniu zarzutów odwołania w zakresie nieuwzględnionym przez Zamawiającego.

Żaden wykonawca nie zgłosił przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, że zachodzi podstawa do umorzenia postępowania odwoławczego, o której mowa w art. 522 ust. 3 ustawy Pzp. Zgodnie z treścią tego przepisu w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu i wycofania pozostałych zarzutów przez odwołującego, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia części zarzutów. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów.

Mając na uwadze powyższe, Izba postanowiła jak w punkcie pierwszym sentencji, na podstawie art. 522 ust. 3 w związku z art. 568 pkt 3 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 9 ust. 1 pkt 2 lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), nakazując dokonanie na rzecz Odwołującego zwrotu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Przewodnicząca: