

**WYROK**

Warszawa, 18 listopada 2024 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

Przewodnicząca: Agnieszka Trojanowska  
Renata Tubisz  
Adriana Urbanik

Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 października 2024 roku przez wykonawcę Asseco Poland spółka akcyjna z siedzibą w Rzeszowie, ul. Olchowa 14 w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Skarb Państwa - Centralny Zarząd Służby Więziennej z siedzibą w Warszawie, ul. Rakowiecka 37A

Uczestnik po stronie odwołującego:

- wykonawca Axians IT Services Poland spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Postępu 21D

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu wykreślenie z sekcji 5.1.10 ogłoszenia o zamówieniu oraz z rozdziału XXI Specyfikacji Warunków Zamówienia kryteriów oceny ofert „Czas realizacji usługi aktualizacji kodu źródłowego Aplikacji Systemu Centralnej Bazy – do wyboru od 6 do 12 miesięcy”, „Czas usunięcia błędu zwykłego lub wskazania alternatywnej ścieżki realizacji funkcji – do wyboru od 1 do 10 dni roboczych”, „Łączny czas realizacji modyfikacji podstawowych – do wyboru od 2 do 12 miesięcy”, w pozostałym zakresie umarza postępowanie,
  2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego Skarb Państwa - Centralny Zarząd Służby Więziennej z siedzibą w Warszawie, ul. Rakowiecka 37A i
    - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Asseco Poland spółka akcyjna z siedzibą w Rzeszowie, ul. Olchowa 14 tytułem uiszczonego wpisu, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wydatków pełnomocnika odwołującego, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wydatków pełnomocnika zamawiającego,
    - 2.2. zasądza od Skarb Państwa - Centralny Zarząd Służby Więziennej z siedzibą w Warszawie, ul. Rakowiecka 37A na rzecz wykonawcy Asseco Poland spółka akcyjna z siedzibą w Rzeszowie, ul. Olchowa 14 kwotę 18 600zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu wpisu i wydatków pełnomocnika.
- Na orzeczenie - w terminie 14 dni od jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca: .....

.....

.....

**Sygn. akt KIO 3985/24**

**Uzasadnienie**

Postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego pn. Aktualizacja oprogramowania oraz zapewnienie ciągłości działania i rozwoju Centralnej Bazy Danych Osób Pozbawionych Wolności, znak sprawy: 28/24/TK ogłoszono w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: 17 października 2024 roku, nr publikacji ogłoszenia: 629018-2024, nr wydania Dz.U. S: 203/2024.

28 października 2024 r. Asseco Poland spółka akcyjna z siedzibą w Rzeszowie, ul. Olchowa 14 wniósł odwołanie przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z 23 października 2024 r. udzielonego przez dwóch wiceprezesów zarządu. Do odwołania dołączono dowód jego przekazania zamawiającemu oraz wniesienia wpisu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

Zarzut 1: naruszenie art. 240 ust. 2 w związku art. 16 ustawy, przez określenie kryteriów oceny ofert w sposób uniemożliwiający weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach oraz z naruszeniem zasady przejrzystości i zachowania uczciwej konkurencji.

Zarzut 2: naruszenie art. 99 ust. 4 w związku art. 16 ustawy, przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób

utrudniający uczciwą konkurencję i uprzywilejowujący konkretnego wykonawcę oraz naruszający zasady proporcjonalności, zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Zarzut 3: naruszenie art. 439 ust. 1 i 2 ustawy w zw. z art. 99 ust. 1 i 4 ustawy oraz art. 16 pkt 1 i 3 ustawy w zw. z art. 353(1) KC w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy przez ustalenie klauzuli waloryzacyjnej w sposób nieprecyzyjny, nie pozwalający na zapewnienie ekwiwalentności świadczeń stron umowy oraz nie niwelujący ryzyk związanych ze zmianami kosztów wykonania zamówienia publicznego, co przy aktualnym poziomie inflacji prowadzi do uznania Wzoru umowy w niezmiennym kształcie za naruszającego zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców i równego traktowania stron stosunku zobowiązaniowego.

Wniósł o:

- 1.uwzględnienie odwołania;
- 2.nakazanie zamawiającemu dokonania modyfikacji ogłoszenia i Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej SWZ) w zakresie wskazanym w tym odwołaniu – osobno w każdym zarzucie;
- 3.obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym kosztami zastępstwa procesowego przed Krajową Izbą Odwoławczą (dalej KIO).

Odwołujący oświadczył, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia publicznego oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy . Niezgodne z prawem postanowienie ogłoszenia i SWZ powodują, że odwołujący nie ma możliwości złożenia najkorzystniejszej oferty i tym samym utraci szansę na uzyskanie zamówienia. Odwołujący może zatem ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy wskazanych w odwołaniu.

Gdyby nie sprzeczność z prawem objętych odwołaniem postanowień SWZ oraz ogłoszenia, odwołujący mógłby złożyć najkorzystniejszą ofertę, uzyskać zamówienie – a następnie należycie realizować zamówienie. Ustalenie przez zamawiającego przedmiotowej treści ogłoszenia i SWZ uniemożliwia odwołującemu udział w postępowaniu.

ZARZUT 1:

W ogłoszeniu w pkt 5.1.10 i w SWZ w Rozdziale XXI zamawiający określił następujące kryteria oceny ofert:

- |                                                                                                               |     |        |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|--------|
| 1.Cena brutto za całość zamówienia                                                                            | 30% | 30 pkt |
| 2.Najniższa cena brutto świadczenia usługi aktualizacji kodu źródłowego Aplikacji Systemu Centralnej Bazy     | 15% | 15 pkt |
| 3.Najniższa cena brutto świadczenia usługi wsparcia eksploatacji Systemu Centralnej Bazy za okres 36 miesięcy | 10% | 10 pkt |
| 4.Najniższa cena 1 robocznia brutto                                                                           | 5%  | 5 pkt  |

Kryteria pozacenowe

- |                                                                                                                             |     |        |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|--------|
| 5.Czas realizacji usługi aktualizacji kodu źródłowego Aplikacji Systemu Centralnej Bazy – do wyboru od 6 do 12 miesięcy     | 30% | 30 pkt |
| 6.Czas usunięcia błędu zwykłego lub wskazania alternatywnej ścieżki realizacji funkcji – do wyboru od 1 do 10 dni roboczych | 5%  | 5 pkt  |
| 7.Łączny czas realizacji modyfikacji podstawowych – do wyboru od 2 do 12 miesięcy                                           | 5%  | 5 pkt  |

W myśl art. 240 ustawy kryteria oceny ofert powinny być opisane przez zamawiającego w sposób jednoznaczny i zrozumiały, nie pozostawiając zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru najkorzystniejszej oferty i jednocześnie umożliwiając weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach. Należy przy tym zauważyć, że końcowa treść powyższego artykułu, tj. „na podstawie informacji przedstawianych w ofertach” odnosi się jedynie do czynności porównania poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia, natomiast nie odnosi się do czynności weryfikacji. Weryfikacja bowiem nie może polegać wyłącznie na przeczytaniu oferty, gdyż w takiej sytuacji w istocie nie dochodzi do żadnej weryfikacji informacji podanych w tej ofercie (tak wskazało KIO w wyroku z dnia 4 lutego 2022 r. KIO 3579/21).

Powyższy przepis nie pozostawia więc wątpliwości co do tego, że kryteria oceny ofert powinny być weryfikowalne. Tymczasem przyjęte przez zamawiającego w tym postępowaniu kryteria pozacenowe wymienione w pkt 5 – 7 powyższej tabeli nie spełniają wspomnianej cechy, gdyż są niemożliwe do zweryfikowania. Wykonawcy zainteresowani złożeniem oferty w postępowaniu zobowiązani są do wyboru w ramach kryteriów pozacenowych jednej z opcji zawartych w katalogu stworzonym przez zamawiającego dla każdego z tych kryteriów (szczegółowo opisanych w ust. 8 poniżej), a zamawiający przyznając wykonawcom punkty w danym kryterium oprze się jedynie na ich deklaracji. Deklaracji, której nie będzie w stanie zweryfikować, ani podważyć na etapie oceny ofert i którą wobec tego będzie musiał bezkrytycznie przyjąć.

Faktyczna weryfikacja postawionych przez zamawiającego kryteriów pozacenowych nastąpi dopiero na etapie wykonywania umowy, bowiem dopiero wówczas zamawiający będzie w stanie stwierdzić, czy wykonawca faktycznie dokonał aktualizacji kodu źródłowego w terminie nieprzekraczającym 6 miesięcy, bądź czy usunął błąd zwykły w

zadeklarowanym przez siebie czasie 1 dnia roboczego. Ta weryfikacja nie dość, że nie nastąpi na etapie oceny ofert, to nie zostanie dokonana w stosunku do wszystkich oferentów, lecz jedynie w stosunku do jednego z nich, a to wykonawcy realizującego umowę.

Wagę przymiotu weryfikowalności w odniesieniu do kryteriów oceny ofert podkreślił Trybunał Sprawiedliwości w wyroku w sprawie EVN AG (Wyrok TS z 4.12.2003 r., C-448/01, EVN AG i Wienstrom GmbH v. Republik Österreich EU:C:2003:651), w którym sformułował uniwersalne zasady badania poprawności sporządzenia opisu kryteriów oceny ofert. Trybunał stwierdził, że ocena w ramach kryteriów musi dotyczyć wiarygodnych i weryfikowalnych treści zawartych w ofertach, a szczególne znaczenie ma ostatni z wymogów – wymóg weryfikowalności. Trybunał uznał za naruszające zasadę równego traktowania wykonawców kryterium odnoszące się do treści oferty, której zamawiający w żaden sposób nie jest w stanie zweryfikować, a musi opierać się wyłącznie na treści oświadczenia wykonawcy. Weryfikowalność jest bowiem czynnikiem szczególnie istotnym nie tylko z perspektywy faktycznej porównywalności ofert, ale także z perspektywy ich wiarygodności.

Tożsame stanowisko zajął Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 23 czerwca 2021 r., zapadłym w sprawie ze skargi odwołującego (sygn. akt XXIII Zs 35/21).

Powołał wyrok z dnia 4 lutego 2022 r. (KIO 3579/21).

Skoro zamawiający mają obowiązek sprawdzania informacji wskazywanych przez wykonawców w ofertach, to rozumując a contrario, nie mogą wskazywać kryteriów, których nie są w stanie zweryfikować. Zamawiający tymczasem w zupełnej opozycji do powyższego stanowiska zawarł w Ogłoszeniu (pkt 5.1.10) i Rozdziale XXI SWZ w ust. 5 – 7 pozacenowe kryteria oceny ofert oparte jedynie na niepodlegających sprawdzeniu deklaracjach wykonawców. Te deklaracje mają dotyczyć:

1) czasu realizacji usługi aktualizacji kodu źródłowego Aplikacji Systemu Centralnej Bazy, gdzie Zamawiający będzie premiował wykonawcę, który zadeklaruje jak najkrótszy czas realizacji usługi, zgodnie z poniższym:

|                 |          |
|-----------------|----------|
| -do 6 miesięcy  | -30 pkt, |
| -do 7 miesięcy  | -25 pkt, |
| -do 8 miesięcy  | -20 pkt, |
| -do 9 miesięcy  | -10 pkt, |
| -do 10 miesięcy | -5 pkt,  |
| -do 11 miesięcy | -2 pkt,  |
| -do 12 miesięcy | -0 pkt,  |

2) czasu usunięcia błędu zwykłego lub wskazania alternatywnej ścieżki realizacji funkcji – tutaj Wykonawca, który przedstawi najkrótszy czas usunięcia błędu zwykłego lub wskazania alternatywnej ścieżki realizacji funkcji, otrzyma 5 punktów, pozostali wykonawcy otrzymają proporcjonalnie mniej punktów, stosownie do poniższego wzoru (przy czym czas ten nie może być dłuższy niż 10 dni roboczych liczonych od dnia zgłoszenia):

oferta z najkrótszym czasem usunięcia błędu zwykłego lub wskazaniem alternatywnej ścieżki realizacji funkcji

uzyskana liczba punktów = ----- x 5 czas usunięcia błędu zwykłego lub wskazania alternatywnej ścieżki realizacji funkcji oferty badanej

Odwołujący zauważył, że zgodnie z formularzem ofertowym, stanowiącym załącznik nr 1 do umowy oraz zgodnie z §4 ust. 2 pkt 2 umowy, stanowiącej załącznik nr 1 do SWZ, czas usunięcia błędu lub wskazania alternatywnej ścieżki realizacji funkcji wyrażony jest w dniach, co w świetle powyższego zastrzeżenia maksymalnej liczby dni roboczych przeznaczonych na usunięcie błędu lub wskazanie alternatywnej ścieżki realizacji funkcji zawęży liczbę możliwych do zaoferowania dni do zbioru od 1 do 10.

Istotne również jest, że zamawiający w tymże postanowieniu umownym dopuszcza rozwiązanie w postaci ścieżki alternatywnej umożliwiającej realizację funkcjonalności, której dotyczy zgłoszenie błędów i w takim przypadku czas usunięcia błędu wydłuża się do 60 dni. Wykonawca nie musi więc w zadeklarowanym czasie usunąć błędu, wystarczy, że wskaże alternatywną ścieżkę realizacji danej funkcji, a wówczas zyskuje 60 dni na naprawę zgłoszonego przez zamawiającego błędu. Wobec tego, kryterium oceny „czas usunięcia błędu zwykłego” wydaje się być niecelowe z punktu widzenia potrzeb zamawiającego, gdyż istotne dla zamawiającego jest de facto przywrócenie funkcjonalności (co może nastąpić w sposób alternatywny do naprawy błędu), a sama naprawa błędu może trwać znacznie dłużej, bo aż do 60 dni.

3) łącznego czasu realizacji modyfikacji podstawowych – w tym przypadku wykonawca, który przedstawi najkrótszy czas realizacji modyfikacji podstawowych, otrzyma 5 punktów, pozostali wykonawcy otrzymają proporcjonalnie mniej punktów, stosownie do poniższego wzoru (przy czym czas ten dla poszczególnych modyfikacji podstawowych ma wynosić minimum 2 miesiące, nie więcej niż 12 miesięcy):

Oferta z najkrótszym czasem realizacji modyfikacji podstawowych

uzyskana liczba punktów = ----- x 5 czas realizacji modyfikacji podstawowych oferty badanej

Zgodnie z §1 pkt 21 umowy, stanowiącej załącznik nr 1 do SWZ, przez modyfikację podstawową należy rozumieć „modyfikację Aplikacji Systemu Centralnej Bazy, zdefiniowaną przez zamawiającego na etapie postępowania o udzielenie zamówienia, znajdującą się w wykazie modyfikacji, stanowiącym Załącznik nr 2 do umowy”. W tymże Załączniku nr 2 do umowy zamawiający przewidział 183 modyfikacje. Zatem łączny czas realizacji modyfikacji podstawowych powinien się odnosić do tych właśnie 183 szt. modyfikacji, przy czym w Formularzu ofertowym należy wskazać czas realizacji osobno dla każdej ze 183 modyfikacji.

Pomimo dokonywania oceny łącznego czasu realizacji modyfikacji podstawowych, zamawiający gwarantuje udzielenie wykonawcy zleceń na wykonanie modyfikacji „o wartości brutto nie mniejszej niż 20% wartości brutto wykonania modyfikacji podstawowych, z załącznika nr 2 do umowy, określonej w formularzu cenowym stanowiącym załącznik nr 1 do umowy”. Zamawiający dokona zatem oceny czasu realizacji wszystkich modyfikacji, po czym może nie zlecić wykonania aż 80% ich łącznej wartości. Co więcej zamawiający nie określa również terminu zlecenia poszczególnych modyfikacji, a zatem nie tylko może nie zlecić wykonania 80% z nich, ale część może zlecić do wykonania w terminach oderwanych od zadeklarowanych w formularzu ofertowym i ocenianych w ramach kryterium oceny ofert. Innymi słowy, na obecnym etapie wykonawca zadeklaruje wykonanie wszystkich modyfikacji w przedziale od 2-12 miesięcy, a w rzeczywistości zamówienie na realizację całości lub części otrzyma np. w pierwszym lub trzydziestym miesiącu realizacji Umowy.

Jak wynika z powyższego zamawiający ma zamiar przyznawać punkty wyłącznie na podstawie oświadczenia wykonawcy złożonego w Formularzu ofertowym i w oparciu o kryteria niepozostające w bezpośredniej relacji z przedmiotem zamówienia. Zdaniem odwołującego przyznawanie punktów wyłącznie na podstawie oświadczenia wykonawców nie realizuje normy art. 240 ust. 2 ustawy, tj. nie umożliwia weryfikacji i porównania poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach. Są to bowiem w każdym przypadku wyłącznie oświadczenia, których ze swej istoty w ogóle nie można weryfikować, a co więcej – zamawiający nawet nie byłby uprawniony do żądania jakichkolwiek dokumentów w celu ich weryfikacji. Nadto, skoro kryteria oceny ofert ze swej natury prowadzą do zwiększenia szans na uzyskanie zamówienia przez jednych wykonawców, ograniczając te szanse innym wykonawcom, nie mogą one odnosić się do takich aspektów, które nie mają znaczenia z punktu widzenia uzasadnionych potrzeb zamawiającego (stanowisko KIO wyrażone w wyroku z dnia 25 marca 2022 r. KIO 610/11). Nie budzi bowiem wątpliwości, że obecny wykonawca, który dysponuje dostępem do dokumentacji i kodu źródłowego, stoi w uprzywilejowanej pozycji szczególnie, że zamawiający nie przewidział żadnego okresu przejściowego na przygotowanie się i osiągnięcie gotowości nowego wykonawcy do świadczenia usług.

Podsumowując – aby uzyskać maksymalną liczbę punktów w kwestionowanych kryteriach pozacenowych wystarczy, że wykonawca bez jakiegokolwiek konieczności udowadniania swojej deklaracji, wybierze następujące opcje, spośród zaproponowanych przez zamawiającego:

- 3) zrealizuje usługę aktualizacji kodu źródłowego Aplikacji Systemu Centralnej Bazy w terminie do 6 miesięcy,
- 3) będzie usuwał błędy zwykłe lub wskaże alternatywną ścieżkę realizacji funkcji w terminie 1 dnia roboczego,
- 3) zrealizuje modyfikacje podstawowe w łącznym czasie 366 miesięcy (2 miesiące x 183 modyfikacje).

Wobec powyższego, zdaniem odwołującego przedmiotowe kryteria pozacenowe w obecnym kształcie są pozornymi kryteriami oceny. Zamawiający otrzyma bowiem nieweryfikowalne deklaracje wykonawców o najkrótszym czasie realizacji usługi aktualizacji kodu źródłowego Aplikacji Systemu Centralnej Bazy, najkrótszym czasie SLA na obsługę błędów zwykłych, czy też najkrótszym łącznym czasie realizacji modyfikacji podstawowych, które będzie musiał po prostu przyjąć, nie dokonując ich oceny.

Zdaniem odwołującego brzmienie przepisu art. 240 ust. 2 ustawy wymaga, aby zamawiający tak sformułował kryterium oceny ofert, aby w samej ofercie zamieszczano informacje obiektywne, możliwe do sprawdzenia przez zamawiającego, czy też ewentualnie przez Krajową Izbę Odwoławczą. Zamawiający nie wypełnił tej dyspozycji przy formułowaniu kryteriów pozacenowych, bowiem obecne brzmienie SWZ nie zawiera żadnych, nawet minimalnych postanowień, które umożliwiłyby zamawiającemu weryfikację oświadczenia złożonego przez wykonawców. A to z kolei skutkuje naruszeniem przepisu art. 16 ustawy, gdyż postępowanie staje się niekonkurencyjne i nieprzejrzyste w zakresie ww. kryteriów.

Tak postawione przez zamawiającego kryteria naruszają dyspozycję art. 16 ustawy również dlatego, że rzekomo zapewniona konkurencyjność jest iluzoryczna – zgodnie z doświadczeniem odwołującego, w przypadku takich nieweryfikowalnych na etapie oceny ofert kryteriów, wszyscy wykonawcy deklarują warunki gwarantujące im otrzymanie maksymalnej liczby punktów.

Nadto, odwołujący zwrócił uwagę na fakt, że przedmiotowe kryteria dają pierwszeństwo wykonawcy aktualnie świadczącemu usługi utrzymania i rozwoju systemu. Jest on bowiem zaznajomiony ze środowiskiem systemu, z jego sposobem działania, ma wiedzę w kwestii jego słabych i mocnych stron. Zgodnie z postanowieniami umowy, stanowiącej załącznik nr 1 do SWZ, termin na wykonanie usługi aktualizacji kodu źródłowego Aplikacji Systemu Centralnej Bazy

liczony jest od dnia protokolarnego przekazania wykonawcy kodów źródłowych i Dokumentacji Systemu będącej w posiadaniu zamawiającego. W tym względzie aktualny wykonawca ma faktyczną przewagę, zna bowiem kody źródłowe i ma wiedzę w kwestii jakości Dokumentacji Systemu. Tą naturalną przewagę zamawiający – celem zapewnienia konkurencyjności postępowania – powinien starać się minimalizować, choćby przez ustanowienie okresu przejściowego, w którym wykonawca miałby możliwość zapoznania się z systemem i przejęcia usług w sposób zapewniający ich ciągłość, a dopiero po zakończeniu okresu przejściowego mógłby rozpocząć realizację przedmiotu umowy. W chwili obecnej tylko wykonawca aktualnie utrzymujący system jest w stanie „z marszu” świadczyć usługi utrzymania i rozwoju systemu, jak również tylko ten wykonawca jest w stanie rzetelnie zadeklarować czas realizacji aktualizacji kodu źródłowego, stanowiący kryterium nr 5 oraz łączny czas realizacji modyfikacji podstawowych, stanowiący kryterium nr 7. Wydaje się odwołującemu, że celem zamawiającego przyświecającym mu podczas doboru pozacenowych kryteriów oceny ofert było zapewnienie maksymalnej skuteczności wykonawcy w usuwaniu błędów oraz szybkości wykonania aktualizacji kodu źródłowego i realizacji modyfikacji. W ocenie odwołującego ten cel może być osiągnięty przy zastosowaniu innych pozacenowych kryteriów ocen, które nie tylko zapewnią wysoką jakość świadczonych usług, ale również będą możliwe do zweryfikowania. Mowa tu o kryteriach odnoszących się do potencjału i doświadczenia wykonawcy oraz dotyczących przedstawienia „próbki” działania wykonawcy, przez np. opracowanie studium przypadku czy koncepcji budowy/utrzymania systemu IT. Zastosowanie takich kryteriów nie tylko nie będzie oparte na gołosłownej deklaracji, lecz będzie wymagało podjęcia przez wykonawcę mierzalnych i podlegających ocenie działań. Odwołujący bazując na swoim doświadczeniu proponuje w żądaniu szereg tego typu kryteriów, które pozwolą na realną konkurencję pomiędzy wykonawcami, spełniając jednocześnie przesłanki, o których mowa w art. 240 ust. 2 ustawy. Zdaniem odwołującego tylko doświadczony wykonawca, dysponujący odpowiednim potencjałem ludzkim i sprzętowym, daje rękojmię prawidłowego wykonania zamówienia, zgodnego z oczekiwaniami i potrzebami zamawiającego. Stąd też propozycja – i jednocześnie żądanie odwołującego – w zakresie zmiany przyjętych pozacenowych kryteriów na takie, które zdaniem odwołującego zarówno zaspokajają potrzeby zamawiającego, jak i są zgodne z wymogami ustawy.

Żądanie:

Odwołujący wniósł o zmianę SWZ przez:

2) Wykreślenie:

a. Kryterium 5 - Czas realizacji usługi aktualizacji kodu źródłowego Aplikacji Systemu Centralnej Bazy

- waga kryterium -30 %;

b. Kryterium 6 - Czas usunięcia błędu zwykłego lub wskazania alternatywnej ścieżki realizacji funkcji

\* - waga kryterium -5 %

c. Kryterium 7 - Łączny czas realizacji modyfikacji podstawowych - waga kryterium - 5 %

i przesunięcie wagi i punktów do nowych, weryfikowalnych kryteriów jakościowych wybranych z poniższej listy:

1Potencjał i doświadczenie oferenta oraz kluczowego personelu 5-40%

Liczba osób w poszczególnych rolach (liczba członków personelu o określonych wymaganiach ponad wymagania minimalne) 20%

Na podstawie informacji przedstawionych przez oferenta ocenianych w 10-punktowej skali

Doświadczenie kluczowych członków personelu (Architekci, Analitycy, Projektanci, Kierownik projektu) - liczba dodatkowych projektów o określonej charakterystyce 50% Na podstawie informacji przedstawionych przez oferenta ocenianych w 10-punktowej skali

Status partnera technologicznego producentów kluczowych technologii 10% Na podstawie informacji przedstawionych przez oferenta – ocena binarna spełnia/nie spełnia

Certyfikacja z zakresu zarządzania bezpieczeństwem informacji ISO/IEC 27001 oraz zarządzania ciągłością działania ISO 22301 (rekomendowane jako warunek udziału w postępowaniu, opcjonalnie jako element kryterium oceny ofert) 10% Na podstawie informacji przedstawionych przez oferenta – ocena binarna spełnia/nie spełnia

Aspekty środowiskowe np. wdrożony system zarządzania środowiskowego potwierdzony certyfikacją na zgodność z normą ISO 14001 10% Na podstawie informacji przedstawionych przez oferenta – ocena binarna spełnia/nie spełnia

2Opracowanie koncepcji budowy/utrzymania systemu IT 5-20%

Poziom i stopień spełniania wymagań funkcjonalnych i biznesowych 30% Ocena spełniania wymagań i jakości technicznej wg jasno

Poziom wsparcia procesów biznesowych 30% określonych kryteriów w 6punktowej skali oceny dla

Jakość rozwiązania technicznego: prostota, skuteczność, elastyczność, skalowalność 10% kryteriów jakościowych zgodnej z rekomendacjami UZP

Bezpieczeństwo rozwiązania technicznego 20%

Użyteczność/intuicyjność 10%

|                                                                                                                    |       |                                                                                        |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------|----------------------------------------------------------------------------------------|
| 3Dodatkowe kompetencje i doświadczenie zespołu/personelu                                                           | 5-25% |                                                                                        |
| Posiadane wykształcenie                                                                                            | 20%   | Na podstawie informacji przedstawionych przez oferenta ocenianych w 10-punktowej skali |
| Doświadczenie (staż) w pracy na danym stanowisku/roli                                                              | 30%   |                                                                                        |
| Liczba zrealizowanych projektów                                                                                    | 30%   |                                                                                        |
| Posiadane certyfikaty                                                                                              | 10%   |                                                                                        |
| Doświadczenie (staż) w pracy w modelu zwinnym                                                                      | 10%   |                                                                                        |
| 4Studium przypadku                                                                                                 | 5-20% |                                                                                        |
| Przeprowadzenie analizy, zaprojektowanie rozwiązania, wykonanie funkcjonalnego prototypu                           | 70%   |                                                                                        |
| Prezentacja i weryfikacja produktów i prototypów. Ocena wyników wg jasno określonych kryteriów w 6-punktowej skali |       |                                                                                        |

Organizacja pracy zespołu w trakcie studium przypadku 30% Np. najwyższą punktację otrzymają zespoły samoorganizujące, pracujące zgodnie z podejściem zwinnym, pokrywające kompleksowo wszystkie aspekty prac rozwojowych i jednocześnie odzwierciedlające doświadczenie wykonawcy w realizacji prac w zakresie świadczenia usług analizy, projektowania, budowy, wdrożenia, zarządzania i usług integratora. Ocena wyników wg jasno określonych kryteriów w 6punktowej skali

ewentualnie

w razie nieuwzględnienia powyższego żądania lub uznania go za zbyt ogólne z uwagi na fakt, że wybór tych kryteriów jakościowych należy do zamawiającego, odwołujący wskazał na poniższe, ewentualne żądanie zmiany SWZ:

## 2) Wykreślenie:

a. Kryterium 5 - Czas realizacji usługi aktualizacji kodu źródłowego Aplikacji Systemu Centralnej Bazy

- waga kryterium -30 %;

b.Kryterium 6 - Czas usunięcia błędu zwykłego lub wskazania alternatywnej ścieżki realizacji funkcji \* - waga kryterium -5 %

c.Kryterium 7 - Łączny czas realizacji modyfikacji podstawowych - waga kryterium - 5 %

i wprowadzenie nowych weryfikowalnych kryteriów:

a. Doświadczenie kluczowego personelu w realizacji dodatkowych (ponad określone minimalne wymagania) projektów w podmiotach administracji publicznej – łączna waga 10% (10 punktów) w tym:

i.2 punkty (2%) za każdy dodatkowy projekt Kierownika Projektu, maksymalnie 2 dodatkowe projekty czyli maksymalnie 4% (4 punkty).

ii.2 punkty (2%) za każdy dodatkowy projekt Architekta Systemów Informatycznych, maksymalnie 2 dodatkowe projekty czyli maksymalnie 4% (4 punkty).

iii.2 punkty (2%) za dodatkowy projekt Projektanta aplikacji, maksymalnie 1 dodatkowy projekt czyli maksymalnie 2% (2 punkty).

b. Dodatkowe kwalifikacje zawodowe oraz wykształcenie kluczowego personelu w zakresie posiadanych certyfikatów (ponad określone minimalne wymagania) - Waga 10% (10 punktów) w tym:

i.5 punktów (5%) za wskazanie do pełnienia roli Analityka biznesowego osoby legitymującej się certyfikatem CBAP - IIBA Certified Business Analysis Professional

ii.3 punkty (3%) - po 1 punkcie za każdą dodatkową osobę wskazaną do roli Programisty spełniającą minimalne wymagania w zakresie zdolności technicznych i zawodowych (ponad wymagane 3 osoby) – łącznie maksymalnie 3 punkty.

iii.2 punkty (2%) za wskazanie do pełnienia roli Architekta Systemów Informatycznych osoby legitymującej się jednocześnie 2 (dwoma) certyfikatami z listy definiującej wymagania minimalne.

c. Ocena studium przypadku dla jednej wybranej modyfikacji z listy modyfikacji podstawowych Systemu Centralnej Bazy - Waga 20% (20 punktów). Założenia:

i.Warunki realizacji studium przypadku

•Udział wyłącznie osób ze wskazanego w ofercie personelu.

•Przedmiotem studium jest zaprojektowanie i wykonanie 1 wybranej przez zamawiającego modyfikacji podstawowej.

•Wszyscy Wykonawcy realizują studium przypadku dla tej samej modyfikacji podstawowej.

•W prezentacji wyników studium przypadku dokonywanej przez poszczególnych Wykonawców biorą udział wyłącznie przedstawiciele zamawiającego.

•Realizacja studium odbywa się w siedzibie i środowisku rozwojowym zamawiającego.

•Na 5 dni roboczych przed terminem studium przypadku zamawiający udostępnia oferentom dokumentację i kody źródłowe w celu przygotowania do studium.

•Czas trwania studium do 6 godzin w tym do 5 godzin na analizę i zaprojektowanie i wykonanie, 1 godzina na prezentację

rozwiązania.

ii. Składowe oceny – łącznie 20 punktów:

- Sposób przeprowadzenie analizy - maksymalnie 2 punkty
- Sposób i jakość zaprojektowania i udokumentowania rozwiązania - maksymalnie 4 punkty
- Wykonanie funkcjonalnego prototypu w tym zgodność prototypu z wymaganiami - maksymalnie 8 punktów
- Przygotowanie i przeprowadzenie testów – maksymalnie 4 punkty
- Organizacja pracy zespołu w trakcie studium przypadku – maksymalnie 1 punkt
- Sposób prezentacji wyników – maksymalnie 1 punkt

ZARZUT 2:

Centralna Baza Danych Osób Pozbawionych Wolności jest unikalnym systemem informatycznym, „szytym na miarę” potrzeb zamawiającego, dlatego też do zapewnienia ciągłości pracy i rozwoju tego Systemu konieczne jest poznanie i zrozumienie zasad jego działania. Do tego z kolei niezbędna jest wiedza wykraczająca poza standardową wiedzę np. w zakresie systemów kadrowo – płacowych. System poddawany jest ponadto licznym modyfikacjom, o czym świadczy choćby ilość modyfikacji podstawowych, z których część wykonawca ma zrealizować w trakcie obowiązywania umowy, a których liczba wynosi 183 szt.

Zapoznanie się z systemem i przygotowanie do świadczenia usług wymaganych przez zamawiającego wymaga z kolei czasu, bowiem wykonawca, który nigdy nie miał do czynienia z tym systemem, nie ma wiedzy w powyższym zakresie i nie jest możliwe, by wobec nieznanego mu wcześniej systemu „szytego na miarę” był w stanie rozpocząć świadczenie usług „z dnia na dzień”. O ile zamawiający przewidział, że świadczenie usługi wsparcia eksploatacji Systemu nie może nastąpić przed dniem 14.09.2025 r., o tyle już rozpoczęcie prac w zakresie aktualizacji kodu źródłowego i modyfikacji Aplikacji Systemu oczekiwane jest przez zamawiającego od dnia zawarcia umowy – bez żadnego okresu przejściowego. Nawet gdyby na rynku istniał krąg wykonawców znających przedmiotowy System i będących w stanie zapewnić świadczenie usług na rzecz zamawiającego „z dnia na dzień”, odwołujący stoi na stanowisku, że do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie utrzymania systemów informatycznych w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców konieczne jest wprowadzenie okresu przejściowego. Oczekiwanie, że wykonawca rozpocznie realizację przedmiotu umowy „od ręki” w sposób oczywisty preferuje wykonawców znających system, a już na pewno w takiej sytuacji stawia w uprzywilejowanej pozycji dotychczasowego wykonawcę. Takie postanowienia SWZ naruszają zarówno art. 16 jak i art. 99 ust. 4 ustawy – wykluczają bowiem wykonawców, którzy nie są w stanie rozpocząć świadczenia usług bez okresu przejściowego. Powyższe stanowisko odwołującego znajduje potwierdzenie w wyroku KIO z dnia 18 czerwca 2021 r. (KIO 1544/21).

Odwołujący wskazał ponadto na treść rekomendacji Prezesa UZP, zawartych w dokumencie "Udzielanie zamówień publicznych na systemy informatyczne oraz dostawę zestawów komputerowych REKOMENDACJE Prezesa UZP" dostępnych na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych pod adresem: [www.gov.pl/web/uzp/rekomendacje-dotyczace-zamowienpublicznych-na-systemy-informatyczne](http://www.gov.pl/web/uzp/rekomendacje-dotyczace-zamowienpublicznych-na-systemy-informatyczne). Jedną z rekomendacji obejmuje przeciwdziałanie „przywiązaniu” do jednego wykonawcy, które może wynikać nie tylko z uwarunkowań prawnych, związanych zwłaszcza z prawami własności intelektualnej, jak i faktycznych, z czym mamy do czynienia w tym postępowaniu. Mianowicie świadczenie usług opisanych w przedmiocie zamówienia w terminach obecnie określonych w umowie, bez okresu zapoznawania z systemem, jest możliwe wyłącznie przez dotychczasowego wykonawcę. Aby zachować konkurencyjność postępowania zamawiający powinien przewidzieć okres przejściowy, tj. czas dedykowany wyłącznie do zapoznania się z systemem.

W ocenie odwołującego okres przejściowy w tym postępowaniu powinien trwać minimum 2 miesiące. Proponowany okres wynika z faktu, że długość okresu przejściowego powinna być adekwatna do poziomu skomplikowania systemu, jego stanu i charakterystyki oraz rodzaju i skali obowiązków kontraktowych wykonawcy usług rozwoju i utrzymania, zarówno w trakcie trwania okresu przejściowego jak i w trakcie świadczenia usług. 25 października 2024 roku Odwołujący dokonał pierwszej, wstępnej wizji lokalnej u zamawiającego. Już na bazie tego jednego spotkania stwierdzono, że w odniesieniu do Systemu Centralna Baza Danych Osób Pozbawionych Wolności okres przejściowy jest niezbędny i będzie kluczowy gdyż:

- System jest złożony i rozwijany od szeregu lat - pierwsze tabele pochodzą z 2003 roku.
- Odwołujący nie wykorzystuje repozytorium kodów, ani systemu kontroli wersji.
- Dokumentacja systemu:

nie zawiera diagramów architektury, o nie obejmuje pełnej dokumentacji analitycznej, technicznej, wdrożeniowej, instalacji, kompilacji i użytkownika,

w toku wizji nie przedstawiono przypadków testowych czy planów testów.

- Kody źródłowe są pozbawione komentarzy. Kody źródłowe wymagają dłuższej analizy z dodatkowym wsparciem narzędziowym.

Podsumowując, celem wypełnienia dyspozycji postanowień ustawy w zakresie obowiązku zachowania konkurencyjności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zamawiający zobowiązany jest do ustanowienia takiego okresu przejściowego, który zapewni realną możliwość przejęcia systemu przez nowego wykonawcę. Konieczne jest stworzenie warunków, które wyrównają szanse wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia – obecnego wykonawcy oraz nowych wykonawców, zainteresowanych zawarciem umowy.

Standardem na rynku IT dla unikatowych systemów IT jest, że okres przejściowy trwa przynajmniej 3 miesiące. Poniżej zamieszczone zostało zestawienie przykładowych postępowań dotyczących utrzymania systemów IT i zdefiniowany w tych postępowania czas trwania okresu przejściowego:

|                 |            |                                                                                                                                                                                     |
|-----------------|------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 1ARiMR          | 11.09.2018 | Zakup usługi utrzymania i rozwoju systemu aplikacji ZSZiK, IACSplus, GIS, SIŻ PZSiPplus, PA oraz eWniosek Plus na okres 47 miesięcy DPiZP.2610.20.2018 okres przejściowy 5 miesięcy |
| 2ARiMR          | 15.09.2018 | Zakup usługi utrzymania i rozwoju systemu informatycznego OFSA na okres 47 miesięcy DPiZP.2610.19.2018 okres przejściowy 3 miesiące                                                 |
| 3ARiMR          | 30.11.2021 | Zakup usługi utrzymania i rozwoju systemu aplikacji ZSZiK, IACSplus, GIS, SIŻ PZSiPplus, PA, eWniosek Plus oraz IRZPlus DPiZP.2610.19.2021 okres przejściowy 5 miesięcy             |
| 4ARiMR          | 26.05.2023 | Utrzymanie i rozwój systemów aplikacyjnych OFSA, OFSA-PROW, OFSAPROV DD, RG.PROW) DZiZP.2610.1.2022 AS okres przejściowy 3 miesiące                                                 |
| 5ZUS            | 21.04.2020 | Umowa na rozwój i utrzymanie Portalu Klienta oraz Szyny Usług (ESB) - w ramach Platformy Usług Elektronicznych ZUS TZ/271/89/19 okres przejściowy 3 miesiące                        |
| 6ZUS            | 21.02.2020 | Świadczenie usług wsparcia eksploatacji i utrzymania KSI ZUS TZ/271/65/19 okres przejściowy 12 miesięcy                                                                             |
| 7ARiMR          | 13.11.2023 | Zakup usługi utrzymania i rozwoju systemu aplikacji ZSZiK, IACSplus, GIS, SIŻ PZSiPplus, PA, eWniosek Plus oraz IRZPlus DPiZP.2610.25.2023 okres przejściowy 5 miesięcy             |
| 8ZUS            | 29.12.2023 | Świadczenie usług wsparcia eksploatacji i utrzymania KSI ZUS 993200/271/17/2023 okres przejściowy 12 miesięcy                                                                       |
| 9Lasy Państwowe | 14.05.2021 | Utrzymanie i rozwój systemu LAS przez okres 24 miesięcy DZ.270.34.2021 okres przejściowy 3 miesiące                                                                                 |

Jak wynika z powyższego – długość okresu przejściowego jest różna, wynika ze stopnia złożoności oraz skomplikowania danego systemu, jednakże zawsze jest ten okres przewidziany. Brak okresu przejściowego może uniemożliwić wykonawcom złożenie oferty, natomiast stawia w uprzywilejowanej sytuacji dotychczasowego wykonawcę usług na rzecz zamawiającego, który w razie wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, płynnie przejdzie do realizacji kolejnej umowy – okres przejściowy w jego przypadku jest zbędny lub może być minimalny. Zatem brak zdefiniowania przez zamawiającego okresu przejściowego narusza zasadę uczciwej konkurencji oraz powoduje, że postępowanie obciążone jest wadą. Brak okresu przejściowego jest klasycznym przykładem vendor lock-in, gdyż tylko dotychczasowy wykonawca może realizować umowę bez okresu przejściowego, co z kolei narusza art. 16 ustawy i określone w nim zasady.

Żądanie:

Wniósł o:

1)uzupełnienie Ogłoszenia i SWZ o odpowiedni okres przejściowy, trwający 2 miesiące, tj. o okres rozpoczynający się od dnia przekazania kodów źródłowych i dokumentacji Systemu, w którym wykonawca ma możliwość zapoznania się z Centralną Bazą Danych Osób Pozbawionych Wolności, tj. jej budową i funkcjonowaniem, a świadczenie usług objętych przedmiotem umowy rozpocznie się po zakończeniu okresu przejściowego;

2)wprowadzenie w SWZ postanowień zapewniających przekazanie wiedzy nowemu wykonawcy w okresie przejściowym, obejmujące wykonanie co najmniej następujących czynności:

a)przekazanie kompletu oprogramowania kodów źródłowych wraz z procedurą kompilacji/budowania systemu umożliwiającą skompilowanie systemu - w terminie 3 dni od dnia zawarcia umowy

b)przekazanie dokumentacji technicznej, użytkownika, eksploatacyjnej, administracyjnej, powykonawczej, bezpieczeństwa - w terminie 3 dni od dnia zawarcia umowy

c)przeprowadzenie warsztatów w zakresie przekazania wiedzy o systemie na poziomie biznesowym i technicznym (m.in. procedury bazodanowe, architektura, kompilacja, obsługa Zgłoszeń) - w terminie 20 dni od dnia zawarcia umowy

d)zapewnienie dostępu do systemów: obsługi zgłoszeń, monitorowania i rozliczania - w terminie 3 dni od dnia zawarcia umowy

3)zastąpienie dotychczasowej treści §3 ust. 1 umowy następującym brzmieniem:

„1. Umowa będzie obowiązywać przez okres .... m-cy od dnia zawarcia umowy, z zastrzeżeniem, że usługi związane z zapewnieniem ciągłości działania i rozwoju Systemu Centralnej Bazy będą świadczone od zakończenia okresu przejściowego.”



### ZARZUT 3:

W §8 ust. 13 – 20 umowy zamawiający postanowił:

„13. Wynagrodzenie wykonawcy może zostać odpowiednio zmniejszone lub zwiększone (waloryzacja) na wniosek Wykonawcy lub zamawiającego w wysokości wynikającej ze średniorocznego wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego w Dzienniku Urzędowym Rzeczypospolitej Polskiej „Monitor Polski” w terminie do dnia 31 stycznia roku następnego za poprzedni rok kalendarzowy, na podstawie art. 94 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy z dnia 17 grudnia 1998 r. o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń (Dz. U. z 2023 r. poz. 1251), zwanym dalej jako „wskaźnik GUS”.

14. Minimalny poziom zmiany wskaźnika GUS, w wyniku którego wynagrodzenie Wykonawcy może zostać zmienione wynosi 2,5 %, w stosunku do średniorocznego wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem (poziom zmiany ceny) ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego za rok kalendarzowy, w którym zawarto Umowę.

15. Zmiana wynagrodzenia (zmniejszenie lub zwiększenie) nie dotyczy wynagrodzenia za usługi wykonane w ramach realizacji przedmiotu Umowy przed datą złożenia wniosku przez Wykonawcę lub zamawiającego.

16. Wykonawca zobowiązany jest do wyczerpującego i udokumentowanego uzasadnienia wniosku o waloryzację ze wskazaniem podstaw faktycznych i prawnych oraz wpływu zmiany wskaźnika GUS na wykonanie przedmiotu Umowy. Wykazanie wpływu następuje w formie pisemnej.

17. Kwota wynagrodzenia Wykonawcy z tytułu realizacji niniejszej Umowy może być zmieniona o wartość zmian, o których mowa w ust. 13, z zastrzeżeniem, że waloryzacja może nastąpić nie wcześniej niż po upływie 6 miesięcy od dnia podpisania umowy, z zastrzeżeniem ust. 19.

18. W przypadku wzrostu/spadku wskaźnika GUS, waloryzacja będzie polegała na wzroście/obniżeniu wynagrodzenia za usługi pozostałe do wykonania w ramach realizacji przedmiotu Umowy od miesiąca następującego po miesiącu, w którym złożono wniosek o zmianę wynagrodzenia.

19. Maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia, o której mowa w ust. 13-18 wynosi łącznie 5,0 % wartości wynagrodzenia brutto Wykonawcy, określonego w § 8 umowy.

20. Strona, do której skierowano wniosek o zmianę wynagrodzenia za realizację przedmiotu Umowy przez Wykonawcę zobowiązuje się, w terminie do 30 dni od jego otrzymania, do zajęcia stanowiska w sprawie i w przypadku akceptacji nowych warunków do zawarcia stosownego aneksu do umowy.”

Zamawiający postanowił, że dokona zmniejszenia lub zwiększenia wysokości wynagrodzenia wykonawcy zgodnie z następującymi zasadami:

- 1) zmiana następuje o wartość zmiany wskaźnika inflacji, jeśli ten ulegnie zmianie o co najmniej 2,5%,
- 2) wartość zmiany wynosząca 2,5% będzie wynikać z porównania wskaźnika za dany rok do wskaźnika za rok, w którym zawarto umowę,
- 3) łączna maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia nie może przekroczyć 5%,
- 4) zmianie podlega wynagrodzenie za usługi pozostałe do wykonania, licząc od miesiąca następującego po miesiącu, w którym złożono wniosek,
- 5) wniosek o zmianę wynagrodzenia powinien być uzasadniony i udokumentowany,
- 6) pierwsza waloryzacja może nastąpić najwcześniej po upływie 6 miesięcy od dnia podpisania umowy.

Zdaniem odwołującego przedmiotowe postanowienia umowy nie mogą zostać uznane za realizujące cel i ideę wynikającą z normy prawa określonej w art. 439 ustawy. Podkreślił, że istotą wprowadzenia przedmiotowego przepisu było zobowiązanie zamawiających do wprowadzenia realnej waloryzacji wynagrodzeń wykonawców w przypadku istotnej zmiany sytuacji gospodarczej w kraju. Tymczasem zamawiający przyjmując maksymalną wartość zmian wynagrodzenia na poziomie 5%, przy jednoczesnym ustaleniu wartości zmiany wskaźnika na poziomie 2,5%, zapewnił wykonawcy dokonanie zmiany wynagrodzenia na poziomie minimalnego ryzyka, przyjmowanego przez wykonawców w skali roku wykonywania działalności. I takie założenie byłoby akceptowalne, gdyby nie fakt, że realizacja przedmiotowego zamówienia ma trwać nie rok, a 4 lata (48 miesięcy).

Realność postanowień waloryzacyjnych opartych o wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem należy każdorazowo analizować w porównaniu do aktualnie obserwowanych zmian inflacyjnych. I tak, w 2022 roku inflacja wyniosła 14,4%, a rok później – 11,4%. Od 2017 roku wskaźnik inflacyjny sukcesywnie rośnie, a wartość zmian wskaźnika w tym okresie wyniosła: 2%, 1,6%, 2,3%, 3,4%, 5,1%, 14,4% i 11,4%. Powyższe dane obrazuje tabela udostępniona na stronie, którą odwołujący w tym miejscu wkleił.

Oprócz analizy zmian wskaźników inflacyjnych, realność postanowień waloryzacyjnych powinna być rozpatrywana również w odniesieniu do prognoz inflacyjnych, publikowanych na stronie [www.nbp.gov.pl](http://www.nbp.gov.pl). Projekcja inflacji na rok obecny oraz dwa kolejne lata wynosi odpowiednio 3,7%, 5,2% i 2,7%, co obrazuje tabela (źródło: ), którą również odwołujący wkleił.

Wobec tych danych i w świetle wspomnianych postanowień waloryzacyjnych, wykonawca będzie uprawniony do otrzymania zwiększenia wynagrodzenia w kolejnych trzech latach realizacji umowy, jednakże ustalony przez zamawiającego limit łącznych zmian wynoszący 5%, wykonawca wyczerpie już wraz z drugim wnioskiem o zmianę wynagrodzenia. Przyjmując bowiem, że umowa w tym postępowaniu zostanie zawarta w listopadzie br., wykonawca będzie mógł złożyć wniosek o waloryzację wynagrodzenia w czerwcu 2025 r., powołując się na (obecnie prognozowany) wskaźnik inflacji wynoszący 3,7%. Kolejny wniosek będzie mógł być złożony przez wykonawcę w kolejnym roku kalendarzowym, po opublikowaniu przez GUS odpowiedniego wskaźnika – a zatem np. w lutym 2026 r., kiedy to wykonawca zgodnie z omawianymi prognozami powoła się na wskaźnik inflacji wynoszący 5,2%. Łączna wartość zmian wynikająca tylko z tych dwóch opisanych wyżej sytuacji wynosi 8,9%. A więc kontynuując przedmiotową symulację i uwzględniając ustanowiony przez zamawiającego 5% limit, wykonawca w lipcu 2025 r. otrzyma zmianę wynagrodzenia o 3,7%, a w marcu 2026 r. otrzyma zmianę wynagrodzenia o 1,3%, pomimo że inflacja za 2025 rok wyniesie 5,2%.

Wobec osiągnięcia przez wykonawcę maksymalnego limitu zmiany wynagrodzenia już w marcu 2026 roku, dalsza realizacja umowy będzie się odbywała za wynagrodzeniem w wysokości ustalonej dla wspomnianej daty (marzec 2026 r.), z koniecznością uwzględnienia przez wykonawcę ryzyka zmian inflacyjnych do roku 2028, gdyż umowa zawarta w listopadzie 2024 r., będzie trwała do listopada 2028 r. Nadmienię, że powyższy okres realizacji umowy został obliczony na podstawie zapisów umowy, natomiast nie pozostaje on w zbieżności z szacowanym okresem obowiązywania zamówienia, wskazanym przez zamawiającego w pkt 5.1.3. ogłoszenia.

Przyjęty przez zamawiającego limit zmian waloryzacyjnych na poziomie 5% powoduje, że realizacja umowy w oparciu o aktualne jej postanowienia waloryzacyjne obciążona jest znacznym ryzykiem finansowym. Zamawiający zamiast niwelować ryzyko związane ze zmianami kosztów wykonania przedmiotowego zamówienia, generuje ryzyko nieotrzymania przez wykonawcę jakiegokolwiek zwiększenia wynagrodzenia przez okres dwóch lat realizacji umowy, co tak naprawdę jest działaniem na niekorzyść zamawiającego, ponieważ otrzyma on oferty o wyższej cenie, aniżeli mógłby otrzymać przy ustaleniu klauzuli waloryzacyjnej dającej podstawę do corocznej zmiany wysokości wynagrodzenia.

Powołał wyrok z dnia 2 marca 2022 roku, sygn. akt: KIO 440/22

Zamawiający zobligował jednocześnie wykonawcę do „wyczerpującego i udokumentowanego uzasadnienia wniosku o waloryzację ze wskazaniem podstaw faktycznych i prawnych oraz wpływu zmiany wskaźnika GUS na wykonanie przedmiotu Umowy.” Stawiając ten wymóg zamawiający nie sprecyzował, sposobu określenia wpływu zmian kosztów na koszt wykonania zamówienia, jak również nie sprecyzował jakich dokumentów oczekuje od wykonawcy by uznać, że wniosek został „udokumentowany” oraz że jest „wyczerpujący”. Zamawiający nie określił również okresów, w których może następować zmiana wynagrodzenia wykonawcy. Niedostateczne sprecyzowanie warunków zmiany wynagrodzenia i oczekiwań zamawiającego może skutkować dokonaniem uznaniowej oceny przedstawionego wniosku, co w sposób oczywisty narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania stron stosunku zobowiązaniowego. Tak nieprecyzyjne sformułowanie daje zamawiającemu nieograniczone prawo do uznania wniosku za „niewyczerpujący i nieudokumentowany” lub „przedwczesny”, a co za tym idzie, do odmowy dokonania waloryzacji wynagrodzenia, w oparciu o dowolną interpretację zamawiającego w zakresie właściwej dokumentacji i częstotliwości waloryzacji. W ocenie odwołującego już sama zmiana wskaźnika przyjętego jako odniesienie do ustalenia zmiany cen materiałów lub kosztów stanowi o zaistnieniu takowej zmiany, zatem dokonywanie przez zamawiającego dodatkowej, uznaniowej oceny przedłożonej dokumentacji jest niecelowe i nieuprawnione. Jednakże, jeśli zamawiający wymaga przedłożenia dokumentów, to powinien określić jasne i precyzyjne zasady w zakresie dokumentowania kosztów danego zamówienia w celu ewentualnej waloryzacji, jak również dopuszczalną częstotliwość dokonywania zmiany wynagrodzenia – tak, by zapewnić wykonawcom możliwość rzetelnej i realnej wyceny przedmiotu zamówienia w zakresie ryzyka związanego ze zmianą cen materiałów lub kosztów związanych z jego realizacją, a tym samym wprowadzić konkurencyjność i równe traktowanie wykonawców.

Odwolujący zauważył, że to rozważania zostały oparte o wskaźniki inflacji opublikowane przez GUS, ustalone zgodnie z zasadą „za dany rok kalendarzowy – w porównaniu do poprzedniego roku kalendarzowego”. Zamawiający natomiast postanowił, że poziom zmiany 2,5% uprawniający do wnioskowania przez wykonawcę o zmianę wynagrodzenia będzie wynikać z porównania wskaźnika opublikowanego za dany rok do wskaźnika za rok, w którym zawarto umowę. Skoro umowa ma być zawarta w 2024 r., a prognozowany wskaźnik inflacji w 2024 r. ma wynieść 3,7%, to oznacza to, że wskaźnik inflacji w latach 2025 – 2028 będzie każdorazowo porównywany do stałej liczby 3,7%. Przyjęcie takiej zasady wypacza cel waloryzacji i prowadzi do ustalania zmiany wynagrodzenia w oparciu o dane oderwane od sytuacji gospodarczej istniejącej na rynku. Publikowane przez GUS wskaźniki cen towarów i usług konsumpcyjnych są realne i wiarygodne dlatego, że stanowią pewien logiczny ciąg. „Wyciągnięcie” z tego ciągu jednej danej i odnoszenie do niej kolejnych danych, stanowiących dalszy logiczny ciąg, jest zupełnie niezrozumiałe i pozbawione logiki, a nadto nie odzwierciedla rzeczywistej sytuacji gospodarczej.

Projekcja inflacji, o której mowa w ust. 5 powyżej prognozuje coroczny wzrost cen towarów i usług konsumpcyjnych o co

najmniej 2,5%, a więc wykonawca mógłby złożyć wniosek o waloryzację:

3) w roku 2024, gdyż w porównaniu do roku 2023 zmiana wyniosła 3,7%,

3) w roku 2025, gdyż w porównaniu do roku 2024 zmiana wyniosła 5,2%,

3) w roku 2026, gdyż w porównaniu do roku 2025 zmiana wyniosła 2,7%.

Przyjmując natomiast zasadę zamawiającego, że porównanie następuje do wskaźnika z roku zawarcia umowy, wykonawca nie byłby uprawniony do złożenia wniosku o waloryzację w latach 2024 – 2026, gdyż po porównaniu wskaźników za te lata do wskaźnika za rok 2024, tj. rok, w którym została zawarta umowa, w żadnym przypadku zmiana nie przekracza ustalonego przez zamawiającego progu 2,5%.

Podsumowując powyższe, ustalone przez zamawiającego zasady dokonywania waloryzacji wynagrodzenia, przy uwzględnieniu aktualnych uwarunkowań rynkowych, nie pozwalają na dokonanie zmiany wynagrodzenia wykonawcy w sytuacji zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. Klauzula waloryzacja może więc być uznana za pozorną, gdyż co prawda jest uwzględniona w treści umowy, jednak jej zasady są ustalone w sposób uniemożliwiający skorzystanie z niej.

Żądanie:

Wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1)wprowadzenia w §8 Projektu umowy postanowień opisujących sposób określenia wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia oraz wskazujących okresy, w których może następować zmiana wynagrodzenia wykonawcy,

2)dokonania zmiany treści §8 ust. 14, ust. 16 i ust. 19 Projektu umowy, zgodnie z poniższym:

a)“14. Minimalny poziom zmiany wskaźnika GUS, w wyniku którego wynagrodzenie Wykonawcy może zostać zmienione wynosi 2,5 %, w stosunku do średniorocznego wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem (poziom zmiany ceny) ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego za poprzedni rok kalendarzowy.”

b)“16. Wykonawca zobowiązany jest do uzasadnienia wniosku o waloryzację ze wskazaniem podstaw faktycznych i prawnych oraz wpływu zmiany wskaźnika GUS na wykonanie przedmiotu Umowy. Wykazanie wpływu następuje w formie pisemnej.”

c)“19. Maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia, o której mowa w ust. 13 – 18 wynosi łącznie 20% wartości wynagrodzenia brutto Wykonawcy, określonego w §8 umowy.”

30 października 2024 r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania.

31 października 2024 r. do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosił się wykonawca Axians IT Services Poland spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie wnosząc o uwzględnienie odwołania. Przystępujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, ponieważ jako podmiot prowadzący działalność gospodarczą w zakresie utrzymywania i rozwoju systemów informatycznych dla podmiotów publicznych, jest potencjalnym wykonawcą tego zamówienia. Przystępujący podzielił stanowisko zawarte w odwołaniu. Przedstawione przez zamawiającego w postępowaniu kryteria oceny ofert oraz pozostałe kwestionowane warunki wykonania przedmiotu zamówienia utrudniają zachowanie uczciwej konkurencji oraz możliwość złożenia przez przystępującego oferty. Tym samym w konsekwencji nieuwzględnienie odwołania może uniemożliwić lub poważnie utrudnić ubieganie się o jego udzielenie. Rodzi to po stronie przystępującego ryzyko poniesienia szkody w postaci nieuzyskania zamówienia. Przystępujący podzieliła zarzuty zawarte w treści odwołania. Zgłoszenie zostało wniesione przez członka zarządu i prokurenta. Do zgłoszenia dołączono dowody jego przekazania stronom.

13 listopada 2024 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie oświadczając, że uwzględni w części odwołanie

1. Wniósł o oddalenie zarzutu dotyczącego:

„Zarzut 1: naruszenie art. 240 ust. 2 w związku art. 16 ustawy przez określenie kryteriów oceny ofert w sposób uniemożliwiający weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach oraz z naruszeniem zasady przejrzystości i zachowania uczciwej konkurencji.”

Zdaniem zamawiającego, sformułowane kryteria oceny ofert, związane są z przedmiotem zamówienia oraz określone zostały w sposób jasny i zrozumiały, niepozostawiający zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru najkorzystniejszej oferty, a co za tym idzie - zostały określone zgodnie z ustawą, w szczególności zgodnie z treścią art. 240 ust. 2 w związku z art. 242 ust. 2 tej ustawy. Takie stanowisko wyraziła również Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 14 marca 2023 r. (KIO 537/23), którego uzasadnienie zamawiający obszernie zacytował.

Zamawiający podniósł, że Centralna Baza Danych Osób Pozbawionych Wolności (CBDOPW) znajduje się na liście rejestrów, które zostały wybrane jako kluczowe (krytyczne, bardzo ważne i ważne) z punktu widzenia interoperacyjności systemów IT, rejestrów publicznych i e-usług na poziomie całego Państwa. Z danych gromadzonych w bazie systemu korzystają, na podstawie art. 25d ust. 1 ustawy z dnia 9 kwietnia 2010r. o Służbie Więziennej, instytucje państwowe odpowiedzialne za szeroko pojęte bezpieczeństwo narodowe, takie jak: Policja, prokuratury, sądy powszechne, ABW, CBA, AW, Straż Graniczna, Rzecznik Praw Obywatelskich, a także Krajowy Rejestr Karny, w zakresie określonym w

ustawie z dnia 24 maja 2000 r. o Krajowym Rejestrze Karnym. Obowiązek zapewnienia bezpieczeństwa systemów informatycznych i przetwarzanych w nich danych wynika wprost z Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 21 maja 2024 r. w sprawie Krajowych Ram Interoperacyjności, minimalnych wymagań dla rejestrów publicznych i wymiany informacji w postaci elektronicznej oraz minimalnych wymagań dla systemów teleinformatycznych.

W związku z tym niezbędne jest niezwłoczne, jak najszybsze przepisanie aplikacji CBDOPW z uwagi na zapewnienie odpowiedniego poziomu bezpieczeństwa. Obecnie aplikacja CBDOPW wykorzystuje w warstwie frontendu bibliotekę o nazwie AngularJS, która jest „rdzeniem” aplikacji wykorzystywanym w całym interfejsie użytkownika. Autor biblioteki, czyli firma Google, oficjalnie zakończyła wsparcie dla AngularJS w styczniu 2022 roku. W związku z tym konieczne jest przeprowadzenie aktualizacji biblioteki AngularJS do biblioteki Angular, ponieważ brak wsparcia producenta przedkłada się na brak wymaganych poprawek w przypadku wykrycia błędów lub luk bezpieczeństwa w bibliotece.

Dalsze długotrwałe wykorzystywanie obecnej wersji aplikacji stwarza zagrożenie dla ogólnie pojętego bezpieczeństwa infrastruktury krytycznej Państwa.

Ponadto niezależnie od powyższego, zamawiający oświadczy, że dokonuje modyfikacji treści SWZ, w następujący sposób:

1.W § 3 umowy, której projekt stanowi załącznik nr 1 do SWZ, w ust. 2, pkt 2) o treści:

„2) będzie realizował przedmiot Umowy w zakresie, o którym mowa w § 2 ust. 1 pkt 2, przez okres 36 miesięcy, jednak rozpoczęcie świadczenia usługi wsparcia nie może nastąpić przed dniem 14.09.2025 otrzymuje następujące brzmienie:

„2) będzie realizował przedmiot Umowy w zakresie, o którym mowa w § 2 ust. 1 pkt 2 Umowy, w okresie 36 miesięcy od dnia 14 września 2025r., nie wcześniej jednak niż po 2 miesiącach od dnia podpisania umowy stanowiących okres przejściowy.”.

2.W § 4 umowy, której projekt stanowi załącznik nr 1 do SWZ, w ust. 1, pkt 1) o treści:

„1) Wykonawca rozpocznie świadczenie usług, o których mowa w §2 ust. 1 pkt 1 w dniu protokolarnego przekazania mu kodów źródłowych i Dokumentacji Systemu będącej w posiadaniu Zamawiającego którego wzór określono w załączniku nr 5 do umowy.”, otrzymuje następujące brzmienie:

„1) Wykonawca rozpocznie świadczenie usług, o których mowa w §2 ust. 1 pkt 1 w dniu protokolarnego przekazania mu ostatecznej wersji kodów źródłowych i Dokumentacji Systemu, którego wzór określono w załączniku nr 5 do umowy, z zastrzeżeniem że przekazanie kodu nastąpi nie wcześniej niż po zakończeniu 1 miesięcznego okresu przejściowego po podpisaniu Umowy, w którym to Wykonawca będzie miał dostęp do infrastruktury Centralnej Bazy Danych Osób Pozbawionych Wolności wraz z pełnym dostępem do kodów źródłowych oraz Dokumentacji Systemu.”.

3.W § 4 umowy, której projekt stanowi załącznik nr 1 do SWZ, w ust. 3, pkt 1) o treści:

„1) Zamawiający zobowiązuje się do udzielenia Wykonawcy zleceń na wykonanie modyfikacji o wartości brutto nie mniejszej niż 20% wartości brutto wykonania modyfikacji podstawowych, z załącznika nr 2 do umowy, określonej w formularzu cenowym stanowiącym załącznik nr 1 do umowy;”,

otrzymuje następujące brzmienie:

„1) Zamawiający zobowiązuje się do udzielenia Wykonawcy zleceń na wykonanie modyfikacji o wartości brutto nie mniejszej niż 20% łącznej wartości brutto wykonania modyfikacji podstawowych, z załącznika nr 2 do umowy, określonej w formularzu cenowym stanowiącym załącznik nr 1 do umowy. Jednocześnie Zamawiający zobowiązuje się do udzielenia Wykonawcy w każdym roku obowiązywania umowy, w okresie o którym mowa w §3 ust. 2 pkt 2, zleceń na wykonanie modyfikacji o wartości brutto nie większej niż 35% łącznej wartości brutto wykonania w/w modyfikacji;”.

4.W § 11 umowy, której projekt stanowi załącznik nr 1 do SWZ, w ust. 1, pkt 5) o treści:

„5) w przypadku nieusunięcia przez Wykonawcę błędu zwykłego w terminie określonym w § 4 ust. 2 pkt 2 Wykonawca zapłaci zamawiającemu karę umowną w wysokości 1% wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 8 ust. 3, za każdy dzień zwłoki, nie więcej jednak niż 10% wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 8 ust. 4 w całym okresie trwania umowy;”, otrzymuje następujące brzmienie:

„5) w przypadku nieusunięcia przez Wykonawcę błędu zwykłego lub niewskazania alternatywnej ścieżki realizacji funkcji w Aplikacji Centralnej Bazy w terminach określonych w § 4 ust. 2 pkt 2 Wykonawca zapłaci zamawiającemu karę umowną w wysokości 1% wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 8 ust. 3, za każdy dzień zwłoki, nie więcej jednak niż 10% wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 8 ust. 4 w całym okresie trwania umowy;”.

II.Uwzględnił częściowo zarzut dotyczący:

„Zarzut 2: naruszenie art. 99 ust. 4 w związku art. 16 ustawy przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję i uprzywilejowujący konkretnego wykonawcę oraz naruszający zasady proporcjonalności, zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców”.

W związku z powyższym, zamawiający oświadczył, że dokonuje modyfikacji treści SWZ, w następujący sposób:

1.W § 3 umowy, której projekt stanowi załącznik nr 1 do SWZ, w ust. 2, pkt 2) o treści:

„2) będzie realizował przedmiot Umowy w zakresie, o którym mowa w § 2 ust. 1 pkt 2, przez okres 36 miesięcy, jednak

rozpoczęcie świadczenia usługi wsparcia nie może nastąpić przed dniem 14.09.2025 r.",  
otrzymuje następujące brzmienie:

„2) będzie realizował przedmiot Umowy w zakresie, o którym mowa w § 2 ust. 1 pkt 2 Umowy, w okresie 36 miesięcy od dnia 14 września 2025r., nie wcześniej jednak niż po stanowiących okres przejściowy 2 miesiącach od dnia podpisania umowy.”.

2.W § 4 umowy, której projekt stanowi załącznik nr 1 do SWZ, w ust. 1, pkt 1) o treści:

„1) Wykonawca rozpocznie świadczenie usług, o których mowa w §2 ust. 1 pkt 1 w dniu protokolarnego przekazania mu kodów źródłowych i Dokumentacji Systemu będącej w posiadaniu Zamawiającego którego wzór określono w załączniku nr 5 do umowy.”, otrzymuje następujące brzmienie:

„1) Wykonawca rozpocznie świadczenie usług, o których mowa w §2 ust. 1 pkt 1 w dniu protokolarnego przekazania mu ostatecznej wersji kodów źródłowych i Dokumentacji Systemu, którego wzór określono w załączniku nr 5 do umowy, z zastrzeżeniem że przekazanie kodu nastąpi nie wcześniej niż po zakończeniu 1 miesięcznego okresu przejściowego po podpisaniu Umowy, w którym to Wykonawca będzie miał dostęp do infrastruktury Centralnej Bazy Danych Osób Pozbawionych Wolności wraz z pełnym dostępem do kodów źródłowych oraz Dokumentacji Systemu.”.

Ponadto Zamawiający:

1)nie może spełnić żądania, o którym mowa w pkt 2) lit. c), ponieważ osoby odpowiedzialne za bieżącą obsługę aplikacji Centralnej Bazy Danych Osób Pozbawionych Wolności nie posiadają odpowiedniej wiedzy umożliwiającej prowadzenie warsztatów z zakresu kompilacji kodu oraz procedur bazodanowych,

2)nie może spełnić żądania, o którym mowa w pkt 2) lit. d), ponieważ nie posiada systemu do obsługi zgłoszeń, monitorowania i rozliczania.

III.Uwzględnił częściowo zarzut dotyczący:

„Zarzut 3: naruszenie art. 439 ust. 1 i 2 ustawy w zw. z art. 99 ust. 1 i 4 ustawy oraz art. 16 pkt 1 i 3 ustawy w zw. z art. 353(1) KC w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy przez ustalenie klauzuli waloryzacyjnej w sposób nieprecyzyjny, nie pozwalający na zapewnienie ekwiwalentności świadczeń stron umowy oraz nie niwelujący ryzyk związanych ze zmianami kosztów wykonania zamówienia publicznego, co przy aktualnym poziomie inflacji prowadzi do uznania Wzoru umowy w niezmiennym kształcie za naruszającego zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców i równego traktowania stron stosunku zobowiązaniowego”.

Zamawiający oświadczył, że dokonuje modyfikacji treści SWZ, w następujący sposób:

W § 8 umowy, której projekt stanowi załącznik nr 1 do SWZ, ust. 14,16 i 19 o treści:

„14. Minimalny poziom zmiany wskaźnika GUS, w wyniku którego wynagrodzenie Wykonawcy może zostać zmienione wynosi 2,5 %, w stosunku do średniorocznego wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem (poziom zmiany ceny) ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego za rok kalendarzowy, w którym zawarto Umowę.

16. Wykonawca zobowiązany jest do wyczerpującego i udokumentowanego uzasadnienia wniosku o waloryzację ze wskazaniem podstaw faktycznych i prawnych oraz wpływu zmiany wskaźnika GUS na wykonanie przedmiotu Umowy. Wykazanie wpływu następuje w formie pisemnej.

19. Maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia, o której mowa w ust. 13-18 wynosi łącznie 5,0 % wartości wynagrodzenia brutto Wykonawcy, określonego w § 8 umowy.”, otrzymują następujące brzmienie:

„14. Minimalny poziom zmiany wskaźnika GUS, w wyniku którego wynagrodzenie Wykonawcy może zostać zmienione wynosi 2,5 %, w stosunku do średniorocznego wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem (poziom zmiany ceny) ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego za poprzedni rok kalendarzowy.

16. Wykonawca zobowiązany jest do udokumentowanego uzasadnienia wniosku o waloryzację ze wskazaniem podstaw faktycznych i prawnych oraz wpływu zmiany wskaźnika GUS na wykonanie przedmiotu Umowy. Wykazanie wpływu następuje w formie pisemnej.

19. Maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia, o której mowa w ust. 13-18 wynosi łącznie (w całym okresie obowiązywania umowy) 20 % wartości wynagrodzenia brutto Wykonawcy, określonego w §8 umowy.”

13 listopada 2024 r. odwołujący złożył dodatkowe stanowisko pisemne, w którym oświadczył:

Ad. Zarzut 1 - naruszenie art. 240 ust. 2 w związku art. 16 ustawy przez określenie kryteriów oceny ofert w sposób uniemożliwiający weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach oraz z naruszeniem zasady przejrzystości i zachowania uczciwej\* konkurencji.

Nie odniósł się natomiast zamawiający do zarzuconego przed odwołującego braku weryfikowalności sformułowanych kryteriów pozacenowych, a co za tym idzie, braku zapewnienia konkurencyjności postępowania w tym zakresie. Wydaje się, że w odniesieniu do powyższego swoje stanowisko zamawiający oparł na zacytowanym jednostkowym wyroku KIO z dnia 14 marca 2023 r. (KIO 537/23), w którym stwierdzono, że art. 242 ust. 2 ustawy wprost wskazuje na możliwość stosowania kryteriów, które dotyczą etapu realizacji umowy, gdyż „ustawodawca wprost wymienia i wskazuje jako

przykładowe, możliwe do zastosowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, takie kryteria jak: serwis posprzedażny, pomoc techniczna, warunki dostawy takie jak termin, sposób lub czas dostawy, oraz termin realizacji".

Odwolujący zauważył, że powyższy przepis ustawy odnosi się do warunków dostawy, a nie usługi. Zgodnie z art. 7 pkt 4 ilekroć w ustawie jest mowa o dostawach - „należy przez to rozumieć nabywanie produktów, którymi są rzeczy ruchome, energia, woda oraz prawa majątkowe, jeżeli mogą być przedmiotem obrotu, w szczególności na podstawie umowy sprzedaży, dostawy, najmu, dzierżawy oraz leasingu z opcją lub bez opcji zakupu, które może obejmować dodatkowo rozmieszczenie lub instalację."

Przedmiotowe postępowanie nie jest postępowaniem o zakup dostaw, lecz o zakup usług: przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług zapewniających ciągłość działania i rozwoju CBDOPW wraz z wykonaniem aktualizacji oprogramowania. Udostępniona w dokumentach postępowania umowa jest umową o świadczenie usług, a nie umową sprzedaży, czy dostawy. Wobec powyższego, według odwołującego nie można uznać, że zawarte w art. 242 ust. 2 pkt 6 sformułowanie dotyczące „warunków dostaw” dotyczy również „warunków usług”. Po to ustawodawca zdefiniował w przepisach pojęcie dostaw i usług, by znalazły one odpowiednie zastosowanie w wykonywaniu tych przepisów. Gdyby ustawodawca dopuszczał stosowanie ww. kryteriów w odniesieniu do usług, to zawarłby odpowiednią regulację w tym zakresie. Skoro jej nie zawarł, to brak jest podstaw do twierdzenia, że art. 242 ust. 2 pkt 6 dopuszcza stosowanie kryteriów oceny ofert w zakresie „terminu, sposobu czy czasu dostawy” usług.

Biorąc pod uwagę charakter dostaw i usług, postępowanie ustawodawcy w powyższym zakresie należy uznać za bardzo racjonalne. Czym innym jest bowiem termin dostawy rzeczy ruchomej, a czym innym jest „dostarczenie” rozwiązania błędu zaistniałego w systemie informatycznym. Po pierwsze, przygotowanie rozwiązania błędu opiera się na pewnym procesie myślowym, który należy wykonać w sposób zindywidualizowany - w zależności od zaistniałego błędu. Nie ma gotowego rozwiązania „pudełkowego” - typu zakupić pendrive, włożyć go do komputera i błąd zostanie usunięty. Po drugie, skuteczne usunięcie takiego zaistniałego błędu wymaga wiedzy i doświadczenia osób realizujących tego typu usługi. Im większa wiedza i doświadczenie, tym wyższy standard wykonywanych usług. Standard, zapewnienie którego na najwyższym poziomie jest celem zamawiającego, jednak realizowanym w oparciu o nieweryfikowalne kryteria pozacenowe, które w żaden sposób nie gwarantują osiągnięcia wspomnianego celu.

Stanowisko odwołującego w zakresie konieczności stosowania weryfikowalnych kryteriów oceny ofert nie jest gołosłownym twierdzeniem odwołującego, lecz znajduje poparcie w orzeczeniach KIO i sądów, wskazanych w odwołaniu, jak również w:

- 1) Dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE,
- 2) Dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylającej dyrektywę 2004/17/WE,
- 3) Poradniku Urzędu Zamówień Publicznych „Pozacenowe kryteria oceny ofert. Poradnik z katalogiem dobrych praktyk. Ver. 2.0.”, udostępnionym na stronie internetowej UZP pod adresem: <https://www.gov.pl/web/uzp/pozacenowe-kryteria-oceny-ofert>

Z motywu 90 i 92 preambuły do dyrektywy 2014/24/UE oraz motywu 95 i 97 do dyrektywy 2014/25/UE wynika, że zamawiający powinien umożliwić wykonawcom otrzymywanie wystarczających informacji na temat kryteriów i warunków, które zostaną zastosowane przy podejmowaniu decyzji o udzieleniu zamówienia a wybrane kryteria powinny zapewniać możliwość efektywnej i uczciwej konkurencji, a także powinny im towarzyszyć rozwiązania, które pozwalają na skuteczną weryfikację informacji przedstawianych przez oferentów.

Odwolujący zacytował str. 12 pkt. „4. Stosowanie kryteriów weryfikowalnych” poradnika UZP oraz str. 22 tego poradnika.

Powyższe rozważania w zakresie kryteriów oceny ofert Urząd Zamówień publicznych podsumował formułując „10 kroków do wyboru oferty najkorzystniejszej”, wśród których w drugim punkcie znalazło się zalecenie unikania kryteriów opartych na nieweryfikowalnych deklaracjach wykonawców:

10 kroków do wyboru oferty najkorzystniejszej

1. Należy dostosować kryteria i ich wagi do uzasadnionych potrzeb zamawiającego.
2. Należy unikać kryteriów opartych na nieweryfikowalnych deklaracjach wykonawców.
3. Należy stosować kryteria pozacenowe tam, gdzie jest to potrzebne do wyboru najkorzystniejszej oferty.
4. Należy porównywać raczej całkowite koszty posiadania (TCO), nie ceny zakupu - o He podejście oparte na TCO ma zastosowanie.
5. Kryteria powinny być różnicujące.
6. Do oceny ofert w kryteriach wymiernych należy stosować odpowiednie wzory
7. Można stosować kryteria niewymierne w zakresie potrzebnym do wyboru oferty najkorzystniejszej.
8. Oferty poniżej wyznaczonego minimalnego poziomu jakości powinny być odrzucane.

9. Należy starannie dobierać wagi kryteriów, najlepiej przy wykorzystaniu metod wspomagania podejmowania decyzji.

10. Każdorazowo należy dostosować kryteria i ich wagi do uwarunkowań rynkowych.

Kryteria oceny ofert powinny być weryfikowalne, ponieważ mają na celu wprowadzenie konkurencyjności wśród wykonawców, przy jednoczesnym zapewnieniu realizacji uzasadnionych potrzeb zamawiającego. Skoro tak, to zaskarżone kryteria nie spełniają tej funkcji: nie są ani konkurencyjne, ani nie charakteryzują celu, jaki zamawiający zamierza osiągnąć. Jak bowiem wynika z doświadczenia odwołującego, w przypadku stosowania tego typu deklaratoryjnych i nieweryfikowalnych kryteriów oceny ofert, oświadczenia wykonawców przypadają na te najwyższe punktowane. Na dowód powyższego odwołujący w załączeniu złożył informacje opublikowane przez zamawiających w postępowaniach na utrzymanie, rozwój czy modyfikacje systemów informatycznych, w których zastosowano sporne kryteria i w których wszyscy wykonawcy zadeklarowali spełnienie ich na najwyższym poziomie:

- 1) Główny Inspektor Transportu Drogowego - zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 16.02.2021 r.
- 2) Ministerstwo Spraw Wewnętrznych i Administracji - informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 29.12.2020 r.
- 3) Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa - informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 20.05.2019 r.
- 4) Główny Inspektor Transportu Drogowego - informacja o otwarciu ofert z dnia 18.12.2020 r.
- 5) Ministerstwo Sprawiedliwości - zbiorcze zestawienie ofert oznaczenie sprawy BA-F-M-3710- 12/17
- 6) Zakład Ubezpieczeń Społecznych - informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 29.10.2018 r.
- 7) Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa - informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 01.07.2019 r.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie podkreślił, że jego celem jest zapewnienie bezpieczeństwa, w tym ciągłości działania Systemu, z uwagi na posiadanie przez niego przymiotu kluczowego (krytycznego) rejestru publicznego. Cel ten w ocenie zamawiającego zostanie osiągnięty, jeśli podmiot utrzymujący ten System będzie sprawnie usuwał zaistniałe w nim błędy. Skoro tak, to rodzi się pytanie: jaki podmiot daje rękojmię sprawnego usuwania błędów Systemu? Otóż pomiot posiadający profesjonalną i doświadczoną kadrę. Zamawiający jednak nie premiuje wykonawców za kompetentny personel, lecz premiuje deklarację wykonawcy, że zrealizuje usługę aktualizacji kodu źródłowego w określonym czasie lub usunie błąd w zadeklarowanym SLA. To, że zamawiający przewidział kary umowne za niewywiązanie się przez wykonawcę z zadeklarowanych kryteriów jest w ocenie odwołującego kwestią następczą. W przypadku bowiem, gdy wybrany wykonawca nie będzie dotrzymywał zadeklarowanych terminów, zamawiający otrzyma co najwyżej rekompensatę finansową, jednak nie osiągnie wskazanego przez niego celu - maksymalnej funkcjonalności Systemu.

Zacytowany przez Zamawiającego wyrok KIO również odnosi się do treści Poradnika Urzędu Zamówień Publicznych „Pozacenowe kryteria oceny ofert. Poradnik z katalogiem dobrych praktyk. Ver. 2.0.”, o którym mowa powyżej, jednak nie wie, do czego, referuje do kryteriów odnoszących się do robót budowlanych i usług odbioru odpadów komunalnych, zamiast do kryteriów oceny ofert na usługi informatyczne (str. 67 Poradnika). W odniesieniu bowiem do usług informatycznych UZP stwierdza, że „(...) wspólnym mianownikiem zamawiania wielu usług informatycznych jest konieczność dysponowania przez zamawiającego specjalistyczną wiedzą. Brak tej wiedzy może być powodem niepowodzeń w realizacji wielu projektów informatycznych.”. W związku z powyższym UZP rekomenduje kryterium „Analiza projektu” czy „Strategia zakupowa”. W ramach obu tych kryteriów wykonawcy zobowiązani są do przygotowania dokumentu, podlegającego ocenie z uwzględnieniem określonych zasad:

Zamawiający dokona oceny ofert opierając się na następujących zasadach:

Oferowane podejście Jak dobrze oferta pokazuje zrozumienie zasad efektywnego udzielania zamówień publicznych na i maksymalizuje prawdopodobieństwo wyboru najkorzystniejszej oferty pochodzącej od wiarygodnego wykonawcy? Ocena Nieakceptowalne - Oferta nie pokazuje adekwatnego zrozumienia zasad efektywnego udzielania zamówień tego typu, nie odnosi się adekwatnie do głównych ryzyk związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia – oferta odrzucona

Akceptowalne - Oferta pokazuje dostateczne zrozumienie zasad efektywnego udzielania zamówień tego typu i pokrywa główne ryzyka związane z postępowaniem o udzielenie zamówienia na akceptowalnym poziomie - 1

Dobre - Oferta wykazuje dobre zrozumienie zasad efektywnego udzielania zamówień tego typu, w pełni się odnosi do głównych ryzyk związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia oraz zawiera specyficzne, wartościowe propozycje - 2

Doskonale - Oferta jest dostosowana i dopasowana do celów projektu, wykorzystuje innowacyjne podejście by radzić sobie w sposób wszechstronny z głównymi ryzykami związanymi z projektem i jest oparte na dobrej praktyce wykonawcy - 3

Podsumowując, zdaniem odwołującego zaproponowane przez zamawiającego pozacenowe kryteria oceny ofert nie spełniają wymogu weryfikowalności, o którym mowa w ust. 240 ust. 2 ustawy, a którego waga jest podkreślana w wyrokach i dyrektywach unijnych, wyrokach sądów powszechnych i wyrokach KIO, jak również jest jednym z 10 kroków do wyboru oferty najkorzystniejszej, rekomendowanych przez Urząd Zamówień Publicznych do stosowania przez zamawiających w ramach dobrych praktyk w zakresie kryteriów oceny ofert. Tak postawione kryteria nie zapewniają

konkurencyjności ofert wykonawców i nie realizują celu, który w odpowiedzi na odwołanie wskazał zamawiający w przeciwieństwie do zaproponowanego przez odwołującego w żądaniu szerokiego katalogu możliwych kryteriów oceny ofert obejmującego:

- a.Opracowanie koncepcji
- b.Studium przypadku
- c.Potencjał i doświadczenie oferenta
- d.Dodatkowe doświadczenie i kompetencje zespołu/personelu.

Odwołujący podtrzymał zgłoszony zarzut i żądanie uznając, że zasługuje on na uwzględnienie.

Ad. Zarzut 2 - naruszenie art. 99 ust. 4 w związku art. 16 ustawy przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję i uprzywilejowujący konkretnego wykonawcę oraz naruszający zasady proporcjonalności, zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Wobec częściowego uwzględnienia powyższego zarzutu przez zamawiającego i dokonania modyfikacji treści SWZ w sposób opisany w odpowiedzi na odwołanie z dnia 13.11.2024 r., odwołujący cofa przedmiotowy zarzut.

Ad. Zarzut 3 - naruszenie art. 439 ust. 1 i 2 ustawy w zw. z art. 99 ust. 1 i 4 ustawy oraz art. 16 pkt 1 i 3 ustawy w zw. z art. 353(1) KC w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy przez ustalenie klauzuli waloryzacyjnej w sposób nieprecyzyjny, nie pozwalający na zapewnienie ekwiwalentności świadczeń stron umowy oraz nie niwelujący ryzyk związanych ze zmianami kosztów wykonania zamówienia publicznego, co przy aktualnym poziomie inflacji prowadzi do uznania Wzoru umowy w niezmienionym kształcie za naruszającego zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców i równego traktowania stron stosunku zobowiązaniowego.

Wobec częściowego uwzględnienia powyższego zarzutu przez zamawiającego i dokonania modyfikacji treści SWZ w sposób opisany w odpowiedzi na odwołanie z dnia 13.11.2024 r., odwołujący wniosł o umorzenie postępowania w zakresie tego zarzutu.

#### **Stan faktyczny:**

#### **III. SWZ**

14. Zamawiający wymaga złożenia oferty po przeprowadzeniu przez Wykonawcę wizji lokalnej, o której mowa w art. 131 ust. 2 ustawy.

Każdy z Wykonawców zobowiązany jest dokonać wizji lokalnej, polegającej na zapoznaniu się ze środowiskiem i kodami źródłowymi Systemu Centralnej Bazy w siedzibie Zamawiającego, po uprzednim zgłoszeniu takiego zamiaru na adres e-mail: z. i podpisaniu oświadczenia o zachowaniu poufności, zgodnie ze wzorem oświadczenia o zachowaniu poufności. Na podstawie zgłoszenia, Zamawiający zarezerwuje w uzgodnieniu z Wykonawcą czas na zapoznanie się ze środowiskiem i kodami źródłowymi Systemu Centralnej Bazy, nie więcej jednak niż 4 dni robocze w godz. 9.00 - 16.00.

#### **IV. Opis przedmiotu zamówienia.**

Przedmiotem zamówienia jest:

Aktualizacja oprogramowania oraz zapewnienie ciągłości działania i rozwoju Centralnej Bazy Danych Osób Pozbawionych Wolności.

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia określony został w załączniku nr 2, 3 i 4 do umowy, której projekt stanowi załącznik nr 1 do SWZ.

V. Wykaz przedmiotowych środków dowodowych składanych wraz z ofertą.

Zamawiający nie wymaga przedmiotowych środków dowodowych.

#### **VI. Termin wykonania zamówienia.**

Zamawiający wymaga realizacji przedmiotu zamówienia w terminie do 48 miesięcy od dnia zawarcia umowy. W tym świadczenie usługi wsparcia eksploatacji Centralnej Bazy, realizowane będzie przez okres 36 miesięcy, jednak nie wcześniej niż od dnia 14.09.2025 r.

#### **XXI. Opis kryteriów oceny ofert, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert.**

5. Czas realizacji usługi aktualizacji kodu źródłowego Aplikacji Systemu Centralnej Bazy- waga kryterium -30 %; sposób oceny: „minimalizacja”.

Wykonawca w zależności przedstawionego czasu Czas realizacji usługi aktualizacji kodu źródłowego Aplikacji Systemu Centralnej Bazy otrzyma następująca ilość punktów:

- do 6 miesięcy -30 pkt,
- do 7 miesięcy -25 pkt,
- do 8 miesięcy -20 pkt,
- do 9 miesięcy -10 pkt,
- do 10 miesięcy-5 pkt,
- do 11 miesięcy-2 pkt,
- do 12 miesięcy-0 pkt,



\* Zamawiający wymaga, by czas realizacji usługi aktualizacji kodu źródłowego Aplikacji Systemu Centralnej Bazy wynosił nie więcej niż 12 m-cy. Zaoferowanie czasu realizacji usługi aktualizacji kodu źródłowego Aplikacji Systemu Centralnej Bazy dłuższego niż 12 m-cy będzie skutkowało odrzuceniem oferty. W przypadku zaoferowania czasu realizacji usługi aktualizacji kodu źródłowego Aplikacji Systemu Centralnej Bazy krótszego niż 6 m-c wykonawca otrzyma 30 pkt.

6. Czas usunięcia błędu zwykłego lub wskazania alternatywnej ścieżki realizacji funkcji \* - waga kryterium -5 %; sposób oceny: „minimalizacja”.

Wykonawca, który przedstawi najkrótszy czas usunięcia błędu zwykłego lub wskazania alternatywnej ścieżki realizacji funkcji, otrzyma 5 punktów, pozostali wykonawcy otrzymają proporcjonalnie mniej punktów, stosownie do wzoru:

oferta z najkrótszym czasem usunięcia błędu zwykłego  
lub wskazaniem alternatywnej ścieżki realizacji funkcji

uzyskana liczba punktów = ----- x 5

czas usunięcia błędu zwykłego lub wskazania alternatywnej  
ścieżki realizacji funkcji oferty badanej

\* - Czas usunięcia błędu zwykłego lub wskazania alternatywnej ścieżki realizacji funkcji nie może być dłuższy niż 10 dni roboczych liczonych od dnia zgłoszenia. Zaoferowanie czasu dłuższego niż 10 dni roboczych, liczonych od dnia zgłoszenia, skutkować będzie odrzuceniem oferty.

7. Łączny czas realizacji modyfikacji podstawowych\* - waga kryterium - 5 %; sposób oceny: „minimalizacja”.

Wykonawca, który przedstawi najkrótszy czas realizacji modyfikacji podstawowych, otrzyma 5 punktów, pozostali wykonawcy otrzymają proporcjonalnie mniej punktów, stosownie do wzoru:

Oferta z najkrótszym czasem  
realizacji modyfikacji podstawowych

uzyskana liczba punktów = ----- x 5

czas realizacji modyfikacji  
podstawowych oferty badanej

\* Zamawiający wymaga, by czas realizacji poszczególnych modyfikacji podstawowych wynosił minimum 2 m-ce, jednak nie więcej niż 12 m-cy. Zaoferowanie czasu modyfikacji podstawowej krótszego niż 2 m-ce lub dłuższego niż 12 m-cy będzie skutkowało odrzuceniem oferty.

Zamawiający udzieli zamówienia wykonawcy, którego oferta nie będzie podlegała odrzuceniu i zostanie oceniona jako najkorzystniejsza, tzn. otrzyma największą sumaryczną liczbę punktów, w oparciu o podane kryteria.

Dowody odwołującego:

1. Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, przez ZUS na „Rozwój i utrzymanie Portalu Klienta oraz Szyny Usług (ESB) — w ramach Platformy Usług Elektronicznych ZUS” — część A zamówienia, postępowanie nr: TZ/271/49/17, z której wynika, że zarówno Comarch Polska SA jak i Asseco Polska SA w kryterium Poziom dostępności usług SLA otrzymali taką samą maksymalną liczbę punktów

2. Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez ARMiR na „zakup usługi Utrzymania i Rozwoju Aplikacji ZSZiK, IACSplus, GIS, szl, PZSiPplus, PA oraz eWniosekPlus na okres 47 miesięcy”, z której wynika, że zarówno Comarch Polska SA, Asseco Poland SA i DCX Technology Polska sp. z o.o. w kryteriach „deklarowany Czas Realizacji Błędu Krytycznego” i „deklarowany czas przekazania oprogramowania Modyfikacji do Testów Akceptacyjnych” otrzymali takie same wyniki punktacji to jest 8 i 21 pkt.

3. Informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego przez ARMiR na „Zakup usługi Utrzymania i rozwoju systemu informatycznego OFSA na okres 47 miesięcy”, z której wynika, że zarówno Comarch Polska SA, Asseco Poland SA i DCX Technology Polska sp. z o.o. w kryterium:

Deklarowany czas przekazania oprogramowania Modyfikacji do Testów Akceptacyjnych — waga 24 % [24 pkt] —  
w tym o pracochłonności w IFPUC:

1) od 1 do 100 Punktów Funkcyjnych — 4,00 pkt

2) od 101 do 300 Punktów Funkcyjnych — 4,00 pkt

3) od 301 do 600 Punktów Funkcyjnych — 4,00 pkt

4) od 601 do 1000 Punktów Funkcyjnych — 4,00 pkt

5) od 1001 do 1500 Punktów Funkcyjnych — 4,00 pkt

6) od 1501 do 2100 Punktów Funkcyjnych — 4,00 pkt.

otrzymali taką samą maksymalną liczbę punktów.

4. Informacja z otwarcia ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu

nieograniczonego prowadzonym przez GITD, którego przedmiotem jest „Świadczenie usług utrzymania i rozwoju systemu Krajowego Rejestru Elektronicznego Przedsiębiorców Transportu Drogowego”, z której wynika, że Pentacomp Systemy Informatyczne S.A, Asseco Poland SA i ESKOM IT sp. z o.o. w kryteriach wydłużenie okresu usługi utrzymania i rozwoju i skrócenie czasu rozwiązania zgłoszenia kategorii „krytyczne” zaoferowali te same wartości tj jest do 42 miesięcy i do 6h.

5. Informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego prowadzonym przez GITD, którego przedmiotem jest „Świadczenie usług utrzymania i rozwoju systemu Krajowego Rejestru Elektronicznego Przedsiębiorców Transportu Drogowego”, z której wynika, że Pentacomp Systemy Informatyczne S.A, Asseco Poland SA i ESKOM IT sp. z o.o. w kryteriach Wydłużenie okresu usługi utrzymania i rozwoju ( Waga 15%) i Skrócenie czasu rozwiązania Zgłoszenia o kategorii „krytyczny ( Waga 15%) zaoferowali te same wartości i były to wartości gwarantujące maksymalną punktację.
6. Informacja z otwarcia ofert w postępowaniu BA-F-II-3710-12/17 prowadzonym przez Ministerstwo Sprawiedliwości, z której wynika, że Atos Polska SA, Comarch Polska SA, Sygnity SA, Asseco Poland SA w kryterium nr zestawu dotyczącego usunięcia awarii lub błędów podali ten sam numer zestawu - 3.
7. Informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nr BZP-WPP-2374-1-34-DZIK-PN-TK/2019 prowadzonego przez MSWiA p.n. „Zaprojektowanie, budowa i wdrożenie Systemu Rejestracji Broni (SRB)”, z której wynika, że Konsorcjum Euvic Sp. z o.o. i Euvic Solutions Sp. z o.o., Nekker spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp.k., Konsorcjum Firm: S&T Services Polska i ABAKUS Systemy Teleinformatyczne sp. z o.o., Konsorcjum firm: Lider: NTT Technology Sp. z o.o. i Helica sp. z o.o., Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o., Comarch Polska S. A. w kryterium Dodatkowa liczba roboczogodzin Usług Rekonfiguracyjnych i Deweloperskich otrzymali tę samą liczbę 10 pkt.

#### **Rozważania KIO:**

Krajowa Izba Odwoławcza (dalej KIO) dopuściła jako uczestnika postępowania po stronie odwołującego Axians IT Services Poland.

KIO nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania, oraz uznała, że odwołujący wykazał przesłankę materialnoprawną dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że obecne Prawo zamówień publicznych w zakresie kryteriów oceny ofert zdecydowanie różni się od przepisów obowiązujących na gruncie ustawy z 2004 r. Wskazać należy, że w art. 91 starej ustawy była mowa o kryteriach ceny lub kosztu albo ceny lub kosztu i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia (ust. 2). Zamawiający miał określić kryteria oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały, umożliwiając sprawdzenie informacji przedstawianych przez wykonawców (ust. 2d). Kryteria nie mogły dotyczyć właściwości wykonawcy, a w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej (ust. 3). Natomiast od zamawiających ustawodawca nie wymagał, aby kryteria umożliwiały weryfikację i porównanie poziomu oferowanego przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach.

Uprzedni stan prawny nie zabraniał zamawiającemu ustanowienia kryterium oceny ofert, który byłby oceniany wyłącznie na podstawie niesprawdzalnego na dzień składania ofert oświadczenia wykonawcy. Nie było oczywiście pożądane stawianie kryteriów obiektywnie niesprawdzalnych w dacie dokonywania oceny, jednak ustawodawca wprost nie wyartykułował wymogu weryfikowalności kryterium. To pojęcie pojawia się jedynie w ust. 3 c pkt. 2 art. 91, gdzie mowa jest o rachunku cyklu życia obejmującego koszty przypisywane ekologicznym efektom zewnętrznym związane z cyklem życia produktu, usługi lub robót budowlanych dotyczące emisji gazów cieplarnianych i innych zanieczyszczeń oraz inne związane z łagodzeniem zmian klimatu, o ile ich wartość pieniężną można określić i zweryfikować. Zatem w przypadku kosztów związanych z łagodzeniem zmian klimatu ustawodawca wpisał wprost, że tylko wtedy można uczynić z nich element kosztu cyklu życia produktu, o ile można je wycenić i da się je zweryfikować.

Natomiast po 2019 r. ustawodawca po pierwsze wprowadził nową zasadę zamówień publicznych – zasadę efektywności. Po drugie nakazał zamawiającemu, aby kryteria oceny ofert i ich opis nie pozostawiały mu nieograniczonej swobody wyboru oferty najkorzystniejszej oraz umożliwiały zamawiającemu weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach. Przy czym należy zdefiniować pojęcia weryfikowalny i porównywalny, bo wydaje się KIO, że zamawiający uważa je za tożsame.

Weryfikowalny to według Słownika Języka Polskiego PWN - taki, którego prawdziwość można sprawdzić.

Porównywalny to według Słownika Języka Polskiego PWN - taki, który jest podobny do innego na tyle, aby można go z nim porównywać.

To, że oświadczenia wykonawców w zakresie terminu realizacji aktualizacji czy terminu realizacji modyfikacji podstawowych, czy też czasu usunięcia błędu zwykłego będą nadawały się do porównania, to KIO w pełni rozumie i podziela stanowisko zamawiającego. Tak te same oświadczenia w poszczególnych ofertach da się porównać i

przedstawić wynik tych porównań na podstawie sposobu oceny kryteriów przedstawionego przez zamawiającego w SWZ. Natomiast problemem jest to, czy zamawiający jest w stanie wyłącznie na podstawie oświadczenia wykonawców sprawdzić prawdziwość tego oświadczenia.

Sam zamawiający na rozprawie stwierdził, że wyznaczone przez niego zakresy w poszczególnych kryteriach są zależne od posiadanych sił przede wszystkim kadrowych wykonawcy i stopnia ich zaangażowania w realizację zamówienia. Co więcej wskazał, że określił minima i maksyma kryteriów na podstawie doświadczeń z dotychczasowym wykonawcą oraz własnego zespołu programistycznego, ale z wypowiedzi zamawiającego nie wynikało, że przeprowadził poza tym szerszą analizę możliwości rynkowych wykonawców. Słusznie podniósł odwołujący, że celem zamawiającego jest sprawne stworzenie docelowego systemu i jego przyszła wysoka bezawaryjność. KIO zgadza się z odwołującym w tym, że same oświadczenia wykonawców nie pozwolą zamawiającemu ocenić, czy wykonawca deklaruje wartości rzeczywiście mu dostępne, czy też składa oświadczenia nakierowane na maksymalizację punktacji w danym kryterium bez pokrycia w faktycznych możliwościach wykonawcy.

KIO nie kwestionuje prawa zamawiającego do swobodnego doboru kryteriów oceny ofert i wyrażania przez te kryteria preferencji zamawiającego, natomiast, to co dostrzega KIO w kryteriach skonstruowanych przez zamawiającego, to to, że wykonawca może zadeklarować zamawiającemu dowolną wartość, a zamawiający nie przewidział mechanizmów pozwalających mu ocenić realność podanej wartości. KIO nie przeczy temu, że kryteria oceny mogą odnosić się do etapu wykonania umowy, a nawet do całego cyklu życia produktu, natomiast zamawiający musi określić metodę, według której stwierdzi prawdziwość oświadczenia o przysłowiowej „wieczystej gwarancji” przed wyborem oferty najkorzystniejszej.

Przepis art. 240 ust. 2 ustawy stanowi bowiem o weryfikacji na podstawie informacji przedstawionych w ofertach, a nie na podstawie informacji, które zamawiający poweźmie w toku realizacji zamówienia. Na weryfikowalność kryteriów oceny ofert stawia nacisk art. 67. Kryteria udzielenia zamówienia ust. 4 Dyrektywy 2014/24/WE (dyrektywy klasycznej), który stanowi, że kryteria udzielenia zamówienia nie mogą skutkować przyznaniem instytucji zamawiającej nieograniczonej swobody wyboru. Zapewniają one możliwość efektywnej konkurencji i dołączone są do nich specyfikacje, które umożliwiają skuteczną weryfikację informacji przedstawianych przez oferentów, tak aby ocenić, na ile oferty spełniają kryteria udzielenia zamówienia. W razie wątpliwości instytucje zamawiające skutecznie weryfikują prawidłowość informacji i dowodów przedstawionych przez oferentów. Ustawodawca unijny kładzie naciska na specyfikacje umożliwiające skuteczną weryfikację informacji pochodzących od oferentów. Zatem na gruncie prawa unijnego nie jest wystarczające przyjęcie wyłącznie niesprawdzalnego oświadczenia wykonawców, ale wymagane jest zweryfikowanie tych oświadczeń za pomocą przedmiotowych środków dowodowych lub wszelkich innych dostępnych zamawiającym informacji pozwalających ustalić obiektywnie, czy deklarowanym poziom oceniany w kryterium może być przez wykonawcę osiągnięty. KIO w tym miejscu wskazuje na wyrok z 28 listopada 2022 r. KIO 2993/22, w którym KIO uwzględniło odwołanie co do zarzutu nr 1 takim zakresie, że stwierdza naruszenie przez zamawiającego art. 240 ust. 2 ustawy, polegające na zaniechaniu wprowadzenia w opisie kryteriów oceny ofert „Czas obsługi błędów” i „Dostępność Oprogramowania” weryfikacji zadeklarowania przez wykonawcę spełniania tych kryteriów jakościowych w wariantach punktowanych i zaniechaniu zażądania w tym celu stosownych przedmiotowych środków dowodowych, oraz nakazuje zamawiającemu uzupełnienie w tym zakresie specyfikacji warunków zamówienia. W uzasadnieniu tego wyroku KIO przeprowadziło wnikliwą i dogłębną analizę stanowisk orzecznictwa, w tym Sądu Zamówień Publicznych, doktryny, ale także przepisów prawa europejskiego i wywiodło, tak jak KIO w tej sprawie, że brak przewidzenia przez zamawiającego weryfikowalności kryterium oceny ofert dyskredytuje takie kryterium. KIO w całości podziela i uznaje za własną argumentację i rozumowanie wywiedzione w powołanym orzeczeniu, tym bardziej, że to orzeczenie zapadło w podobnym stanie faktycznym i dotyczy usług informatycznych, w tym usług utrzymania i wsparcia, jest zatem adekwatne do przedmiotu sporu. Dodatkowo KIO wskazuje, że 17 listopada 2022 r. TSUE wydał wyrok w sprawie C-54/21, w którym stwierdził, że ważne jest, aby kryteria udzielenia zamówienia nie przyznawały instytucji zamawiającej nieograniczonej swobody wyboru. W związku z tym, jak wynika z art. 67 ust. 4 dyrektywy 2014/24/UE, do kryteriów tych muszą być dołączone specyfikacje, które umożliwiają skuteczną weryfikację informacji przedstawianych przez oferentów, tak aby ocenić, na ile oferty spełniają owe kryteria. Jeżeli zatem instytucja zamawiająca ustala kryteria udzielenia zamówienia mające na celu ocenę jakości ofert, kryteria te nie mogą ograniczać się do odesłania do koncepcji projektów, które mają zostać zrealizowane w ramach danego zamówienia, lub do opisanego przez oferenta sposobu realizacji tego zamówienia, lecz muszą być do nich dołączone specyfikacje, które umożliwiają wystarczająco konkretną ocenę porównawczą oferowanego poziomu wykonania.

KIO nie zgadza się z odwołującym, że cały pkt 6 ust. 2 art. 242 ustawy dotyczy wyłącznie dostaw. W ocenie KIO dotyczy on różnych rodzajów zamówień, natomiast dostaw dotyczą wymienione w nim warunki dostawy: termin, sposób lub czas dostawy, natomiast pozostałe takie jak serwis posprzedażny, pomoc techniczna i okres realizacji dotyczyć mogą także robót budowlanych i usług. KIO nie może nakazać zamawiającemu wprowadzenia któregoś z proponowanych przez

odwołującego kryteriów oceny ofert. Dobór kryteriów, ich waga, jak też sposób weryfikacji należą do swobody wyboru przez zamawiającego. To on jako nabywca musi potrafić określić jakie elementy zamówienia preferuje i jakie zwiększają ekonomiczną przydatność oferty do potrzeb zamawiającego. Z kolei odwołujący nie domagał się uzupełnienia kryteriów oceny ofert o opis sposobu weryfikacji kryteriów. Biorąc te dwie okoliczności pod uwagę KIO musiała uznać, że w obecnym brzmieniu kryteria oceny ofert nie spełniają wymogu weryfikowalności, a zatem pozostają w sprzeczności z art. 240 ust. 2 ustawy. Skoro KIO nie można narzucić zamawiającemu kryterium, a jednocześnie odwołujący nie żąda wprowadzenia zasad weryfikacji postawionych kryteriów, to jedynym możliwym rozstrzygnięciem stało się nakazanie zamawiającemu wykreślenia spornych kryteriów oceny ofert. KIO pozostawia zamawiającemu swobodę, czy wprowadzając nowe kryteria doprecyzuje te, które obecnie nie spełniają wymagań ustawowych opisując sposób weryfikacji i przedmiotowe środki dowodowe, jakich od wykonawców będzie żądał, czy też zamawiający zdecyduje się na wprowadzenie innych weryfikowalnych kryteriów oceny oferty.

KIO dostrzega, że nawet przy obecnie ustanowionych przez zamawiającego kryteriach zamawiający byłby w stanie przewidzieć sposób ich weryfikacji, choćby przez wskazanie określonych danych co do pracochłonności aktualizacji czy modyfikacji, które wykonawcy mogą sparametryzować przez wymagany nakład pracy, zakres aktualizacji, ilość modyfikacji, wielkość dedykowanego personelu lub w inny mierzalny i nadający się do oceny przez zamawiającego sposób przedstawienia wymiernych wartości potwierdzających deklarowane przez wykonawców czasookresy, możliwe jest zażądanie przedstawienia projektowanych harmonogramów realizacji zamówienia. Zamawiający może także określić sposób wyliczenia złożoności projektu przez wskazanie na jedną z wielu metod np. Programy Halsteada (Halstead's software science), Liczba cyklomatyczna McCabe'a (McCabe's cyclomatic number), Wskaźniki złożoności LOC, Metryki Henry'ego i Kafury, Model COCOMO, Analiza punktów funkcyjnych (FPA). W przypadku usuwania błędów lub projektowania obejścia nie jest wykluczone zaproponowanie przez zamawiającego weryfikacji podanego w ofercie czasu za pomocą próby, czyli przeprowadzenia w toku oceny ofert jednej lub kilku prób, takich samych dla każdego wykonawcy polegających na usunięciu błędu zwykłego, który już w systemie zamawiającego wystąpił i który zamawiający będzie w stanie zasymulować na potrzeby weryfikacji. Oczywiście powyższe to wyłącznie informacyjne wskazanie, że nawet termin realizacji nie musi być głoślową deklaracją, ale deklaracją, której realność i prawdziwość można sprawdzić. Przy czym ważne jest również to, aby zamawiający ustalił jednoznacznie dane wyjściowe, które wykonawcy mają uwzględnić w kryteriach, tak aby każdy z nich szacował na podstawie tego samego punktu wyjściowego. Słusznie zwrócił uwagę na rozprawie odwołujący, że przy modyfikacjach wykonawcy mogliby w różny sposób podejść do oszacowania tego kryterium, przyjmując jako dane wyjściowe, albo wszystkie 183 modyfikacje, albo tylko te modyfikacje, których zakres zamawiający gwarantuje w ofercie. Tak samo nie jest zrozumiałe stawianie w jednakowy sposób w kryterium dotyczącym błędów – czasu usuwania błędów i czasu zgłoszenia rozwiązania alternatywnego, które wydłuża czas usunięcia błędu.

W przeciwnym wypadku może się okazać, że skonstruowane kryteria oceny ofert prowadzą do złożenia ofert nieporównywalnych. Jeśli nieporównywalność ofert ujawniłaby się dopiero na etapie oceny ofert mogłoby, to skutkować koniecznością unieważnienia postępowania – tak KIO w wyroku z 14 lutego 2023 r. KIO 264/23.

Zarzuty dotyczące braku określenia przez zamawiającego okresu przejściowego na rozpoczęcie prac w zakresie aktualizacji kodu źródłowego i modyfikacji Aplikacji Systemu oczekiwane i waloryzacji zostały częściowo uwzględnione przez zamawiającego, a odwołujący złożył oświadczenie w przypadku pierwszego zarzutu o jego wycofaniu w całości, w przypadku drugiego o jego częściowym wycofaniu i złożył wniosek o umorzenie postępowania w odniesieniu do tych zarzutów.

Zgodnie z art. 522 ust. 3 ustawy 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.

Z tych względów KIO umorzyła postępowanie w zakresie zarzutów 2 i 3 odwołania, nie kierując ich do merytorycznego rozpoznania na rozprawie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od

odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437) na podstawie par. 7 ust. 1 pkt 1 cyt. rozporządzenia obciążając kosztami uiszczonego wpisu odwołującego, nadto na podstawie par. 5 ust. 2 w związku z par. 7 ust. 1 pkt. 1 Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego koszty uiszczonego wpisu, wydatków pełnomocnika w kwocie 3 600zł. zgodnie ze złożoną fakturą.

Przewodnicząca: .....

.....

.....