

Sygn. akt: KIO 91/18

WYROK
z dnia 8 lutego 2018 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Członkowie: Ryszard Tetzlaff

Paweł Trojan

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na posiedzeniach i rozprawie w dniach 29 stycznia 2018 roku i 6 lutego 2018 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 stycznia 2018 roku przez wykonawcę **Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Skarb Państwa, Zakład Ubezpieczeń Społecznych w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **Comarch Polska S.A. z siedzibą w Krakowie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Umarza postępowanie w zakresie zarzutów II-XVII;**
- 2. oddala odwołanie w zakresie zarzutu I;**
- 3. kosztami postępowania obciąża Odwołującego – Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000,00 zł (słownie: piętnastu tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania**
- 4. zasądza od Odwołującego Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie na rzecz Zamawiającego - Skarbu Państwa, Zakładu Ubezpieczeń Społecznych w Warszawie kwotę 3 600,00 zł (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych 00/100) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2017.1579 j.t.) 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:

.....

.....

UZASADNIENIE

W dniu 15 stycznia 2018 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 180 ust. 1 i 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. tj. z 2017 r., poz. 1579 ze zmianami, dalej: „Ustawa lub „PZP”) odwołanie złożył wykonawca Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie (dalej: „Odwołujący”).

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na zawarcie Umowy ramowej na „Modyfikację i rozbudowę oprogramowania Kompleksowego Systemu Informatycznego ZUS” prowadzi Zamawiający: Zakład Ubezpieczeń Społecznych w Warszawie. Publikacja ogłoszenia nastąpiła w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: 5 stycznia 2018 roku, pod numerem 2018/S 003-003351. Odwołujący wniósł odwołanie w terminie przewidzianym w art. 182 ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp w zw. z art. 14 ust. 2 ustawy Pzp. Kopia odwołania została prawidłowo przekazana Zamawiającemu, Odwołujący uiścił wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP. Odwołanie nie zawierało braków formalnych.

Odwołanie wniesiono od niezgodnej z przepisami Ustawy czynności Zamawiającego polegającej sformułowaniu zapisów Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”) z naruszeniem przepisów prawa.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu, że poprzez dokonanie wskazanych czynności naruszył następujące przepisy: art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 1a, art. 29 ust. 1 i 2, art. 91 ust. 2a ustawy PZP.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji SIWZ poprzez zmianę zaskarżonych zapisów w sposób określony w odwołaniu.

Odwołujący podkreślił, że ma interes we wniesieniu odwołania, gdyż wskazane w postanowienia ogłoszenia i SIWZ powodują, że Odwołujący, który jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia, nie posiada wszystkich danych niezbędnych do oszacowania ryzyka oraz przygotowania oferty. Niezgodne z przepisami nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia warunki udziału w postępowaniu, również osłabiają pozycję Odwołującego. Odwołujący może zatem ponieść szkodę - nie będzie w stanie złożyć oferty i uzyskać zamówienia.

I. SIWZ - pkt 7 „Kryteria i zasady oceny ofert”

Zamawiający jako jedyne kryterium oceny ofert wskazał cenę - a mianowicie cenę za 1 Punkt Funkcyjny (CFP), gdzie CFP oznacza Cosmic Function Point (Punkt Funkcyjny wg metodyki Cosmic). Zgodnie z brzmieniem art. 91 ust. 2a ustawy PZP zasadą jest, że cena

może być kryterium oceny ofert o wadze nieprzekraczającej 60%. W przypadku, gdy Zamawiający chce jako jedyne kryterium zastosować cenę zobowiązany jest do realizacji 2 obowiązków. Otóż na etapie sporządzenia SIWZ zobowiązany jest:

1. określić w opisie przedmiotu zamówienia standardy jakościowe odnoszące się do wszystkich istotnych cech przedmiotu zamówienia;
2. wykazać w załączniku do protokołu, w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia koszty cyklu życia.

Odnośnie określenia w załączniku do protokołu, w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia koszty cyklu życia - w Protokole postępowania w pozycji 27 „Załączniki do protokołu” wymieniono Załącznik 13) - „dokument wynikający z postanowień art. 91 ust. 2a ustawy Pzp”. Odwołującemu nie udostępniono przedmiotowego załącznika do protokołu, a jedynie treść samego protokołu. Zapewne wynika to z brzmienia art. 96 ust. 3 ustawy PZP. Niemniej wobec braku udostępnienia przedmiotowego protokołu wynika, że Odwołujący nie może w ogóle odnieść się do treści przedmiotowego załącznika 13, w szczególności - czy w sposób prawidłowy i pełny wykazuje on, że w opisie przedmiotu zamówienia zostały uwzględnione koszty cyklu życia.

Co do pierwszego warunku - tj. obowiązku określenia w opisie przedmiotu zamówienia standardów jakościowych odnoszących się do wszystkich istotnych cech przedmiotu zamówienia - zdaniem Odwołującego SIWZ nie zawiera także tego elementu, który jest warunkiem sine qua non zastosowania ceny jako kryterium o wadze 100%.

Ustawa PZP nie określa, co należy rozumieć przez standardy jakościowe odnoszące się do wszystkich istotnych cech przedmiotu zamówienia. Można jednak powołać się na poglądy Krajowej Izby Odwoławczej. KIO w uchwale KIO/KD 10/17 z dnia 12 kwietnia 2017 r. stwierdziła: *„Cechą usługi o ustalonych standardach jakościowych jest jej powtarzalność, która jest niezależna od podmiotu świadczącego usługę. Usługą o ustalonych standardach jakościowych jest więc taka usługa, która niezależnie od tego, jaki podmiot będzie ją świadczył, zostanie wykonana w tych samych standardach jakościowych, Standard jej wykonania jest ustalony i jest taki sam dla każdego podmiotu świadczącego daną usługę”.*

Powyższa wykładnia pojęcia „usługi o ustalonych standardach jakościowych” może zostać zastosowana do pojęcia „standardy jakościowe odnoszące się do wszystkich istotnych cech przedmiotu zamówienia” - należałoby wtedy uznać, że wskazanie w SIWZ takiego wymaganego standardu dla przedmiotu zamówienia, którym jest realizacja usługi Modyfikacji oznacza, że dana Modyfikacja zostanie na podstawie umowy wykonawczej wykonana w taki sam sposób, według tych samych standardów - niezależnie od tego, jaki podmiot będzie realizował daną umowę wykonawczą.

Zdaniem Odwołującego, aby spełnić taki warunek, SIWZ powinien określać zarówno wymagania na jakość rezultatów prac, proces badania jakości oraz definiować kryteria jej spełnienia w stosunku do wszystkich istotnych cech przedmiotu zamówienia.

Warto zauważyć, że zgodnie z SIWZ pkt 2.1.3 przedmiot zamówienia obejmuje różne usługi:

2.1.3.1. wykonywanie i dostarczanie Modyfikacji wraz z Kodami źródłowymi i Dokumentacją Wykonawcy,

2.1.3.3. świadczenie Usług serwisowych w okresie trwania Umowy ramowej,

2.1.3.6. świadczenie usług szkoleniowych i przekazywanie wiedzy.

co oznacza, że standardy jakościowe powinny zostać zdefiniowane w SIWZ przynajmniej w zakresie wykonywania i dostarczania Modyfikacji, świadczenia usług serwisowych oraz świadczenia usług szkoleniowych.

Tymczasem standardy jakościowe w rozumieniu miar jakościowych i metryk zostały zdefiniowane wyłącznie dla świadczenia usług serwisowych - zgodnie z załącznikiem 8 do Umowy „Zakres i poziom świadczenia usług serwisowych”. Dla pozostałych elementów przedmiotu zamówienia takich załączników brak - w szczególności dla wytwarzania oprogramowania, które jest istotą przedmiotu umowy jakim jest „wykonywanie i dostarczanie Modyfikacji”.

Warto podkreślić, że standardy jakościowe dla wytwarzania oprogramowania zostały już unormowane - począwszy od normy zarządzania procesem zapewnienia jakości ISO 9001 po normę ISO/IEC 25010, która dekomponuje jakość oprogramowania na następujące składowe:

1. funkcjonalność (stałość),
2. niezawodność,
3. wydajność,
4. użyteczność,
5. bezpieczeństwo,
6. kompatybilność,
7. utrzymywalność,
8. przenaszalność.

Zdefiniowanie standardów jakościowych dla produkcji oprogramowania w kontekście definicji normy wymaga zdefiniowania metryk jakościowych przynajmniej w wymienionych obszarach. SIWZ nie zawiera takich definicji ani też nie opisuje procesu określania tych metryk i ich oceny, tym samym należy uznać, że w SIWZ nie określono standardów jakościowych odnoszących się do wszystkich istotnych cech przedmiotu zamówienia.

Należy ponadto wskazać, że opis przedmiotu zamówienia jest co do zasady taki sam, jak opis przedmiotu zamówienia w ramach poprzednio obowiązującej umowy ramowej,

w której przyjęto pozacenowe kryteria oceny ofert. Wskazuje to wprost na słuszność tezy Odwołującego - nie istnieją standardy jakościowe odnoszące się do wszystkich istotnych cech przedmiotu zamówienia i nie można ich następczo zamieścić w SIWZ.

Powyższe narusza postanowienie art. 91 ust. 2a ustawy PZP, gdyż Zamawiający nie wykazał w SIWZ ani w protokole postępowania ziszczenia się przesłanek, które uprawniają go do zastosowania ceny jako jedynego kryterium oceny ofert.

Mając powyższe na uwadze Odwołujący wnosil o zmianę Rozdziału 7 SIWZ poprzez wprowadzenie kryteriów pozacenowych oceny ofert o wadze nie mniejszej niż 40%. Odwołujący nie wskazał, jakie to mają być kryteria oceny ofert ze względu na fakt, że to Zamawiający jest dysponentem treści SIWZ.

Jedynie przykładowo Odwołujący podał przykłady następujących kryteriów pozacenowych:

1. zadanie praktyczne polegające na wytworzeniu lub modyfikacji w określonym czasie w środowisku Zamawiającego fragmentu oprogramowania wykonanego w technologii adekwatnej do technologii, w jakiej będą wykonywane modyfikacje w ramach Umowy ramowej z uwzględnieniem specyfiki Zamawiającego (np.: polegającej na operowaniu na dużym wolumenie danych i/lub obsłudze dużej liczby użytkowników),
2. zadanie praktyczne polegające na wykryciu w przykładowym oprogramowaniu błędów polegających na niezgodności działania oprogramowania z dokumentacją,
3. zadanie praktyczne polegające na wykonaniu zgodnie z przyjętymi przez Zamawiającego standardami fragmentu dokumentacji analitycznej na podstawie przykładowej specyfikacji wymagań.

Odwołujący zaznaczył, że w prowadzonym równolegle przez Zamawiającego postępowaniu na *Świadczenie usług wsparcia eksploatacji i utrzymania Kompleksowego Systemu Informatycznego ZUS (znak sprawy: TZ/271/66/15)* Zamawiający zastosował 2 kryteria pozacenowe o łącznej wadze 40%, przy czym jednym z kryteriów pozacenowych jest właśnie wykonanie zadania praktycznego (Jednostek Zadaniowych).

II. SIWZ - 4.1 „Warunki udzielenia zamówienia”, ppkt 4.1.1,4 warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej

Zamawiający wskazał m.in. następujące warunki udziału w postępowaniu (pkt 4.1 SIWZ):

4.1.1.4.1. Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że w okresie 5 (pięciu) lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał co najmniej 3 (trzy) usługi polegające na *Budowie nowych funkcjonalności lub Modyfikacji istniejących funkcjonalności, wspomagających realizację procesów biznesowych, realizowanych z wykorzystaniem następujących technologii: IBM z/OS, IBM DB2, IBM*

Informix, Oracle Tuxedo i Microsoft Windows, w architekturze trójwarstwowej, o wartości co najmniej 10 000 000,00 zł brutto każda, przy czym:

1) zakres każdej z usług obejmował przynajmniej jedno z następujących zadań:

a) Budowę nowej funkcjonalności o rozmiarze co najmniej 100 CEP lub Modyfikację istniejącej funkcjonalności o rozmiarze zmiany co najmniej 100 CEP i funkcjonalność ta została należycie wykonana/zmieniona w ciągu Cyklu wytwórczego trwającego nie dłużej niż 5 miesięcy,

b) Budowę nowej funkcjonalności o rozmiarze co najmniej 200 CEP lub Modyfikację istniejącej funkcjonalności o rozmiarze zmiany co najmniej 200 CEP i funkcjonalność ta została należycie wykonana/zmieniona w ciągu Cyklu wytwórczego trwającego nie dłużej niż 8 miesięcy,

c) Budowę nowej funkcjonalności o rozmiarze co najmniej 500 CEP lub Modyfikację istniejącej funkcjonalności o rozmiarze zmiany co najmniej 500 CEP i funkcjonalność ta została należycie wykonana/zmieniona w ciągu Cyklu wytwórczego trwającego nie dłużej niż 10 miesięcy

Oznacza to, że Zamawiający wymaga, aby Wykonawca wykazał się wykonaniem 3 różnych usług budowy nowej funkcjonalności lub modyfikacji istniejącej funkcjonalności każda o wartości co najmniej 10.000.000 zł brutto, przy czym usługi te mogą być znacząco różnej wielkości ze względu na złożoność (od 100 do 500 CFP) i powinny być zrealizowane w znacząco różnym czasie.

Zdaniem Wykonawcy nie istnieją na rynku usługi o złożoności poniżej 500 CFP o wartości co najmniej 10.000 000 zł (oznaczałoby to, że cena jednego punktu funkcyjnego musiałaby być większa niż 20.000 zł). Zatem praktycznie, aby spełnić cały rzeczony warunek, Wykonawca musiałby wykazać się trzema referencjami o złożoności powyżej 500 CFP wykonanymi w czasie 10 miesięcy każda o wartości 10.000.000 zł.

Nie jest zatem jasne, czy Zamawiający przewiduje, że będzie zlecał modyfikacje do 500 CFP i zależy mu na ich realizacji w krótkim czasie (5-8 miesięcy) i takimi referencjami powinien uwiarygodnić się Wykonawca, czy też priorytetem Zamawiającego są modyfikacje powyżej 500 CFP o bardzo wysokich wartościach.

Jeśli to pierwsze, wtedy wartość tak małych usług powinna zostać odpowiednio pomniejszona (w końcu modyfikacja o złożoności 100 CFP jest 5-krotnie mniejsza niż modyfikacja o złożoności 500 CFP i nie może kosztować także 10.000.000 zł). Jeśli to drugie, wtedy czas realizacji nie powinien mieć znaczenia.

Z powyższego - wobec brzmienia SIWZ w pkt 1.3.3. (z którego można wnioskować oczekiwaną średnią wysokość ceny z 1 CPF na poziomie 8 663,26 zł) - wynika wprost, że

przedmiotowy warunek udziału w postępowaniu narusza brzmienie art. 22 ust. 1a PZP, gdyż jest nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Na podstawie dotychczasowych doświadczeń, z których wynika, że priorytetem Zamawiającego jest szybki czas dostarczenia modyfikacji, Wykonawca wnosi o zmianę przedmiotowego warunku poprzez dostosowanie wartości każdej z wymaganych usług do jej wartości rynkowej, przykładowo w sposób następujący:

4.1.1.4. *spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej.*

4.1.1.4.1. *Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że w okresie 5 (pięciu) lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał co najmniej 3 (trzy) usługi polegające na Budowie nowych funkcjonalności lub Modyfikacji istniejących funkcjonalności, wspomagających realizację procesów biznesowych, realizowanych z wykorzystaniem następujących technologii: IBM z/OS, IBM DB2, IBM Informix, Oracle Tuxedo i Microsoft Windows, w architekturze trójwarstwowej, przy czym:*

1) *zakres każdej z usług obejmował przynajmniej jedno z następujących zadań:*

a) *Budowę nowej funkcjonalności o rozmiarze co najmniej 100 CFP lub Modyfikację istniejącej funkcjonalności o rozmiarze zmiany co najmniej 100 CFP o wartości 3.000.000 zł brutto i funkcjonalność ta została należycie wykonana/zmieniona w ciągu Cyklu wytwórczego trwającego nie dłużej niż 5 miesięcy.*

b) *Budowę nowej funkcjonalności o rozmiarze co najmniej 200 CFP lub Modyfikację istniejącej funkcjonalności o rozmiarze zmiany co najmniej 200 CFP o wartości 5.000.000 zł brutto i funkcjonalność ta została należycie wykonana/zmieniona w ciągu Cyklu wytwórczego trwającego nie dłużej niż 8 miesięcy.*

c) *Budowę nowej funkcjonalności o rozmiarze co najmniej 500 CFP lub Modyfikację istniejącej funkcjonalności o rozmiarze zmiany co najmniej 500 CFP o wartości 10.000.000 zł brutto i funkcjonalność ta została należycie wykonana / zmieniona w ciągu Cyklu wytwórczego trwającego nie dłużej niż 10 miesięcy;"*

III. SIWZ - Pkt 4.1.1.4 Spełnienie warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej ppkt 2 Dysponowanie zespołem, składającym się z co najmniej 46 (czterdzieści sześć) osób o odpowiednich kwalifikacjach i doświadczeniu" - określenie warunku udziału w sposób nieprecyzyjny i niemożliwy do zweryfikowania.

W pkt 4.1.1.4 ppkt 2 SIWZ Zamawiający wpisał informację, że „Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że dysponuje lub będzie dysponował zespołem, składającym się z co najmniej 46 (czterdzieści sześć) osób o odpowiednich kwalifikacjach i doświadczeniu”. Osoby te powinny legitymować się doświadczeniem i kwalifikacjami odpowiednimi do funkcji, jakie zostaną im powierzone, tj. dla specjalistów określonych w pozycjach 1) - 7)

Zamawiający wymaga, aby posiadali oni określone umiejętności, niezbędne dla uzyskania określonych certyfikatów, przy czym umiejętności te mają być potwierdzone tymi certyfikatami albo lub „innymi dokumentami, które potwierdzają takie umiejętności jak wymienione dokumenty”

Samo wymaganie posiadania odpowiednich kwalifikacji należy ocenić jako prawidłowe, zmierzające do równego traktowania wykonawców, którzy oceniani będą przez pryzmat posiadania zespołu o określonych umiejętnościach, a nie - o określonych certyfikatach. Niewątpliwie też poziom umiejętności wymagany przez Zamawiającego od zespołu specjalistów, który będzie realizować przedmiot zamówienia jest powiązany z przedmiotem zamówienia i proporcjonalny do niego. Zastrzeżenia Odwołującego budzi jednak wymagany przez Zamawiającego sposób potwierdzenia posiadania przez specjalistów wymaganych umiejętności. Zamawiający dopuszcza, aby posiadanie umiejętności było potwierdzane albo konkretnymi certyfikatami, albo „innymi dokumentami”, które potwierdzają takie umiejętności jak wymienione dokumenty.

Jest to warunek nieostry i nieprecyzyjny. O ile bowiem certyfikat z pewnością potwierdza posiadanie umiejętności w sposób obiektywny i weryfikowalny, o tyle już inny dokument - niekoniecznie. Należy się bowiem zastanowić, jakie to mogą być inne dokumenty i kto może je wystawiać. Podobnie ma się sytuacja w przypadku braku ograniczenia co do podmiotów, które mogłyby wystawić takie dokumenty „potwierdzające posiadanie umiejętności”. Zamawiający nie wykluczył nawet oświadczeń własnych danego wykonawcy czy oświadczeń podmiotu powiązanego z wykonawcą.

Odwołujący uważa, że obecne zapisy SIWZ są niewystarczające dla wykazania posiadania wiedzy i doświadczenia potwierdzającego umiejętności należytego wykonania zamówienia, a poprzez ich nieprecyzyjność - możliwe będzie zaistnienie nadużyć w trakcie postępowania, ponieważ takie inne dokumenty są po prostu nie weryfikowalne. Konieczne jest dookreślenie sposobu potwierdzania posiadania wymaganych umiejętności, aby - przy zachowaniu równego traktowania wykonawców - jednocześnie możliwe było zachowanie uczciwej konkurencji. Nie będzie więc możliwe przedstawienie wykazu osób posiadających co prawda jakieś dokumenty, ale jednocześnie - nie posiadających umiejętności wymaganych przez Zamawiającego.

Przepis art. 22 ust. 2a ustawy PZP wyraźnie wskazuje, że warunki udziału w postępowaniu mają być określone w sposób zarówno proporcjonalny (który warunek Zamawiający spełnił), jak i umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Tymczasem obecne brzmienie SIWZ uniemożliwia Zamawiającemu właśnie tę ocenę zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia. Nie wydaje się, aby celem i wolą Zamawiającego było dopuszczenie sytuacji, w której posiadanie kompetencji

będzie potwierdzanie posiadaniem jakiegokolwiek dokumentu, zupełnie nieprzystającego do istoty przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wnosi o skreślenie w dotychczasowej treści 4.1.1.4 pkt 2 ppkt 1) -7) sformułowania:

„lub innymi dokumentami, które potwierdzają takie umiejętności jak wymienione dokumenty”
i wpisanie w to miejsce:

„lub innymi równoważnymi dokumentami, które potwierdzają takie umiejętności jak wymienione dokumenty, wystawionymi przez podmioty realizujące równoważne szkolenia (wykluczone oświadczenia własne wykonawcy lub podmiotu powiązanego)”.

IV. SIWZ - Pkt 4.1. „Warunki udzielenia zamówienia” - zaniechanie skonkretyzowania warunku posiadania wiedzy i doświadczenia do usług referencyjnych wykonanych na rzecz zamawiających mających siedzibę w krajach Unii Europejskiej i OECD.

Zamawiający w pkt 4.1.1.3.4 i w pkt. 4.1.1.4 SIWZ zdefiniował pojęcia „usługi” oraz „projektu informatycznego”. Pojęcia te są wykorzystywane w:

- a) pkt. 4.1.1.4, określającym warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy,
- b) pkt. 4.4.2.1.3, określającym dowody, które będą stanowiły potwierdzenie tych zdolności.

Zdaniem Odwołującego warunki te zostały przez Zamawiającego opisane w sposób niedostateczny.

Zamawiający zobowiązany jest tak formułować warunki udziału w postępowaniu, aby z jednej strony nie ograniczały konkurencji i zapewniały zachowanie uczciwej konkurencji, z drugiej zaś - aby zapewnić równe traktowanie wykonawców. Obecne określenie warunków udziału w postępowaniu uniemożliwia weryfikację przedstawianych przez wykonawców *Wykazów usług* - co skutkuje w sposób oczywisty nierównym traktowaniem wykonawców. Weryfikacji tej nie będzie mógł dokonać ani sam Zamawiający, ani też pozostali uczestnicy postępowania.

Wykonawcy w celu wykazania się spełnianiem warunków podmiotowych lub też w celu uzyskania większej liczby punktów na listach kwalifikacyjnych umieszczają w *Wykazach usług* projekty wykonane na rzecz zamawiających mających siedziby w różnych egzotycznych miejscach świata. Problemem jest to, że nie istnieje praktycznie możliwość weryfikacji wykonania takich usług - czy to należytego ich wykonania, czy to wręcz zakresu usługi. Tymczasem tylko możliwość takiej weryfikacji zapewnia realizację zasad określonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Zdaniem Odwołującego w przypadku systemu informatycznego, którego rozwój jest przedmiotem tego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a który jest jednym

z podstawowych systemów informatycznych dla funkcjonowania Państwa, krytycznie ważne jest, aby warunki postawione potencjalnemu wykonawcy umożliwiały rzeczywistą (a nie tylko formalną) możliwość weryfikacji posiadania wiedzy i doświadczenia przez takiego wykonawcę. Z kolei weryfikowalne są w praktyce tylko takie referencje, które zostały wykonane w krajach, w których przestrzegane są pewne podstawowe zasady demokratycznego państwa prawa. Takimi krajami są państwa będące członkami Unii Europejskiej lub też zrzeszone w OECD.

Takie doprecyzowanie możliwości przedstawiania referencji w żaden sposób nie narusza zasady konieczności prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji. Niewątpliwie bowiem istnieje szereg wykonawców, którzy wykonali wskazane przez Zamawiającego usługi na rzecz podmiotów z UE czy OECD. A jednocześnie tylko tacy wykonawcy dają rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Skoro bowiem poza Unią Europejską i krajami OECD de facto nie istnieją ubezpieczenia społeczne w formie funkcjonującej w Polsce, to i wykazanie się referencjami spoza tych państw nie ma żadnego znaczenia dla Zamawiającego, gdyż nie potwierdza posiadania wiedzy i doświadczenia koniecznego do świadczenia usług KSI.

Przepis art. 22 ust. 2a Ustawy PZP wyraźnie wskazuje, że warunki udziału w postępowaniu mają być określone w sposób zarówno proporcjonalny (który warunek Zamawiający spełnił), jak i umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Tymczasem obecne brzmienie SIWZ uniemożliwia Zamawiającemu właśnie tę ocenę zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia. Nie wydaje się, aby celem i wolą Zamawiającego było dopuszczenie sytuacji, w której posiadanie wiedzy i doświadczenia będzie potwierdzanie posiadaniem jakiejś referencji, zupełnie nieprzystającej do istoty przedmiotu zamówienia,

Mając powyższe na uwadze Odwołujący wnosi o:

a) skreślenie dotychczasowej treści pkt 4.1.1.3.4 o treści:

„Projekt informatyczny - przedsięwzięcie obejmujące Budowę nowej funkcjonalności lub Modyfikację istniejącej funkcjonalności systemu informatycznego. Wyłączone są projekty, których przedmiotem było wyłącznie utrzymanie systemu informatycznego oraz dostawa sprzętu komputerowego/licencji. W przypadku projektów, których przedmiotem była budowa lub modyfikacja oraz dostawa sprzętu/licencji i/lub utrzymanie systemu informatycznego, dla celów oceny spełnienia wymagania uwzględnia się wyłącznie wartość części dotyczącej budowy lub modyfikacji systemu informatycznego”

i wpisanie w to miejsce:

„Projekt informatyczny - przedsięwzięcie obejmujące Budowę nowej funkcjonalności lub Modyfikację istniejącej funkcjonalności systemu informatycznego wykonane na rzecz

zamawiającego mającego siedzibę na terenie jednego z państw Unii Europejskiej lub OECD. Wyłączone są projekty, których przedmiotem było wyłącznie utrzymanie systemu informatycznego oraz dostawa sprzętu komputerowego/licencji. W przypadku projektów, których przedmiotem była budowa lub modyfikacja oraz dostawa sprzętu/licencji i/lub utrzymanie systemu informatycznego, dla celów oceny spełnienia wymagania uwzględnia się wyłącznie wartość części dotyczącej budowy lub modyfikacji systemu informatycznego”

b) skreślenie dotychczasowej treści pkt 4.4.2.1.3 o treści:

„wykaz usług wykonanych, w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te usługi zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie Wykonawcy, wg wzoru stanowiącego załącznik nr 9 do SIWZ - na potwierdzenie spełniania warunku, o którym mowa w pkt 4.1.1.4.1, SIWZ”

i wpisanie w to miejsce:

„wykaz usług wykonanych na rzecz zamawiającego mającego siedzibę na terenie jednego z państw Unii Europejskiej lub OECD. w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te usługi zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie Wykonawcy, wg wzoru stanowiącego załącznik nr 9 do SIWZ - na potwierdzenie spełniania warunku, o którym mowa w pkt 4.1.1.4.1, SIWZ”

V. Załącznik nr 2 do SIWZ „Wzór Umowy Ramowej”, Artykuł 17 „Odstąpienie od umowy ramowej lub umowy wykonawczej” ust, 2 pkt 4.

W Artykule 17 „Wzoru Umowy Ramowej” ust 2 pkt 4 Zamawiający wskazał, że „może odstąpić od Umowy wykonawczej w całości lub w części z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, w szczególności, gdy:

(...)

4) Wykonawca nie uwzględnił wszystkich uwag Zamawiającego zgłaszanych w trakcie procedury Odbioru dokumentacji w drugiej turze odbiorowej, zgodnie z punktem II.2.3.5. Załącznika 4.”

Oznacza to, że Zamawiający dopuszcza możliwość rozwiązania umowy wykonawczej w przypadku, kiedy Wykonawca nie uwzględnił jakiegokolwiek uwagi Zamawiającego w drugiej turze odbiorowej.

Po pierwsze dokumentacja przedstawiona przez Wykonawcę może zawierać rozwiązania równoważne lub nawet lepsze od tych oczekiwanych przez Zamawiającego. Zapis powyższy spowoduje, że Wykonawca nie chcąc narazić się na bardzo poważną sankcję będzie bez próby wyjaśnienia zobowiązany uwzględnić wszystkie uwagi Zamawiającego, niezależnie od tego, czy są one sensowne i uzasadnione, w szczególności niezależnie od tego, czy będą miały jakiegokolwiek umocowanie w SIWZ do danej umowy wykonawczej.

Po drugie zasadne uwagi Zamawiającego mogą (i powinny) być uwzględnione przez Wykonawcę tylko wtedy, kiedy Zamawiający w sposób należyty wskazał swoje oczekiwania co do przedmiotu umowy wykonawczej. Może się bowiem zdarzyć sytuacja, w której Wykonawca w dobrej wierze starał się będzie uwzględnić wszystkie uwagi Zamawiającego, ale błędnie odczytał jego intencje np. z powodu nieprecyzyjnego sformułowania - czego efektem będzie taka sytuacja, że Zamawiający uzna, że jego uwaga nie została uwzględniona, a co dalej idzie - że powstała przyczyna odstąpienia od umowy wykonawczej. W obu powyższych sytuacjach Wykonawca naraża się na ryzyko bardzo znaczących sankcji de facto nie ze swojej winy. Oczywistym jest, że zapis powyższy uniemożliwia Wykonawcy prawidłowe skalkulowanie kosztów poszczególnych Umów wykonawczych, a zatem i ceny ofertowej dla Umowy Ramowej.

Analogiczna kwestia pojawiła się już na etapie pytań do SIWZ w toku postępowania na „Zawarcie umowy ramowej na modyfikację i rozbudowę oprogramowania Kompleksowego Systemu Informatycznego w Zakładzie Ubezpieczeń Społecznych" z roku 2013 roku (ogłoszenie w TED 2013/S 021-032780). W tamtym przypadku Zamawiający przychylił się do propozycji jednego z oferentów i zmienił SIWZ zgodnie z proponowaną poniżej zmianą (odpowiedź na Pytanie 215 z dnia 20 września 2013r.).

Odwołujący wnosi o skreślenie w dotychczasowej treści art. 17 ust 2 pkt 4 i wpisanie w to miejsce:

„4) Wykonawca nie uwzględnił wszystkich uwag uzgodnionych przez Zamawiającego i Wykonawcę zgłoszonych w trakcie procedury Odbioru dokumentacji w drugiej turze odbiorowej, zgodnie z punktem II.2.3.5. Załącznika 4 lub uwzględnił je niezgodnie z tym, co zostało uzgodnione”.

VI. Załącznik 4 do Wzoru umowy ramowej „Organizacja realizacji Umowy oraz Procedury dla realizacji Umowy" Rozdziału. Procedury dla realizacji umowy, pododdział 1. Zasady

wykonywania modyfikacji, punkty 2.12 i 2.13 - zapisy uniemożliwiające rzetelne i porównywalne oszacowanie jednostkowej ceny punktu funkcyjnego (CFP)

W załączniku 4 wskazano:

„2.12. Na podstawie zaakceptowanego AOM wraz z Wymiarowaniem pełnym oraz wdrożonego Oprogramowania dedykowanego Wykonawca aktualizuje, a w przypadku jej braku, wykonuje Ujednoliconą Dokumentację Analityczną (UAOM) wraz z Wymiarowaniem pełnym.

2.13. Po wdrożeniu Oprogramowania dedykowanego, na podstawie zaakceptowanej przez Zamawiającego Dokumentacji Technicznej, Wykonawca wykonuje Powykonawczą Dokumentację Techniczną (PDT).”

Zgodnie z postanowieniami Załącznika 7 „Zasady wymiarowania oprogramowania i struktura Punktu Funkcyjnego”, § 3: punkty: 2, 3 i 4 oraz § 5 Wymiarowanie pełne określa rozmiar zmiany oprogramowania w CFP, czyli uwzględnia pracochłonność związaną ze zmianą oprogramowania, w tym ze zmianą dokumentacji analitycznej (AOM/UAOM) i technicznej (DT/PDT).

W sytuacji, jeśli dla istniejącego zmienianego elementu KSI nie istnieje w ogóle (nie jest w posiadaniu Zamawiającego) dokumentacja analityczna i/ lub techniczna, to zakres prac, polegający na zmianie dokumentacji w praktyce będzie obejmował odtworzenie (wykonanie od nowa) brakującej dokumentacji analitycznej i/lub technicznej. Taka sytuacja wykracza znacząco poza pracochłonność wynikającą z wymiarowania pełnego odnoszącego się do zmiany oprogramowania.

Zgodnie ze standardami obowiązującymi na rynku dla wymiarowania zmiany oprogramowania w CFP prace wykonawcy obejmują wyłącznie zmianę już istniejącej dokumentacji w zakresie, w jakim zmiana dokumentacji jest konieczna ze względu na zmianę oprogramowania. Tymczasem Zamawiający wprowadza w SIWZ także przypadki konieczności napisania całej dokumentacji od nowa.

Dla oszacowania tej dodatkowej pracochłonności istotna jest wiedza Wykonawcy (wynikająca z SIWZ) o stanie dokumentacji analitycznej i technicznej systemu KSI oraz plany rozwojowe. Zamawiający nie określił w SIWZ jaka część elementów architektury KSI nie posiada dokumentacji analitycznej i/lub technicznej wykonanej zgodnie z załączonymi Standardami IT (Metodyka ZUS, Rozszerzenie Wykonawcze ZUS, Podręcznik Wymiarowania Oprogramowania dla Systemów Informatycznych ZUS). Nie określono też, jaki jest szacowany rozmiar tych elementów w CFP ani nie określono (i Zamawiający nie jest zapewne w stanie tego zrobić), które z nich będą podlegały modyfikacjom w czasie trwania umowy ramowej.

Z kolei bez wiedzy na temat obecnego stanu dokumentacji oraz wiedzy, które elementy systemu KSI będą podlegały rozwojowi w ramach Umowy ramowej Wykonawca nie jest w stanie określić pracochłonności związanej z koniecznością potencjalnego odtworzenia dokumentacji analitycznej i technicznej dla realizowanych Modyfikacji. W konsekwencji nie jest w stanie na etapie przygotowania oferty określić ceny CFP do Umowy ramowej, która będzie stanowić górny pułap ceny CFP w umowach wykonawczych.

Zgodnie z § 6 Załącznika 7 opracowanie pełnej dokumentacji analitycznej z Wymiarowaniem Pełnym i dokumentacji technicznej stanowi 50% struktury CFP. Postanowienie to jest prawdziwe tylko w przypadku, gdy istnieje dokumentacja analityczna i techniczna. Jednak w przypadku braku takiej dokumentacji nie można brać pod uwagę rozmiaru zmiany (50 CFP), tylko cały rozmiar elementu architektury (nieznany Wykonawcy). Bazując na strukturze punktu funkcyjnego - jeśli rozmiar elementu architektury wynosi 800 CFP, to pracochłonność związana z odtworzeniem dokumentacji analitycznej i technicznej może być porównywalna z wykonaniem zmiany elementu architektury KSI z istniejącą dokumentacją o wartości 400 CFP.

Bez wiedzy na temat obecnego stanu dokumentacji oraz planów rozwoju systemu KSI każdy z Wykonawców przyjmie własne założenia odnośnie stanu dokumentacji i planowanych prac. Na podstawie powyższych założeń każdy z Wykonawców dokona oszacowania pracochłonności i ustali cenę CFP do oferty na Umowę ramową. W konsekwencji Zamawiający nie będzie w stanie obiektywnie porównać/ocenić składanych ofert (ceny CFP), gdyż cena punktu CFP będzie nieporównywalna. Jest to tym bardziej istotne, że obecnie cena to 100% wagi przy ocenie ofert. Obecna konstrukcja ceny punktu funkcyjnego narusza zatem przepis art. 29 ust. 1 i 2 Ustawy PZP, gdyż SIWZ nie zawiera wszystkich informacji niezbędnych do przygotowania rzetelnej oferty, a ponadto może prowadzić do złożenia nieporównywalnych ofert - co sprowadza się do tego, że przedmiot zamówienia opisano z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji.

Niezbędne są więc zmiany w SIWZ, które wprowadzą do SIWZ obie sytuacje, w tym także sytuację, w której nie istnieje dokumentacja dla modyfikowanego elementu architektury KSI. Realizacja zadania odtworzenia dokumentacji analitycznej i technicznej nie jest bezpośrednio związana z realizacją zmian funkcjonalnych w oprogramowaniu, a zatem zasadne jest ujęcie przez Zamawiającego takich zadań w wymaganiach нефункциональных lub przejściowych do umów wykonawczych.

Odwołujący wnosił o wprowadzenie we wzorzec Umowy ramowej zapisów wskazujących, że w sytuacji, gdy w ramach realizacji Umowy wykonawczej konieczne będzie odtworzenie dokumentacji analitycznej i/lub technicznej dla zmienianych elementów

architektury KSI ZUS, zostanie to uwzględnione w wymaganiach нефункциональных lub przejściowych.

Odwołujący wnosił o skreślenie dotychczasowej treści Artykułu 4 pkt 5 ustęp 1:
„uzgodnienie projektowe, obejmujące specyfikację wymagań dla Modyfikacji, w tym wymagań funkcjonalnych, нефункциональных i przejściowych”

i wpisanie w to miejsce

„uzgodnienie projektowe, obejmujące specyfikację wymagań dla Modyfikacji, z uwzględnieniem wymagań funkcjonalnych, нефункциональных i przejściowych, w przypadku, gdy nie istnieje dokumentacja analityczna i/lub techniczna lub gdy dokumentacją analityczną i/lub techniczną nie jest zgodna ze Standardami IT ZUS - z uwzględnieniem konieczności odtworzenia takiej dokumentacji lub dostosowania jej do Standardów IT ZUS):”

VII. Umowa ramowa; art. 12, punkt 1, ustęp 1 - niespójność zapisów z Załącznikiem 7

Postanowienie art. 12 brzmi:

„1. Wynagrodzenie Wykonawcy z tytułu:

1) produktów stanowiących Modyfikację oraz usług związanych z wykonaniem Modyfikacji (z wyłączeniem Usług serwisowych oraz usług wsparcia Wdrożenia Modyfikacji o których mowa w art. 2 ust. 1 pkt 2 i 3), ustalane jest jako iloczyn liczby Punktów Funkcyjnych, ustalonej w wyniku Wymiarowania pełnego zgodnie z postanowieniami Załącznika 7, oraz ceny Punktu Funkcyjnego określonej w Umowie wykonawczej, z zastrzeżeniem ust. 4;”

Wymiarowanie pełne będące podstawą do wyliczenia wynagrodzenia Wykonawcy opisane w Załączniku 7 (§ 5) obejmuje wyłącznie zmiany zdefiniowane przez wymagania funkcjonalne, natomiast nie obejmuje w ogóle pracochłonności związanej z realizacją wymagań нефункциональных i przejściowych.

Natomiast Uzgodnienie projektowe (czyli załącznik do SIWZ dla każdej Umowy Wykonawczej), na które wskazuje art. 4 ust. 5 pkt 1 Umowy ramowej, będące dla Wykonawcy podstawą do wyceny kosztów każdej modyfikacji poza wymaganiami funkcjonalnymi, obejmuje także wymagania нефункциональные i przejściowe, a wycena tych wymagań podawana jest oddzielnie przez Zamawiającego w SIWZ dla każdej Umowy Wykonawczej.

Z powyższych dwóch zapisów wynika niespójność: Zamawiający przedstawia na etapie SIWZ dla poszczególnych Umów wykonawczych niezależną wycenę dla zadań wynikających z wymagań funkcjonalnych, нефункциональных i przejściowych, natomiast wysokość wynagrodzenia za zrealizowanie tych wszystkich wymagań będzie wyliczone wyłącznie na podstawie zrealizowanych wymagań funkcjonalnych.

Powyższe narusza postanowienie art. 29 ust. 1 w związku z art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 2 Ustawy PZP.

Odwołujący wnosi o uspoźnienie zapisów w Umowie ramowej przez zmianę postanowienia art. 12 ust. 1 w Umowie ramowej na następujący.

1. *Wynagrodzenie Wykonawcy z tytułu:*

1) *produktów stanowiących Modyfikację oraz usług związanych z wykonaniem Modyfikacji (z wyłączeniem Usług serwisowych oraz usług wsparcia Wdrożenia Modyfikacji, o których mowa w art. 2 ust 1 pkt. 2 i 3), ustalane jest jako suma iloczynów:*

a) *liczby Punktów Funkcyjnych, ustalonej w wyniku Wymiarowania pełnego zgodnie z postanowieniami Załącznika 7 oraz ceny Punktu Funkcyjnego określonej w Umowie wykonawczej, z zastrzeżeniem ust. 4,*

b) *liczby Punktów Funkcyjnych wynikających z realizacji wymagań niefunkcjonalnych oraz ceny Punktu Funkcyjnego określonej w Umowie wykonawczej, z zastrzeżeniem ust. 4,*

c) *liczby Punktów Funkcyjnych wynikających z realizacji wymagań przejściowych oraz ceny Punktu Funkcyjnego określonej w Umowie wykonawczej, z zastrzeżeniem ust 4.*

VIII. Załącznik nr 2 do SIWZ „Wzór umowy ramowej”, Załącznik 4 Organizacja realizacji Umowy oraz Procedury dla realizacji Umowy - brak procedury dostosowania KSI do standardów IT ZUS.

Wykonawca ma obowiązek realizacji przedmiotu umowy zgodnie ze Standardami IT ZUS. Dotyczy to zobowiązań Wykonawcy zarówno w realizacji umowy ramowej jak i umów wykonawczych:

a. Załącznik 2 do SIWZ, wzór umowy, ARTYKUŁ 5 - OŚWIADCZENIA I OBOWIĄZKI WYKONAWCY ust. 2 „Wykonawca zobowiązuje się do: 11) przestrzegania Standardów IT ZUS przekazanych Wykonawcy do stosowania; Zamawiający może dokonywać zmian w Standardach IT ZUS, zgodnie z procedurą określoną w Procedurach projektowych oraz przekaze Wykonawcy informację o zmianach 7 dni przed ich wejściem w życie;

b. Załącznik 2 do SIWZ, wzór umowy, ARTYKUŁ 7 - ZASADY WSPÓŁPRACY STRON ust. 6: „W toku realizacji Umów wykonawczych stosowane będą Standardy IT ZUS, Procedury dla realizacji Umowy oraz Procedury eksploatacyjne”

Standardy IT ZUS oraz Procedury eksploatacyjne będą mogły podlegać zmianie w trakcie trwania umowy. Wynika to zarówno z przywołanych zapisów SIWZ, jak z treści SIWZ Załącznika 6 do umowy „Organizacja realizacji Umowy oraz Procedury dla realizacji Umowy”, Rozdział II Procedury dla realizacji Umowy, Pkt 6. PROCEDURA ZMIANY STANDARDÓW IT ZUS ORAZ PROCEDUR IT I EKSPLOATACYJNYCH.

Zmiany Standardów ITS ZUS oraz Procedur eksploatacyjnych mogą następować niezależnie od przebiegu Umów Wykonawczych. Zamawiający uwzględnił to w zapisach

SIWZ - Wzór Umowy, ARTYKUŁ 16 - ZMIANY UMOWY RAMOWEJ I UMÓW WYKONAWCZYCH, ust. 16: „Zmiany Standardów IT ZUS, Procedur eksploatacyjnych, formularzy, wzorów dokumentów lub wzorów protokołów nie wymagają zmiany Umowy i mają zastosowanie do Umów wykonawczych, których procedura zawarcia rozpoczęła się po powiadomieniu Wykonawcy o zmianie”

Zapis ten oznacza, że zmiany Standardów IT ZUS oraz Procedur eksploatacyjnych dokonane w trakcie realizacji Umów Wykonawczych nie mają zastosowania dla produktów tych Umów, a dopiero do następnych Umów Wykonawczych. To jednakże oznacza, że rezultaty prac (dokumentacja i oprogramowania) takich umów wykonawczych, nie będą spełniały obowiązujących Standardów IT ZUS ani Procedur eksploatacyjnych.

Ponieważ poszczególne Umowy Wykonawcze będą przebiegały niezależnie od siebie i każda z nich będzie obejmowała różne zmiany w różnych modułach KSI (określonych w Załączniku 2 do SIWZ w załączniku 1 do Umowy) to oznacza, że Zamawiający dopuszcza, że w trakcie realizacji Umowy Ramowej różne moduły - w zakresie dokumentacji i oprogramowania - będą zgodne z różnymi wersjami Standardów IT ZUS i Procedur eksploatacyjnych.

Ponieważ dokumentacja oraz oprogramowanie istniejących modułów są produktami wejściowymi dla modyfikacji (w ramach rozwoju KSI rzadko tworzone są nowe moduły) i są podstawą dla nowych rezultatów prac wytwarzanych w ramach Modyfikacji, to powstaje problem dostosowywania do nowszych wersji standardów wszystkich modułów wchodzących w skład modyfikacji - zaadresowany częściowo w punkcie V.

Brakiem SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia jest całkowity brak zapisów dotyczących sposobu dostosowania dokumentacji i oprogramowania KSI do nowszych wersji Standardów IT ZUS i procedur eksploatacyjnych, w szczególności sposobu finansowania takich prac. A zakres tych prac może być ogromny, ponieważ Standardy IT ZUS definiują wymagania zarówno na postać dokumentacji, jak i kodów źródłowych, to może się okazać, że zmiany tych Standardów IT ZUS wymagają dostosowania całego KSI, albowiem istniejąca dokumentacja i oprogramowanie nie będą zgodne z nową postacią standardu.

Ustalenie w SIWZ odpowiedzialności za dostosowywanie dokumentacji i oprogramowania do Standardów IT ZUS jest kluczowe, albowiem Zamawiający po raz pierwszy (dla umów ramowych) wprowadził w SIWZ stosowną odpowiedzialność finansową Wykonawcy. We wzorze umowy w art. 14 - KARY UMOWNE I ODPOWIEDZIALNOŚĆ w ust. 2 pkt 15: wskazano „Zamawiający ma prawo obciążyć Wykonawcę karą umowną z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania przez Wykonawcę któregośkolwiek ze zobowiązań wynikających ze Standardów IT ZUS lub Procedur eksploatacyjnych w trakcie realizacji usług gwarancyjnych lub Usług serwisowych, za każdy ujawniony taki przypadek,

po upływie uprzednio wskazanego przez Zamawiającego terminu do zaniechania naruszenia i usunięcia skutków naruszenia, w wysokości 3.000,00 PLN (słownie: trzy tysiące złotych 00/100) za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia usunięcia tych skutków naruszenia”.

Co prawda umowa przewiduje procedurę przeprowadzania zmiany Standardów IT ZUS lub Procedury eksploatacyjnej, zgodnie z zapisem załącznika 6 do umowy „Organizacja realizacji Umowy oraz Procedury dla realizacji Umowy”, Rozdział II Procedury dla realizacji Umowy, Pkt 6. PROCEDURA ZMIANY STANDARDÓW IT ZUS ORAZ PROCEDUR IT I EKSPLOATACYJNYCH, jednakże opisana procedura opisuje wyłącznie scenariusz uzgodnienia treści standardu i jego publikacji, natomiast nie opisuje sposobu, w jaki sposób nowy/zmieniony standard powinien zostać wdrożony w KSI już istniejącym, w szczególności - kto i w jakim trybie dostosuje produkty do nowej wersji standardu ani też w jaki sposób powinny te prace zostać sfinansowane.

Wada SIWZ jest oczywista - wobec braku zapisów w SIWZ dotyczących procedury dostosowywania dokumentacji i kodów źródłowych KSI do zmiany Standardów IT ZUS i Procedur eksploatacyjnych należy przyjąć, że ta praca jest zobowiązaniem Wykonawcy w ramach Umowy Wykonawczej. To oznacza, że rzeczywista pracochłonność realizacji modyfikacji jest zależna nie tylko od obiektywnego zakresu modyfikacji, lecz również od koniecznych prac dostosowawczych, zależnych od tego czy i jaki standard został zmieniony przed zawarciem Umowy Wykonawczej, czy zmiany standardu powoduje niezgodność produktów KSI z nową postacią standardu i czy zakres prac w umowie Wykonawczej obejmuje produkty niezgodne ze standardem.

Ze względu na dynamikę Umów Wykonawczych, dynamikę prac dostosowawczych oraz dynamikę zmian standardów ta pracochłonność będzie policzalna, lecz różna dla każdej Umowy Wykonawczej. Wykonawca nie może uwzględnić tej pracochłonności w wycenie punktu funkcyjnego dla konkretnej Umowy Wykonawczej, albowiem nie może podwyższyć ceny punktu funkcyjnego powyżej kwoty podanej w umowie ramowej: Załącznik 2 do SIWZ Wzór Umowy, ARTYKUŁ 4 - TRYB ZAWIERANIA UMÓW WYKONAWCZYCH par 11: *„W postępowaniu o zawarcie Umowy wykonawczej Wykonawca nie może złożyć oferty mniej korzystnej niż złożona w postępowaniu o zawarcie Umowy ramowej, w szczególności Wykonawca nie może zaoferować ceny brutto za Punkt Funkcyjny wyższej niż cena brutto za Punkt Funkcyjny podana w Umowie ramowej”*

Również kalkulując cenę punktu funkcyjnego w ramach Umowy Ramowej Wykonawca nie jest w stanie skalkulować kosztu dostosowywania dokumentacji oraz kodów źródłowych do nowych wersji Standardów IT ZUS i Procedur eksploatacyjnych ze względu na wspomnianą wcześniej dynamikę zmian oraz całkowity brak ograniczeń ilościowych

i rzeczowych dla zmian tych Standardów ITZUS i procedur eksploatacyjnych w trakcie trwania Umowy Ramowej.

Nie ma również zapisów w SIWZ, które pozwalałyby zakładać, że prace dostosowawcze dokumentacji i kodów źródłowych KSI do nowych wersji standardów będą wyceniane w ramach punktów funkcyjnych modyfikacji. Co więcej - bieżąca definicja wymagań zawarta w dokumencie Metodyka ZUS - Zarządzanie Wymaganiami, Rozdział 3 Model wymagań, wyklucza taką wycenę, albowiem nawet w zakresie Wymagań Przejściowych zachodzi ograniczenie: „Wymagania przejściowe MUSZĄ być ściśle powiązane, komplementarne w stosunku do wymagań rozwiązania, których realizację wspierają”, co oznacza, że wymagania przejściowe muszą być powiązane z zakresem modyfikacji i nie mogą odnosić się np. do przebudowy struktury dokumentacji całego modułu.

W konsekwencji, wobec braku zapisów w SIWZ o wycenie prac dostosowawczych przez Zamawiającego oraz braku możliwości wyceny prac dostosowawczych przez Wykonawcę zarówno w przypadku Umowy Wykonawczej, jak i Ramowej zachodzi przypadek nieostrego opisu przedmiotu zamówienia, co narusza art. 29 ust. 1 Ustawy PZP. Powyższe naruszenie jest istotne, albowiem już obecnie dokumentacja oraz kody źródłowe KSI nie spełniają bieżących Standardów IT ZUS oraz Procedur eksploatacyjnych.

Odwolujący wnosil o:

a. Uzupełnienie SIWZ o procedury dostosowywania dokumentacji i oprogramowania KSI do zmiany Standardów IT ZUS oraz Procedur eksploatacyjnych oraz macierz zgodności produktów KSI z wersjami standardu

lub

b. ograniczenie odpowiedzialności Wykonawcy za brak zgodności dokumentacji i oprogramowania ze Standardami IT KSI i Procedurami eksploatacyjnymi, o ile wynikają one z braku zgodności tych produktów mającej miejsce przed rozpoczęciem Umowy Wykonawczej, poprzez zmianę postanowienia art. 7 ust. 6 Umowy ramowej:

„W toku realizacji Umów wykonawczych stosowane będą Standardy IT ZUS. Procedury dla realizacji Umowy oraz Procedury eksploatacyjne. Zobowiązania Wykonawcy w ramach Umowy Wykonawczej dla nowej dokumentacji Wykonawcy oraz nowego oprogramowania dedykowanego dotyczą obowiązujących wersji Standardów IT ZUS oraz Procedur eksploatacyjnych.

O ile Umowa Wykonawcza nie wskaże inaczej, to Wykonawca nie jest zobowiązany do dostosowywania zmienianej dokumentacji oraz zmienianego oprogramowania dedykowanego do Standardów IT ZUS oraz Procedur eksploatacyjnych.”

IX. Załącznik nr 2 do SIWZ, Załącznik 9 Definicje - niejednoznaczna definicja pojęcia Błędu, brak definicji Błędu Modyfikacji

a. Zakres definicji Błędu

Definicja Błędu w Załączniku 9 do Umowy brzmi:

Błąd Każde nieprawidłowe działanie Oprogramowania użytkowego, Oprogramowania dedykowanego lub Oprogramowania standardowego, niezależnie od przyczyny takiej nieprawidłowości. W szczególności, Błędem jest działanie oprogramowania niezgodne z jego dokumentacją.

Przez Błąd Strony rozumieją również wadę Dokumentacji Elementu KSI ZUS.

a jednocześnie zgodnie z definicjami:

Oprogramowanie standardowe Oprogramowanie narzędziowe i systemowe, dostępne jako oprogramowanie gotowe, inne niż Oprogramowanie użytkowe.

Zgodnie z powyższym Błędem jest każde nieprawidłowe działanie oprogramowania, niezależnie od przyczyny takiej nieprawidłowości. Zgodnie więc z przywołanymi zapisami Wykonawca odpowiadałby za usunięcie Błędu, pomimo iż powstanie Błędu nie wynika z okoliczności, za które Wykonawca ponosi odpowiedzialność.

Równie nieprecyzyjne jest określenie „wada Dokumentacji KSI ZUS”, ponieważ nie istnieją na etapie wyceny oferty zdefiniowane przez Zamawiającego, kompletne kryteria akceptacji, pozwalające określić co jest poprawną Dokumentacją KSI ZUS, a co będzie uznane za Dokumentację wadliwą.

Taka definicja jest więc sprzeczna z zasadami współzycia społecznego oraz dobrymi praktykami obowiązującymi na rynku IT. Jest także sprzeczna z zasadą odpowiedzialności kontraktowej określoną w art. 471 Kodeksu Cywilnego. Zamawiający pragnie bowiem ukonstytuować odpowiedzialność kontraktową Wykonawcy na zasadzie ryzyka, zamiast na zasadzie winy.

Co więcej - przy obecnym sformułowaniu SIWZ przedmiot zamówienia został opisany w sposób niejasny, nieprecyzyjny i otwarty. Wykonawca na etapie sporządzania oferty może bowiem szacować liczbę Błędów, które mogą zaistnieć w Systemie KSI z jego winy, w wyniku jego czynności. Nie jest jednak w stanie przewidzieć liczby Błędów, które powstaną w wyniku działania czy to Zamawiającego, czy to osób trzecich. Zwłaszcza, że nawet Błędy powstałe w wyniku działań celowych konkurencji Wykonawcy mieszczą się w obecnej definicji Błędu. W czasach wolnego rynku nie można wykluczyć, że podmioty konkurencyjne będą dążyły do tego, aby utrudnić Wykonawcy realizację umowy. A zatem brak prawidłowej definicji Błędu, zgodnej ze standardami rynku IT, uniemożliwia ustalenie przez Wykonawcę ryzyk oraz zakresu odpowiedzialności dla świadczonych usług Serwisu, które określono w przedmiocie umowy. W tym przypadku mamy do czynienia także z otwartym i niepełnym zakresem przedmiotu umowy. Zamawiający nienależycie opisał przedmiot umowy, co narusza przepis art. 29 ust. 1 Ustawy PZP.

Zamawiający w poprzednio prowadzonych postępowaniach stosował w SIWZ definicję Błędu zgodną ze standardami obowiązującymi na rynku informatycznym, gdzie za Błąd uważano:

- brak funkcjonowania oprogramowania objętego Umową lub funkcjonowania oprogramowania objętego Umową niezgodne z Umową; na podstawie której został wykonany, Wymaganiami lub Dokumentacją.

Odwołujący wnioskuje o wykreślenie treści dotychczasowej definicji i wpisanie w to miejsce:

Błąd Brak funkcjonowania lub funkcjonowanie Oprogramowania użytkowego niezgodne Wymaganiami lub dokumentacją Oprogramowania użytkowego. Przez Błąd Strony rozumieją również wadę dokumentacji Oprogramowania użytkowego polegającą na jej niezgodności z Wymaganiami lub ze Standardami IT ZUS, zgodnie z którymi powinna być wykonana.

b. brak definicji Błędu Modyfikacji

Zamawiający w Umowie posługuje się pojęciem Błąd Modyfikacji. Pojęcie to nie zostało jednak zdefiniowane, co powoduje, że zapisy SIWZ (w szczególności w zakresie odpowiedzialności oraz kar nakładanych na Wykonawcę) są nieokreślone. W tym przypadku mamy do czynienia z otwartym i niepełnym zakresem przedmiotu umowy. Zamawiający nienależycie opisał przedmiot umowy, co narusza przepis art. 29 ust. 1 Ustawy PZP.

Odwołujący wnioskuje o uzupełnienie Załącznika 9 do Umowy o definicję Błędu Modyfikacji w brzmieniu:

Błąd Modyfikacji Brak funkcjonowania Oprogramowania dedykowanego lub funkcjonowanie Oprogramowania dedykowanego niezgodne z Umową wykonawczą, Wymaganiami lub jego dokumentacją

albo

brak funkcjonowania lub niezgodne z Umową wykonawczą, Wymaganiami lub dokumentacją funkcjonowanie KSi ZUS spowodowane przez Oprogramowanie dedykowane.

Przez Błąd Strony rozumieją również wadę dokumentacji Oprogramowania dedykowanego w zakresie wytworzonym lub zmodyfikowanym w ramach Modyfikacji polegającą na jej niezgodności z Wymaganiami lub ze Standardami IT ZUS, zgodnie z którymi powinna być wykonana.

X. Załącznik nr 2 do SIWZ „Wzór umowy ramowej” Artykuł 5 „Oświadczenia i obowiązki wykonawcy”, ust 7 i 8

W art. 5 ust. 7 Umowy Zamawiający sformułował bardzo daleko idący obowiązek udostępniania przez Wykonawcę informacji, dokumentów i produktów na potrzeby audytu:

„Wykonawca zobowiązany jest do udostępnienia Personelowi Zamawiającego oraz stronie trzeciej działającej na rzecz i koszt Zamawiającego, żądanych informacji, dokumentów oraz

Produktów, na potrzeby przeprowadzenia audytu prac Wykonawcy, mającego na celu w szczególności: weryfikację zgodności sposobu działania Wykonawcy z Dokumentami kontraktowymi, jakości prac, stanu zaawansowania prac oraz zgodności wytwarzanych Rezultatów prac z Wymaganiami i standardami IT ZUS. Wykonawca zobowiązany jest także zapewnić dostęp do Środowiska deweloperskiego oraz Środowiska weryfikacji kodów źródłowych Personelowi Zamawiającego lub stronie trzeciej, działającej na rzecz i koszt Zamawiającego”.

O ile zrozumiałe są postanowienia umożliwiające przeprowadzenie audytu prac Wykonawcy, to z całą pewnością zbyt daleko jest idące żądanie Zamawiającego, aby Wykonawca był zobowiązany udostępniać „informacje, dokumenty i produkty” dowolnej stronie trzeciej. Podkreślić należy, że te „informacje, dokumenty i produkty” w każdym przypadku będą stanowić tajemnicą przedsiębiorstwa Wykonawcy. Tym samym Wykonawca jest uprawniony do żądania, aby dostęp do nich był odpowiednio regulowany w Umowie, poprzez ograniczenie podmiotów, które będą miały do nich dostęp. Tymczasem w zakresie dostępu „strony trzeciej” do tych informacji nie zawarto w Umowie żadnych regulacji, jedynie w art. 5 ust. 8 pkt 3) Umowy wskazano, że strona trzecia jest zobowiązana zachować w tajemnicy takie informacje. Jest to regulacja z całą pewnością niewystarczająca - gdyż nie ma znaczenia, czy informacje zostaną przez stronę trzecią zachowane w tajemnicy w przypadku, gdy strona trzecia wykorzysta je do swojej własnej działalności gospodarczej, ponieważ może być podmiotem konkurencyjnym wobec Wykonawcy. A zatem obecna regulacja art. 5 ust. 7 Umowy stanowi naruszenie art. 29 ust. 2 w związku z art. 7 ust. 1 Ustawy PZP, w związku z Ustawą o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, gdyż Zamawiający wymaga, aby Wykonawca przekazał swoją tajemnicę przedsiębiorstwa dowolnej osobie trzeciej, w tym także swojemu konkurentowi.

Co więcej - przedmiotowe postanowienie nie określa też w sposób zamknięty zakresu audytu, Zamawiający określił go jedynie przykładowo: „przeprowadzenia audytu prac Wykonawcy mającego na celu w szczególności weryfikację zgodności sposobu działania Wykonawcy z Dokumentami Kontraktowymi, jakości prac, stanu zaawansowania prac oraz zgodności wytwarzanych Rezultatów prac z Wymaganiami i Standardami Produkcyjnymi ZUS”. Użycie zwrotu „w szczególności” wskazuje, że audyt może obejmować też inne aspekty, nieznane Wykonawcy na dzień składania oferty. Powoduje to, że przedmiot zamówienia i zakres zobowiązań Wykonawcy został określony z naruszeniem art. 29 ust. 1 Ustawy PZP.

Odwołujący wnosi o wprowadzenie w art. 5 ust. 7 Umowy następujących zmian:

1. Wskazania, że „Strona trzecia to podmiot profesjonalnie zajmujący się przeprowadzaniem audytów umów informatycznych, przy czym nie może stanowić

bezpośredniej konkurencji wobec Wykonawcy i nie może być zatrudniony przez podmiot stanowiący bezpośrednią konkurencję wobec Wykonawcy”,

2. Określenia zakresu audytu. w tym poprzez wykreślenie zwrotu „w szczególności”.

XI. Załącznik nr 2 do SIWZ, Wzór umowy ramowej; Artykuł 5 „Oświadczenia i obowiązki wykonawcy” ust. 8 pkt 4)

Zamawiający wskazał, że informacja o audycie będzie przekazywana na 3 dni przed dniem rozpoczęcia audytu. W praktyce oznacza to, że informacja o audycie rozpoczynającym się w poniedziałek o 8 rano może zostać przekazana do Wykonawcy w czwartek w godzinach popołudniowych, czy nawet wieczornych. W takim przypadku Wykonawca miałby jedynie 1 dzień roboczy (piątek) na przygotowanie się do audytu, w tym przekazanie Zamawiającemu wszystkich żądanych dokumentów i informacji. Z całą pewnością jest to termin naruszający uczciwą konkurencję, tj. art. 29 ust. 2 w związku z art. 7 ust. 1 Ustawy PZP.

Odwołujący wnosi o zmianę terminu określonego w art. 5 ust. 8 pkt 4) na 3 dni robocze.

XII. Załącznik nr 2 do SIWZ „Wzór umowy ramowej” Artykuł 6. „Obowiązki Zamawiającego” ust. 1 pkt 4)

Zamawiający określił swój obowiązek - który jest zastrzeżony „w celu wykonania Umowy ramowej oraz zawartych na jej podstawie Umów wykonawczych” - w następujący sposób:

„1. W celu wykonania Umowy ramowej oraz zawartych na jej podstawie Umów wykonawczych, Zamawiający zobowiązuje się do:

4) zapewnienia możliwości korzystania przez Wykonawcę z Konsultacji utrzymaniowych; Zamawiający nie ponosi odpowiedzialności za jakość Konsultacji utrzymaniowych świadczonych przez Innych wykonawców”.

Zdaniem Odwołującego takie sformułowanie obowiązku Zamawiającego jest całkowicie iluzoryczne. Otóż Zamawiający uznał, że w celu należytego wykonania Umowy niezbędne jest, aby Wykonawca miał możliwość korzystania z Konsultacji utrzymaniowych. Ze względu na specyfikę organizacji Zamawiającego takie Konsultacje utrzymaniowe mogą być prowadzone przez Innych wykonawców, realizujących równolegle inne umowy na rzecz Zamawiającego. Jest to jak najbardziej zrozumiałe z punktu widzenia metodyki prowadzenia projektów informatycznych.

Natomiast nie jest zrozumiałe, dlaczego Zamawiający nie ponosi odpowiedzialności za jakość tych Konsultacji utrzymaniowych, skoro sam przyjął na siebie obowiązek ich zapewnienia. Jest to wyraz głębokiej niekonsekwencji Zamawiającego. Możliwe jest bowiem tylko jedno z 2 rozwiązań - albo takich Konsultacji utrzymaniowych w ogóle nie będzie, albo

też Konsultacje utrzymaniowe będą, zaś Wykonawca może powoływać się na ich treść oraz wpływ na realizację Umowy. Odwołujący rozumie, że to nie Zamawiający przeprowadza Konsultacje utrzymaniowe, ale Inny wykonawca - nic jednak nie stoi na przeszkodzie, aby Zamawiający zobowiązał Innego wykonawcę do należytego ich przeprowadzenia oraz określił skutki naruszenia tego obowiązku. Przedmiotowy zapis sugeruje, że wolą Zamawiającego jest, aby wykonawca tej umowy ponosił odpowiedzialność za Innego Wykonawcę, w szczególności - ponosił znacznie większą odpowiedzialność, niż Inny wykonawca, też przecież wybrany w trybie Ustawy Prawo zamówień publicznych. Nie jest zrozumiałe, dlaczego Zamawiający przerzuca na Wykonawcę odpowiedzialność za wykonanie swoich zobowiązań umownych przez Innego Wykonawcę. Może to wskazywać na faworyzowanie Innego Wykonawcy, co w sposób oczywisty wskazuje na naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 w związku z art. 29 ust. 2 Ustawy PZP.

Przy obecnych zapisach Umowy Wykonawca nie jest w stanie przygotować oferty, gdyż SIWZ nie zapewnia mu uzyskania wszystkich informacji o należytej jakości, które są niezbędne do realizacji Umowy. Narusza to art. 29 ust. 1 i 2 Ustawy PZP.

Odwołujący podkreślił, że w zagadnieniu nie chodzi o to, czy Zamawiający ponosi czy też nie ponosi odpowiedzialności za jakość Konsultacji utrzymaniowych, ale o to, czy Wykonawca może polegać na treści Konsultacji utrzymaniowych i czy może się powoływać na informacje i dane przekazane w ich toku. Stąd też przedmiotowe wyłączenie odpowiedzialności Zamawiającego jest wynikiem niezrozumienia wpływu Konsultacji utrzymaniowych na realizację przedmiotu Umowy.

Odwołujący wnosil więc o wykreślenie w art. 6 ust. 1 pkt 4) zwrotu: „Zamawiający nie ponosi odpowiedzialności za jakość Konsultacji utrzymaniowych świadczonych przez Innych wykonawców”

XIII. Załącznik nr 2 do SIWZ „Wzór umowy ramowej” Artykuł 6. „Obowiązki Zamawiającego” ust. 1 pkt 6

Analogiczna sytuacja jak w poprzednim zarzucie zachodzi w przypadku postanowienia art. 6 ust. 1 pkt 6) Umowy - gdzie z jednej strony Zamawiający przyjmuje na siebie obowiązek zapewnienia współdziałania Innych wykonawców, zaś z drugiej strony znowu wyłącza swoją odpowiedzialność w tym zakresie:

„1. W celu wykonania Umowy ramowej oraz zawartych na jej podstawie Umów wykonawczych, Zamawiający zobowiązuje się do:

6) zapewnienia współdziałania Innych wykonawców, w tym Integratora w zakresie zgodnym z Macierzą odpowiedzialności; Zamawiający nie ponosi odpowiedzialności za jakość współdziałania Innych wykonawców”.

Odwołujący wnosił o wykreślenie w art. 6 ust. 1 pkt 61 zwrotu: „Zamawiający nie ponosi odpowiedzialności za jakość współdziałania Innych wykonawców”.

XIV. Załącznik nr 2 do SIWZ „Wzór umowy ramowej” Artykuł 11. „Gwarancja jakości, rękojmia za wady, Serwis oprogramowania i Konsultacje utrzymaniowe”, ust. 11

Zamawiający w Artykule 11 definiuje zakres Usług serwisowych oraz zasad udzielania przez Wykonawcę gwarancji jakości dostarczonych produktów i usług.

Zgodnie z ust. 9: „w przypadku niedotrzymania przez Wykonawcę parametrów Usług serwisowych określonych w Załączniku 8, Zamawiający nalicza Wykonawcy kary umowne w wysokości określonej w art. 14”.

Jednocześnie dalej w ust. 9 Zamawiający zastrzega sobie prawo wystąpienia z wnioskiem o przeprowadzenie niezależnej ekspertyzy: „w przypadku sporu co do zaistnienia Błędu lub w przypadku odmowy usunięcia Błędu przez Wykonawcę”.

Wykonawca w oparciu o wyniki ekspertyzy może zostać zobowiązany do obsługi zgłoszenia Błędu, co jest obwarowane karami umownymi zarówno za przekroczenia terminów realizacji, jak i za sam fakt wystąpienia Błędu w przypadku, gdy skutkowało on Incydentami krytycznymi.

Zgodnie z obecnymi zapisami Zamawiający „w razie braku porozumienia co do osoby eksperta” jest uprawniony zwrócić się do dowolnej firmy zewnętrznej - w tym do bezpośrednich konkurentów Wykonawcy - o ekspertyzę w przypadkach sporu co do zaistnienia lub klasyfikacji Błędu, zaś Wykonawca staje się związany wynikami tej ekspertyzy.

Z uwagi na fakt, że istotną kwestią sporną w takich przypadkach będzie sposób obsługi zgłoszeń Incydentów - w szczególności przeterminowanych - który bezpośrednio przekłada się na kary umowne, jakie mogą zostać naliczone Wykonawcy, dla obu stron niezwykle istotne jest, by opinia w tym zakresie była jak najbardziej obiektywna. Brak obiektywności narusza przepis art. 29 ust. 1 i 2 Ustawy PZP, gdyż przedmiot zamówienia w zakresie obowiązków gwarancyjnych nie jest opisany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący.

Odwołujący wnosił o dokonanie zmian w przedmiotowych punktach dokumentów SIWZ skutkujących zawężeniem listy podmiotów zewnętrznych do:

- powszechnie uznanych podmiotów audytorskich nie stanowiących bezpośredniej konkurencji wobec Wykonawcy i nie zatrudnionych przez podmiot stanowiący bezpośrednią konkurencję wobec Wykonawcy.

XV. ZAŁĄCZNIK 1 do Wzoru umowy ramowej „Opis Funkcjonalności Kompleksowego Systemu Informatycznego Zakładu Ubezpieczeń Społecznych”

W Załączniku nr 1 na samym początku Zamawiający zamieścił następującą treść:

„ZASTRZEŻENIE Zamawiający zastrzega prawo zmiany mapowania przypisania Elementów KSI ZUS w architekturze aplikacyjnej KSI.”

Z postanowienia tego nie wynika, kiedy i w jakim trybie miałyby to być dokonywane. Należy zatem wnioskować, że jest to wyłączne jednostronne uprawnienie Zamawiającego, z którego może on skorzystać na dowolnym etapie - w szczególności już po złożeniu ofert czy też po zawarciu Umów ramowych.

Postanowienie takie narusza przepis art. 29 ust. 1 Ustawy PZP - uprawnienie do dowolnego zmieniania treści SIWZ powoduje, że przedmiot zamówienia jest opisany w sposób niejednoznaczny i nie uwzględnia wszystkich wymagań i okoliczności, które wpływają na sporządzenie oferty. Wykonawca nie wie obecnie, jaki będzie zakres jego obowiązków na etapie realizacji Umowy ramowej czy poszczególnych umów wykonawczych, nie może więc rzetelnie oszacować ceny oferty. Nie można oszacować ceny punktu funkcyjnego, jeśli wykonawca nie wie, jaki zakres obowiązków będzie go obejmował przez cały okres realizacji umowy.

Odwołujący wnosi o wykreślenie z Załącznika 1 przywołanej treści zastrzeżenia. Jeśli zaś Zamawiający uważa, że zmiany w zakresie mapowania przypisania Elementów KSI ZUS w architekturze aplikacyjnej KSI są niezbędne - o wprowadzenie postanowień regulujących dokonanie zmian w trybie porozumienia stron.

XVI. Wzór umowy ramowej - art. 5 „Oświadczenia i obowiązki wykonawcy”

W Umowie ramowej w art. 5 zawarto następujące oświadczenie wykonawcy:

„1. Wykonawca oświadcza, że:

1) posiada konieczną wiedzę, doświadczenie i kwalifikacje, a także odpowiedni potencjał ekonomiczny i techniczny oraz dysponuje osobami zdolnymi do wykonywania Umów wykonawczych; wykaz funkcji pełnionych przez Personel Wykonawcy oraz wymaganych dla tych funkcji wiedzy, doświadczenia i kwalifikacji określa Załącznik 2; w Dniu zawarcia Umowy ramowej Wykonawca dostarczy Zamawiającemu, zgodnie z wykazem zawartym w Załączniku 2, listę członków Personelu Wykonawcy przeznaczonego do realizacji Umów wykonawczych, składającego się z co najmniej 46 osób, w tym osób w liczbie i o kwalifikacjach co najmniej takich, tak podane w ofercie w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu, ze wskazaniem pełnionych przez członków Personelu funkcji oraz posiadanej wiedzy, doświadczenia i kwalifikacji”

Z zapisu wynika, że Wykonawca nie ma obowiązku zapewnić tożsamości personelu do realizacji Umowy ramowej z personelem, który wskazał w ofercie. Mając na uwadze tryb postępowania, tj. przetarg nieograniczony, niezrozumiałe jest, dlaczego lista osób wskazanych w Umowie do realizacji umowy miałyby być inna niż lista osób wskazanych w ofercie. Możliwość dokonania zmian miała uzasadnienie przy zawieraniu poprzedniej

umowy ramowej a to wobec faktu, że poprzednia umowa zawierana była w trybie przetargu nieograniczonego, gdzie pomiędzy złożeniem wniosku (z listą osób) a zawarciem umowy może upłynąć długi termin, uzasadniający ewentualne zmiany na liście.

Co więcej - w samym dokumencie SIWZ Zamawiający wyraźnie przewidział, że osoby, które są wskazywane w ofercie mają następnie uczestniczyć w realizacji przedmiotu zamówienia (pkt 4.1.1.4.2.).

Zachodzi zatem wewnętrzna sprzeczność pomiędzy postanowieniami SIWZ. Sprzeczność ta prowadzi do naruszenia postanowień Ustawy o warunkach udziału w postępowaniu. Dowolna zmiana członków Personelu pomiędzy treścią oferty a treścią Załącznika 2 do umowy wskazuje, że warunek udziału w postępowaniu staje się warunkiem nieweryfikowalnym i nie ma na celu oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Narusza to przepis art. 22 ust. 1a Ustawy PZP w związku z art. 29 ust. 2 i art. 7 ust. 1 Ustawy PZP.

Odwołujący wnosił o zmianę art. 5 ust. 1 pkt 1 w sposób następujący:

„1) posiada konieczną wiedzę, doświadczenie i kwalifikacje, a także odpowiedni potencjał ekonomiczny i techniczny oraz dysponuje osobami zdolnymi do wykonywania Umów wykonawczych; wykaz funkcji pełnionych przez Personel Wykonawcy oraz wymaganych dla tych funkcji wiedzy, doświadczenia i kwalifikacji określa Załącznik 2; tożsamy z treścią Załącznika nr 10 do oferty. Zmiany wobec treści Załącznika nr 10 do oferty dopuszczalne są z zachowaniem postanowień art. 7 ust 9 Umowy.”

XVII. Załącznik nr 2 do SIWZ „Wzór umowy ramowej” Załącznik 9 Definicje - niejednoznaczna definicja pojęcia „Standardy IT ZUS” i „Procedury eksploatacyjne”.

Wykonawca ma obowiązek realizacji przedmiotu umowy zgodnie ze Standardami IT ZUS, Dotyczy to zobowiązań Wykonawcy w realizacji umowy ramowej oraz umów wykonawczych (Załącznik 2 do SIWZ wzór Umowy art. 5 ust. 2 pkt 11 oraz Załącznik 2 do SIWZ wzór Umowy art. 7 ust. 6)

Brak stosowania Standardów IT ZUS przez Wykonawcę podlega karom umownym - zgodnie z Załącznikiem nr 2 do SIWZ „Wzór umowy ramowej”, ARTYKUŁ 14 - KARY UMOWNE I ODPOWIEDZIALNOŚĆ ust. 2 pkt 15): *„Zamawiający ma prawo obciążyć Wykonawcę karą umowną z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania przez Wykonawcę któregośkolwiek ze zobowiązań wynikających ze Standardów IT ZUS lub Procedur eksploatacyjnych w trakcie realizacji usług gwarancyjnych lub Usług serwisowych, za każdy ujawniony taki przypadek, po upływie uprzednio wskazanego przez Zamawiającego terminu do zaniechania naruszenia i usunięcia skutków naruszenia, w wysokości 3.000,00 PLN (słownie: trzy tysiące złotych 00/100) za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia usunięcia tych skutków naruszenia”*

Z powyższych zapisów SIWZ, wynika, że Standardy IT ZUS i Procedury eksploatacyjne są źródłem zobowiązań Wykonawcy, zarówno w zakresie realizacji Umowy Ramowej jak i Umów Wykonawczych. Tymczasem definicja Standardów IT ZUS i Procedur eksploatacyjnych zamieszczona w SIWZ jest następująca (Załącznik nr 2 do SIWZ „Wzór umowy ramowej”, Załącznik 9 Definicje):

Standardy IT ZUS Standardy postępowania dotyczące systemów informatycznych obowiązujące u Zamawiającego.

Procedury eksploatacyjne Dokumenty normujące sposób organizowania utrzymania KSI ZUS, dotyczące tworzenia, wdrażania, eksploatacji i utrzymania systemów i usług informatycznych, opisujące procesy zarządzania IT, obowiązujące u Zamawiającego.

Co więcej, Zamawiający zamierza udostępnić Standardy IT ZUS i Procedury eksploatacyjne dopiero po podpisaniu umowy (Załącznik nr 2 do SIWZ „Wzór umowy ramowej”, ARTYKUŁ 18 - POSTANOWIENIA KOŃCOWE ust. 1) w terminie 7 Dni roboczych po wejściu w życie Umowy ramowej.

Powyższe zapisy oznaczają, że SIWZ nie opisuje jednoznacznie przedmiotu zamówienia, naruszając tym samym art. 29 ust. 1 Ustawy PZP, albowiem nie opisuje wszystkich zobowiązań Wykonawcy i tym samym nie pozwala na kalkulację i złożenie oferty. Równocześnie Zamawiający opublikował w ramach SIWZ dodatkowe dokumenty, nie będące treścią SIWZ na które powołuje się w treści (SIWZ: 2. OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA I TERMIN WYKONANIA, art. 2. PRZEDMIOT ZAMÓWIENIA ust. 1 pkt 5):

„Dodatkowo Zamawiający udostępnił dokumenty:

- 2.1.5.1. „Podręcznik Wymiarowania Oprogramowania dla Systemów informatycznych ZUS”,
- 2.1.5.2. „Metodyka ZUS - Dokument główny”,
- 2.1.5.3. „Metodyka ZUS - Zarządzanie wymaganiami”,
- 2.1.5.4. „Metodyka ZUS-Analiza systemowa”,
- 2.1.5.5. „Metodyka ZUS – Projektowanie”,
- 2.1.5.6. „Rozszerzenie wykonawcze Metodyki ZUS”,
- 2.1.5.7. „Rejestr Standardów Eksploatacyjnych określający standardy wytwarzania kodów źródłowych i standardy eksploatacyjne”,
- 2.1.5.8. Procedury eksploatacyjne”

I dalej:

„2.1.6 Dokumenty wskazane w pkt 2.1.5.1- 2.1.5.8 nie stanowią części składowej SIWZ. Są to wewnętrzne obowiązujące w ZUS wytyczne. Wytyczne te obowiązują wszystkich Wykonawców realizujących usługi na rzecz Zamawiającego, niezależnie od udzielonego zamówienia lub zawartej umowy i szczegółowo określają standardy produkcyjne składające

się na metodykę używaną w projektach ZUS. Opisują one sposób zarządzania wymaganiami, przeprowadzenia analizy systemowej oraz projektowania rozwiązania, a także zasady wytwarzania i przekazywania Kodów źródłowych, określają normy i zalecenia, których dotrzymanie powinno zagwarantować zdolność eksploatacyjną usług na etapie integracji dostarczanych produktów z usługami eksploatowanymi w KSI ZUS.”

Jak wynika z treści SIWZ udostępnione dokumenty określone jako wytyczne stanowią de facto zbiór Standardów IT ZUS oraz opis Procedur eksploatacyjnych.

Odwołujący wnosił zatem o:

a. zmianę w załączniku 9 do wzoru umowy, definicji „Standardu IT ZUS” w sposób następujący: „*Standardy postępowania dotyczące systemów informatycznych obowiązujące u Zamawiającego:*

- a. *Podręcznik Wymiarowania Oprogramowania dla Systemów Informatycznych ZUS.*
- b. *Metodyka ZUS - Dokument główny.*
- c. *Metodyka ZUS - Zarządzanie wymaganiami.*
- d. *Metodyka ZUS - Analiza systemowa.*
- e. *Metodyka ZUS - Projektowanie.*
- f. *Rozszerzenie wykonawcze Metodyki ZUS.*
- g. *Rejestr Standardów Eksploatacyjnych.”*

b. zmianę w załączniku 9 do wzoru umowy, definicji „Procedury eksploatacyjne” w sposób następujący: „*Dokumenty normujące sposób organizowania utrzymania KSI ZUS, dotyczące tworzenia, wdrażania, eksploatacji i utrzymania systemów i usług informatycznych, opisujące procesy zarządzania IT. obowiązujące u Zamawiającego:*

- a. *PE-W-03 W1 5 Procedura Weryfikacji Wykonalności*
- b. *PE-W-05 W2 2 Procedura Zbierania Danych na potrzeby planowania przyszłej pojemności*
- c. *PE-W-08 W4 0 Procedura Planowania i Wsparcia Wdrożenia Pilotażu Oprogramowania Użytkowego*
- d. *PE-W-09 v2.4 za 12 SUA 01 09 2016.odf.7z*
- e. *PE-W-15 W2 4 Procedura Odbioru oprogramowania*
- f. *PE-W-17 W2 3 Procedura Zarządzania Wydaniem Oprogramowania*
- g. *PE-W-20 W2 1 Procedura Zarządzania Kodami Źródłowymi*
- h. *PE-W-22 W1 3 Procedura Utrzymania Standardów eksploatacyjnych”*

c. zmianę w treści Umowy ramowej, art. 2 PRZEDMIOT ZAMÓWIENIA ust. 1 pkt 6 w sposób następujący: „*Dokumenty wskazane w pkt 2.1.5.1- 2.1.5.8 stanowią część składową SIWZ.*

Dokumenty wskazane w pkt 2.1.5.1- 2.1.5.7 opisują wewnętrzne obowiązujące standardy IT ZUS, natomiast dokumenty wskazane w pkt 2.1,5.8 opisują procedury eksploatacyjne ZUS. Standardy oraz procedury obowiązują wszystkich Wykonawców realizujących usługi na rzecz Zamawiającego, niezależnie od udzielonego zamówienia lub zawartej umowy i szczegółowo określają standardy produkcyjne składające się na metodykę używana w projektach ZUS. Opisują one sposób zarządzania wymaganiami, przeprowadzenia analizy systemowej oraz projektowania rozwiązania, a także zasady wytwarzania i przekazywania Kodów źródłowych, określała normy i zalecenia, których dotrzymanie powinno zagwarantować zdolność eksploatacyjną usług na etapie integracji dostarczanych produktów z usługami eksploatowanymi w KSI ZUS”.

d. zmianę w Załącznik 2 do SIWZ wzór umowy, ARTYKUŁ 18 - POSTANOWIENIA KOŃCOWE ust. 1: „Umowa ramowa wchodzi w życie z dniem jej podpisania. W terminie 7 Dni roboczych do wejściu w życie Umowy ramowej Zamawiający udostępni Wykonawcy bieżące Procedury eksploatacyjne, Standardy IT ZUS oraz zasady użycia Repozytorium. W przypadku zgłoszenia przez Wykonawcę propozycji zmian w Procedurach eksploatacyjnych. Standardach IT ZUS oraz zasadach użycia Repozytorium, zostaną one rozpatrzone w trybie określonym w Załączniku 4”.

Mając powyższe na uwadze zdaniem Odwołującego odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska Stron i Uczestników postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby ustalił że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia. Należy bowiem wskazać, że środki ochrony prawnej określone w ustawie Pzp przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Na etapie postępowania o udzielenie zamówienia przed otwarciem ofert, np. w przypadku odwołań czy skarg dotyczących postanowień ogłoszenia i SIWZ oraz wzoru umowy przyjąć należy, iż każdy wykonawca deklarujący zainteresowanie uzyskaniem danego zamówienia posiada jednocześnie interes w jego uzyskaniu, a szkodą jest niemożliwość złożenia oferty i podpisania ważnej umowy (za wyrokiem KIO z dnia 04.10.2010 r., sygn. akt KIO 2036/10).

Wykonawca jest zdolny do wykonania zamówienia, deklaruje zainteresowanie postępowaniem, ma więc szanse na uzyskanie zamówienia, natomiast sposób ukształtowania zapisów SIWZ, w tym opisu przedmiotu zamówienia i przyszłych warunków wykonywania umowy, a także wyznaczone kryteria oceny ofert przekładają się na sytuację Wykonawcy w postępowaniu i możliwość złożenia konkurencyjnej oferty. Należy także stwierdzić, że interes wykonawcy w korzystaniu ze środków ochrony prawnej oceniany jest na moment złożenia odwołania. Nie można nie zauważyć, iż w wyniku złożenia odwołania Zamawiający dokonał znaczącej ilości zmian SIWZ, a także uwzględnił co najmniej kilka zarzutów odwołania, co przemawia za tezą, iż Odwołujący posiadał i wykazał interes w uzyskaniu zamówienia.

Do postępowania odwoławczego zgłoszenie przystąpienia po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Comarch Polska S.A. z siedzibą w Krakowie. Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił zarzut nr XI. Następnie na posiedzeniu Zamawiający oświadczył, iż uwzględni także zarzuty nr XII i XIII.

Przystępujący oświadczył, że nie będzie korzystał z prawa do wniesienia sprzeciwu wobec uwzględnienia części zarzutów.

Wobec powyższego odwołanie w tym zakresie podlegało umorzeniu z uwagi na uwzględnienie części zarzutów i brak sprzeciwu Przystępującego.

Z odpowiedzi na odwołanie wynikało także, że Zamawiający dokonał obszernych zmian zapisów SIWZ, w tym opisu przedmiotu zamówienia oraz postanowień wzoru umowy. Odwołujący po analizie wprowadzonych zmian oświadczył w złożonym piśmie procesowym z dnia 1 lutego 2018 roku, że cofa zarzuty II-X oraz XIV-XVII.

Wobec powyższego odwołanie w tym zakresie polegało umorzeniu z uwagi na cofnięcie części zarzutów.

Rozpoznaniu podlegały więc zarzut: I (kryteria oceny ofert).

Na posiedzeniu skład orzekający Izby, w porozumieniu z Zamawiającym, przekazał Odwołującemu i Przystępującemu treść załącznika protokołu z postępowania dotyczącego „kryteriów oceny ofert wraz z uzasadnieniem”, gdzie opisano także przewidywane koszty cyklu życia produktu.

Izba ustaliła, że Odwołujący w odwołaniu prawidłowo przytoczył zapisy SIWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu istotne dla rozstrzygnięcia sporu i biorąc powyższe ustalenia pod uwagę uznała, że odwołanie w rozpoznawanym zakresie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Obecne brzmienie art. 91 ust. 2a ustawy Pzp stanowi, że Zamawiający kryterium ceny może zastosować jako jedyne kryterium oceny ofert lub kryterium o wadze przekraczającej 60%, jeżeli określi w opisie przedmiotu zamówienia standardy jakościowe odnoszące się do wszystkich istotnych cech przedmiotu zamówienia oraz wykaże w załączniku do protokołu w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia koszty cyklu życia. Dokonana zmiana przepisu nowelizacją ustawy Pzp z 2016 roku w zakresie przedmiotowych przesłanek związanych ze standardami jakościowymi niewątpliwie miała na celu wypuklenie związku standardów jakościowych z przedmiotem zamówienia i roli, jaką w ustaleniu standardów istotnych dla przedmiotu zamówienia odgrywa zamawiający.

Z powyższego przepisu wynika, że intencją ustawodawcy było zagwarantowanie przez zamawiającego określonej jakości przedmiotu zamówienia poprzez jego opis i uwzględnienie w nim jakości dzięki opisaniu wszystkich istotnych parametrów/standardów przedmiotu świadczenia. Tym samym Zamawiający nadal jest uprawniony do ustalenia kryteriów, które pozwolą na wybranie oferty spełniającej w najwyższym stopniu jego uzasadnione potrzeby. Jednocześnie zmiana przepisu 91 ust. 2a ustawy Pzp spowodowała, że odpadła podstawa do poszukiwania obiektywnych „standardów jakościowych” i w tej chwili to zamawiający określa „istotne” dla niego samego poziomy jakości zamieszczając w protokole i samym opz elementy, które uznaje za konieczne. Nastąpiło więc przeniesienie akcentu z obiektywnego określania kryteriów na podejście subiektywne, zachowujące zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z przepisami ustawy Pzp.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający zdecydował się na zastosowanie kryterium „cena 100%” i jednocześnie w SIWZ uwzględnił szereg wymagań jakościowych odnoszących się do przedmiotu zamówienia, istotnych dla organizacji i sposobu wykorzystywania systemu stanowiącego przedmiot zamówienia. W załączniku do protokołu z postępowania Zamawiający ujął także uzasadnienie swojego wyboru wraz ze szczegółowym opisaniem kosztów cyklu życia produktu, które mogą wystąpić podczas jego eksploatacji.

Odwolujący wywodził, że zapisy SIWZ są niepełne w zakresie standardów jakościowych odnoszących się do wszystkich istotnych cech przedmiotu zamówienia, z drugiej zaś strony Odwołujący wskazywał, że celowe byłoby zastosowanie pozacenowych kryteriów oceny ofert. W ocenie składu orzekającego Izby, takie sformułowanie zarzutów i żądań powoduje ich niekompatybilność i nie może stanowić podstawy uwzględnienia odwołania.

W tym zakresie dostrzec należy, iż jeżeli według twierdzeń Odwołującego niemożliwe jest szczegółowe określenie standardów jakościowych dla wszystkich istotnych elementów przedmiotu zamówienia, to tym bardziej utrudnione stanie się zastosowanie pozacenowych kryteriów oceny ofert. Jeżeli określone cechy jakościowe miałyby być oceniane, przy uwzględnieniu przypisanych im miar, to przy ich ocenie, gdzie przewidzieć trzeba nie tylko standardy i miary ale także sposób ich gradacji, kryteria pomiaru, wybór oferty najkorzystniejszej może być niemożliwy.

Niewątpliwie Zamawiający może ukształtować tak kryteria oceny ofert, aby premiować preferowane przez siebie rozwiązania, o ile jest to uzasadnione jego zobiektywizowanymi potrzebami, a nie chęcią preferowania określonego wykonawcy. W tym miejscu zauważyć należy, iż postępowanie dotyczy umowy ramowej świadczenia usług modyfikacji i rozbudowy głównego systemu używanego przez Zamawiającego. Wydaje się więc, że zastosowane kryterium „cena 100%” rozumianej jako wycena kosztu jednego punktu funkcyjnego jest kryterium najbardziej obiektywnym i nie zaburzającym zasad uczciwej konkurencji. Gdyby zastosować inne kryteria, w tym zwłaszcza takie, które proponował Odwołujący, a więc kryteria „zadaniowe”, związane z obsługą funkcjonującego systemu, to niewątpliwie w najlepszej sytuacji byłby podmiot, który zna dany system najlepiej. Stosując zaś jedyne kryterium ceny wszyscy wykonawcy mają jednakowe szanse na podpisanie umowy ramowej. Inne kryteria, odnoszące się do opisu przedmiotu zamówienia, jego funkcjonalności, złożoności, czy też wydajności oprogramowania zawierają elementy subiektywnej oceny. Nie może być jednak przyzwolenia dla takiego sformułowania kryterium pozacenowego, które umożliwić będzie całkowicie dowolną, arbitralną ocenę rozwiązań oferowanych przez wykonawców. Choćby przykładowo sposób oceny budowy kodu źródłowego musiały opierać się na ocenie wskaźników nieostrych. W jaki bowiem sposób należałoby zmierzyć prawidłowość opisu i komentarza do opisu przedmiotowego kodu? W którym momencie Zamawiający miałby uznać komentarz za wystarczający, czy odpowiadający jego potrzebom, a w którym momencie plik informacji nie posiadałby tych cech? Sama wydajność systemu może zaś być oceniona w momencie jego funkcjonowania, dopiero bowiem w trakcie przeprowadzania testów można ocenić, czy zgadzają się założenia systemowe z konstrukcją systemu przez danego wykonawcę. A więc ustalenie takiego kryterium miałoby wymiar czysto teoretyczny. Kryteria oceny ofert powinny być tymczasem jednoznacznie opisane i mierzalne, tak samo rozumiane zarówno przez Zamawiającego, jak i wykonawców oraz w jednakowy sposób traktujące wszystkich wykonawców i jednocześnie gwarantować powinny wybór oferty najkorzystniejszej. Z tych powodów należało za wiarygodne uznać stanowisko zaprezentowane przez Zamawiającego

na rozprawie, że możliwość konkretyzacji określonych parametrów może mieć miejsce dopiero na etapie umów wykonawczych.

Dostrzeżenia wymaga, iż Zamawiający wyodrębnił istotne elementy przedmiotu zamówienia, za które uznał przede wszystkim wykonywanie i dostarczanie modyfikacji, świadczenie usług wsparcia wdrożenia modyfikacji. Za równie istotne uznano usługi świadczenia serwisu w okresie trwania umowy ramowej oraz udzielenie gwarancji na dostarczone produkty. Za mniej ważne z punktu widzenia przedmiotu zamówienia, posiłkując się doświadczeniem z uprzednio wykonywanych umów, uznano usługi szkoleniowe. Taki podział uznać należy za logiczny i sensowny, w sposób prawidłowy oddający złożoność przedmiotu zamówienia i zwracający uwagę na najistotniejsze jego elementy.

Dla tych wyodrębnionych, istotnych przedmiotowo modułów określono szereg standardów jakościowych w dokumentach załączonych do SIWZ. Wbrew jednak twierdzeniom Odwołującego określenie standardów jakościowych nie musi dotyczyć każdego, nawet najmniejszego elementu systemu. Ważne jest, aby określono pewne ramy jakościowe, w których poruszać mają się wykonawcy. Takie ramy, zdaniem składu orzekającego Izby, określają dokumenty załączone do SIWZ, w tym przede wszystkim dokumenty Metodyka, Standardy IT ZUS, Rejestr Standardów Eksploatacyjnych. Również standardy dla świadczenia usług serwisowych zostały określone w załączniku nr 8 do wzoru umowy, co przyznał sam Odwołujący. W poszczególnych załącznikach do umowy Zamawiający określił także wymagania związane z przeprowadzaniem szkoleń dla użytkowników systemu. Nie można także zapominać, że pewne elementy przedmiotu zamówienia (np. Plan Testów Akceptacyjnych, czy też Dokumentacja Użytkownika i Administratora) są oceniane w sposób kompleksowy, nie posiadają cechy wymiarowania, muszą być one spełnione w całości zgodnie ze standardami IT ZUS. Samo zaś stosowanie norm jakościowych do określenia standardów dla przedmiotu zamówienia, na które wskazywał w odwołaniu i piśmie procesowym z dnia 1 lutego 2018 roku Odwołujący, nie jest elementem obowiązkowym. Element ten może być uwzględniony w opisie przedmiotu zamówienia w sposób nieobowiązkowy, jeżeli opis przedmiotu nie jest możliwy w inny sposób, przy czym pierwszeństwo mają polskie normy przenoszące normy europejskie, a norma wspomniana przez Odwołującego nie została zaimplementowana do systemu norm polskich i europejskich.

Odwołujący zarzucił, że analiza kosztów cyklu życia odnosiła się do wszystkich elementów opisu przedmiotu zamówienia, podczas gdy standardy jakościowe zostały określone szczegółowo tylko dla niektórych elementów. Dostrzeżenia wymaga, iż inne są cel i rola tych dwóch elementów opisu przedmiotu zamówienia i ustalonych kryteriów oceny ofert. Analiza kosztów cyklu życia obrazować ma wszelkie możliwe fazy istnienia produktu

oraz przedstawić ma koszty, jakie poniesione zostaną w celu utrzymania przedmiotu zamówienia. Określenie zaś standardów jakościowych istotnych elementów przedmiotu zamówienia pokazać ma ramy, w których co do jakości przedmiotu zamówienia poruszali się będą wykonawcy realizujący umowę.

W ocenie Izby na wystarczający poziomie określone zostały cechy jakościowe jakie ma spełniać produkt będący przedmiotem zamówienia. Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, że złożone zostaną nieporównywalne oferty. Zamawiający nie zaprzeczał tezie, że możliwe jest zastosowanie pozacenowych kryteriów oceny ofert, ale działanie to jest niecelowe z punktu widzenia przedmiotu zamówienia i potrzeb Zamawiającego. Okoliczność, że inne podmioty publiczne prowadzą postępowanie o podobnym charakterze i stosują kryteria pozacenowe pozostaje bez związku z rozpoznawanym zarzutem w obliczu zidentyfikowanych i usprawiedliwionych potrzeb Zamawiającego.

Reasumując, biorąc po uwagę przedstawione argumenty, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1) oraz ust. 4 w zw. z § 3 pkt 2) 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 ze zmianami) obciążając nimi Odwołującego.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....