

WYROK
z dnia 21 października 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff
Członkowie: Magdalena Grabarczyk
Klaudia Szczytowska - Maziarz

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **19 października 2015 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **1 października 2015 r.** przez wykonawcę **Comarch S.A., Al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków** w postępowaniu prowadzonym przez **Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, al. Jana Pawła II nr 70, 00-175 Warszawa** adres do korespondencji: **Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, ul. Poleczki 33, 02-822 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **Hewlett Packard Enterprise Polska Sp. z o.o., ul. Szturmowa 2A, 02-678 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1

1. uwzględnia odwołanie, nakazuje Zamawiającemu modyfikację postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia dalej: „SIWZ” i jej zwanej załączników przez:

- a) modyfikacje postanowień załącznika nr 1A pkt 2 do umowy stanowiącej załącznik nr 2 do SIWZ w ten sposób, aby jednoznacznie z nich wynikało, że kopia bazy danych będzie przekazywana Wykonawcy wraz ze stosownym wezwaniem raz na kwartał,**
- b) modyfikacje postanowień załącznika nr 2D1 pkt 2 do umowy stanowiącej załącznik nr 2 do SIWZ w ten sposób, aby zlikwidować w tabeli 1 i 2 otwarty charakter trzeciego przedziału: „więcej niż 2000”, przy uwzględnieniu złożoności produktu przekazanego do certyfikacji,**
- c) wykreślenie z załącznika nr 2D1 do umowy stanowiącej załącznik nr 2 do SIWZ wymagania o treści: „Błąd Niekrytyczny nie stanowi przesłanki do odmowy Certyfikacji Produktu”;**

2. W zakresie pozostałych zarzutów, Izba oddala odwołanie.

3. kosztami postępowania obciąża Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, al. Jana Pawła II nr 70, 00-175 Warszawa adres do korespondencji: Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, ul. Poleczki 33, 02-822 Warszawa i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez Comarch S.A., Al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków tytułem wpisu od odwołania;

3.2. zasądza od Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, al. Jana Pawła II nr 70, 00-175 Warszawa adres do korespondencji: Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, ul. Poleczki 33, 02-822 Warszawa na rzecz Comarch S.A., Al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków kwotę w wysokości 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

2

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

3

Sygn. akt KIO 2128/15

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu ograniczonego na: „*Utrzymanie i rozwój systemów aplikacyjnych OFSA, OFSA- PROW, OFSA- PROW-DD, RG.PROW*”, zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2015/S 094-170577 z 16.05.2015 r., przez Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, al. Jana Pawła II nr 70, 00-175 Warszawa adres do korespondencji: Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, ul. Poleczki 33, 02-822 Warszawa zwaną dalej: „*Zamawiającym*”.

W dniu 21.09.2015 r. (wpływ bezpośredni do Kancelarii Wykonawcy) Zamawiający przekazał zaproszenie do złożenia oferty wraz z postanowieniami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „*SIWZ*” - Comarch S.A., Al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków zwanej dalej: „*Comarch S.A.*” albo „*Odwołującym*”.

W dniu 01.10.2015 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Comarch S.A. wniosła odwołanie na postanowienia SIWZ. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 01.10.2015 r. (wpływ bezpośredni do Kancelarii Zamawiającego). Zarzucił Zamawiającemu generalnie naruszenie przepisu art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) zwanej dalej: „*Pzp*” oraz art. 483 i 484 kc. w zw. z art. 58 kc. w zw. z art. 14 Pzp. Wnosił o modyfikacje postanowień SIWZ jak poniżej.

1. Nieprecyzyjny opis zamówienia, poprzez zawarcie we wzorze umowy niejasnych definicji Wady, Błędu Krytycznego, Błędu Niekrytycznego i Incydentu.

Załącznik 2 do SIWZ „Wzór Umowy” zawiera następujące definicje:

- 3) **Awaria** - oznacza Wadę powodującą brak możliwości wykorzystywania którejkolwiek z funkcji Aplikacji w danym momencie przez wszystkich użytkowników w przynajmniej jednej lokalizacji Zamawiającego [Biuro Powiatowe (BP) lub Oddział Regionalny (OR) lub Centrala], jak również nieprawidłowe działanie Środowiska lub jego elementu;
- 4) **Błąd Krytyczny** - oznacza Wadę powodującą takie działanie lub brak działania funkcji użytkownika, które uniemożliwia użytkownikom Systemu Informatycznego realizację przynajmniej jednej funkcjonalności opisanej w analitycznym opisie Systemu Informatycznego lub minimum 5-krotne przekroczenie czasu odpowiedzi jednej z funkcji

4

w stosunku do parametrów niefunkcjonalnych ustalonych dla tej funkcji; w przypadku Modyfikacji Błędem Krytycznym jest także:

- a) działanie funkcji użytkownika niezgodne z AOM, które uniemożliwia wykonanie pełnego przebiegu tej funkcji opisanego w analitycznym opisie tej funkcji lub powoduje, że dane będące wynikiem działania tej funkcji są niezgodne z analitycznym opisem tej funkcji (przez dane będące wynikiem działania funkcji należy rozumieć dane, które w trakcie wykonywania funkcji zostały zapisane w bazie danych, utrwalone na dokumentach wyjściowych z systemu lub zmagazynowane w plikach zewnętrznych);
- b) niedziałanie lub brak funkcji opisanej w AOM (w tym także za niedziałanie funkcji uważa

się sytuację, w której występuje brak możliwości zweryfikowania poprawności działania funkcji użytkownika w zakresie w jakim funkcja ta została zmodyfikowana w AOM lub w całym zakresie jeśli weryfikowana jest nowa funkcja użytkownika);

c) niezgodność oprogramowania z Projektem Technicznym;

5) **Błąd Niekrytyczny** - oznacza Wadę o niewielkim stopniu uciążliwości dla Zamawiającego, niebędącą Awarią ani Błędem Krytycznym;

14) **Incydent** - oznacza każde nieprawidłowe działanie Systemu Informatycznego; Incydent może być spowodowany w szczególności Wadą;

36) **Wada** - oznacza Awarię, Błąd Krytyczny lub Błąd Niekrytyczny;

Z powyższych definicji wynika, że Wada może być Awarią, Błędem Krytycznym albo Błędem Niekrytycznym. O ile definicje Awarii czy też Błędu Krytycznego są czytelne, to jednak z powyższych definicji nie wynika czym jest Błąd Niekrytyczny. Wiadomo jedynie, że jest on Wadą, ale nie jest Awarią ani Błędem Krytycznym. Nie wiadomo czy Wadą jest nieprawidłowe działanie systemu, czy też jego prawidłowe i zgodne z dokumentacją działanie, które jednak charakteryzuje się niewielkim stopniem uciążliwości dla Zamawiającego, ale nie jest Awarią ani Błędem Krytycznym. Definicja Błędu Niekrytycznego jest zbyt ogólna i nie pozwala określić jednoznacznie czy dane zachowanie systemu, które nawet będąc uciążliwym jest jednak zgodne z dokumentacją systemu, jest Błędem Niekrytycznym czy nie.

Zdaniem Odwołującego punktem odniesienia dla określenia czy działanie systemu jest prawidłowe czy też nie powinna być dokumentacja systemu. Działanie systemu zgodne z dokumentacją, jakkolwiek byłoby uciążliwe dla Zamawiającego nie powinno być uznawane za błąd. System bowiem był w przeszłości przedmiotem testów i odbiorów i w takim kształcie łącznie z dokumentacją został przez Zamawiającego przyjęty. Skoro tak, to dokumentacja wyznacza sposób jego działania, który powinien być zgodny z oczekiwaniami Zamawiającego - powinna ona być zatem punktem odniesienia dla ustalania normy jak system powinien działać prawidłowo. Zamawiający uczynił tak w przypadku Błędów Krytycznych, dla których punktem odniesienia jest właśnie AOM czy projekt Techniczny

5

wchodzące w skład dokumentacji systemu, zrezygnował jednak z ustalenia dokumentacji jako punktu odniesienia dla Błędu niekrytycznego, co zdaniem odwołującego wprowadza do SIWZ niejednoznaczność. Ta niejednoznaczność definicji ma znaczenie ze względu na kategoryzację zgłoszeń. W przypadku Błędu Niekrytycznego zgłoszenie podlega realizacji w ramach usługi usuwania wad, zgodnie z załącznikiem 2A i załącznikiem 11 SLA określone dla Błędu Niekrytycznego definiuje 3 godzinny Czas Reakcji i 40 godzinny Czas Realizacji naprawy. Przekroczenie tych czasów skutkować może karą umowną w wysokości nie niższej niż 200zł za godzinę opóźnienia w dotrzymaniu Czasu reakcji i nie niższej niż 500zł za godzinę opóźnienia w dotrzymaniu Czasu Realizacji. Gdyby jednak zgłoszone działanie systemu okazało się nie być Błędem Niekrytycznym to nie obowiązuje dla tego zgłoszenia SLA w ramach Usługi Usuwania Wad, a można je traktować jedynie jako wniosek o modyfikację, którego analiza i realizacja jest wykonywana w zupełnie innym reżimie czasowym, w którym czas realizacji jest ustalany wspólnie z Zamawiającym w zależności od złożoności zmian. Konieczne jest zatem precyzyjne określenie czy dane zachowanie systemu można uznać za Błąd Niekrytyczny czy też nie.

Odwołujący wnosil o nakazanie Zamawiającemu dokonania następującej modyfikacji SIWZ:

- doprecyzowania SIWZ poprzez jednoznaczne określenie jakie działanie systemu, charakteryzujące się niewielkim stopniem uciążliwości dla Zamawiającego (i nie będące Awarią ani Błędem Krytycznym) będzie uznawane za Błąd Niekrytyczny,
- jednoznaczne określenie w SIWZ, że Błędem Niekrytycznym nie będzie działanie systemu które jest mimo uciążliwości dla Zamawiającego zgodne z dokumentacją systemu.

Niejasna jest także definicja pojęcia Incydent. Zamawiający posłużył się pojęciem „nieprawidłowe działanie systemu” jednak nie określił względem czego będzie tę „prawidłowość” określał. Taka definicja nie pozwala określić, czy zachowanie systemu zgodnie z dokumentacją należy uznać za „prawidłowe” czy też nie.

W związku z tym żądał nakazania Zamawiającemu dokonania następującej modyfikacji SIWZ:

- doprecyzowania definicji pojęcia „Incydent” poprzez jednoznaczne wskazanie względem czego Zamawiający będzie określał, czy działanie systemu jest „prawidłowe” czy

„nieprawidłowe”, w szczególności poprzez wskazanie, że działanie systemu zgodne z dokumentacją będzie uznawane za „prawidłowe”.

2. Regulacje w zakresie multiplikacji kar umownych za to samo zdarzenie - niezgodność z przepisami kodeksu cywilnego, na gruncie Ustawy - skutkująca naruszeniem równego traktowania Wykonawców.

6

Zamawiający w załączniku 11 „SLA i kary umowne” określił liczne kary umowne. Jednocześnie we wzorze umowy załączonym do SIWZ przewidziano mechanizm zwiększania wysokości zastrzeżonych kar umownych w określonych okolicznościach. Wskazane w załączniku 11 stawki kar określonych w ust. 4 pkt 2 - 4 ulegają dwukrotnemu zwiększeniu, jeżeli w danym miesiącu poziom jakości świadczonych usług będzie obniżony, trzykrotnemu zwiększeniu - jeżeli poziom ten będzie niezadowalający i czterokrotnemu - jeżeli poziom ten będzie nieakceptowalny.

5. Zwiększanie kar umownych

Osiągnięcie określonego poziomu jakości Usług, o którym mowa w niniejszym Załączniku, będzie miało wpływ na wysokość kar umownych wskazanych wyżej w ust. 4 pkt 2-4 w następujący sposób:

- 1) uznaje się, że wysokość kar wskazanych wyżej jest adekwatna do poziomowi jakości Usług Zadowalający;
- 2) w przypadku osiągnięcia Innych poziomów jakości Usług niż Zadowalający kary umowne wskazane w ust. 4 pkt 2-4 naliczane będą za dany okres rozliczeniowy w wysokości:
 - a) dwukrotnej wartości poszczególnych kar w przypadku poziomu Obniżonego;
 - b) trzykrotnej wartości poszczególnych kar w przypadku poziomu Niezadowalającego;
 - c) czterokrotnej wartości poszczególnych kar w przypadku poziomu Nieakceptowanego.Powyższe dotyczy następujących kar umownych:
 - 2) Dla wszystkich grup Usług:
 - a) 0,1% MW za każdą rozpoczętą godzinę opóźnienia w dotrzymaniu Czasu Reakcji, jednak nie mniej niż 200 zł za każdą godzinę;
 - b) 0,2% MW za każdą rozpoczętą godzinę opóźnienia w dotrzymaniu Czasu Realizacji, jednak nie mniej niż 500 zł za każdą godzinę.
 - 3) W zakresie Usług z grupy Usług G1 (Usługi Utrzymania Środowisk): a) 0,5 % MWG za każdy rozpoczęty 1% Dostępności

Środowiska Produkcyjnego poniżej

- wymaganych parametrów, jednak nie mniej niż 500 zł za każdy procent;
- b) 0,5 % MWG za każdy rozpoczęty 1% Dostępności Aplikacji OFSA-PROW, OFSA-PROW-DD, OFSA-PROW 14-20 lub Aplikacji OFSA-RG poniżej wymaganych parametrów, jednak nie mniej niż 500 zł za każdy procent;
 - c) 1% MWG za każdy rozpoczęty Dzień Roboczy opóźnienia w wykonaniu testowego odtworzenia Systemu Informatycznego na Środowiskach, w stosunku do terminu ustalonego zgodnie z cz. 2 Zakres Usługi pkt 1) lit. m Załącznika nr 1A do Umowy lub za każdy rozpoczęty Dzień Roboczy opóźnienia w odtworzeniu Systemu Informatycznego w wersji wskazanej przez Zamawiającego zgodnie z repozytorium kodu w stosunku do terminu określonego w ust.2 Załącznika nr 1A do Umowy, jednak nie mniej niż 500 zł za każdy Dzień Roboczy.

7

4) W zakresie Usług z grupy Usług G2 (Usługi Zapewnienia Jakości):

- a) 0,02% MWG za każdy wykryty w repozytorium przypadek dotyczący nieaktualnego kodu lub dokumentacji lub kodu, który nie może być poprawnie skompilowany lub brak kodu lub dokumentacji, jednak nie mniej niż 80 zł za każdy przypadek;
- b) 0,5% MWG za każdy przypadek utraty możliwości zainstalowania oprogramowania w oknie instalacyjnym z powodu wad wersji instalacyjnej albo opóźnienia w przygotowaniu i przekazaniu wersji instalacyjnej, jednak nie mniej niż 2000 zł za każdy przypadek;
- c) 0,02% MWG za każdy przypadek zgłoszenia Wady w Certyfikacji lub zgłoszenia przebiegła prawidłowo (jeżeli zgłoszenie było bezzasadne) jednak nie mniej niż 80 zł za każdy przypadek;

- d) 10000 zł jeżeli ilość Błędów Krytycznych na Środowisku Produkcyjnym w skali miesiąca rozliczeniowego przekroczy (liczba. Błędów Krytycznych zostanie uzupełniona według oferty) z wyłączeniem Wad, którym Zamawiający nadał taki priorytet w ramach limitu. Deklarowana liczba błędów obowiązywać będzie po dwóch miesiącach od dnia zakończenia Okresu Przejściowego.
- e) 0,02% MWG za każdy rozpoczęty Dzień Roboczy opóźnienia w przygotowaniu wersji instalacyjnej **!lub** wersji do odbiorów w stosunku do terminu określonego w ust. 2 pkt 2 lit. e Załącznika nr 2B do Umowy jednak nie mniej niż 100 zł za każdy Dzień Roboczy;
- f) 1000 zł za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia w dostarczeniu zaktualizowanej wersji Dokumentacji w stosunku do terminu wynikającego z Załącznika nr 2E do Umowy. Poziom jakości został z kolei określony w pkt 3 Zał. 11 do umowy - w następujący sposób:

3. Definicje poziomów jakości

Do wyznaczania poziomu jakości będą uwzględniana tylko zadania, których realizacja zakończyła się w danym miesiącu rozliczeniowym. Poziom jakości wyznacza się oddzielnie dla każdej z grup Usług,

Poziom jakości Definicja poziomu jakości

Zadawalający Łączne spełnienie następujących warunków danej grupy Usług, której te warunki dotyczą: 1. Suma przekroczonych czasów SLA (Czasów Reakcji i Czasów Realizacji) jest mniejsza lub równa 5 godzin;

2. Dostępność Środowiska Produkcyjnego jest większa lub równa 97%; 3. Dostępność każdej z Aplikacji (OFSA-FROW, OFSA-FROW-DD, OFSA-FROW 14-20) jest większa lub równa 95% a w przypadku Aplikacji RG.FROW 50%.

Obniżony Spełnienie jednego z warunków danej grupy usług, której te warunki dotyczą: - Suma przekroczonych czasów SLA (Czasów Reakcji i Czasów Realizacji) jest większa od 5 godzin się nie

przekracza 10 godzin; Dostępność Środowiska Produkcyjnego jest mniejsza od 97% ale większa lub równa 93%; Dostępność którejkolwiek z Aplikacji (OFSA-FROW, OFSA-FROW-DD, OFSA-FROW 14-20) jest mniejsza od 95% ale większa lub równa 90% a w przypadku Aplikacji RG.FROW mniejsza od 90% ale większa lub równa 85%,

Niezadawalający Spełnienie jednego z warunków danej grupy usług, której te warunki dotyczą: • Suma przekroczonych czasów SLA (Czasów Reakcji i Czasów Realizacji) jest większa od 10 godzin ale nie

przekracza 20 godzin; • Dostępność Środowiska Produkcyjnego jest mniejsza od 93%, ale większa lub równa 83%; • Dostępność którejkolwiek z Aplikacji (OFSA-FROW, OFSA-FROW-DD, OFSA-FROW 14-20) jest mniejsza od 90% ale większa lub równa 30% a w przypadku Aplikacji RG.FROW mniejsza od 35% ale większa lub równa 75%.

Nieakceptowalny Spełnienie jednego z warunków danej grupy Usług, której te warunki dotyczą:

• Suma przekroczonych czasów SLA (Czasów Reakcji i Czasów Realizacji) jest większa od 20 godzin; Dostępność Środowiska Produkcyjnego jest mniejsza od 88%; • Dostępność którejkolwiek z Aplikacji (OFSA-FROW, OFSA-FROW-DD, OFSA-FROW 14-20) jest mniejsza od 30% a w przypadku Aplikacji RG.FROW mniejsza od 75%.

Podnosimy, iż zgodnie z § 8 ust 4 wzoru Umowy:

„Kary umowne są niezależne - jeżeli to samo zdarzenie daje podstawę do naliczenia kilku kar, wszystkie kary będą naliczane przez cały okres istnienia podstaw do ich naliczenia. Odstąpienie, wypowiedzenie lub wygaśnięcie Umowy nie wpływa na prawo naliczania i dochodzenia zapłaty kar umownych przez Zamawiającego.”

Ponadto - zgodnie z regulacją pkt 5 Załącznika 11 do umowy - jedno zdarzenie może stanowić podstawę do naliczania kilku kar umownych. Co więcej, wyżej wymienione zapisy pkt. 5 Załącznika nr 11 do Umowy, dotyczące zwiększania kar umownych, poprzez zwielokrotnianie ich wysokości - prowadzą do uznania tych zapisów za niejako „dodatkowe”

kary (zwielokrotnione i skumulowane). Oznacza to, że już w swoim założeniu tak ukonstytuowana kara umowna wykracza poza ustawowy i jedyny dopuszczalny cel jej zastrzegania, jakim jest - verba legis - „...naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego...” (art. 483 § 1 k.c.). Wynagrodzenie szkody w rozumieniu art. 483 k.c. (tak jak we wszystkich innych przypadkach cywilnej odpowiedzialności odszkodowawczej) obejmuje wprawdzie całą szkodę (tzn. straty i utracone korzyści, art. 361 § 2 k.c.), ale też tylko tak rozumianą całą szkodę. Jeśli zatem kara umowna już w swoim założeniu ma przekraczać wysokość szkody, to takie postanowienie umowy o zastrzeżeniu kary umownej jest sprzeczne z bezwzględnie obowiązującymi przepisami ustawy, a mianowicie z art. 483 § 1 k.c. w związku z art. 361 § 2

k.c. i z tej przyczyny dotknięte jest bezwzględną nieważnością (art. 58 § 1 k.c.). Zdaniem Odwołującego pogląd taki nie koliduje z dyspozycją art. 484 § 1 k.c., zgodnie z którym kara umowna należy się wierzycielowi w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody. Celem przepisu art. 484 § 1 k.c. jest bowiem zwolnienie wierzyciela z ciężącego na nim na mocy art. 6 i 361 k.c. obowiązku udowadniania wysokości szkody, jak też stworzenie wyjątku od zasady pełnego odszkodowania, wyjątku idącego w obu kierunkach, tzn. iż kara umowna może być *in concreto* zarówno wyższa, jak i niższa od poniesionej szkody. Przerwanie związku pomiędzy rozmiarami szkody a wysokością kary umownej nie jest jednak zupełne, na co wskazuje brzmienie art. 484 § 1 zd. 2, art. 484 § 2 k.c. Kara umowna może zatem spełniać, obok swej zasadniczej funkcji kompensacyjnej, także dodatkowo funkcję prewencyjno-penalną. **Ta ostatnia nie może jednak w sposób oczywisty, rażący, już poprzez swoją umowną konstrukcję, a nie tylko z uwagi na zbieg konkretnych okoliczności, dominować w ramach danego stosunku prawnego** - a tak się właśnie stało w kontekście przedmiotowych regulacji SIWZ (wzoru umowy). Zawarte

9

w Umowie postanowienia dotyczące kar umownych zostały sformułowane w taki sposób, że już w swoim założeniu musiały prowadzić do przekraczania rozmiarów szkody, gdyby takowa powstała, a także wykracza poza normatywnie ukształtowaną funkcję (istotę) kary. Efektem tak ukształtowanego postanowienia jest zatem zastrzeżenie kolejnych kar za to samo zdarzenie. Chodzi tutaj o fakt, że kary są naliczane np. za opóźnienie związane z przekroczeniem Czasów Reakcji i Czasów Realizacji. Gdy jednak dochodzi do zastosowania postanowień mających na celu zwiększenie kar umownych to samo zdarzenie, czyli opóźnienie związane z przekroczeniem Czasów Reakcji i Czasów Realizacji, powoduje naliczenie kolejnych kar umownych. Nie można bowiem potraktować inaczej **doliczenia do wysokości kar ich kolejnych wielokrotności**. Tak ukształtowane postanowienia dotyczące kar umownych nie mogą ostać się w polskim prawie cywilnym. Nawet bowiem w przypadku uznania, że mnożnik dotyczący zwielokrotniania wysokości kar umownych nie wpływa na nieważność postanowień dotyczących kar umownych jako całości, przynajmniej postanowienia dotyczące zwielokrotniania kar umownych powinny zostać uznane za nieważne. Kolejnym argumentem przemawiającym za nieważnością przedmiotowej regulacji jest bowiem fakt, iż jest ona sprzeczna z istotą kary umownej, określonej bezwzględnie obowiązującym przepisem art. 483 § 1 kc. Regulacja która zwielokrotnia kary umowne w sposób czysto arytmetyczny, odrywa bowiem karę od zdarzenia polegającego na nienależytym wykonaniu zobowiązania. Oznacza to, że każda kolejna kara, będąca multiplikacją kary określonej w umowie, nakładana jest nie za fakt nienależytego wykonania zobowiązania, lecz jest pochodną wyłączenie arytmetyki i postanowienia umownego, oderwaną od zdarzenia, które zgodnie z kodeksem cywilnym może być obarczone sankcją kary umownej. Gdyby zaś nawet przyjąć, że przewidziana w Umowie konstrukcja kar umownych nie narusza dyspozycji art. 483 i 484 k.c. ani też, pozostając pozornie w granicach kompensacyjnej roli kar umownych, nie zmierza do obejścia ustawy (zdaniem Odwołującego jednak zmierza do jej obejścia), to przedmiotowe postanowienia naruszają w sposób rażący zasady współżycia społecznego, z takim samym skutkiem dla ich ważności (czy raczej nieważności, art. 58 § 2 k.c.). Jest to zatem kolejny argument za uznaniem tych postanowień za nieważne z uwagi na ich sprzeczność z ustawą, a w każdym razie - zasadami współżycia społecznego - co uzasadnia żądanie odwołania. Nadmienię, iż wobec ogromnej mnogości kar umownych przewidzianych w umowie - zarówno ich mnogość, jak i objęta zarzutem zasada multiplikacji i kumulacji kar oddziałuje też negatywnie na zasady prawa zamówień publicznych - w ten sposób, iż uprzywilejowuje wykonawców posiadających większe rezerwy czy zasoby, dla których tak liczne i wysokie kary będą relatywnie mniej odczuwalne, a co za tym idzie, co wpływa na kalkulacje ceny oferty w zakresie uwzględniania w cenie ryzyk finansowych związanych z realizacją kontraktu.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu:

10

- wykreślenia punktu 5 z załącznika 11 oraz
- wykreślenia zdania pierwszego § 8 ust. 4 wzoru umowy (o treści „Kary umowne są niezależne - jeżeli to samo zdarzenie daje podstawę do naliczenia kilku kar, wszystkie kary

będą naliczane przez cały okres istnienia podstaw do ich naliczenia") i wprowadzenie regulacji, zgodnie z którą kary umowne nie podlegają kumulacji, a jeżeli to samo zdarzenie daje podstawę do naliczenia kilku kar, Zamawiający może naliczyć wedle swego wyboru jedną z kar.

3. Niejednoznaczny i nie pozwalający na sporządzenie oferty opis przedmiotu zobowiązań Zamawiającego określony w załączniku 13.

Zamawiający zawarł opis Środowisk dla poszczególnych Aplikacji Systemu Informatycznego w załączniku 10. Jednocześnie Zamawiający w załączniku 13 określił „Zakres współdziałania Zamawiającego i zasady współpracy”. W punkcie I „Zakres współdziałania Zamawiającego” określił, że w ramach realizacji umowy zobowiązuje się współdziałać z Wykonawcą w następującym zakresie:

4) zapewnienie hostingu infrastruktury

a) zapewnienie usługi administracji infrastrukturą używaną na potrzeby Systemu Informatycznego;

b) zapewnienie przywrócenia funkcjonowania infrastruktury używanej przez System Informatyczny niezwłocznie po otrzymaniu Zgłoszenia awarii od Wykonawcy w SOZ;

c) czas usunięcia Zgłoszonej awarii będzie zgodny z czasami wynikającymi z umów hostingu, podpisanymi odrębnie;

Z powyższego zapisu nie wynika, czy przedmiotem zapewnienia hostingu infrastruktury będą środowiska wymienione w załączniku numer 10. Ponadto, Zamawiający nie określił w sposób jednoznaczny czy zapewnienie hostingu infrastruktury obejmuje także infrastrukturę sieciową (w tym łącza teleinformatyczne niezbędne do działania systemu). Wątpliwości biorą się z użycia przez Zamawiającego pojęcia „hosting”, które odnosi się do udostępnienia zasobów serwerowni, ale już nie do łącz teleinformatycznych pomiędzy serwerowniami. Nie jest więc jasne:

- W jakim zakresie Zamawiający zapewni usługi administracji infrastrukturą używaną na potrzeby Systemu Informatycznego
- Czy w zakresie zobowiązań Zamawiającego będzie zapewnienie środowisk opisanych w załączniku 10
- Czy w zakresie zobowiązań Zamawiającego będzie zapewnienie łącz teleinformatycznych na potrzeby środowisk opisanych w załączniku 10
- Czy w przypadku Awarii lub innego Incydentu którego źródłem jest nieprawidłowe działanie infrastruktury objętej hostingiem przez Zamawiającego - wykonawca będzie

11

zwolniony od odpowiedzialności za dotrzymanie SLA (zwłaszcza co do wymagań odmownie czasów naprawy i czasów reakcji) w stosunku do Zgłoszeń Incydentów wynikających z w/w nieprawidłowego działania hostowanej przez Zamawiającego infrastruktury.

W realiach obsługi Systemu przykładowo przerwa w połączeniu sieciowym uniemożliwia np. zalogowanie się użytkownika do Systemu. Wówczas użytkownik taki zgłasza Incydent - który Wykonawca musi obsłużyć w czasach wynikających z SLA (Załącznik 11 do SIWZ). Tymczasem w SIWZ w Zał. 13 pkt I. 4) lit. c) wskazano:

- czas usunięcia Zgłoszonej awarii będzie zgodny z czasami wynikającymi z umów hostingu, podpisanymi odrębnie.

Nie jest zatem jasne czy powyższy zapis oznacza:

- 1) Że następuje zmiana czasu naprawy Awarii przez Wykonawcę w stosunku do terminów wynikających z umowy - na jakieś inne czasy - wynikające z umów hostingu?
- 2) Czy też jest to czas na usunięcie awarii przez Zamawiającego - jako zapewniającego hosting infrastruktury?

usuwanie 3) Czy w zakres

zobowiązań Wykonawcy wynikających z umowy wchodzi

pochodna nieprawidłowego działania

infrastruktury oraz Incydentów będących nieprawidłowym działaniem Infrastruktury.

Zdaniem Wykonawcy - nie może on ponosić odpowiedzialności za Incydenty wywołane nieprawidłowym działaniem infrastruktury której utrzymanie leży po stronie zamawiającego i której naprawa nie leży w zakresie ani w możliwościach Wykonawcy.

Odwolujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu dokonania uzupełnienia treści

załącznika 13 - poprzez doprecyzowanie pojęcia „infrastruktura” i jednoznaczne określenie w SIWZ;

- W jakim zakresie Zamawiający zapewni usługi administracji infrastrukturą używaną na potrzeby Systemu Informatycznego, tzn. czy w zakresie zobowiązań Zamawiającego będzie zapewnienie wszystkich środowisk opisanych w załączniku 10.
- Doprecyzowanie w SIWZ, iż zapewnienie prawidłowego działania sieci

a teleinformatycznej pomiędzy Środowiskami

Zamawiającego lokalizacjami

Zamawiającego należy do zobowiązań Zamawiającego;

- Doprecyzowanie w SIWZ, iż Wykonawca nie jest zobowiązany do Usuwania Wad na nieprawidłowym działaniu infrastruktury środowisk wskazanych polegających w Załączniku 10 i sieci teleinformatycznej łączącej infrastrukturę z lokalizacjami Zamawiającego.

4. Brak określenia terminu przekazania bazy danych do odtworzenia Systemu Informatycznego.

12

W załączniku 1 A pkt 2 Zamawiający zawarł następujące wymaganie:
Niezależnie od pkt. 1 lit. m Zamawiający ma prawo wezwać Wykonawcę, nie częściej jednak niż raz na kwartał, do odtworzenia Systemu Informatycznego w wersji wskazanej przez Zamawiającego na kopii bazy danych przekazanej przez Zamawiającego, zgodnie z repozytorium kodu, na wskazanym przez Zamawiającego Środowisku, na podstawie Dokumentacji, przy udziale przedstawicieli Zamawiającego, w terminie nie dłuższym niż 5 Dni Roboczych od wezwania.

Zamawiający określił przy tym, że wezwanie może dotyczyć odtworzenia Systemu Informatycznego na kopii bazy danych przekazanej przez Zamawiającego. Zamawiający nie określił jednak kiedy przekaże wykonawcy bazę danych, o której będzie mowa w wezwaniu. W szczególności zwracamy uwagę, że termin wykonania w/w zobowiązania przez Wykonawcę nie jest uzależniony od przekazania odnośnej bazy danych, a jedynie od samego wezwania przez Zamawiającego. Zatem jeśli Wykonawca otrzyma tę bazę po wezwaniu (czego SIWZ nie wyklucza) - wówczas realny czas na wykonanie zobowiązania ulegnie skróceniu. Jednocześnie Zamawiający przewiduje za uchybienie określone w tym punkcie terminowi sankcję kary umownej zgodnie z treścią załącznika 11 pkt. 4 ppkt 3) ustęp c).

Odwolujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu dokonania następującej modyfikacji SIWZ:

- modyfikacji zapisu załącznika 1A pkt 2 w ten sposób, aby bieg terminu na wykonanie zobowiązania był liczony do dnia przekazania bazy danych i wskazania przez Zamawiającego wersji Systemu oraz Środowiska.

5. Opisanie przez Zamawiającego Usługi Integracji i Certyfikacji w załącznikach 2D i 2D1.

Zamawiający opisał w załączniku 2D zakres Usługi Integracji i Certyfikacji, w ramach której Wykonawca ma obowiązek podejmować działania weryfikujące i certyfikujące produkty wykonane na podstawie odrębnych umów w celu zapewnienia najwyższej jakości Systemu Informatycznego. Celem jest potwierdzenie przez Wykonawcę, że produkt jest gotowy do wprowadzenia na Środowisko Produkcyjne bez szkody dla jakości, dostępności i wydajności Systemu Informatycznego. Usługa Integracji i Certyfikacji ma istotne znaczenie dla zapewnienia wysokiej jakości systemu informatycznego. Wykonawca, który będzie świadczył utrzymanie systemu ma obowiązek w ramach tej usługi sprawdzić, czy komponent/modyfikacja wykonana przez kogośkolwiek innego (na zlecenie Zamawiającego w ramach innej umowy) nadaje się do użytku, jest bezpieczna i nie spowoduje awarii systemu. W tym celu Wykonawca musi przetestować współdziałanie nowego elementu z systemem. Wykonawca w ramach realizacji usługi Certyfikacji powinien:

13

1) weryfikować oprogramowanie pod względem zgodności z wypracowanymi standardami kodowania;

2) weryfikować dokumentację pod względem zgodności ze standardami tworzenia

Dokumentacji;

3) utrzymywać w ramach własnej infrastruktury środowiska testowe będące kopiami

Środowisk Produkcyjnych;

4) przeprowadzić testy oprogramowania zarówno w zakresie funkcjonalnym, jak i нефункциональным oraz testy regresji Systemu Informatycznego. Przeprowadzenie testów obejmuje:

a) weryfikację i uzupełnienie scenariuszy i przypadków testowych;

b) przekazanie wytycznych do grupy Usług G 1 w celu zestawienia Środowiska Pomocniczego do testów;

c) przeprowadzenie w ramach procedury odbioru, wspólnie z przedstawicielami Zamawiającego oraz przedstawicielami wykonawcy zewnętrznego, testów weryfikujących zgodność testowanego oprogramowania z dokumentacją wykonawcy zewnętrznego, na podstawie której zostało przygotowane oprogramowanie, Istniejącym stanem funkcjonalnym i konfiguracją Systemu Informatycznego (testy integracyjne), a także Zgłoszenie wykrytych Wad, w tym wad dokumentacji;

d) rekomendacje dla twórcy certyfikowanego produktu.

Jednocześnie w załączniku 2D1 Zamawiający określił, że:

W ramach Certyfikacji Wykonawca buduje i instaluje również przekazane oprogramowanie na Środowisku Pomocniczym z wykorzystaniem przekazanej Instrukcji Instalacji oraz Dokumentacji Administratora. Ewentualne wady dotyczące instalacji, wykryte podczas budowania lub instalacji oprogramowania na Środowisku Pomocniczym, zostaną zgłoszone Zamawiającemu przez Wykonawcę w ramach Certyfikacji. Wykonawca zobowiązany jest zatem do przeprowadzenia procesu budowy instalacji

i testowania w zakresie funkcjonalnym, нефункциональным, jak i w zakresie testów Regresji Systemu Informatycznego. Przeprowadzenie testów regresji wymaga - zgodnie z metodyką testowania - aby przeprowadzić ponowne testy całego Systemu Informatycznego (a nie jedynie certyfikowanego produktu), po to, by sprawdzić, czy dodana do systemu modyfikacja nie spowodowała awarii w innych obszarach systemu.

Jednocześnie Zamawiający określił na sztywno czas przewidziany na realizację certyfikacji: Wykonawca zobowiązany jest przeprowadzenia Certyfikacji w terminach nie dłuższych niż:

14

1) produkt przekazany do Wykonawcy do Certyfikacji nie został wytworzony przez Wykonawcę

PF

LA 0-500 501-2000 Więcej niż 2001

0-10 15 DR 20 DR 30 DR 11-30 20 DR 25 DR 35 DR

więcej niż 25 DR 30 DR 40 DR

Roboczo dni

0-500 501-2000 więcej niż 2001

15 DR 20 DR 30 DR

Tabela 1

2) produkt przekazany do Wykonawcy do Certyfikacji został wytworzony przez Wykonawcę w ramach innej umowy

PF

LA 0-500 501-2000 więcej niż 2001

0-10 5 DR 6 DR 7 DR 11-30 6 DR 7 DR 8 DR

więcej niż 7 DR 8 DR 9 DR

Roboczo dni

0-500 501-2000 więcej niż 2001 SDR 6 DR 7 DR

Tabela 2

Wyjaśnienia skrótów używanych w tabeli:

- PF oznacza Punkt Funkcyjny

- LA oznacza liczbę artefaktów analitycznych produktu przekazanego do Certyfikacji

- DR oznacza Dzień Roboczy

Powyższe zapisy oznaczają, że dla produktu wykonanego przez innego wykonawcę o złożoności programistycznej powyżej 2000 Punktów Funkcyjnych i składającego się z ponad 31 artefaktów analitycznych Zamawiający przewidział na certyfikację takiego produktu 40 dni roboczych. Zauważył, że w pozostałych przypadkach zakładane czasy realizacji Usługi Integracji i Certyfikacji są jeszcze krótsze. Zarzucił zatem, że zdefiniowane przez

15

Zamawiającego czasy realizacji są niewystarczające do przeprowadzenia procesu certyfikacji zgodnie z zakresem określonym w załączniku 2D. Zakres ten obejmuje bowiem:

- przeprowadzenie testów oprogramowania zarówno w zakresie funkcjonalnym, jak • i niefunkcjonalnym oraz testów regresji Systemu Informatycznego,
- weryfikację i uzupełnienie scenariuszy i przypadków testowych, przekazanie wytycznych do grupy Usług G 1 w celu zestawienia • Środowiska Pomocniczego do testów,
- przeprowadzenie w ramach procedury odbioru, wspólnie z przedstawicielami • Zamawiającego oraz przedstawicielami wykonawcy zewnętrznego, testów weryfikujących zgodność testowanego oprogramowania z dokumentacją wykonawcy zewnętrznego, na podstawie której zostało przygotowane oprogramowanie, istniejącym stanem funkcjonalnym i konfiguracją Systemu Informatycznego (testy integracyjne), a także Zgłoszenie wykrytych Wad, w tym wad dokumentacji;
- rekomendacje dla twórcy certyfikowanego produktu.

Zdefiniowany w ten sposób zakres jest bardzo szeroki i pracochłonny, obejmuje szereg czynności związanych z interakcją z Zamawiającym i z wykonawcą zewnętrznym,

a złożoność tego zakresu będzie tym większa im bardziej złożone jest przeznaczone do certyfikacji oprogramowanie. Fakt, że nakład pracy związany z oprogramowaniem rośnie wraz ze wzrostem jego złożoności jest oczywisty i powszechnie przyjęty w praktyce inżynierii oprogramowania. Wraz ze wzrostem złożoności systemu informatycznego rośnie liczba interakcji pomiędzy jego składnikami i tym samym rośnie liczba przypadków testowych, które należy sprawdzić aby upewnić się, że oprogramowanie to nie zawiera błędów. Oczywistym jest zatem, że im większe (bardziej złożone) oprogramowanie ma być przedmiotem certyfikacji tym większy będzie związany z tym nakład pracy i liczba wykonanych testów. Jako miarę złożoności oprogramowania przedstawianego co certyfikacji Zamawiający przyjął liczbę Punktów Funkcyjnych ustalonych w ramach odrębnej umowy dla produktu podlegającego Certyfikacji (Załącznik 2D). W zależności od tego jak bardzo złożone będzie oprogramowanie (co mierzone będzie właśnie liczbą Punktów Funkcyjnych), tym wyższe wynagrodzenie otrzyma Wykonawca i tym więcej czasu (co wskazano w tabeli 1 i tabeli 2 w załączniku 2D1) będzie miał na realizację certyfikacji. Ta rosnąca zależność czasu realizacji od liczby Punktów Funkcyjnych jest jednak pozorna i głębsza analiza tabeli 1 i tabeli 2 z załącznika 2D1 prowadzi do absurdalnych wniosków. W przypadku produktu wytworzonego przez zewnętrznego wykonawcę o średniej liczbie artefaktów analitycznych (LA) w granicach 11-30 szt. liczba dni roboczych na certyfikację w przeliczeniu na Punkt Funkcyjny kształtuje się następująco:

o dla produktu o złożoności 1PF będzie to 20 dni roboczych na certyfikację, czyli 20 DR/PF,

16

o dla produktu o złożoności 100PF będzie to 20 dni roboczych na certyfikację, czyli 0,2 DR/PF,

o dla produktu o złożoności 1000PF będzie to 25 dni roboczych na certyfikację, czyli 0,025 DR/PF,

o dla produktu o złożoności 10000PF będzie to 35 dni roboczych na certyfikację, czyli 0,0035 PF/DR. Zależność tę zilustrował przedstawiony w odwołaniu wykres.

Jak widać z powyższego wykresu, w miarę wzrostu złożoności testowanego oprogramowania, w miarę rosnącej liczby jego składników, coraz obszerniejszej dokumentacji i zwiększającej się liczby koniecznych testów - liczba dni przeznaczonych na analizę poszczególnych funkcjonalności certyfikowanego oprogramowania ma (zgodnie z wymaganiem SIWZ) być coraz niższa. Tak zdefiniowane (w tabeli 1 i tabeli 2) wymagania Zamawiającego narzucające na sztywno liczbę dni roboczych na certyfikację

oprogramowania powodują następujące konsekwencje:

o im bardziej złożone oprogramowanie będzie przedstawiane do certyfikacji, tym bardziej pobieżne będą testy i tym niższa będzie jakość procesu testowania, a w konsekwencji na Środowisko Produkcyjne mogą trafić produkty obarczone większą liczbą błędów,

o dla produktów o złożoności większej niż 2001 Punktów Funkcyjnych przewidziano tyle samo czasu na testowanie, pomimo, że produkt 10 albo 100 razy bardziej złożony wymagać będzie znacznie obszerniejszych testów. W konsekwencji na Certyfikację produktu o złożoności 10 tysięcy Punktów Funkcyjnych wykonawca będzie miał tyle samo dni co na Certyfikację produktu o złożoności 2500 PF.

Zarzucił, iż przyjęte w SIWZ wymagania powodują, że w niektórych zakresach dla bardziej złożonych produktów Certyfikacja może być całkowicie niemożliwa do wykonania. Analogiczny zarzut można postawić dla zawartej w tabeli 1 i tabeli 2 zależności liczby dni roboczych DR od liczby Roboczodni (jako miary złożoności produktu). Oczywiście jest,

że

produkt wytworzony w ramach większej liczby Roboczodni będzie produktem bardziej złożonym, jednak także tutaj nie jest zachowana liniowa zależność dostępnego Wykonawcy czasu od złożoności produktu. Ponadto w tabeli 1 i tabeli 2 znalazła się oczywista omyłka pisarska powodująca, że dla złożoności RÓWNEJ 2001 PF lub liczby artefaktów LA RÓWNEJ 31 nie da się z tych tabel wyliczyć liczby dni roboczych DR.

W związku z powyższym Odwołujący wnosil o nakazanie Zamawiającemu dokonania następującej modyfikacji SIWZ:

- Poprzez modyfikację tabeli 1 i tabeli 2 w załączniku 2D1 w ten sposób aby:
o Pozwalały na poprawne obliczenie liczby dni roboczych DR dla złożoności RÓWNEJ 2001 PF lub liczby artefaktów LA RÓWNEJ 31, oraz

17

o Zachowana była liniowa zależność czasu przeznaczonego na Certyfikację od złożoności produktu wyrażonej liczbą Punktów Funkcyjnych, artefaktów analitycznych (LA) i Roboczodni, na przykład jak w tabelach poniżej:

PF

LA 0-100 >100

0-10 15 DR DR = 0,15 * liczba PF

11-30 20 DR DR = 0,20 * liczba PF

>31 25 DR DR = 0,25 * liczba PF

Roboczodni

0-100 >100

15 DR DR = 0,15 * liczba Roboczodni

Tabela 1

PF

LA 0-100 >100

0-10 5 DR DR = 0,05 * liczba PF

11-30 6 DR DR = 0,06 * liczba PF

>31 7 DR DR = 0,07 * liczba PF

Roboczodni

0-100 >100

5 DR DR = 0,05 * liczba Roboczodni

Tabela 2

6. Opisanie przez Zamawiającego Usługi Integracji i Certyfikacji w załącznikach 2D i 2D1 taki sposób, że jest to świadczenie niemożliwe do realizacji ze względu na niemożliwość zgłoszenia wszystkich błędów krytycznych.

Usługa Integracji i Certyfikacji ma istotne znaczenie dla zapewnienia wysokiej jakości systemu informatycznego. Wykonawca, który będzie świadczył utrzymanie systemu ma obowiązek w ramach tej usługi sprawdzić, czy komponent/modyfikacja wykonana przez kogokolwiek innego (na zlecenie Zamawiającego w ramach innej umowy) nadaje się do użytku, jest bezpieczna i nie spowoduje awarii systemu. W tym celu Wykonawca musi przetestować współdziałanie nowego elementu z systemem. Ma to na celu wykrycie błędów,

które mogłyby spowodować nieprawidłowe działanie Systemu Informatycznego, jeszcze zanim testowany komponent zostanie użyty na środowisku produkcyjnym.

Zamawiający określił w załączniku 2D1 sposób realizacji Certyfikacji, wskazując, że:

18

Certyfikacja kończy się wynikiem negatywnym w przypadku wykrycia Błędu Krytycznego, przy czym Wykonawca zobowiązany jest do przeprowadzenia całej procedury Certyfikacji i zgłosić wszystkie Błędy Krytyczne. Błąd Niekrytyczny nie stanowi przesłanki do odmowy Certyfikacji produktu. Tak sformułowane wymaganie jest niemożliwe do zrealizowania. Zgodnie bowiem z definicją „Błędu Krytycznego”:

Błąd Krytyczny - oznacza Wadę powodującą takie działanie lub brak działania funkcji użytkownika, które uniemożliwia użytkownikom Systemu Informatycznego realizację przynajmniej jednej funkcjonalności opisanej w analitycznym opisie Systemu Informatycznego lub minimum 5-krotne przekroczenie czasu odpowiedzi jednej z funkcji w stosunku do parametrów niefunkcjonalnych ustalonych dla tej funkcji; w przypadku Modyfikacji Błędem Krytycznym jest także:

- a) działanie funkcji użytkownika niezgodne z AOM, które uniemożliwia wykonanie pełnego przebiegu tej funkcji opisanego w analitycznym opisie tej funkcji lub powoduje, że dane będące wynikiem działania tej funkcji są niezgodne z analitycznym opisem tej funkcji (przez dane będące wynikiem działania funkcji należy rozumieć dane, które w trakcie wykonywania funkcji zostały zapisane w bazie danych, utrwalone na dokumentach wyjściowych z systemu lub zmagazynowane w plikach zewnętrznych);
- b) niedziałanie lub brak funkcji opisanej w AOM (w tym także za niedziałanie funkcji uważa się sytuację, w której występuje brak możliwości zweryfikowania poprawności działania funkcji użytkownika w zakresie w jakim funkcja ta została zmodyfikowana w AOM lub w całym zakresie jeśli weryfikowana jest nowa funkcja użytkownika);
- c) niezgodność oprogramowania z Projektem Technicznym;

Skoro zatem Błędem Krytycznym jest takie działanie lub brak działania funkcji użytkownika, które uniemożliwia realizację przynajmniej jednej funkcjonalności, to nie da się dokończyć testowania tej funkcjonalności systemu, w odniesieniu do której wystąpił Błąd Krytyczny. Jeżeli zaś nie da się dokończyć testowania tej funkcjonalności, to też nie sposób

stwierdzić, czy w dalszych krokach (które mogłyby zaistnieć gdyby nie zablokował ich Błąd Krytyczny) nie występują inne błędy krytyczne. W konsekwencji nie da się zatem wychwycić wszystkich błędów krytycznych, gdyż już wystąpienie jednego powoduje, że nie sposób jednoznacznie stwierdzić, że nie ma w testowanym oprogramowaniu innych ukrytych Błędów Krytycznych, które ujawniłyby się w dalszych krokach. Nie jest możliwe zatem, aby Wykonawca przeprowadził całą procedurę certyfikacji i zgłosił wszystkie Błędy Krytyczne. Zarzucił dodatkowo, że samo w sobie wymaganie które stanowi, że wykrycie Błędu Krytycznego kończy procedurę Certyfikacji z wynikiem negatywnym, przy jednoczesnym oczekiwaniu aby zgłosić wszystkie Błędy Krytyczne - jest też wewnętrznie sprzeczne. Ponadto, skoro Zamawiający zakłada, że po poprawieniu Błędów Krytycznych Zamawiający przedstawi ponownie produkt do Certyfikacji, to w trakcie tej ponownej Certyfikacji mogą

19

ujawnić się kolejne Błędy Krytyczne, które nie występowały wcześniej. Zgłoszenie wszystkich Błędów Krytycznych również zatem z tego powodu jest niemożliwe.

W związku z powyższym Odwołujący wnosil o nakazanie Zamawiającemu dokonania następującej modyfikacji SIWZ:

- wykreślenia z załącznikami zobowiązania Wykonawcy do „przeprowadzenia całej procedury Certyfikacji i zgłoszenia wszystkich Błędów Krytycznych” albo zastąpienia tego zobowiązania takim, które uwzględnia fakt, że nie wszystkie Błędy Krytyczne mogą się ujawnić, jeśli pojawi się w testowanym oprogramowaniu choć jeden Błąd Krytyczny.

7. Opisanie przez Zamawiającego Usługi Integracji i Certyfikacji w załączniku 2D1 w sposób nieprecyzyjny.

Usługa Integracji i Certyfikacji ma służyć zapewnieniu jakości systemu informatycznego i polegać może między innymi na testowaniu przedstawionego do Certyfikacji oprogramowania. Celem jest sprawdzenie czy modyfikacja wykonana przez kogokolwiek innego (na zlecenie Zamawiającego w ramach innej umowy) jest bezpieczna

i nie spowoduje awarii systemu. W tym celu Wykonawca ma obowiązek przetestować przedstawioną modyfikację i zgłaszać Błędy.

Zamawiający w załączniku 2D1 zawarł następujące wymaganie:

Wykonawca zobowiązany jest do zgłaszania jedynie uzasadnionych Błędów Krytycznych.

Zamawiający zdefiniował przy tym, że:

Certyfikacja kończy się wynikiem negatywnym w przypadku wykrycia Błędu Krytycznego, przy czym Wykonawca zobowiązany jest do przeprowadzenia całej procedury Certyfikacji i zgłosić wszystkie Błędy Krytyczne. Błąd Niekrytyczny nie stanowi przesłanki do odmowy Certyfikacji produktu. Te dwa wymagania wykluczają się wzajemnie i są niejednoznaczne. Nie wiadomo bowiem co Zamawiający rozumie przez „uzasadnione” Błędy krytyczne, skoro definicja Błędu Krytycznego zawarta we Wzorze Umowy jest jednoznaczna. Jednocześnie Zamawiający określił w załączniku 2D następujący cel usługi Certyfikacji:

Celem Usługi G2U4 jest zapewnienie Zamawiającemu najwyższej jakości Systemu • Informatycznego poprzez zapewnienie najwyższej jakości produktów wytwarzanych przez inne podmioty, mając wpływ na ten system. Dokonanie Certyfikacji uważa się za potwierdzenie przez Wykonawcę, produkt **jest** gotowy do wprowadzania go na Środowisko Produkcyjne bez szkody dla jako: Nie wiadomo zatem, czy Zamawiający oczekuje, że Wykonawca będzie realizował usługę Certyfikacji niezgodnie z SIWZ i rezygnował ze zgłaszania niektórych Błędów Krytycznych, powodując w ten sposób, że jakość systemu będzie obniżona? Tak sformułowane wymaganie SIWZ jest wewnętrznie sprzeczne i nieprecyzyjne i winno zostać wykreślone.

20

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu dokonania następującej modyfikacji SIWZ:

- wykreślenia z załącznika 2D1 wymagania: „Wykonawca zobowiązany jest do zgłaszania jedynie uzasadnionych Błędów Krytycznych”.

8. Opisanie przez Zamawiającego Usługi Integracji i Certyfikacji w załączniku 2D1 w sposób wymuszający działanie Wykonawcy sprzeczne z wymaganiami SIWZ

Zamawiający w załączniku 2D określił cel usługi Certyfikacji jako zmierzający do zapewnienia najwyższej jakości Systemu informatycznego. Dodatkowo w załączniku 2 Zamawiający określił, że efektem realizacji grupy usług Zapewniania Jakości będą:

4) aktualne i zawierające prawidłowe informacje repozytoria kodów, dokumentacji konfiguracji;

Tymczasem, w Załączniku 2D1 Zamawiający wymusza na Wykonawcy ignorowanie pojawiających się w przedstawionym do certyfikacji oprogramowaniu Błędów Niekrytycznych. Błąd Niekrytyczny nie stanowi przesłanki do odmowy Certyfikacji produktu.

Oznacza to, że Zamawiający wymusza na Wykonawcy certyfikowanie pozytywne produktów, zawierających dowolną liczbę Błędów Niekrytycznych. Skutkować to będzie:

- Obniżoną jakością Systemu Informatycznego (pojawia się w Systemie Błędy Niekrytyczne),
- Znalezieniem się nieprawidłowych (wynikających z Błędów Niekrytycznych) informacji w repozytoriach kodów, dokumentacji i konfiguracji,
- Koniecznością naprawiania tych błędów (niezawinionych przez Wykonawcę) w ramach Usługi Usuwania Wad, z narzuconym Wykonawcy reżimem SLA.

Należy zauważyć, że produkty przedstawiane do certyfikacji będą między innymi realizowane przez innych wykonawców w ramach odrębnych umów. W ramach tych umów wykonawcy ci otrzymają wynagrodzenie za dostarczenie produktów, które zgodnie z dobrą praktyką gospodarowania finansami publicznymi, powinny być wolne od wad.

Niedopuszczalnym zatem jest aby Zamawiający zakładał, że dostarczy do certyfikacji produkt wadliwy, który odbierze od innego wykonawcy i za który zapłaci i jednocześnie będzie wymuszał pozytywną certyfikację tego produktu, a następnie nakaże Wykonawcy poprawę Niekrytycznych błędów w tym wadliwym produkcie.

Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu dokonania następującej modyfikacji SIWZ:

- wykreślenia z załącznika 2D1 wymagania o treści „Błąd Niekrytyczny nie stanowi przesłanki do odmowy Certyfikacji Produktu”

9. Brak określenia w procedurze Certyfikacji, kryteriów weryfikacji produktu stanowiącego dokumentację.

Przedmiotem usługi certyfikacji opisanej w załączniku 2D może być, oprócz oprogramowania także dokumentacja. Celem jest upewnienie się czy jest ona wystarczającej jakości aby mogła zostać włączona do całościowej dokumentacji systemu i mogła służyć zawartą w niej wiedzą. Zamawiający w załączniku 2D1 zawarł następujące wymaganie: Produkt stanowiący dokumentację weryfikowany jest pod kątem jego zgodności ze standardami tworzenia dokumentacji. Zarzucił, iż Zamawiający nie wskazał przy tym z jakimi standardami tworzenia dokumentacji ma być weryfikowany produkt stanowiący dokumentację, ani kto będzie te standardy ustalał. Analogiczne sformułowanie znajduje się w Załączniku 2D. O ile w przypadku produktów będących oprogramowaniem Zamawiający wyraźnie wskazał w załącznikach 2D i 2D1, że produkty te należy testować i zgłaszać błędy, to w przypadku produktu będącego dokumentacją brak jakichkolwiek szczegółowych wytycznych określających w jakim przypadku Certyfikacja mogłaby zakończyć się wynikiem negatywnym. Brak takich wymagań, pozostawia dowolność interpretacyjną na etapie realizacji umowy, która może skutkować wymuszeniem na Wykonawcy, aby pozytywnie certyfikował dokumentację, która będzie (w jego opinii) niewystarczającej jakości. Zamawiający nie określił bowiem żadnych zasad certyfikacji dokumentacji. Tymczasem na Wykonawcę nałożono obowiązek ujednolicania i integrowania tak otrzymanej dokumentacji, która przejdzie Certyfikację. W ramach Usługi Utrzymania Dokumentacji (Załącznik 2E), Wykonawca zobowiązany będzie do dbania o poprawność dokumentacji i zapewnianie jej kompletności i jakości.

Wobec braku jakichkolwiek reguł pozwalających odróżnić dokumentację wadliwą od poprawnej, Wykonawca nie miałby żadnych podstaw aby otrzymaną do certyfikacji dokumentację odrzucić. W przypadku otrzymania od wykonawcy trzeciego, dokumentacji wadliwej, która (wobec braku kryteriów oceny) musiałaby być certyfikowana pozytywnie, Wykonawca byłby zmuszony usuwać jej wady w ramach własnych usług utrzymania dokumentacji. Jest to obciążanie Wykonawcy ryzykiem dodatkowej pracy wynikającej z błędów, których nie popełnił i będących konsekwencją działań zawinionych przez innych wykonawców. Należy podkreślić, że wykonawcy dostarczający ewentualnie dokumentację do certyfikacji za opracowywane przez siebie produkty (domyślnie pozbawione wad) będą otrzymywali wynagrodzenie, podczas gdy dodatkowa praca Wykonawcy w ramach Usługi Utrzymania Dokumentacji będzie ujęta w jednolitym miesięcznym ryczałcie - niezależnym od ilości koniecznej do wykonania pracy. Konieczne jest zatem określenie jednoznacznych i wyczerpujących kryteriów pozwalających ustalić czy produkt będący dokumentacją może pozytywnie przejść procedurę certyfikacji czy nie. Obecnie w SIWZ takich kryteriów brak.

Odwolujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu dokonania następującej modyfikacji SIWZ:

• Uzupełnienia SIWZ o określenie przez Zamawiającego standardu tworzenia dokumentacji, który zobowiązany będzie stosować Wykonawca do oceny czy produkt będący dokumentacją może pozytywnie przejść procedurę certyfikacji czy nie.

10. Określenie procedury certyfikacji w sposób wymuszający certyfikację wadliwego oprogramowania i powodujący, że Wykonawca za wykonaną pracę może nie otrzymać żadnego wynagrodzenia.

Zamawiający określił w ramach załącznika 2D1 następującą procedurę związaną z certyfikacją oprogramowania: W przypadku zgłoszenia wszystkich Błędów Krytycznych w Certyfikacji Zamawiający poprawi Błędy Krytyczne i ponownie przedstawi produkt do Certyfikacji. Wykonawca zobowiązany jest do zgłaszania jedynie uzasadnionych Błędów Krytycznych, Brak Błędów Krytycznych kończy pozytywnie Certyfikację i Strony podpiszą Protokół odbioru Certyfikacji, którego wzór stanowi Załącznik nr 4A 4 do Umowy. Produkt przedstawiany jest do Certyfikacji tak długo, aż nie będzie Błędów Krytycznych, nie dłużej jednak niż do upływu odpowiedniego terminu zgodnie z Tabelą 1 lub 2 (w zależności od złożoności produktu) od dnia Zgłoszenia Certyfikacji. W przypadku jeżeli po upływie terminu, o którym mowa w zdaniu wyżej, Certyfikacja nie została zakończona, Zamawiający może odstąpić od zamówionej Certyfikacji (w terminie 30 dni od wystąpienia przesłanki do odstąpienia). W takim przypadku wynagrodzenie za daną Certyfikację nie będzie należne. Takie sformułowanie powyższej procedury prowadzi do następujących konsekwencji:

- Certyfikację kończy pozytywnie tylko brak zgłoszonych Błędów Krytycznych i tylko za tak zrealizowaną usługę certyfikacji Wykonawca otrzyma wynagrodzenie,
- W przypadku zgłoszenia jakiegokolwiek błędu krytycznego, Zamawiający po poprawieniu błędu przedstawi produkt do certyfikacji ponownie, w takim przypadku:
 - o Wykonawca będzie ponownie zmuszony do wykonania wszystkich czynności związanych z Certyfikacją, w tym w szczególności do tych, o których mowa w Załączniku 2D, tj. przeprowadzenia testów funkcjonalnych, нефункциональных i testów regresji - będzie to realizacja ponownie wszystkich scenariuszy testowych, włącznie z tymi, które w poprzedniej iteracji przeszły pozytywnie, ponieważ Wykonawca nie będzie wiedział, czy w produkcie nie zaszły zmiany powodujące, że poprzednio wykonane testy ponownie zakończą się pomyślnie - będzie to zatem ponowne wykonanie całego zestawu czynności jak dla NOWEJ certyfikacji,
 - o W przypadku wykrycia Błędu Krytycznego Wykonawca nie będzie mógł pozytywnie zakończyć Certyfikacji,
 - o W przypadku gdyby czas na realizację certyfikacji (określony w tabeli 1 lub tabeli 2 załącznika 2D1) minął - Zamawiający będzie mógł odstąpić od zamówionej Certyfikacji i Wykonawca za tak wykonaną pracę nie otrzyma żadnego wynagrodzenia.

23

W konsekwencji przyjęta w SIWZ konstrukcja zapisów umowy prowadzi to tego, że:

- **Na Wykonawcy de facto wymusza się Certyfikowanie produktów z błędami, które to błędy będzie zmuszony naprawiać samodzielnie w ramach Usługi Usuwania Wad, z narzuconym przez Zamawiającego reżimem SLA i Kar,**
- **Zapisy SIWZ powodują konflikt interesów, ponieważ gdyby Wykonawca chciał otrzymać wynagrodzenie za wykonaną pracę, powinien przemykać oko na Błędy Krytyczne,**
- **Jeżeli Wykonawca będzie rzetelnie i precyzyjnie testował przedstawiony do certyfikacji produkt (zgodnie z wymaganiami SIWZ, które mówią o tym, że celem Certyfikacji jest jakość Systemu informatycznego), to może za tę skuteczną pracę nie otrzymać żadnego wynagrodzenia !**

Zwrócił uwagę, że w przypadku dużych produktów (o złożoności powyżej 2000 Punktów Funkcyjnych) niemal niemożliwym jest aby taki produkt nie zawierał błędów. Zamawiający oszacował zgodnie z pkt 2 Załącznika 2D, że Certyfikacja takich produktów (jeżeli będą to produkty strony trzeciej), warta będzie ekwiwalent ponad 400 Punktów Funkcyjnych (20% * ilość PF), co przekładać się może na wynagrodzenie rzędu kilkuset tysięcy złotych, **którego Wykonawca może nie otrzymać, jeżeli znajdzie choćby jeden Błąd Krytyczny**, którego strona trzecia dostarczająca produkt, nie poprawi w terminie przewidzianym dla Wykonawcy na Certyfikację. Prowadzi to do skutku takiego, iż nie ze swojej winy, Wykonawca może świadczyć Zamawiającemu usługę testowania nieodpłatnie. Co więcej, liczba iteracji tak zdefiniowanej usługi Certyfikacji jest potencjalnie nieskończona i niezależna od Wykonawcy, a jedynie od strony trzeciej dostarczającej oprogramowanie do scertyfikowania. Jeżeli bowiem Zamawiający nie skorzysta z prawa odstąpienia od zamówionej certyfikacji, a strona trzecia będzie nieskutecznie poprawiała Błędy Krytyczne to Wykonawca może nieskończoną liczbę razy musieć wykonywać czynności certyfikacyjne i nie otrzyma za te czynności żadnego wynagrodzenia.

Odwolujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu dokonania następującej modyfikacji SIWZ:

- zmiany zapisów załącznika 2D1 w ten sposób aby:
 - o wynagrodzenie Wykonawcy za realizację usługi certyfikacji było niezależne od jej rezultatu (tj. Wykonawca winien otrzymać wynagrodzenie za realizację czynności certyfikacyjnych niezależnie czy certyfikacja przebiegnie pomyślnie czy też zakończy się wynikiem negatywnym),
 - o wynagrodzenie Wykonawcy za realizację usługi certyfikacji było należne Wykonawcy za każdą kolejną iterację realizacji usługi Certyfikacji - czyli ponowne przedstawienie produktu do Certyfikacji powinno stanowić nowe zlecenie Certyfikacji.

24

11. Określenie procedury certyfikacji w sposób wymuszający na Wykonawcy działania wykraczające poza zakres SIWZ i jednocześnie nie pozwalający na oszacowanie kosztów zamawianych prac.

Zamawiający w załączniku nr 2D do Umowy zdefiniował **cel procedury** certyfikacji jako „zapewnienie Zamawiającemu najwyższej jakości Systemu Informatycznego poprzez zapewnienie najwyższej jakości produktów wytwarzanych przez inne podmioty, mających wpływ na ten system. Dokonanie Certyfikacji uważa się za potwierdzenie przez Wykonawcę, że produkt jest gotowy do wprowadzania go na Środowisko Produkcyjne bez szkody dla jakości, dostępności i wydajności Systemu Informatycznego. Proces certyfikacji powoduje, że Wykonawca grupy Usług G2 odpowiada za usuwanie Wad oraz nieprawidłowości Dokumentacji dotyczącej produktu po Certyfikacji jak również Wad oraz nieprawidłowości Dokumentacji spowodowanych przez ten produkt.” Z kolei w załączniku nr 7 do Umowy, w punkcie 3, podpunkt 2a Zamawiający wymaga od Wykonawcy, aby wszystkie „interfejsy do systemów zewnętrznych nieobjętych Usługami Wykonawcy mają zostać zastąpione komponentami symulującymi pracę prawdziwych interfejsów, czyli tzw. zaślepkami”. Jednocześnie w opisie procedury certyfikacji Zamawiający nie zawarł wymagania dostarczenia do procedury certyfikacji ewentualnych nowych bądź zmodyfikowanych „zaślepek” systemów zewnętrznych, z którymi oprogramowanie przedstawione do certyfikacji może się komunikować. Oczywiście jest przy tym, że Wykonawca nie ma wiedzy o tym z jakimi systemami będzie się komunikowało oprogramowanie, które w ramach dodatkowych umów Zamawiający zamówi **WPRZYSZŁOŚCI** od innego wykonawcy. W szczególności mogą to być systemy, które obecnie nie istnieją albo nie są skomunikowane w żaden sposób z Systemem Informatycznym. Tymczasem w efekcie zapisów załącznika 2D i załącznika 7 Zamawiający dla spełnienia celu procedury certyfikacji (w przypadku oprogramowania współpracującego z systemami zewnętrznymi), wymaga od Wykonawcy w ramach procedury certyfikacji: przygotowania (zaprojektowania, zaprogramowania i skonfigurowania) zaślepek symulujących pracę systemów zewnętrznych, do których nie przekazuje Wykonawcy żadnej dokumentacji (przekazywana dokumentacja dotyczy wyłącznie systemu podlegającemu obsłudze w ramach umowy). Bez zastosowania tzw. „zaślepek” systemów zewnętrznych nie będzie możliwe przejście całości procesów biznesowych w testowanym produkcie, a tym samym pełne zweryfikowanie poprawności działania certyfikowanego oprogramowania. Jednocześnie wskazał, że wykonywanie tego rodzaju prac projektowo-programistycznych (wykonania „zaślepek”) wykracza poza zakres prac określonych przez Zamawiającego w procedurze certyfikacji. Powstaje więc niespójność SIWZ, która nie pozwala określić kto będzie odpowiedzialny za dostarczenie zaślepek do interfejsów wykorzystywanych przez przedstawiony co certyfikacji produkt zewnętrzny. Dodatkowo wymaganie Zamawiającego zdefiniowane w załączniku 2D1 mówiące o tym, że Wykonawca „zobowiązany jest do

25

przeprowadzenia całej procedury Certyfikacji i zgłosić wszystkie Błędy krytyczne” - może być niemożliwe do realizacji. Nie będzie bowiem możliwe wykrycie błędów wynikających z nieprawidłowej komunikacji certyfikowanego produktu z systemami, o zasadzie działania których Wykonawca nie ma żadnej wiedzy. Jednocześnie Zamawiający wymaga od Wykonawcy wzięcia (po zakończeniu procedury certyfikacji) odpowiedzialności za współpracę oprogramowania wytworzonego przez firmę trzecią z innym oprogramowaniem potencjalnie utrzymywanym (lub nie) przez jeszcze inną firmę, o nieznanej specyfikacji i sposobie współpracy z systemami zewnętrznymi. Należy podkreślić, że odpowiedzi systemu zewnętrznego mogą być (i w większości wypadków są) zależne od przekazywanych do niego danych, a tym samym prawidłowe rozpoznanie i oprogramowanie całości komunikacji z systemem zewnętrznym jest kluczowym elementem procesu integracji. Podkreślił, że każdy wykonawca realizując prace programistyczne, których produkty będą podlegały procedurze certyfikacji musi we własnym zakresie (choćby na potrzeby testów wewnętrznych) wykonać mechanizmy „zaślepek”.

Odwolujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji SIWZ poprzez:

o uzupełnienie procedury certyfikacji o zobowiązanie Zamawiającego do dostarczenia w ramach pakietu poddawanego certyfikacji pełnego kompletu „zaślepek” systemów zewnętrznych w formie podlegających późniejszemu zbudowaniu kodów źródłowych (analogicznie do certyfikowanego produktu programistycznego określonego procedurą), wraz z ich szczegółową dokumentacją funkcjonalną i techniczną.

o Zawarcia w procedurze certyfikacji zobowiązania Zamawiającego, mówiącego że

w ramach realizacji Usługi Zapewnienia Jakości G2U1 nie będą zgłaszane usterki spowodowane brakami w implementacji obsługi komunikacji z systemami zewnętrznymi, których nie można zidentyfikować z wykorzystaniem dostarczonych do certyfikacji przez wykonawcę trzeciego „zaślepek”.

Zamawiający w dniu 02.10.2015 r. (faxem) wezwał wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) zwanej dalej: „Pzp”, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 05.10.2015 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Hewlett Packard Enterprise Polska Sp. z o.o., ul. Szturmowa 2A, 02-678 Warszawa zwanej dalej: „Hewlett Packard Enterprise Polska Sp. z o.o.” zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. W konsekwencji Izba uznała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego: Hewlett Packard Enterprise Polska Sp. z o.o.

26

W dniu 06.10.2015 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Asseco Poland S. A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów adres do korespondencji: Asseco Poland S. A., ul. Branickiego 13, 02-972 Warszawa zwanej dalej: „Asseco Poland S. A.” zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. Przystąpienie nie mogło zostać uznane za skuteczne, ponieważ wykonawca otrzymał wezwanie do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego w dniu 2.10.2015 r. (co sam przyznał w zgłoszeniu przystąpienia), natomiast zgłoszenie wpłynęło do Izby w dniu 6.10.2015 r., a więc z przekroczeniem 3-dniowego terminu na zgłoszenie przystąpienia (prezentata pisma). Z tych powodów skład orzekający Izby uznał przystąpienie za nieskuteczne.

Do otwarcia posiedzenia Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO nie wniosło na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedzi na odwołanie.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z po oświadczeń, jak przedstawionymi poniżej dowodami, wysłuchaniu i stanowisk stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia.

Izba uznała zgłoszone przystąpienie po stronie Odwołującego - Asseco Poland S. A., za nieskuteczne z uwagi na okoliczności wskazane szczegółowo – w pierwszej części uzasadnienia /części historycznej/ – tzn. upływ 3 dniowego terminu.

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie: dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne przekazanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności postanowienia SIWZ, jak i modyfikacje postanowień SIWZ z 15.10.2015 r. (złożoną na rozprawie przez Zamawiającego).

Izba dopuściła dodatkowo jako dowód w sprawie złożoną przez Zamawiającego na rozprawie: kopię umowy ramowej wykonawczej nr 64/DI/2015/2611 z 07.10.2015 r. wraz z zał. nr 22.

27

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także odwołanie, przystąpienie, odpowiedź na odwołanie złożoną na posiedzeniu przez Zamawiającego, stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że

odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowego odwołania:

W tym zakresie, Izba przywołuje wynikające z odwołania, odpowiedzi na odwołanie oraz modyfikacji z 15.10.2015 r. postanowienia SIWZ. Istotne są zwłaszcza postanowienia załącznika nr 1A /Opis Usługi Administracji Środowiskami/, 2D /Opis Usługi Integracji i Certyfikacji/, 2D1 /Szczegółowa procedura Certyfikacji/ (tabela 1 i 2 – stan na 15.10.2015 r.), 7 /Opis okresu przejściowego/, 11 /SLA i kary umowne/ do umowy stanowiącej załącznik nr 2 do SIWZ /wzór umowy/. Nadto, istotne są także postanowienia wzoru umowy, czyli załącznik nr 2 do SIWZ, jak i postanowienia umowy ramowej wykonawczej – nr 64/DI/2015/2611 z 07.10.2015 r. i zał. nr 22 do niej (stanowiącej wzorzec dla Zamawiającego umów ramowych wykonawczych z „autorami” modyfikacji). Odnosząc się do poszczególnych zagadnień w ramach rozpatrywania poszczególnych zarzutów.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odwolujący w związku z modyfikacją postanowień SIWZ z 15.10.2015 r. cofnął na posiedzeniu następujące zarzuty:

Zarzut 1: Nieprecyzyjnego opisu zamówienia, poprzez zawarcie we wzorze umowy niejasnych definicji Wady, Błędu Krytycznego, Błędu Niekrytycznego i Incydentu; Zarzut 3: Niejednoznaczności i nie pozwalającego na sporządzenie oferty opisu przedmiotu zobowiązań Zamawiającego określonego w załączniku 13;
Zarzut 6: Opisanie przez Zamawiającego Usługi Integracji i Certyfikacji w załącznikach 2D i 2D1 w taki sposób, że jest to świadczenie niemożliwe do realizacji ze względu na niemożliwość zgłoszenia wszystkich błędów krytycznych;
Zarzut 7: Opisanie przez Zamawiającego Usługi Integracji i Certyfikacji w załączniku 2D1 w sposób nieprecyzyjny;
Zarzut 9: Braku określenia w procedurze Certyfikacji, kryteriów weryfikacji produktu stanowiącego dokumentację.

28

W konsekwencji wycofania wskazanych powyżej zarzutów, Izba pozostawiła je bez rozpoznania.

Odwolujący podtrzymał następujące zarzuty – w kontekście naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 i 2 Pzp oraz art. 483 i 484 kc. w zw. z art. 58 kc. w zw. z art. 14 Pzp:

Zarzut 2: Odnośnie regulacji w zakresie multiplikacji kar umownych za to samo zdarzenie - niezgodność z przepisami kodeksu cywilnego, na gruncie Pzp - skutkująca naruszeniem równego traktowania Wykonawców – zarzut oddalony;
Zarzut 4: Odnośnie braku określenia terminu przekazania bazy danych do odtworzenia Systemu Informatycznego – zarzut uwzględniony;
Zarzut 5: Odnośnie opisanie przez Zamawiającego Usługi Integracji i Certyfikacji w załącznikach 2D i 2D1 (tabela 1 i 2) – zarzut uwzględniony;
Zarzut 8: Odnośnie opisanie przez Zamawiającego Usługi Integracji i Certyfikacji w załączniku 2D1 w sposób wymuszający działanie Wykonawcy sprzeczne z wymaganiami SIWZ – zarzut uwzględniony;
Zarzut 10: Odnośnie określenia procedury certyfikacji w sposób wymuszający certyfikację wadliwego oprogramowania i powodujący, że Wykonawca za wykonaną pracę może nie otrzymać żadnego wynagrodzenia – zarzut oddalony;
Zarzut 11: Odnośnie określenie procedury certyfikacji w sposób wymuszający na Wykonawcy działania wykraczające poza zakres SIWZ i jednocześnie nie pozwalający na oszacowanie kosztów zamawianych prac – zarzut oddalony.

Zarzut drugi (multiplikacja kar umownych).

Izba nie widzi podstaw do wykreślenia postanowień umownych w zakresie możliwości zwiększenia kar umownych. Odnosząc się do przedstawionej na rozprawie oraz w odpowiedzi na odwołanie argumentacji, należy uznać, że Odwołujący de facto przyznał brak naruszenia art. 483 i 484 kc. – w kontekście wskazanej przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie uchwały siedmiu sędziów SN z 6 listopada 2003 r., sygn. akt: III CZP 61/03. Sąd

Najwyższy przychylił się do kierunku interpretacyjnego, zgodnie z którym „jakkolwiek według art. 484 § 1 k.c. - jej celem jest naprawienie takiej szkody, to jednak przepis art. 484 § 1 k.c. przyznaje wierzycielowi karę umowną w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości, nie wymagając udowodnienia istnienia szkody. W zasadzie sam fakt niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania powoduje szkodę dla wierzyciela, stanowi bowiem naruszenie jego interesów majątkowych. Szkoda powstała na skutek wspomnianych przyczyn może w typowych

29

warunkach mieć charakter ogólny. Również sama kara umowna ze swej istoty także w sposób ogólny ma na celu naprawienie szkody, wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Jej celem jest wprowadzenie elementów dyscypliny i planowania w wykonaniu umów i realizacji celów społeczno-gospodarczych". Jednocześnie przy tym za trafną i niekwestionowaną Sąd Najwyższy uznał: „myśl ogólną, zgodnie z którą w treści zastrzeżenia obejmującego karę umowną strony mogą postanowić, że dłużnik - w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania - będzie zobligowany do zapłaty określonej sumy pieniężnej. Takie postanowienie umowne pozostaje, przynajmniej co do zasady, w granicach swobodnego kształtowania umowy, wyznaczonych treścią art. 353 i k.c". Co więcej, jak wskazano w powołanej uchwale: „kwestia nieistnienia w ogóle szkody lub jej nieznacznego rozmiaru może być brana pod uwagę dopiero w związku z rozważeniem miarkowania wysokości kary umownej". „Nie trafiają do przekonania argumenty wynikające jedynie z gramatycznej wykładni przepisów art. 483-484 k.c. (...) bardziej przekonująca jest wykładnia funkcjonalna omawianych przepisów, przy założeniu konstrukcyjnej ciągłości odszkodowania umownego i kary umownej. Skoro roszczenie wierzyciela o zapłatę kary umownej o określonej przez strony wysokości przysługuje wierzycielowi „bez względu na wysokość poniesionej szkody" (art. 484 § 1 k.c), to w formule takiej można dostrzegać zasadniczo tę samą myśl legislacyjną, jaka została zawarta w zwrocie ustawowym zawartym w art. 84 § 1 k.z. („bez potrzeby wykazywania jakiegokolwiek szkody"). Jeżeli kara umowna przysługuje wierzycielowi w zastrzeżonej wysokości „bez względu na wysokość poniesionej szkody", oznacza to, że nie ma w ogóle znaczenia także sam fakt wystąpienia szkody. Wyeliminowana została, także de lege lata zależność między karą umowną i szkodą, a nie tylko między samą wysokością kary umownej i wysokością szkody. (...) W art. 484 § 1 zdanie pierwsze k.c. doszło zatem do zmodyfikowania ogólnych przesłanek odpowiedzialności kontraktowej dłużnika w razie powstania obowiązku zapłaty przez niego kary umownej, ponieważ jej zapłata w wysokości pierwotnie umówionej może nastąpić bez względu na fakt wystąpienia i wysokość poniesionej szkody. (...) Zastrzeżenie kary umownej w umowie powoduje właśnie - jak wspomniano - modyfikację reguł tej odpowiedzialności kontraktowej w tym sensie, że wierzyciel wykazuje jedynie sam fakt zastrzeżenia kary umownej i niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania przez dłużnika. Kara umowna stanowi zatem jedną z umownych sankcji kontraktowych, aktualizującą się w związku z naruszeniem zobowiązania przez dłużnika, o uproszczonym sposobie jej zastosowania, w sferze odpowiedzialności kontraktowej obowiązek naprawienia szkody nie stanowi bowiem jedynej konsekwencji (sankcji) niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. (...) Zgodnie z art. 471 k.c, dłużnik może wykazywać jedynie to, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie nastąpiło z przyczyn, za które nie odpowiada. Gdyby przyjąć, że zwolennikom poglądu odrzucającego konstrukcję kary umownej przewidzianej w kodeksie zobowiązań

30

chodzi o jakąś postać zarzutu niweczącego, służącego dłużnikowi, to z pewnością nie dałby się ten zarzut usprawiedliwić samą tylko treścią art. 483 i 484 § 1 k.c. Wywodzi się go raczej, jak się wydaje, z dalszego założenia, że przesłanką powstania roszczenia wierzyciela o zapłatę kary umownej jest poniesienie szkody. Można zatem przyjąć, że nietrafne założenie prowadzi w rezultacie do nietrafnego konstruowania zarzutu peremptoryjnego. (...) Przepis art. 483 k.c. nie ogranicza zakresu zobowiązań niepieniężnych, w odniesieniu do których można skutecznie zastrzec karę umowną. Karę umowną mogą zatem zostać objęte zobowiązania niepieniężne o charakterze niemajątkowym, których niewykonanie lub nienależyte wykonanie nie powoduje w ogóle powstania szkody majątkowej. Brak możliwości podniesienia przez dłużnika zarzutu peremptoryjnego w postaci niewystąpienia szkody, nie

oznacza tego, że strony zastrzegły inną klauzulę umowną niż przewidziana w art. 483-484 k.c."

Odnosnie zaś stworzonego przez Zamawiającego mechanizmu zwiększenia kar umownych w kontekście naruszenia art. 5 Kc, Izba podnosi, że biorąc pod uwagę przeznaczenie oraz cel społeczno-gospodarczy jakiemu ma służyć utrzymywany system informatyczny, to w interesie społecznym leży tym bardziej zapewnienie jego sprawnego funkcjonowania.

Należy jedynie dodać, że kwestie poruszane przez Odwołującego na rozprawie dotyczyły sporu powstałego na tle aktualnie obowiązującego kontraktu, Odwołujący przyznał, że mechanizm zwiększenia kar umownych został w nowej umowie zmniejszony. Nadto, że biorąc pod uwagę argumentację przedstawioną przez Odwołującego na rozprawie, Wykonawca winien raczej objąć zakresem zaskarżenia mechanizm naliczania kar w kontekście przekroczonych terminów - od każdej rozpoczętej godziny, czego nie uczynił.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Zarzut czwarty (brak określenia terminu przekazania bazy danych do odtworzenia Systemu Informatycznego).

Izba uznała zasadność zarzutu i konieczność nakazania modyfikacji postanowień SIWZ w sposób wskazany w sentencji. Należy uznać, że z dotychczas obowiązujących postanowień SIWZ - w załączniku 1 A pkt 2 do umowy stanowiącej załącznik nr 2 do SIWZ: *„Niezależnie od pkt. 1 lit. m Zamawiający ma prawo wezwać Wykonawcę, nie częściej jednak niż raz na kwartał, do odtworzenia Systemu Informatycznego w wersji wskazanej przez Zamawiającego na kopii bazy danych przekazanej przez Zamawiającego, zgodnie z repozytorium kodu, na wskazanym przez Zamawiającego Środowisku, na podstawie Dokumentacji, przy udziale przedstawicieli Zamawiającego, w terminie nie dłuższym niż 5 Dni Roboczych od wezwania.”* - nie wynikały intencje Zamawiającego, którym dał wyraz na

31

rozprawie, tj. że: *„kopia bazy danych będzie przekazywana Wykonawcy wraz ze stosownym wezwaniem raz na kwartał”*. W rezultacie, Izba uznała, że miało miejsce naruszenie art. 29 ust. 1 Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Zarzut piąty (opisanie przez Zamawiającego Usługi Integracji i Certyfikacji w zał. 2 D i 2 D1 – tabela 1 i 2).

W tym zakresie Izba uznała konieczność usunięcia w tabeli 1 i 2 otwartego charakteru trzeciego przedziału *„więcej niż 2000”*, przy uwzględnieniu złożoności produktu przekazywanego do certyfikacji. Konieczna jest zmiana, która wskazywałaby dany zakres przewidziany do certyfikacji. W tym wypadku każdorazowa zmiana, czy to przez dalszy podział przy zamkniętych zakresach, czy to przez zamknięcie zakresu, musi uwzględniać złożoność produktu wynikającego z zakresu przekazanego do certyfikacji w kontekście ustalonego adekwatnego terminu. W ocenie Izby, nie ma możliwości przyjęcia pierwotnie postulowanej liniowej zależności czasu przeznaczonego na certyfikację, jak i możliwości certyfikowania produktu do końcowego terminu zakończenia umowy, z uwagi na zobowiązania Zamawiającego wynikające z odrębnych ustaw i aktów wykonawczych. Z kolei propozycja certyfikowania produktu w częściach, w ocenie Izby, jest nierealna, albowiem po pierwsze wymagałoby to działań takich jak zmiany umów ramowych wykonawczych w sytuacji, gdy Zamawiający nie ma aktualnie wpływu na otrzymywany produkt w tym zakresie, po drugie rodzi to niebezpieczeństwo w procesie certyfikacji produktu jako całości, po trzecie przedłuża to proces certyfikacji produktu jako całości, co jest niekorzystne z punktu widzenia terminów ciążyących na Zamawiającym. Nadto, Izba wskazuje, że tak w zał. nr 2D1 do umowy stanowiącej załącznik nr 2 do SIWZ, jak i w § 16 ust. 7 wzoru umowy stanowiącej załącznik nr 2 do SIWZ określone zostały możliwości zmiany w zakresie także terminów certyfikacji odnosnie koordynatorów umowy stron. W konsekwencji, w uzasadnionych przypadkach istnieje możliwość odstąpienia od ustalonych przez Zamawiającego terminów w tabeli 1 i 2. Brak jest, w ocenie Izby, racjonalnych przesłanek, aby strony umowy nie korzystały z istniejących instrumentów w celu konstruktywnej realizacji zawartej umowy. W uwzględnionym zakresie miało miejsce naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Zarzut ósmy (dotyczący opisanie Usługi Integracji i Certyfikacji w załączniku nr 2 D1 w sposób wymuszający certyfikowanie pozytywne produktów zawierających dowolną liczbę błędów niekrytycznych).

32

W ocenie Izby, zasadne jest żądanie Odwołującego, aby w konsekwencji uwzględnienia zarzutu Wykonawca utrzymujący system odpowiadał jedynie za błąd niekrytyczny, który nie został przez niego wykryty w procesie certyfikacji. Nie odpowiadał z kolei, za błąd niekrytyczny, który wykrył, poinformował o nim Zamawiającego, który przekazał produkt do „autora” modyfikacji, a mimo to błąd ten nie został skutecznie usunięty. Stąd nakaz w sentencji wykreślenia z załącznika nr 2D1 do umowy stanowiącej załącznik nr 2 do SIWZ wymagania o treści: „*Błąd Niekrytyczny nie stanowi przesłanki do odmowy Certyfikacji Produktu*”. W rezultacie Wykonawca utrzymujący system nie będzie brał odpowiedzialności za błąd niekrytyczny, który nie jest wynikiem braku skutecznych działań z jego strony. W uwzględnionym zakresie miało miejsce naruszenie art. 29 ust. 2 Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Zarzut dziesiąty (określenie procedury certyfikacji w sposób wymuszający certyfikację wadliwego oprogramowania i powodujący, że Wykonawca za wykonaną pracę może nie otrzymać żadnego wynagrodzenia).

Izba nie może przychylić się do żądania Odwołującego odnośnie zmiany sposobu wynagrodzenia w taki sposób, aby było niezależne od rezultatu, a opierało się na starannym działaniu z jego strony. W ocenie Izby, istotą przedmiotu zamówienia jest utrzymanie przez Wykonawcę systemu informatycznego w kontekście dokonywanych modyfikacji, czyli ważny jest - końcowy rezultat. Nadto, w ocenie Izby, wysokość wynagrodzenia przewidziana według zasad wynikających z załącznika nr 2D do umowy stanowiącej załącznik nr 2 do SIWZ - za każdą przeprowadzoną certyfikację uprawnia do założenia określonego ryzyka przez danego Wykonawcę także w zakresie możliwości odstąpienia od zamawianej konkretnej certyfikacji. Nadto, istnieją instytucje wynikające z § 4 ust. 6 /*zawieszenie czasu realizacji zgłoszenia/* i 17 /koordynator umowy Zamawiającego może obniżyć lub wyłączenie SLA dla danej usługi na czas nie dłuższy niż 6 tygodni/ oraz § 16 ust. 7 /koordynatorzy umowy mogą podjąć wspólną decyzję o zmianie części lub całości zasad procedury certyfikacji opisanej w zał. nr 2D1 w stosunku do danego zgłoszenia/ stron wzoru umowy stanowiącej załącznik nr 2 do SIWZ, czy też prawo odstąpienia od umowy ramowej wykonawczej w cz. V zał. Nr 22 ostatnie zdanie ostatniego akapitu przedostatniej stronie tego załącznika /*W przypadku gdy druga tura Certyfikacji zakończy się również wynikiem negatywnym, Zamawiający ma prawo do odstąpienia od Umowy Wykonawczej, zgodnie z 17 ust.1 pkt 3 Umowy Ramowej*/. Brak jest, w ocenie Izby, racjonalnych przesłanek, aby zakładać, że strony umowy nie będą korzystały z istniejących instrumentów w celu konstruktywnej realizacji zawartej umowy.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

33

Zarzut jedenasty (określenie procedury certyfikacji w sposób wymuszający na Wykonawcy działania wykraczające poza zakres SIWZ i jednocześnie nie pozwalający na oszacowanie kosztów zamawianych prac).

Odnośnie kwestii potwierdzenia działania określonej funkcjonalności, w kontekście współpracy z systemami zewnętrznymi. Odwołujący obawiał się, że nie mając dostępu i tworząc własne „zaśleпки” nie będzie mógł prawidłowo zasymulować pracy modyfikacji z systemami zewnętrznymi. Z kolei Zamawiający, wyjaśnił na rozprawie, że obowiązki w tym zakresie nie pozostawił po stronie realizującej modyfikację, czyli jej „autora”, gdyż obawiał się, że jego działanie ograniczy się do minimum i nie będzie uwzględniało innych możliwości systemu. Izba uznała, że trafnie wskazał Zamawiający na rozprawie, że Wykonawca utrzymujący system będzie dysponował pełną dokumentacją do stworzenia „zaślepek” albowiem otrzyma pełną dokumentację modyfikacji stworzonej przez innego Wykonawcę. Powyższe potwierdzają postanowienia umowy ramowej wykonawczej przedstawionej przez Zamawiającego na rozprawie (cz. III – Procedura Odbioru Dokumentacji - zał. nr 22). W konsekwencji konieczne jest wyegzekwowanie (cz. IV Procedura Odbioru Oprogramowania - ust. 3 pkt 3), aby dokumentacja modyfikacji obejmująca testy odbiorowe

obejmowała także dokumentację do stworzenia „zaślepek”. W rezultacie, przy zachowaniu dotychczasowych obowiązków po stronie Wykonawcy utrzymującego system, pozwoli to jemu uwzględnić informacje otrzymane w ramach dokumentacji i stworzyć „zaśleпки” uwzględniające inne możliwości systemu informatycznego. W rezultacie, jeśli nie przewidzenie określonej funkcjonalności będzie wynikiem wadliwości przekazanej dokumentacji „autora” modyfikacji – będzie miał zastosowanie § 4 ust. 6 wzoru umowy /zawieszenie czasu realizacji zgłoszenia/ stanowiącej załącznik nr 2 do SIWZ, który ma charakter obligatoryjny. Nadto, w ocenie Izby, nie było celem Zamawiającego, aby w zaskarżonym zakresie Wykonawca przewidywał, jaki system zewnętrzny będzie istniał w przyszłości.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

34

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i pkt 2 lit. b oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba uznała wniosek Odwołującego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł, tj. w maksymalnej kwocie dopuszczonej przez w/w rozporządzenie (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia).

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

35