

Sygn. akt: KIO 2100/11

WYROK

z dnia 12 października 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 października 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 września 2011 r. przez **ComArch S.A. w Krakowie** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez **Skarb Państwa - Ministerstwo Finansów w Warszawie**,

orzeka:

1. Oddala odwołanie

2. Kosztami postępowania obciąża **ComArch S.A. w Krakowie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **ComArch S.A. w Krakowie** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze 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:

sygn. akt KIO 2100/11

UZASADNIENIE

Zamawiający, Skarb Państwa – Ministerstwo Finansów w Warszawie, prowadzi w trybie przetargu ograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zakup usługi utrzymania oraz rozwoju Informatycznego Systemu Obsługi Budżetu Państwa Trezor.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w dniu 05.01.2011 r. w Dz.U. UE pod numerem 2011/S 2-003031

W dniu 19.09.2011 r. zamawiający przekazał wykonawcom biorącym udział w postępowaniu specyfikację istotnych warunków zamówienia (siwz).

W dniu 29.09.2011 r. Comarch S.A. w Krakowie wniosła odwołanie wobec treści siwz w zakresie wzoru umowy, w tym określenia opisu przedmiotu zamówienia.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

1. naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 ustawy, poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
2. naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 oraz w zw. z art. 29 ust. 2 ustawy poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, za pomocą niedostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, nie uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, a także określenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję;
3. naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 ustawy, poprzez sporządzenie postanowień wzoru umowy w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania i nakazanie zamawiającemu modyfikację postanowień SIWZ w zakresie wzoru umowy, w tym określenia opisu przedmiotu zamówienia, tak aby zmodyfikowane postanowienia SIWZ były zgodne z ustawą.

W uzasadnieniu odwołania w następujący sposób sprecyzowano jego zarzuty:

I. Zapisy załącznika nr B do SIWZ - Wzór umowy, § 7 pkt. 15 oraz zawarta w słowniczku wzoru umowy definicja Oprogramowania Osób Trzecich:

W załączniku nr B do SIWZ Wzór Umowy w § 7 pkt. 15 Zamawiający postanowił, że „Z chwilą podpisania Protokołu Odbioru Zadania (wzór protokołu w ZAŁĄCZNIKU Nr 7 do Umowy) Wykonawca, w ramach wynagrodzenia wskazanego w § 8 Umowy udziela Zamawiającemu licencji (sublicencji) na użytkowanie Oprogramowania Osób Trzecich, w ramach wszystkich funkcjonalności w dowolny sposób w nieograniczonej liczbie kopii/stanowisk/serwerów oraz przez nieograniczoną liczbę użytkowników i osób, również spoza organizacji Zamawiającego.”

Jednocześnie w słowniczku zawartym we wzorze umowy Zamawiający wskazał, iż poprzez Oprogramowanie Osób Trzecich rozumie „Oprogramowanie komputerowe, co do którego podmiotem posiadającym autorskie prawa majątkowe nie jest Wykonawca lub Zamawiający, w szczególności oprogramowanie komputerowe tworzące oraz/lub wchodzące w skład Systemu TREZOR, poprzez Oprogramowanie Osób Trzecich Strony rozumieją również Oprogramowanie po Zmianie/naprawie Błędów /Awarii zrealizowanej na podstawie niniejszej Umowy”.

Powyższe zapisy są według Odwołującego niejednoznaczne i niewyczerpujące. Zamawiający formułuje swoje wymagania za pomocą niedostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, nie uwzględniając wszystkich wymagań i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Należy podkreślić w szczególności, iż biorąc pod uwagę ww. zapisy, Wykonawca nie może dokonać wyceny elementów wchodzących w skład oferty. W szczególności Zamawiający nie określił enumeratywnie jakie oprogramowanie wchodzi w skład Oprogramowania Osób Trzecich, zatem Wykonawca, będąc zobowiązany na podstawie ww. zapisów, do zapewnienia Zamawiającemu licencji na użytkowanie tegoż oprogramowania, nie ma możliwości wyliczenia kosztów, które będzie zobowiązany ponieść. Zatem jest niezbędna modyfikacja treści SIWZ w powyższym zakresie bądź poprzez wykreślenie ww. zapisów z SIWZ, bądź poprzez przedstawienie zamkniętej listy

produktów Osób Trzecich, których licencje ma zapewnić Wykonawca, tak aby możliwe było oszacowanie ich kosztów - kosztów realizacji zamówienia.

Według Odwołującego, Zamawiający naruszył przepisy art. 7 ust 1 w zw. z art. 29 ust. 1 oraz w zw. z art. 29 ust 2 ustawy poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, za pomocą niedostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, nie uwzględniając wszystkich wymagań i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, a także poprzez określenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, przez co Zamawiający prowadzi niniejsze postępowanie w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Zamawiający naruszył również przepis art. 7 ust. 1 ustawy, poprzez sporządzenie postanowień wzoru umowy w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

II. Zapisy załącznika nr B do SIWZ - Wzór umowy, Załącznik nr 2 do Wzoru umowy, pkt. 4 ppkt. 3):

Zamawiający w załączniku nr B do SIWZ - Wzór umowy, Załącznik nr 2 do Wzoru umowy zawarł informacje dotyczące wyceny planowanych zmian lub rozbudowy systemu zgodnie z metodyką szacowania złożoności systemów informatycznych lub złożoności jego zmian opisana w publikacji: wyd. IFPUG „Function Point Counting - Practices Manual" Release 4.1 - metodyką Punktów Funkcyjnych.

W szczególności, w załączniku nr B do SIWZ - Wzór umowy, Załącznik nr 2 do Wzoru umowy, pkt. 4 ppkt. 3 SIWZ, Zamawiający zawarł wymaganie „Rozwój Aplikacji będzie realizowany zgodnie z poniższą procedurą Zarządzania Zmianą: (...) W ramach realizacji modyfikacji lub nowej funkcjonalności w Aplikacji Wykonawca zobowiązuje się do przygotowania dokumentu wraz z wyceną planowanych zmian lub rozbudowy zgodnie z metodą Analizy Punktów Funkcyjnych na podstawie Specyfikacji Przypadków Użycia, przy założeniach (...):

- W przypadku istniejącej już funkcjonalności w Aplikacji, modyfikacje w postaci: usuwanie, zmiana/modyfikacja stałych elementów Systemu, zastosowanie analogicznej funkcjonalności w kilku miejscach Systemu należy liczyć jako 50 % Punktów Funkcyjnych nowej funkcjonalności.

- W przypadku Zmian korzystających ze standardowej funkcjonalności OEBS, i innych narzędzi uwzględnionych w Planie Migracji, funkcjonalność należy liczyć jako 20 % Punktów Funkcyjnych funkcjonalności zleconej przez Zamawiającego".

Należy stwierdzić, iż zapisy z pkt 4 ppkt. 3 Załącznika nr 2 do Wzoru umowy są niezgodne ze wskazaną przez Zamawiającego metodyką.

Zapisy takie uniemożliwiają jednoznaczną ocenę potencjalnej ilości zleconych punktów funkcyjnych (dalej „PF”) Wykonawcy. W przypadku, kiedy wszystkie zmiany dotyczyłyby funkcjonalności liczonej jako 20% PF oznaczałoby, że Zamawiający zamierza zlecić nie 20 952,86 PF ale pięciokrotnie więcej czyli 104 764, 30 PF. Na skutek takich zapisów nie sposób oszacować finalnej liczby PF, jaką zamierza zlecić Zamawiający, a tym samym wyliczyć kosztu 1 PF, co przekłada się na niemożność dokonania wyliczenia kosztów realizacji zamówienia.

Nadto, wskazana przez Zamawiającego Metodyka służy do szacowania wyłącznie wartości oprogramowania (nie jest możliwe oszacowanie za jej pomocą wartości innych produktów zamówienia - takich jak dokumentacja, szkolenia , artefakty itp.), poprzez określenie ilości a Punkt Funkcyjny to metryka złożoności oprogramowania, tymczasem w SIWZ pojawia się szereg zapisów wymagających oszacowania tą właśnie metodyką innych prac liczonych w osobodniach, dla przykładu można tu wskazać zapisy zawarte w pkt 6 Załącznika nr 2 do Wzoru umowy (Dokumentacja), jak również wszystkie produkty i artefakty wymienione w Załączniku nr 15 do Wzoru umowy - Standard analityczno projektowy [SAP MF] czy też zapis zawarty w pkt. 15 Załącznika nr 2 do Wzoru umowy, gdzie zawarto wymaganie „Wykonawca oświadcza, że w wartości Punktu Funkcyjnego określonego w niniejszej umowie, zostały uwzględnione koszty produktów realizowanych w ramach usługi rozwoju."

Konkludując, zapisy SIWZ wskazują na to, iż Zamawiający nie rozumie na czym polega i czego dotyczy metodyka na którą się powołuje. W związku z powyższym wnosimy o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji SIWZ poprzez wykreślenie przywołanych zapisów załącznika nr B do SIWZ - Wzór umowy, Załącznik nr 2 do Wzoru umowy, pkt. 4 ppkt. 3 SIWZ.

Zamawiający naruszył przepisy art. 7 ust 1 w zw. z art. 29 ust. 1 oraz w zw. z art. 29 ust 2 ustawy poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, za pomocą niedostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, nie uwzględniając wszystkich wymagań i okoliczności

mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, a także poprzez określenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, przez co Zamawiający prowadzi niniejsze postępowanie w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Zamawiający naruszył również przepis art. 7 ust. 1 ustawy, poprzez sporządzenie postanowień wzoru umowy w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Pismem z dnia 10.10.2011 r. zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Odnośnie poszczególnych zarzutów odwołania wskazano:

„I. Odwołujący zacytował brzmienie postanowień siwz twierdząc że są one niejednoznaczne i niewyczerpujące, sformułowane za pomocą niedostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, nie uwzględniając wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Odwołujący twierdzi, że poprzez wprowadzenie kwestionowanych zapisów Wykonawca nie może dokonać wyceny elementów wchodzących w skład oferty. W dalszej części zarzutu Odwołujący podnosi, że w szczególności ze względu na brak enumeratywnego określenia oprogramowania wchodzącego w skład Oprogramowania Osób Trzecich, Wykonawca jako zobowiązany do zapewnienia Zamawiającemu licencji na użytkowanie tegoż oprogramowania, nie ma możliwości wyliczenia kosztów, które będzie musiał ponieść.

Zarzuty Odwołującego nie znajdują potwierdzenia w stanie faktycznym, ponieważ zostały sformułowane w oparciu o niejako wyrwane z kontekstu fragmenty SIWZ, którą Wykonawca winien czytać całościowo. Przedmiotem zamówienia jest m.in. zakup usługi utrzymania i rozwoju systemu informatycznego służącego do kompleksowej obsługi Budżetu Państwa. Budowa tego systemu oparta została o rozwiązania informatyczne, do których, co do zasady, autorskie prawa majątkowe przysługują Zamawiającemu. Jednakże niektóre części tego systemu pracują w oparciu o technologie, w których skład wchodzi fragmenty różnych typów oprogramowania, co do których autorskie prawa majątkowe przysługują innym podmiotom gospodarczym. Zamawiający kierując się potrzebą przyszłego rozwoju

Systemu nie może jednocześnie ograniczać się do konkretnych technologii, czy też produktów będących Oprogramowaniem Osób Trzecich. Paradoksalnie, wskazanie enumeratywnie Oprogramowania osób trzecich, które ma być użyte przez Wykonawcę w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia stanowiłoby rażące naruszenie art. 7 ustawy PZP oraz art. 29 ust. 2 i 3. Zamawiający w taki sposób przedstawił opis przedmiotu zamówienia, żeby Wykonawca przygotowujący ofertę mógł, jeśli zajdzie taka potrzeba, samodzielnie dokonać wyboru rozwiązania za zgodą Zamawiającego.

Zgodnie z zapisami SIWZ Załącznik nr 10 str 2 Szczegółowy opis aplikacji, Zamawiający określił licencje (sublicencje) które posiada:

- ✓ Oracle Financials - 47 użytkowników nazwanych,
- ✓ Oracle Financials&Sales Analyzer- 38 użytkowników nazwanych,
- ✓ Oracle Financials (elementy oprogramowania w ramach funkcji modułu „Obsługa dysponentów” w systemie) - nieograniczona liczba użytkowników,
- ✓ Oracle Tutor - 38 użytkowników nazwanych,
- ✓ Oracle iLearning - nieograniczona liczba użytkowników,
- ✓ Oracle RDBMS - 16 CPU,
- ✓ Oracle RDBMS, opcja RAC - 16 CPU,
- ✓ Oracle RDBMS, opcja Partitioning - 16 CPU,
- ✓ Oracle iAS - 12 CPU.

Określił również w Umowie § 2 ust. 6 str 11, że „Zamawiający zapewni do realizacji Migracji konieczne licencje/sublicencje zgodnie z Planem Migracji, zaakceptowanym przez Zamawiającego.”

Na stronie 10 § 2 ust. 1 pkt 9 w SIWZ Zamawiający przewidział, że jeżeli Wykonawca będzie planował realizację zamówionej przez Zamawiającego funkcjonalności przy wykorzystaniu Oprogramowania Osób Trzecich czyli zgodnie z definicją „Oprogramowanie komputerowe, co do którego podmiotem posiadającym autorskie prawa majątkowe nie jest Wykonawca lub Zamawiający, w szczególności oprogramowanie komputerowe tworzące oraz/lub wchodzące w skład Systemu TREZOR... ” to „Wykonawca wystąpi do Zamawiającego o zgodę na modyfikację w terminie trzech dni. W przypadku braku zgody Zamawiającego, Wykonawca przedstawi alternatywne rozwiązanie, uwzględniające uwagi Zamawiającego. ”

W związku z powyższym nie są prawdziwe zarzuty stawiane Zamawiającemu o niejednoznacznych i niewyczerpujących zapisach zawartych w § 7 pkt 15 oraz zapisach zawartych w słowniczku we wzorze umowy.

Zamawiający jasno sprecyzował w SIWZ co wchodzi w skład Oprogramowania Osób Trzecich. Natomiast, jeśli Wykonawca będzie chciał użyć Oprogramowania Osób Trzecich, do którego praw nie posiada Wykonawca lub Zamawiający, to Wykonawca musi na zastosowanie takiego rozwiązania uzyskać zgodę Zamawiającego.

Wykonawca żąda od Zamawiającego modyfikacji treści SIWZ w powyższym zakresie poprzez wykreślenie § 7 pkt 15 bądź przedstawienie zamkniętej listy produktów osób trzecich. W przypadku spełnienia prośby Odwołującego, Zamawiający zostałby zmuszony do naruszenia Art. 29 ust. 2 PZP, który wprost zakazuje opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudnić uczciwą konkurencję, co prowadziłoby do naruszenia zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania Wykonawców, o których mowa w art. 7 ust. 1 PZP.

Usunięcie w/w zapisu, pozwoli Odwołującemu na realizację umowy z wykorzystaniem oprogramowania, do którego Zamawiający nie będzie posiadał niezbędnych praw i Zamawiający zostanie uzależniony przez Wykonawcę, od Oprogramowania Osób Trzecich nie będących stroną tego postępowania. Co skutkuje tym, iż Zamawiający aby wykorzystywać system, którego jest Właścicielem, będzie musiał wykupić dodatkowe prawa do jego używania. Ponadto usunięcie w/w zapisu zmieni zakres usługi jaką zamierza kupić Zamawiający (definicja: art. 2 pkt 10 ustawy PZP) i doprowadzi do sytuacji, w której Zamawiający dokona zakupu nie spełniającego jego potrzeby lub wręcz uniemożliwi jego realizację.

Działanie systemu TREZOR jest krytyczne dla realizacji procesu budżetowego w Ministerstwie Finansów, w tym w szczególności dla procesu przekazywania środków na wydatki budżetowe oraz zwroty dochodów. Za pomocą systemu TREZOR realizowane są również zlecenia lokat w Narodowym Banku Polskim. W zakresie powyższych procesów dostępność systemu TREZOR oraz poprawność jego działania jest krytyczna, a wszelkie zaburzenia płynności realizacji tych procesów mogą spowodować wysokie straty finansowe dla budżetu państwa.

Z funkcjonalności systemu TREZOR w zakresie realizacji procesów planowania, wykonywania oraz sprawozdawczości budżetowej na bieżąco korzysta około 3 tys. dysponentów środków budżetu państwa w ramach których w systemie pracuje około

13 tys. użytkowników a wszelkie zaburzenia ciągłości jego działania uniemożliwiają realizację procesu wszystkim dysponentom.

Brak lub niezapewnienie należytego poziomu realizacji usługi utrzymania systemu Trezor i zaburzenie wspieranych przez niego procesów może spowodować wymierne straty finansowe i narazić osoby odpowiedzialne za dotrzymanie terminów wynikających z przepisów prawa na odpowiedzialność prawną.

Ponadto Dysponenti środków budżetu państwa podlegają odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych w przypadku niesporządzenia lub nieprzekazania w terminie sprawozdania z wykonania procesów gromadzenia środków publicznych i ich rozdysponowania, zgodnie z Ustawą o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych

Jak wynika z powyższego wprowadzenie zmiany w SIWZ jakiej oczekuje Odwołujący spowodowałoby niezgodną z prawem praktykę, polegającą na wskazaniu konkretnych produktów, a mającą na celu ograniczenie konkurencji w postępowaniu i preferowanie konkretnych rozwiązań. Jedynie taka forma zapisów w SIWZ, jaką zawarł Zamawiający zapewnia nieograniczoną konkurencję i dopuszczenie do realizacji zamówienia szerokiego spektrum producentów oprogramowania, a przez to zabezpiecza również interesy wszystkich Wykonawców ubiegających się o to zamówienie, w tym również Odwołującego. Zdaniem Zamawiającego stawiane przez Odwołującego zarzuty nie mają na celu dostosowania SIWZ do zgodności z przepisami prawa, ale doprowadzenie do sytuacji, w której to Odwołujący zapewni sobie jak najkorzystniejsze warunki realizacji zamówienia.

Nieprawdziwe jest stwierdzenie Odwołującego, że (...) Wykonawca nie może dokonać wyceny elementów wchodzących w skład oferty (...) oraz (...) nie ma możliwości wyliczenia kosztów, które będzie zobowiązany ponieść (...), ponieważ nie jest to obowiązek Wykonawców, ale możliwość i prawo do zastosowania takiego rozwiązania przy realizacji Usługi Rozwoju, czyli uprawnienie, z którego Wykonawca będzie mógł skorzystać, ale nie będzie musiał. Warunkiem na wykorzystanie tego rozwiązania jest zgoda Zamawiającego § 2 ust. 1 pkt 9 Umowy. Jeżeli Wykonawca skorzysta z tego prawa to Zamawiający zapłaci Wykonawcy za dostarczoną funkcjonalność w ramach płatności za Usługę Rozwoju, o której mowa we wzorze Umowy § 8 ust. 3 pkt 2 (str. 19). Ponadto Zamawiający pragnie zauważyć, że wyżej opisana sytuacja może mieć miejsce dopiero w trakcie realizacji Umowy albo może

do niej nie dojść co nie wpłynie na realizację Umowy. Z tego względu zarzut Odwołującego jest nieuzasadniony.

II Wbrew twierdzeniom Odwołującego Zamawiający doskonale zna metodykę punktów funkcyjnych i możliwości jej zastosowania. Zamawiający udzielił i zrealizował wiele zamówień, w których tworzone czy zmieniane funkcjonalności systemów informatycznych mierzone były liczbą punktów funkcyjnych.

Gwoli wyjaśnienia metodyka punktów funkcyjnych służy zależnie od jakości opisu przedmiotu zamówienia do:

- szacowania wielkości/złożoności systemu informatycznego czy zmian w nim dokonywanych, gdy opis nie jest precyzyjny,
- precyzyjnego wyliczania liczby punktów funkcyjnych, przy precyzyjnym wprowadzaniu funkcjonalności systemu.

Liczba punktów funkcyjnych jest ustalana zgodnie z metodyką punktów funkcyjnych, która odnosi się bezpośrednio do cech tworzonego oprogramowania takich jak liczba zmiennych, rodzaj zmiennych, czy to przechowywanych czy wykorzystywanych również przez inne moduły systemu, a także złożoności samego systemu.

Metodyka ta jest bardzo efektywna przy szacowaniu wielkości projektów informatycznych, co zostało potwierdzone publikacjami w recenzowanych pismach naukowych.

Powyższe skutkuje szerokim zastosowaniem metodyki i jej powszechnym na rynku informatycznym używaniem przy określaniu wartości systemu na podstawie opisów wymaganych funkcjonalności. Metodyka jest stosowana nie tylko w zamówieniach publicznych, ale również na również na rynku komercyjnym przez podmioty nabywające systemy lub modyfikacje systemów informatycznych.

Zastosowanie tej metodyki w zamówieniach publicznych wynika z konieczności zapewnienia uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Powszechna znajomość metodyki i brak opłat za jej stosowanie powodują, iż jej zastosowanie nie ogranicza kręgu podmiotów mogących ubiegać się o zamówienie.

Zastosowanie punktów funkcyjnych jako jednostki mierzącej wielkość zmiany stanowi podstawę rozliczenia Zamawiającego z wykonawcą. Zapewnia to realizację

dyspozycji art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. Metodyka umożliwia Zamawiającemu jednoznaczne i precyzyjne określenie wielkości zmiany funkcjonalności systemu. Zastosowana jednostka jest:

- wyliczana w sposób jednoznaczny i powtarzalny, z zastosowaniem ustalonego precyzyjnego mechanizmu określonego przez ścisłą procedurę wykorzystującą wzory matematyczne i tabele. Dla porównania powszechnie stosowane w zamówieniach jednostki pracochłonności takie jak roboczogodziny czy roboczodni są przedmiotem ustalenia między Zamawiającym, a wykonawcą, zatem mają charakter uznaniowy.
- niezależna od właściwości Wykonawcy takich jak wiedza, doświadczenie, efektywność czy organizacja pracy w przeciwieństwie do powszechnie stosowanych przy udzielaniu zamówień publicznych jednostek pracochłonności.
- ustalenie wartości przyszłych zmian następuje na etapie złożenia oferty w postępowaniu, zatem całość zamówienia udzielana jest w warunkach konkurencyjnych, w przeciwieństwie do jednostek pracochłonności powodujących ustalenie faktycznej wartości tworzonego oprogramowania dopiero po udzieleniu zamówienia pod dyktando wykonawcy.

Zastosowanie jednostek miary - punktów funkcyjnych zapewnia efektywne wydatkowanie środków publicznych, poprzez ustalenie wartości zmian w sposób konkurencyjny i eliminację czynników uznaniowych oraz negocjacji wartości zmian już po udzieleniu zamówienia. Zarzut, iż zastosowane przez Zamawiającego postanowienia ust. 4 pkt 3 Załącznika nr 2 do Wzoru umowy stanowiącego Załącznik B do SIWZ są niezgodne z metodyką punktów funkcyjnych nie znajdują potwierdzenia w stanie faktycznym. Odwołujący w żaden sposób nie uprawdopodobnia tego zarzutu. Nie wskazuje na czym polega sugerowana nieprawidłowość, w żaden sposób nie odnosi się do niezgodności z metodyką. Podnosi natomiast w oderwaniu od zarzutu, iż nie jest w stanie ustalić jaka liczba punktów funkcyjnych jest przedmiotem zamówienia. Wartość ta jest jednoznacznie wskazana w ust. 4 pkt 1. Wskazane przez Odwołującego wyliczenia nie mają oparcia w stanie faktycznym. Żądanie usunięcia podniesionych w odwołaniu postanowień SIWZ:

W przypadku istniejącej już funkcjonalności w Aplikacji, modyfikacje w postaci: usuwanie, zmiana/modyfikacja stałych elementów Systemu, zastosowanie analogicznej funkcjonalności w kilku miejscach Systemu należy liczyć jako 50 % Punktów Funkcyjnych nowej funkcjonalności.),

W przypadku Zmian korzystających ze standardowej funkcjonalności OEBS, i innych narzędzi uwzględnionych w Planie Migracji, funkcjonalność należy liczyć jako 20 % Punktów Funkcyjnych funkcjonalności zleconej przez Zamawiającego. stanowi pretekst do otrzymania:

wynagrodzenia za całą funkcjonalność, gdy zmiana dotyczyła jedynie jej fragmentu, wielokrotnego uzyskiwania wynagrodzenia za samo powielanie raz wytworzonej funkcjonalności.

Zamawiający po usunięciu postanowień SIWZ zgodnie z postulatem Odwołującego zobowiązany byłby do wypłacania pełnego wynagrodzenia za całą funkcjonalność również wtedy, gdy wykonawca wykonywałby drobną zmianę lub wielokrotnie wykorzystywał tą samą funkcjonalność - czyli ten sam moduł oprogramowania. Wynagrodzenie wykonawcy w takiej sytuacji, pomimo jego znikomego nakładu pracy, wypłacane by mu było na zasadach jakby daną funkcjonalność wytworzył od nowa w całości.

Spełnienie żądania Odwołującego uniemożliwi wykonanie przedmiotu zamówienia w zakresie zmian i modyfikacji w Systemie Trezor, gdyż wykreślenie przywołanych zapisów Załącznika B do SIWZ - Wzór umowy, Załącznik nr 2 wzoru Umowy ust 4 pkt 3 spowoduje brak możliwości adaptacji funkcjonalności Systemu do zmieniających się wymagań, w tym wynikających ze zmian przepisów prawa, czyli nadrzędnego celu udzielenia przedmiotowego zamówienia tj. prawidłowego wykonywania obowiązków ustawowych przez Ministerstwo Finansów.

Opis przedmiotu zamówienia jest jednoznaczny, stanowi spójną procedurę zapewniającą efektywne wykorzystanie środków publicznych w warunkach uczciwej konkurencji i ekwiwalentności zobowiązań stron.

Zatem zarzut nie znajduje oparcia w stanie faktycznym i jako taki przez Zamawiającego został uznany za bezpodstawny i bezzasadny.

Odnosnie zarzutu dotyczącego stosowania metody punktów funkcyjnych do innych produktów umowy nie będących oprogramowaniem, to nie znajduje on oparcia w stanie faktycznym. Zamawiający oczekuje jedynie, aby wykonawca ustalając wartość

punktu funkcyjnego uwzględnił w nim wartość produktów pochodnych wytworzonego oprogramowania. Kontestowane postanowienie ust. 15 Załącznika 2 do wzoru umowy tj. Wykonawca oświadcza, że w wartości Punktu Funkcyjnego określonego w niniejszej umowie, zostały uwzględnione koszty produktów realizowanych w ramach usługi rozwoju nie wymusza na wykonawcach stosowania metody punktów funkcyjnych, do produktów, które metodyce nie podlegają, a ustala jedynie sposób rozliczenia za produkty towarzyszące wytworzonej przez wykonawcę zmianie.

Bezspornym jest fakt, iż liczba punktów funkcyjnych uwzględniająca współczynnik złożoności technicznej (VAF - wskazany w ust. 4 pkt 3 tiret pierwszy Załącznika nr 2 do wzoru umowy stanowiącego Załącznik B do SIWZ) stanowi o stopniu złożoności wprowadzanych zmian. Zmianom tym towarzyszą wskazane przez Odwołującego produkty, które są niezbędne dla sprawnego korzystania z wprowadzanych zmian. Innymi słowy samo wprowadzenie zmian nie konsumuje potrzeb Zamawiającego. Stopień złożoności wprowadzanych zmian w systemie ma bezpośrednie przełożenie na złożoność i pracochłonność dokumentacji, szkoleń, artefaktów, etc. Występuje silna korelacja między wielkością wprowadzanej funkcjonalności wycenionej w punktach funkcyjnych, a produktami jej towarzyszącymi. Wyłączenie, tych produktów z wyceny wartości punktu funkcyjnego prowadzi do konieczności wyceny tych produktów bez ich powiązania z cechami funkcjonalności, którym towarzyszą. Zatem spełnienie oczekiwania Odwołującego skutkowałoby pozbawieniem obiektywnej miary wartości produktów i ich wyceny w warunkach uczciwej konkurencji. Efektem byłoby prowadzenie negocjacji z wykonawcą wyłonionym w niniejszym postępowaniu już po zawarciu umowy, co stoi w jawnej sprzeczności z istotą systemu zamówień publicznych.

Zatem paradoksalnie to właśnie spełnienie żądań Odwołującego ogranicza uczciwą konkurencję przez uniemożliwienie złożenia porównywalnych ofert ze względu na wprowadzenie niepewności i uznaniowości.

Ponadto gdyby, Zamawiający zastosował dowolny inny sposób rozliczenia z Wykonawcą za wykonanie wskazanych w odwołaniu produktów, wykonawca zobowiązany byłby wycenić ich wartość składając ofertę. Zatem wymagania Zamawiającego nie zmieniają faktu, iż wykonawca zobowiązany jest do ustalenia wartości oferty w zakresie tych produktów. Zamawiający jedynie określa sposób w jaki będzie rozliczał się z wykonawcą za te produkty. Zastosowana metoda

rozliczenia z wykonawcą zapewnia adekwatne wynagrodzenie do poniesionych przez wykonawcę nakładów.

Nadto konstrukcja odwołania uniemożliwia Zamawiającemu pełne odniesienie się do podniesionych w nim zarzutów. Zarzuty podniesione w części dotyczącej wskazanych przez Odwołującego postanowień SIWZ pozostają bez uzasadnienia prawnego, bądź uzasadnienie jest niezrozumiałe w odniesieniu do postawionego zarzutu co do rzekomego stanu faktycznego.

Nie bez znaczenia dla sprawy jest fakt, iż Odwołujący jest autorem Systemu Trezor i jako jedyny realizował umowy dotyczące Systemu Trezor. Powyższa sytuacja trwa od 2004 roku -czyli momentu wdrożenia systemu. Zatem opóźnienie przebiegu przedmiotowego postępowania, czy jego unieważnienie, będzie prowadziło do pewnego udzielenia Odwołującemu zamówienia w trybie niekonkurencyjnym. Natomiast w przypadku skutecznego i sprawnego przeprowadzenia przedmiotowego postępowania Odwołujący nie ma pewności uzyskania zamówienia. Ponadto Odwołujący będzie zmuszony w niniejszym postępowaniu do złożenia oferty na warunkach konkurencyjnych, co nie pozostanie bez wpływu na poziom jego zysków.

Nadto należy zauważyć, iż Odwołujący jako dotychczasowy Wykonawca Systemu Trezor posiada najlepszą wiedzę o Systemie, a jako jedyny złożył odwołanie dotyczące opisu przedmiotu zamówienia, natomiast pozostali Wykonawcy dysponujący mniejszą wiedzą o Systemie nie przyłączyli się do odwołania, choć byłoby to w ich najlepszym interesie w przypadku gdyby zarzuty były prawdziwe..

Spełnienia żądania Odwołującego, aby rozliczenie za produkty dokonywane było za ustalony czas, rzekomo poświęcony na ich wykonanie, spowoduje, iż Zamawiający będzie również płacił za nieudolność, naukę wykonawcy, otrzymując nadmiernie rozbudowane produkty, które pozornie będą uzasadniały ich cenę. Tak rozdmuchane produkty zbędnie będą absorbować pracowników Zamawiającego, przez cały czas eksploatacji systemu Trezor ograniczając efektywność ich pracy.

Zarzuty Odwołującego, co wykazano powyżej, nie znajdują potwierdzenia ani w stanie faktycznym, ani w prawnym. Zdaniem Zamawiającego faktycznym celem odwołania było uzyskanie przewagi konkurencyjnej Odwołującego nad pozostałymi wykonawcami uczestniczącymi w odwołaniu, jak również zwiększenie prawdopodobieństwa uzyskania zamówienia w trybie niekonkurencyjnym w związku,

z koniecznością zapewnienia ciągłości i prawidłowości funkcjonowania Systemu Trezor.”

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone w pismach procesowych i na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje.

Treść kwestionowanych i adekwatnych dla rozstrzygnięcia sprawy postanowień siwz została w sposób prawidłowy przytoczona w treści odwołania oraz odpowiedzi na odwołanie, co zostało zreferowane powyżej.

Uwzględniając powyższe Izba zważyła, co następuje:

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 Pzp.

Podając zgodnie z art. 196 ust. 4 ustawy podstawę prawną rozstrzygnięcia należy wskazać, iż według przepisu art. 7 ust. 1 Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Następnie zgodnie z art. 29 ust. 1 Pzp przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Natomiast ust. 2 art. 29 stanowi, iż przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Przystępując do rozpatrywania zarzutów odwołania podnoszących naruszenie zasad konkurencji wyrażonych w art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 2 ustawy oraz odnosząc się do związanych z tymi zarzutami żądań odwołania, co do sposobu usunięcia wskazywanych naruszeń, Izba generalnie wskazuje na podstawową zasadę prawa cywilnego, a nawet całego porządku prawnego – zasadę swobody umów.

Zgodnie z art. 353¹ Kodeksu cywilnego strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swojego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się naturze

stosunku, przepisom prawa bądź zasadom współżycia społecznego. Dodatkowo zasada swobody umów posiada również aspekt podmiotowy sprowadzający się do swobody wyboru kontrahenta, z którym strona zechce nawiązać stosunki prawne. Co do zasady więc, to strony umowy decydują na jakich warunkach, z kim i czy w ogóle zechcą do niej przystąpić.

Jak wskazuje ww. przepis Kodeksu cywilnego zasada swobody umów doznaje ograniczeń wynikających z odpowiednich przepisów. W szczególności ograniczeniom takim podlegały będą zamówienia publiczne regulowane w przepisach Pzp, która w tym zakresie traktowana jest jako *lex specialis* w stosunku do regulacji Kodeksu cywilnego, jako aktu prawnego generalnie regulującego problematykę stosunków cywilnoprawnych, w tym umów (art. 1 w zw. z art. 2 pkt 13 Pzp).

Zamówienia publiczne udzielane więc będą wyłącznie wykonawcom wybranym zgodnie z przepisami ustawy (art. 7 ust 3), postępowania o udzielenie zamówienia przygotowywane i przeprowadzane będą w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców (art. 7 ust. 1), a w szczególności przedmiot zamówienia nie będzie opisany w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję (art. 29 ust. 2). Z ogólnych, w istocie proceduralnych, zasad ustawy, jak i całości jej przepisów, wynika szereg materialnoprawnych ograniczeń zasady swobody umów – zarówno w odniesieniu do swobody zamawiającego w wyborze kontrahenta, jak i swobody ukształtowania stosunku umownego/przedmiotu zamówienia. Co do zasady jednak, to wciąż zamawiający będzie decydował o swoim przedmiocie zamówienia (rodzaju, parametrach, warunkach jego realizacji, *etc.*) oraz o sposobie wyłonienia wykonawcy zamówienia (kryteriach oceny ofert).

Pomijając szczegółowe przepisy ustawy określające sposób postępowania zamawiającego w poszczególnych trybach udzielania zamówienia, podstawową materialną miarę i ograniczeniem swobodnego kształtowania sposobu realizacji jego potrzeb w postanowieniach siwz (w tym treści umowy i przesądzenia sposobu wyboru odpowiadającego mu wykonawcy) stanowi wskazana wyżej zasada zachowania uczciwej konkurencji. Odnośnie jej interpretacji i stosowania należy zastrzec, że nie istnieje i nie może być postulowana w przepisach jakakolwiek konkurencyjność absolutna, a tym samym dopuszczalność czy niedopuszczalność jej ograniczania na gruncie prowadzenia postępowań o udzielenie zamówienia publicznego jest stopniowalna. Jak w przypadku wielu zasad ogólnych, tak i ta została sformułowana w przepisach w sposób wyraźny, ale też maksymalnie nieostry. Oznacza to, iż istnieją przypadki, o których można bez wątpliwości orzec, iż zasadę uczciwej konkurencji naruszają, a także sytuacje, w których naruszenia konkurencji nie występują –

ostrej granicy pomiędzy tego typu przypadkami wyznaczyć jednak nie sposób. Nie istnieje więc możliwość wytyczenia doktrynalnych i sztywnych rozgraniczeń, z góry przesądzających o kwalifikacji konkretnych czynności postępowania o udzielenie zamówienia w świetle wypełnienia zasady zachowania konkurencji (nie można wyznaczyć granic czy stopnia dopuszczalnego ograniczenia konkurencji). Ocenę tego typu należy więc przeprowadzać w odniesieniu do konkretnych, zindywidualizowanych okoliczności i sytuacji danego postępowania.

Reasumując, należy odmówić zamawiającym prawa do zupełnie dowolnego kształtowania wymagań siwz, które mogą prowadzić do nadmiernego ograniczenia konkurencji w stopniu ponad obiektywne potrzeby zamawiającego wykraczającym – na podstawie konkretnych norm ustawy obowiązujących w danym zakresie. Jednakże z drugiej strony, w związku z powołaną zasadą swobody umów, wykonawcy składające środki ochrony prawnej oraz organy orzekające w tym zakresie (Izba i sądy okręgowe) bez wyraźnej podstawy prawnej nie mają żadnej możliwości aby przymusić zamawiającego do dokonania określonego zamówienia, tzn. nie mogą narzucać zamawiającym konkretnego określenia ich potrzeb oraz sposobu ich opisanie czy zapewnienia ich realizacji w siwz. Możliwe jest więc w ramach rozpatrywania odwołania dotyczącego treści siwz stwierdzenie, że dany opis przedmiotu zamówienia narusza zasadę konkurencji oraz unieważnienie tego typu postępowania o udzielenie zamówienia. Niemożliwe jest jednak nakazanie zamawiającemu, co w zamian produktu/zamówienia, którego opis zakwestionowano jako niezgodny z przepisami ustawy, winien zakupić. Jak wskazano, w takim przypadku należy domagać się unieważnienia postępowania, w którym ograniczono zasadę uczciwej konkurencji, jako obarczonego wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy. Sprawą zamawiającego pozostaje natomiast, co zamówi w zamian, jaki np. opis przedmiotu zamówienia przygotuje w miejsce opisu niezgodnego z przepisami. Tylko zamawiający może podjąć decyzję i wziąć odpowiedzialność za zaspokojenie swoich potrzeb, spójność oraz racjonalność własnego opisu przedmiotu zamówienia.

Ponadto Izba wskazuje, iż w rozpatrywanym przypadku odwołujący *de facto* nie sformułował żadnych nadających się do nakazania w drodze wyroku żądań zmiany postanowień siwz, tzn. zmian które stanowiłyby tylko usunięcie naruszeń przepisów, a nie ingerowałyby zanadto w podstawy i spójność zamówienia i nie stanowiłyby narzucenia zamawiającemu opisu przedmiotu zamówienia, którego zamawiać nie

zamierzał. Natomiast ogólne żądanie nakazania zamawiającemu opisanie przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z przepisami prawa, może przybrać, co najwyżej charakter porady i zalecenia, a nie egzekwowalnego wyroku, tzn. sentencja wyroku zawierająca nakaz tego typu byłaby po prostu nieegzekwowalna w rozumieniu art. 197 Pzp. Przy tym odwołujący podkreślał na rozprawie, iż nie wnosi o nakazanie zamawiającemu unieważnienia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia.

Następnie, tytułem wprowadzenia dla rozstrzygnięcia zarzutów naruszenia uczciwej konkurencji w zindywidualizowanym postępowaniu o udzielenie zamówienia odnoszących się do konkretnych postanowień siwz, Izba wskazuje na regulacje dotyczące formalnych podstaw wyrokowania w danej sprawie.

Zgodnie z art. 191 ust. 2 ustawy, wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Według art. 190 ust. 1 Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Tak samo zgodnie z ogólną zasadą rozkładu ciężaru dowodu wyrażoną w art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na wywodzącym zeń skutki prawne.

Uwzględniając powyższe stwierdzić należy, iż to na odwołującym spoczywa ciężar udowodnienia naruszenia zasad uczciwej konkurencji wyrażonej w ustawie, a konkretnie udowodnienia okoliczności faktycznych, które pozwolą takie naruszenie stwierdzić.

Zasad rozkładu ciężaru dowodu w postępowaniu odwoławczym nie zmienia brzmienie art. 29 ust. 2 Pzp stanowiące nie o naruszeniu konkurencji, ale o możliwości naruszenia konkurencji. Modalne sformułowanie hipotezy przepisu nie jest wcale okresem warunkowym tworzącym domniemanie faktyczne lub prawne jakoby każdy opis przedmiotu zamówienia winien być uznawany za opis naruszający dyspozycję ww. przepisu dopóki zamawiający nie udowodni, że jest inaczej, czyli nie następuje tu wcale przerwienie ciężaru dowodzenia okoliczności przeciwnych na zamawiającego. Jednakże w świetle sformułowania powoływanej normy prawnej, przepis art. 29 ust. 2 Pzp nie wymaga wcale pełnego udowodnienia naruszenia konkurencji, ale wystarczające jest udowodnienie możliwości wystąpienia takiego naruszenia, a więc jakiegoś realnego stopnia prawdopodobieństwa jego wystąpienia. Powyższe znaczące osłabienie „celu dowodowego” nie oznacza jednak w ogóle

braku obowiązku udowodnienia okoliczności, do których hipoteza przepisu referuje – powołane prawdopodobieństwo niedozwolonego ograniczenia uczciwej konkurencji musi więc być rzeczowe, realne i przede wszystkim wykazane.

Przystępując do rozpatrzenia zarzutów odwołania Izba wskazuje również na przepis warunkujący zakres orzekania w danej sprawie – zgodnie z art. 192 ust. 7 Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Przy czym należy zastrzec, iż zarzut w odwołaniu nie polega li tylko na wskazaniu przepisów, które zamawiający miał naruszyć, ale winien wskazywać jaka czynność, w jakim zakresie i w jaki sposób/dlaczego jest ze wskazanymi jako naruszone normami, niezgodna. Zarzut polega więc nie tylko na wskazaniu naruszonych norm prawnych ale przede wszystkim na wskazaniu okoliczności faktycznych, na których zarzut polega.

W tym znaczeniu odwołujący sformułował dwa zarzuty (oznaczone w odwołaniu jako I i II) wobec konkretnych postanowień siwz, właśnie w tych postanowieniach upatrując niewystarczającego opisu przedmiotu zamówienia oraz naruszenia konkurencji.

Odnosząc się do zarzutu nr I Izba wskazuje, iż zakwestionowane postanowienia siwz są kompletne, spójne, jasne, racjonalne i prawidłowe - same w sobie i w zakresie, którego dotyczą. Definicja Oprogramowania Osób Trzecich (OOT) jest wręcz notoryjna i intuicyjna, a podważanie żądania przez zamawiającego prawa do zapewnienia sobie praw majątkowych do wszystkich elementów systemu, który zmawia, może budzić jedynie zdumienie.

W związku z powyższym należy stwierdzić, iż treść przytaczanych w pkt I odwołania postanowień siwz ma się nijak do zarzutu, który odwołujący w rzeczywistości w treści odwołania chciał sformułować (w postaci w jakiej argumentował na jego rzecz i popierał na rozprawie) i, jak przyjęła Izba, sformułował. Otóż zarzut ten sprowadza się do zakwestionowania i wskazania braku podania przez zamawiającego jakiego i w jakiej ilości OOT należało będzie użyć i tym samym niemożliwości wycenienie kosztów uzyskania licencji na to oprogramowanie, i jako taki wynika z treści odwołania. Jednakże, jakkolwiek trudno wymagać przeprowadzenia dowodu negatywnego na nieistnienie danych postanowień w jakimś rozległym zbiorze nieopisanym matematycznie, jaki stanowi siwz w danym postępowaniu, z racji tego, że taki dowód musiałby być empiryczny, tj. polegać na prześledzeniu i przytoczeniu

wszystkich postanowień siwz – to odwołujący nie wskazał w odwołaniu nawet dla przykładu w jakich przypadkach, w których częściach wykonania przedmiotu zamówienia braki we wskazaniu zamawianego OOT mogą wystąpić i jaka będzie ich waga i znaczenie. Dopiero na rozprawie wskazał przykład migracji systemu, w ramach której nie sposób przewidzieć jakie oprogramowanie będzie potrzebne i wymagane.

Odnosząc się do powyższego Izba wskazuje, iż zarzut tego typu jest niezasadny. Odwołujący nie był w stanie wskazać gdzie OOT w ramach niniejszego przedmiotu zamówienia w rzeczywistości jest zamawiane/będzie zamawiane, a wykonawcy będąc jednocześnie zobowiązani do jego dostarczenia, nie wiedzą jakie to będzie oprogramowanie czy w jakich ilościach i konfiguracjach (jakie licencje będą potrzebne). Podany przykład migracji systemu jest w tym przypadku irrelevantny – zgodnie ze wskazanym przez zamawiającego § 2 ust. 6 str 11 Wzoru umowy, to zamawiający zapewni do realizacji migracji konieczne licencje/sublicencje zgodnie z Planem Migracji, zaakceptowanym przez zamawiającego. Według umowy, to na zamawiającym spoczywa obowiązek zapewnienia licencji na oprogramowanie, które przewidzi w sporządzonym przez siebie lub przez wykonawcę planie migracji.

Ponadto Izba zaznacza, iż określenie przedmiotu umowy jest jednym z jej *essentialiae negotii* i bez wskazania oprogramowania, którego umowa dotyczy powoduje, iż nie stanowi ona żadnego zobowiązania pomiędzy stronami do użycia określonego oprogramowania w trakcie jej realizacji, a przynajmniej brak takiego zobowiązania w zakresie, który w umowie się nie znalazł. Wykonawca nie będzie więc zobowiązany do przeprowadzenia konkretnej migracji przy użyciu określonego OPP, której przedmiotu w ramach opisu przedmiotu zamówienia nie opisano.

Odnosnie zarzutu nr II Izba wskazuje, iż w swojej pierwszej postaci – niezgodności kwestionowanych postanowień siwz z metodologią Punktów Funkcyjnych (PF) nie nadaje się on do rozpoznania przez Izbę. Izba orzeka o zgodności czynności zamawiającego z przepisami ustawy, a nie jakimikolwiek metodologiami. Tak więc co do zasady postanowienia siwz mogą być niezgodne z metodologią PF w pełni, mogą ją rozwijać i modyfikować, np. przez przypisanie obowiązku doliczenia do wartości PF jakichkolwiek współczynników, stałych czy zmiennych. Natomiast z ezoterycznych rozważań odwołania na temat stosunku metodyki PF do pozaprogramistycznych elementów zamówienia (takich jak dokumentacja, szkolenia, warsztaty... itd.) czy ilości PF, nie wynikają wcale zarzuty naruszenia norm ustawy

dotyczących opisu przedmiotu zamówienia, w postaci jakiej zostały przedstawione przez odwołującego na rozprawie. Mianowicie zarzuty te miały się po prostu sprowadzać do zakwestionowania braku w opisie przedmiotu zamówienia podania liczby szkoleń czy dokumentacji, która zostanie zamówiona w ramach niniejszego zamówienia i tym samym niemożności ich wycenienia na potrzeby wyliczenia kosztu PF do oferty. Ponadto odwołujący chciał zarzucić zamawiającemu nieprecyzyjne określenie kryteriów warunkujących kwalifikację usług do obniżenia wynagrodzenia za PF w pkt 4 ppkt. 3 Załącznika nr 2 do Wzoru umowy.

Jednakże w tej postaci odwołujący zarzutów swoich w odwołaniu nie sformułował i tym samym na podstawie art. 192 ust. 7 Pzp pozostawiono je bez rozpoznania.

Uwzględniając powyższe zarzuty odwołania uznano za bezzasadne oraz na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i § 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).

Przewodniczący: