

Warszawa, dnia 30 września 2022 r.

Prezes
Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa

Zamawiający:
Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa
Al. Jana Pawła II 70
00-175 Warszawa
adres do korespondencji:
ul. Poleczki 33,
02-822 Warszawa
e-mail: zamowieniapubliczne@arimr.gov.pl

Odwołujący:
Sygnity Business Solutions S.A.
ul. Dąbrowskiego 12
65-021 Zielona Góra
e-mail: kontakt@sygnitysbs.pl

Dotyczy: postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na „Utrzymanie i rozwój systemu informatycznego EBS”. nr sprawy: DPiZP2620.3.2022, zwane dalej „Postępowaniem”.

ODWOŁANIE

Działając w imieniu Odwołującego, zgodnie z art. 505 ust. 1 oraz art. 513 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 z późn. zm.) („ustawa” lub „PZP”), niniejszym wnoszę odwołanie wobec czynności Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, dalej jako „Zamawiający”, lub „ARiMR”, polegających na niezgodnym z przepisami PZP sporządzeniu treści Ogłoszenia o zamówieniu oraz Specyfikacji Warunków Zamówienia („SWZ”).

Zamawiającemu zarzucam naruszenie przepisów:

- 1) art. 16 ust. 1 i 3, w zw. z art. 112 ust. 1 ustawy PZP poprzez ustanowienie w treści Ogłoszenia o zamówieniu oraz w treści SWZ – Rozdział III.2. pkt 1.1.1.1 oraz pkt 1.1.1.2 warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w odniesieniu do wiedzy i doświadczenia Wykonawcy w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a przez to utrudniający Odwołującemu ubieganie się o przedmiotowe zamówienie,
- 2) art. 16 ust. 1 i 3 w zw. z art. 112 ust. 1 ustawy PZP poprzez ustanowienie w treści Ogłoszenia o zamówieniu oraz w treści SWZ – Rozdział III.2. pkt 1.1.2.2 oraz pkt 1.1.1.2 warunków udziału w postępowaniu w zakresie osób zdolnych do realizacji zamówienia w odniesieniu do Kierownika Projektu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a przez to utrudniający Odwołującemu ubieganie się o przedmiotowe zamówienie,
- 3) art. 16 ust. 1, art. 17 ust. 1 pkt 2) oraz art. 99 ust. 1 i 4 ustawy PZP poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w odniesieniu do konieczności zapewnienia przez Wykonawcę Środowisk stanowiących kopię Środowiska Produkcyjnego Systemu w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, preferujący konkretnych wykonawców, a przy tym powodujący konieczność poniesienia przez Zamawiającego nakładów, które nie pozwolą uzyskać najlepszych efektów zamówienia,
- 4) art. 16 ust. 1 oraz art. 99 ust. 1 i 4 ustawy PZP poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w odniesieniu do czasów realizacji zmian w Ramach Usług Rozwoju Modyfikacji wraz z koniecznym do zapewnienia współczynnikiem całkowitej wydajności realizacyjnej w sposób wygórowany, a przez to utrudniający uczciwą konkurencję
- 5) art. 16 pkt 1 i 3 w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 20 oraz w zw. art. 8 ust. 1 ustawy w zw. z art. 5 i art. 353(1) Kodeksu cywilnego poprzez skonstruowanie postanowień umownych w zakresie:
 - a) określenia uprawnienia Zamawiającego do jednostronnej decyzji w zakresie zawieszania świadczenia Usług z Grupy G1 w terminach uniemożliwiających określenie Wykonawcy minimalnego zakresu świadczenia w tym zakresie (co jest dodatkowo sprzeczne z przepisem art. 433 pkt 4 ustawy),
 - b) skonstruowania postanowień dotyczących zasad świadczenia usług Certyfikacji z Grupy Usług G2U3 w taki sposób, iż w przypadku rezygnacji przez Zamawiającego od zamówionej Certyfikacji Wykonawcy nie będzie przysługiwało wynagrodzenie z tytułu wykonanych czynności Certyfikacyjnych,- w sposób, który prowadzi do zaburzenia równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, co pozostaje w sprzeczności z zasadami współżycia społecznego, godzi w naturę stosunku prawnego, naruszając tym samym równowagę kontraktową Stron oraz stanowi nadużycie przez zamawiającego przysługującego mu prawa podmiotowego do ukształtowania istotnych postanowień umownych.

Odwołujący niniejszym wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) dokonanie modyfikacji Ogłoszenia o zamówieniu oraz treści SWZ w Rozdziale III.2 pkt 1.1.1 poprzez dokonanie zmiany treści wstępu do warunku udziału w postępowaniu w odniesieniu do wiedzy i doświadczenia i nadaniu mu następującego brzmienia:
 1. *O niniejsze zamówienie mogą ubiegać się Wykonawcy spełniający warunki udziału w postępowaniu w zakresie:*
 - 1.1. *Zdolności technicznej lub zawodowej. Zamawiający uzna, że Wykonawca spełnia warunek udziału we wskazanym zakresie, jeżeli Wykonawca wykaże, że:*
 - 1.1.1. *wykonał w okresie ostatnich **pięciu** lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również realizuje: (...)*
- 2) dokonanie modyfikacji Ogłoszenia o zamówieniu oraz treści SWZ w Rozdziale III.2 pkt 1.1.1.1 poprzez usunięcie dodatkowego wymagania określonego w lit. b), tj. obowiązku, aby wdrożenie lub modyfikacja dotyczyła systemu funkcjonującego w 10 lokalizacjach,
- 3) dokonanie modyfikacji Ogłoszenia o zamówieniu oraz treści SWZ w Rozdziale III.2 pkt 1.1.1.2 w zakresie obligatoryjnego spełnianie przez referencyjną usługę wszystkich wymagań określonych w pkt od a) do j) poprzez ograniczenie spełnienia tego wymagania poprzez wykazanie co najmniej 5 spośród 10 zadań wskazanych szczegółowo w treści warunku, co spowoduje nadanie temu warunkowi następującego brzmienia:
 - 1.1.1.1. *co najmniej jedną usługę o wartości nie mniejszej niż 1 000 000,00 zł brutto (słownie: jeden milion złotych 00/100) rocznie (bez kosztów infrastruktury sprzętowej i licencji) obejmującą utrzymanie systemu spełniającego wymagania opisane w pkt powyżej, która była świadczona przez okres co najmniej 12 miesięcy, a w ramach świadczonych usług do zadań wykonawcy należała realizacja co najmniej 5 spośród poniższych zadań:*
 - a) *obsługa zgłoszeń incydentów od użytkowników systemu,*
 - b) *usuwanie wad w utrzymywanym systemie,*
 - c) *weryfikacja skuteczności wytworzonych poprawek przed wdrożeniem na środowisko produkcyjne,*
 - d) *monitorowanie pracy systemu,*
 - e) ***administracja środowiskami, na których zainstalowany był utrzymywany system,***
 - f) *administracja uprawnieniami w aplikacji,*
 - g) *wprowadzanie poprawek i modyfikacji oprogramowania na środowiska zamawiającego,*
 - h) *odtworzenie systemu z kopii bezpieczeństwa zamawiającego,*
 - i) *zapewnienie odpowiedniego poziomu świadczenia usług,*
 - j) *zmiana wersji oprogramowania wspomagającego na środowiskach zamawiającego (np. baza danych, serwer aplikacyjny, system operacyjny).*

- 4) dokonanie modyfikacji Ogłoszenia o zamówieniu oraz treści SWZ w Rozdziale III.2 pkt 1.1.2.2 poprzez usunięcie odniesienia do wymagania określonego w pkt. 1.1.1.2. i zamiast tego nadanie mu następującego brzmienia:

1.1.1.1. Jednym Kierownikiem Projektu, który posiada

- a) *co najmniej 3-letnie doświadczenie na stanowisku Kierownika Projektu przy realizacji zamówień obejmujących świadczenie usług utrzymania systemu informatycznego opartego o licencje Oracle EBS.*
- b) *certyfikat Prince 2 Foundation lub równoważny,*
- c) *certyfikat ITIL Foundation lub równoważny,*
- d) *wykształcenie wyższe”.*

Dodatkowo wnosimy o modyfikację treści pierwszej Uwagi (po pkt 1.1.2.14) w taki sposób, aby **zakaz występowania tej samej osoby w różnych rolach nie dotyczył ról o których mowa w pkt. 1.1.2.1 oraz 1.1.2.2.**

- 5) dokonanie modyfikacji treści zobowiązań Wykonawcy dotyczących zapewnienia własnych Środowisk stanowiących kopię Środowiska Produkcyjnego, w szczególności zaś postanowień:

- pkt 4.1.5 Umowy,
- pkt 2.1.1.22 oraz 2.1.1.23 Załącznika nr 1A do Umowy,
- pkt 3.1.3 Załącznika nr 1C do Umowy
- pkt 3.1.5 oraz 3.1.6 Załącznika nr 7 do Umowy,

- w taki sposób, aby obowiązek zapewnienia licencji niezbędnych dla budowy środowisk dla wszystkich Aplikacji przeniesiony został na Zamawiającego, lub – jeśli w ocenie Zamawiającego w jakimś zakresie nie ma takiej możliwości – aby przedmiot zamówienia obejmował dostawę niezbędnych licencji do budowy środowisk, z których ma korzystać Wykonawca dla realizacji usług w ramach Umowy.

- 6) dokonanie zmian w Załączniku nr 4C w zakresie:

- a) określenia nowych terminów przekazania oprogramowania Modyfikacji do Testów Akceptacyjnych, wskazanych w pkt 3 (tabela) w następujący sposób:

Całkowity Rozmiar Zmiany (CRZ) wyrażony w Punktach Funkcyjnych dla Modyfikacji		Termin przekazania oprogramowania Modyfikacji do Testów Akceptacyjnych*
od	do	Dzień Roboczy
1	35	8 Dni Roboczych
36	100	20 Dni Roboczych
101	200	35 Dni Roboczych

201	350	50 Dni Roboczych
351	600	75 Dni Roboczych
601	1000	100 Dni Roboczych
1001	-	termin ustalany indywidualnie przez Strony

- b) obniżenia określonego w pkt 4 wartości współczynnika zapewnienia całkowitej wydajności realizacyjnej z dotychczasowego poziomu minimum 1000 Punktów Funkcyjnych (w każdym miesiącu obowiązywania Usługi Rozwoju) do poziomu 250 Punktów funkcyjnych.
- 7) dokonanie zmiany treści dokumentacji postępowania, a zwłaszcza pkt 3.7 Umowy w taki sposób, aby możliwość podjęcia przez Zamawiającego jednostronnej decyzji zawieszenia świadczenia Usług z Grupy Usług Utrzymania Środowisk (G1) została ograniczona w taki sposób, aby:
- prawo zawieszenia przysługiwało wyłącznie jeden raz w okresie trwania realizacji Umowy,
 - okres zawieszenia usługi musiał być z góry przez Zamawiającego określony i nie mógł trwać dłużej niż 6 miesięcy,
 - w przypadku, gdy okres zawieszenia Usługi z Grupy G1 przekracza 3 miesiące wznowienie świadczenia Usług wymaga zgody Wykonawcy.
- 8) dokonanie zmiany treści pkt 4.9 Załącznika nr 2C1 i nadanie mu następującej treści:
*„4.9. W przypadku, jeżeli po upływie terminu, o którym mowa w zdaniu wyżej, Certyfikacja nie została zakończona, Zamawiający może odstąpić od zamówionej Certyfikacji (w terminie 30 dni od wystąpienia przesłanki do odstąpienia). **W takim przypadku wynagrodzenie za daną Certyfikację zostanie obliczone na podstawie zestawienia pracochłonności prac zrealizowanych przez Wykonawcę oraz jednostkowej stawki za Roboczodzień określonej w punkcie 8.11 Umowy**”.*

Interes prawny Odwołującego

Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania. Wyżej wymienione uchybienia w zakresie sporządzenia dokumentacji postępowania mogą uniemożliwić Odwołującemu udział albo skuteczne konkurowanie w ogłoszonym przez Zamawiającego postępowaniu, co może pozbawić Odwołującego możliwości złożenia oferty i uzyskania zamówienia. Taka sytuacja, a w szczególności naruszenie przez Zamawiającego wskazanych powyżej przepisów PZP powoduje również, że Odwołujący może ponieść szkodę polegającą na niezyskaniu przedmiotowego zamówienia.

Termin

Treści ogłoszenia i SWZ została opublikowana w dniu 20 września 2022 r., zatem uznać należy, że odwołanie dotyczące nieprawidłowości w zakresie treści tych dokumentów zostało wniesione z poszanowaniem terminu z art. 515 ust. 1 pkt 1 lit a) ustawy.

UZASADNIENIE

Zamawiający prowadzi postępowanie na „Utrzymanie i rozwój systemu informatycznego EBS”. W dniu 20 września 2022 r. w Dz.U.U.E pod nr 2022/S 181-512314 zostało opublikowane ogłoszenie o zamówieniu, zaś na stronie internetowej Zamawiający opublikował treść SWZ. Po uzyskaniu dostępu do treści SWZ Odwołujący uznał, iż w jego ocenie część postanowień SWZ ma charakter naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców i uniemożliwia Odwołującemu skuteczne ubieganie się o zamówienie. Mając powyższe na uwadze podnosi, co następuje.

1) Zarzut w zakresie okresu zdobywania doświadczenia

Jak wynika z treści Ogłoszenia o zamówieniu oraz z treści Rozdziału III.2 pkt 1.1.1 Zamawiający w zakresie wiedzy i doświadczenia (zdolność techniczna lub zawodowa) sformułował dwa osobne warunki udziału w postępowaniu, dotyczące konieczności wykazania się usługą wdrożeniową oraz utrzymaniową Systemu opartego na licencjach oprogramowania Oracle EBS w określonych wersjach, które dodatkowo muszą spełniać również szereg innych konkretnych wymagań określonych przez Zamawiającego. Doświadczenie w realizacji tych zamówień, zgodnie z wymaganiem Zamawiającego ma być wykazane w odniesieniu do usług zrealizowanych w ciągu ostatnich 3 lat.

Odwołujący wskazuje, iż zastosowanie w tym przypadku wymagani warunk jest nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a nadto biorąc pod uwagę niewielką na rynku liczbę zamówień i wdrożeń Oprogramowania Oracle EBS na rynku polskim, obejmujących łącznie wszystkie ww. elementy mający charakter dyskryminujący z uwagi na to, że uniemożliwia on ubieganie się o to zamówienie podmiotom posiadającym doświadczenie oparte o realizację różnych zamówień, a wystarczające do prawidłowego wykonania zamówienia.

W naszej ocenie liczba podmiotów na rynku posiadających wymagane referencje jest bardzo ograniczona. Szczególna trudność w zakresie wymagań dotyczących wiedzy i doświadczenia w zakresie sformułowanym przez Zamawiającego dotyczy wykazania się doświadczeniem w zakresie realizacji usług odnoszących się do Systemów opartych o licencje Oracle EBS w określonych wersjach, przy jednoczesnym wymaganiu spełnienia wymagań dotyczących wartości tych usług oraz spełnienia szeregu dodatkowych, szczegółowo opisanych w

dalszych zarzutach wymagań Zamawiającego. Stawianie powyższych warunków w zagregowanej postaci przez Zamawiającego i to jeszcze wykazanych w ciągu ostatnich 3 lat jest nadmiarowe.

Zwracamy przy tym uwagę na fakt, iż od marca 2020 roku, nieprzerwanie przez okres ok. 2 lat, polska gospodarka funkcjonowała w restrykcjach związanych z Pandemią Covid-19. Konsekwencją wpływu pandemii na realizację usług wdrożeń systemów opartych o licencje Oracle EBS jest to, iż większość nowych wdrożeń została wstrzymana lub odsunięta w czasie. Według dokonanej przez nas weryfikacji na przykładzie ogłoszeń opublikowanych w D.U.U.E. w roku 2022 r. w których pojawia się sformułowanie Oracle EBS, oprócz przedmiotowego postępowania zostały opublikowane wyłącznie 2 postępowania odnoszące się do tego oprogramowania, z których jedno dotyczyło wyłącznie zakupu licencji, a drugie realizacji zmian prawnych, przy czym szacunkowa wartość tego drugiego zamówienia wynosiła ok. 350.000 zł. Pokazuje to jednoznacznie, że potencjalna liczba projektów, spełniających wymagania Zamawiającego w odniesieniu do zakresu referencyjnej usługi i jednocześnie jej wartości jest bardzo mała (w odniesieniu do usługi wdrożeniowej), lub wręcz – z uwagi na sposób sformułowania ww. warunku – nierealna do spełnienia w zakresie jakiegokolwiek innego podmiotu niż Wykonawca dotychczas realizującego tą usługę (w odniesieniu do usługi utrzymania).

Biorąc dodatkowo pod uwagę wspomniane powyżej okoliczności związane z pandemią, która ograniczyła liczbę realizowanych przez Klientów w ostatnim czasie tego typu projektów należy uznać, że wnioskowane zmiany są uzasadnione. Zamawiający, który dba o zapewnienie odpowiedniego poziomu konkurencji, winien bowiem rozważyć dostosowanie stawianych przez siebie wymogów do rzeczywistej sytuacji na rynku i określić ww. warunek udziału w postępowaniu tak, aby z jednej strony skala wymagania nie była zbyt mała (po to, aby wybrany Wykonawca dawał rękojmię należytego wykonania umowy), ale z drugiej strony aby wymagania nie były zbyt wygórowane (po to aby w sposób bezrefleksyjny nie wykluczyć z postępowania podmiotów posiadających niezbędną wiedzę i doświadczenie i mogących zrealizować przedmiot zamówienia na warunkach konkurencyjnych w stosunku do tych bardzo nielicznych podmiotów posiadających referencje o parametrach zgodnych z określonymi przez Zamawiającego w aktualnej treści SWZ warunkami). W tym zakresie warto mieć na względzie orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej, która w treści wyroku z dnia 4 października 2019 r. (sygn. akt: KIO 1859/19) wskazała: *„Zgodnie z art. 22 ust. 1a Pzp, zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiając ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Za minimalne poziomy zdolności należy uznać takie wartości, wielkości lub wymagania, które nie mogą utrudniać uczciwej konkurencji (umożliwiać ubieganie się o udzielenie zamówienia publicznego tylko jednemu wykonawcy lub wąskiemu gronu wykonawców, podczas gdy zamówienie mogłoby należycie wykonać także inni wykonawcy). Zamawiający co prawda może określać warunki udziału w postępowaniu w sposób odpowiadający jego*

potrzebom, pod warunkiem, że nie spowoduje to wyeliminowania z ubiegania się o zamówienie wykonawców, którzy mogą to zamówienie wykonać. Izba oceniając zarzut naruszenia powyżej wskazanego przepisu wzięta pod uwagę zasady wskazane w art. 7 ust. 1 Pzp. Szczególne znaczenie w tym kontekście dla przedmiotowej sprawy należy przypisać zasadzie proporcjonalności. Zgodnie z tą zasadą nakaz przygotowania i prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób proporcjonalny, z uwzględnieniem zachowania konkurencji wśród wykonawców ubiegających się o zamówienie, nie jest tożsamy z nakazem dopuszczenia do zamówienia wszystkich podmiotów, w tym niezdolnych do jego realizacji w należyty sposób, lub dopuszczenia wszystkich rozwiązań istniejących na rynku, w tym nieodpowiadających potrzebom zamawiającego. Zamawiający w związku z tym, przygotowując i prowadząc postępowanie może stawiać określone wymagania - powinny one jednak być adekwatne do celów tego postępowania. W tym kontekście Izba oparła się także na orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, który w jednym z przełomowych wyroków kształtujących tę zasadę zwrócił uwagę na test proporcjonalności, którego przeprowadzenie ma wykazać, że podejmowane działania są niezbędne i adekwatne do wybranego celu (zob. wyrok z dnia 16 września 1999 r. w sprawie nr C-414/97 Komisja Europejska przeciwko Hiszpanii). Jak słusznie wskazuje się w doktrynie "zasada proporcjonalności wymaga nie testu porównania dwóch sprzecznych interesów, lecz dwustopniowej oceny wprowadzonego środka: Czy przyjmowany środek jest właściwy dla osiągnięcia zakładanego celu? Jeśli środek jest właściwy i nadaje się do realizacji celu, to czy nie wykracza poza to, co jest niezbędne, a tym samym czy nie jest on nadmierny, czy inne środki nie byłyby wystarczające do osiągnięcia planowanego efektu? Czy założonego celu nie można osiągnąć za pomocą innych, mniej szkodliwych lub mniej ingerujących środków?". Zamawiający jest zobowiązany zatem zachować niezbędną równowagę między interesem polegającym na uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem potencjalnych wykonawców, których nie można przez wprowadzenie nadmiernych wymagań z góry eliminować z udziału w postępowaniu. **W związku z tym na etapie przygotowania postępowania zasada proporcjonalności przekłada się na obowiązek takiego opisanie przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu, by były one uzasadnione: wartością zamówienia, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności lub warunkami realizacji zamówienia, a także by nie ograniczały dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię należytego jego wykonania. Ponadto w ocenie Izby obowiązkiem zamawiającego przy ustalaniu wymagań stawianych wykonawcom nie jest wyłącznie odniesienie się do przedmiotu zamówienia, ale również ocena sytuacji rynkowej".**

Na szczególną uwagę zasługuje fakt, że Odwołujący, jest podmiotem, który realizował usługi utrzymania i rozwoju, stanowiące przedmiot niniejszego zamówienia bezpośrednio przed rozpoczęciem realizacji aktualnej umowy (w okresie 2015 – 2019). Usługi te zostały zrealizowane prawidłowo, a Zamawiający wielokrotnie na prośbę Wykonawcy wystawiał mu z tytułu świadczenia tych usług referencje Trudno zatem byłoby twierdzić, aby Odwołujący w rzeczywistości nie miał potencjału umożliwiającego mu świadczenie ww.

usług. Tymczasem sposób sformułowania wymagań, w szczególności w tym przypadku zawężenie okresu, w którym możliwe jest wykazanie się prawidłową realizacją usług może spowodować, iż Odwołujący nie będzie w stanie sprostać wymaganiom Zamawiającego, czego oczywistym skutkiem stanie się to, że ostatecznie w niniejszym postępowaniu złożona zostanie wyłącznie 1 oferta, tzn. oferta podmiotu aktualnie świadczącego ww. usługę, gdyż według naszej wiedzy nie ma na krajowym rynku aktualnie innego podmiotu, który jest w stanie spełnić warunki udziału w postępowaniu literalnie spełniające wymagania określone w tym postępowaniu. Mając powyższe na względzie wnosimy o uwzględnienie ww. argumentacji i nakazanie dokonania Zamawiającemu zmiany treści Ogłoszenia o zamówieniu oraz treści SWZ poprzez rozszerzenie okresu, w którym możliwe jest wykazanie się doświadczeniem do okresu 5 lat w celu zapewnienia konkurencyjności w tym postępowaniu. Zwracamy też uwagę na fakt, iż nasze oczekiwanie jest wprost oparte o przepis §9 ust. 4 pkt 2) rozporządzenia MRPiT z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. z 2020 r., poz. 2415).

2) Zarzut w zakresie wymagania dot. liczby lokalizacji

W treści Rozdziału III.2 pkt 1.1.1.1 Zamawiający sformułował wymaganie zgodnie z którym Wykonawca ma wykazać się wykonaniem „co najmniej jednej usługi, o wartości nie mniejszej niż 750 000,00 zł brutto (słownie: siedemset pięćdziesiąt tysięcy złotych 00/100) (bez kosztów infrastruktury sprzętowej i licencji), polegającą na: (i) wykonaniu analizy, zaprojektowaniu i wytworzeniu oprogramowania systemu informatycznego (dalej: system) lub na (ii) rozbudowie systemu obejmującej wykonanie analizy i wytworzenie oprogramowania, gdzie system spełniał następujące wymagania:

- a) system działał w oparciu o oprogramowanie Oracle E-Business Suite 11.5.x lub 12.2.x i wykorzystywał co najmniej 4 moduły z: General Ledger, Payables, Receivables, Fixed Assets, Cash Management, Inventory Management, Order Management, Purchasing,
- b) **użytkownicy końcowi systemu pracowali w co najmniej 10 różnych lokalizacjach;**
- c) **system wykorzystywany był lub jest przez pracujących równocześnie minimum 100 użytkowników”.**

Należy wskazać, iż realizacja przedmiotu niniejszego zamówienia nie obejmuje budowania sieci, która umożliwiłaby połączenie pomiędzy lokalizacjami a wyłącznie świadczenia usług związanych z systemem EBS, który jest systemem zainstalowanym centralnie i dla jego funkcjonowania nie ma znaczenia liczba lokalizacji. Z technicznego punktu widzenia możliwym jest bowiem funkcjonowanie i korzystanie przez niego z użytkowników w wielu lokalizacjach. Pragniemy zwrócić uwagę, iż tak sformułowany wymóg był kwestionowany w poprzednich postępowaniach – w 2015 r. przez Sygnity S.A. oraz przez Dahliamatic S.A. w 2019 r. i w obu przypadkach Zamawiający uwzględniał nieproporcjonalność ww. wymagania i uwzględniał odwołania w tym zakresie. Stąd też zdumiewający dla Odwołującego jest fakt ponownego wskazania w treści

sformułowanych warunków ww. wymagania, które z technicznego punktu widzenia nie ma absolutnie żadnego wpływu na weryfikację doświadczenia i kompetencji Wykonawcy zdobytych w odniesieniu do realizacji usług wdrożenia, modyfikacji i utrzymania Systemów działających w oparciu o oprogramowanie Oracle EBS. Przyjmując zatem, że być może jest to wyłącznie omyłka Zamawiającego wnosimy o jej sprostowanie i usunięcie wymagania określonego w Rozdziale III.2 pkt 1.1.1.1 lit. b) SWZ oraz w Sekcji III, pkt 1.1.1.1 Ogłoszenia o zamówieniu.

3) Zarzut w zakresie wymagań dot. usługi utrzymaniowej

W Rozdziale III.2 pkt 1.1.1.2 SWZ Zamawiający wymaga wykazania się realizacją: *„co najmniej jednej usługi o wartości nie mniejszej niż 1 000 000,00 zł brutto (słownie: jeden milion złotych 00/100) rocznie (bez kosztów infrastruktury sprzętowej i licencji) obejmującej utrzymanie systemu spełniającego wymagania opisane w pkt powyżej, która była świadczona przez okres co najmniej 12 miesięcy, a w ramach świadczonych usług do zadań wykonawcy należało co najmniej:*

- a) obsługa zgłoszeń incydentów od użytkowników systemu,*
- b) usuwanie wad w utrzymywanym systemie,*
- c) weryfikacja skuteczności wytworzonych poprawek przed wdrożeniem na środowisko produkcyjne,*
- d) monitorowanie pracy systemu,*
- e) administracja środowiskami (do poziomu systemu operacyjnego włącznie), na których zainstalowany był utrzymywany system,*
- f) administracja uprawnieniami w aplikacji,*
- g) wprowadzanie poprawek i modyfikacji oprogramowania na środowiska zamawiającego,*
- h) odtwarzanie systemu z kopii bezpieczeństwa zamawiającego,*
- i) zapewnienie odpowiedniego poziomu świadczenia usług,*
- j) zmiana wersji oprogramowania wspomagającego na środowiskach zamawiającego (np. baza danych, serwer aplikacyjny, system operacyjny)”.*

W powyższym zakresie należy z całą mocą podkreślić, iż opisany w ten sposób wymóg jest w zasadzie nie do spełnienia dla jakiegokolwiek innego podmiotu niż podmiot, który aktualnie realizuje usługi świadczone na rzecz Zamawiającego. Należy wskazać bowiem, iż nie dość, że przedmiotem usługi o której mowa w treści warunku jest świadczenie usług utrzymania Systemu opartego o: (1) konkretne wersje Oracle EBS, (2) o określonej bardzo wysokiej wartości, tj. powyżej 1 mln rocznie, (3) w okresie przekraczającym 12 miesięcy to jeszcze w ramach ww. usługi Wykonawca musi potwierdzić realizację co najmniej 10 konkretnego rodzaju zadań wchodzących w skład utrzymania. Pragniemy wskazać, że już posiadanie umowy utrzymaniowej Systemu o tak dużym wolumenie i w odniesieniu do konkretnych wersji Oracle EBS nie jest łatwe do spełnienia. Dodanie w treści ww. warunku dodatkowego obostrzenia, w ramach którego konieczne jest wykazanie realizacji 10 różnego rodzaju świadczeń, z których znaczna część jest ewenementem na rynku

powoduje, że wykazanie się doświadczeniem przez jakikolwiek podmiot, który nie realizuje usługi na rzecz Zamawiającego jest w zasadzie niemożliwe. W tym kontekście pragniemy zaznaczyć bowiem, iż niektóre rodzaje zadań, których oczekuje Zamawiający nie są standardowo usługami zlecanymi przez innych Klientów, którzy realizację tych zadań z reguły realizują własnymi siłami. Do usług tego rodzaju z całą pewnością zaliczyć można m. in.

- *administracja środowiskami (do poziomu systemu operacyjnego włącznie), na których zainstalowany był utrzymywany system,*
- *administracja uprawnieniami w aplikacji,*
- *odtworzenie systemu z kopii bezpieczeństwa zamawiającego,*
- *zmiana wersji oprogramowania wspomagającego na środowiskach zamawiającego (np. baza danych, serwer aplikacyjny, system operacyjny).*

Większość Klientów, w tym Klientów komercyjnych, choćby ze względów na własne wdrożone polityki bezpieczeństwa, nie dopuszcza możliwości realizacji zadań dotyczących np. **administrowania uprawnieniami**, gdyż są to czynności w sposób oczywisty zależne od decyzji personalnych u danego Klienta i nadawanie uprawnień z reguły jest realizowane przez administratorów działających po stronie Klienta. Podobnie zupełnie wyjątkowymi są zadania dotyczące administrowaniem środowiskami do poziomu systemów operacyjnych, odtwarzanie systemu z kopii zapasowej, czy zmiany wersji oprogramowania wspomagającego. Zazwyczaj tego typu obowiązki są bowiem realizowane bądź przez samego Zamawiającego, bądź też przez wykonawców dostarczających infrastrukturę, lub realizujących utrzymanie infrastruktury systemowej. Nie znaczy to bynajmniej, iż Wykonawcy, którzy w ramach utrzymania systemów EBS dla innych Klientów nie posiadają wiedzy czy doświadczenia w realizacji tego typu prac. Możliwe jest przecież, aby przynajmniej niektóre z tych czynności były realizowane w ramach np. w formie konsultacji, lub też w ramach innych umów świadczonych na rzecz innych Klientów. Natomiast bardzo mało prawdopodobne, albo wręcz niemożliwe, aby taki zestaw zadań był realizowany w ramach jednej konkretnej umowy i to spełniającej wszystkie pozostałe opisane w treści warunku wymagania. W tej sytuacji koniecznym jest wskazanie, że według naszej wiedzy nie ma na rynku żadnej usługi, która w 100% odpowiadałaby takiemu konglomeratowi wymagań, o jakich sformułowanie pokusił się Zamawiający. Zwracamy więc uwagę, iż dla zapewnienia jakiegokolwiek konkurencyjności koniecznym jest dokonanie takiej modyfikacji tego warunku, aby dopuścić możliwość wykazania się realizacją usług utrzymania dużego systemu opartego o licencje Oracle EBS, ale w zakresie realizacji typowych zadań związanych z realizacją tego typu usług zlecanych na rynku, a nie całego zakresu świadczeń, które są co prawda elementem przedmiotu zamówienia, ale których zlecenie na rynku w ramach umów na utrzymanie systemów EBS nie jest w ogóle praktykowane. Zwłaszcza w sytuacji, gdy takie sformułowanie treści warunku w sposób oczywisty preferuje tylko jednego Wykonawcę, dotychczas realizującego usługi na rzecz ARiMR. Stąd też konieczne jest ograniczenie treści tego warunku w taki sposób,

aby zakres zadań wchodzących w skład realizowanej usługi utrzymania obejmował przynajmniej 5 typowych zadań, o których mowa w treści warunku. Wydaje się, że jest to wystarczające dla potwierdzenia wiedzy i doświadczenia Wykonawcy, która trudno, aby przy tak dużej i skomplikowanej Umowie, jak w przypadku Zamawiającego miała objąć wszystkie zadania, które akurat ARiMR zleca w ramach tejże Umowy.

Zwracamy przy tym uwagę dodatkowo na fakt, iż ewentualne niespełnienie choćby jednego warunku, a nawet jego części (jak w przypadku administrowania uprawnieniami w *aplikacji* lub administrowania środowiskami – ale co najmniej na poziomie systemów operacyjnych), spowodować może zakwestionowanie całej usługi, a w konsekwencji utratę bardzo wysokiego wadium. Ryzyko z tym związane może skutecznie uniemożliwić złożenie ofert jakiegokolwiek innemu wykonawcy niż dotychczasowy wykonawca świadczący usługi utrzymania i rozwoju systemu EBS.

4) Zarzut w zakresie wymagań dot. doświadczenia Kierownika Projektu

Jedną z wymaganych przez Zamawiającego do realizacji Umowy osób jest drugi z Kierowników Projektu, w zakresie której to roli Zamawiający oczekuje, że wykonawca zadeklaruje dysponowanie:

1.1.1.2. Jednym Kierownikiem Projektu, który posiada

- a) *co najmniej 3-letnie doświadczenie na stanowisku Kierownika Projektu przy realizacji zamówień o zakresie jak w pkt 1.1.1.2 z wyłączeniem wartości zamówień.*
- b) *certyfiakat Prince 2 Foundation lub równoważny,*
- c) *certyfiakat ITIL Foundation lub równoważny,*
- d) *wykształcenie wyższe.*

Warto w tym miejscu podkreślić, iż w kontekście treści tego wymagania aktualne są wywody poczynione w pkt 3) niniejszego odwołania. Dużo bardziej wątpliwe jest posiadanie przez potencjalnych wykonawców osoby mającej doświadczenie w realizacji projektu obejmującego świadczenie wszystkich zadań w ramach utrzymania wymienione w treści warunku (punkty od a) do j)), niż osoby, która pełni rolę Kierownika Projektu w projekcie o wartości przekraczającej 1 mln zł rocznie. Jeśli więc z perspektywy Odwołującego nie ma na rynku (za wyjątkiem Zamawiającego) Klientów powierzających w ramach świadczenia usług utrzymania systemów opartych o Oracle EBS tak szeroki zakres świadczonych prac, to pochodną tej konkluzji jest niemożność posiadania również osoby, która mogłaby w ramach ww. usług pełnić rolę Kierownika Projektu. Stąd też dla możliwości wykazania się odpowiednim doświadczeniem zdaniem Odwołującego wystarczające będzie ograniczenie ww. wymagania w taki sposób, aby doświadczenie ww. osoby dotyczyło pełnienia funkcji Kierownika Projektu przy realizacji umowy w zakresie utrzymania systemu informatycznego opartego o Oracle EBS.

Pragniemy w tym miejscu dodatkowo zaznaczyć, że akurat w odniesieniu do funkcji Kierownika Projektu posiadanie przez Projekt wszystkich cech (realizacja wszystkich zadań z zakresu utrzymania wymienionych przez Zamawiającego) nie ma żadnego znaczenia. Rolą i odpowiedzialnością Kierownika Projektu, w szczególności tak dużego nie jest bowiem realizacja prac merytorycznych w obszarach odnoszących się do zadań wymienionych przez Zamawiającego. Zgodnie z metodyką PRINCE2, którą stosuje Zamawiający do głównych zadań Kierownika Projektu należy motywowanie, nadzór i kierowanie zespołem projektowym, planowanie i monitorowanie projektu, utrzymywanie łączności z kierownictwem projektu, w tym raportowanie postępów prac itp. Dla realizacji tychże zadań nie ma większego znaczenia, czy zakres projektu obejmował będzie np. administrację uprawnieniami, gdyż to nie Kierownik Projektu odpowiada merytorycznie za realizację tych usług a jedynie za pokierowanie Zespołem, który te usługi będzie świadczył. W konsekwencji oznacza to, iż nie sposób powiedzieć, że realizacja przez Zespół Projektowy niektórych zadań będzie miała jakikolwiek wpływ na realizację zadań przez Kierownika Projektu i że Kierownik Projektu, w ramach którego były świadczone wszystkie oczekiwane przez Zamawiającego rodzaje zadań posiada w związku z tym szerszy zakres wiedzy i doświadczenia niż osoba, której doświadczenie zostało nabyte częstokroć w ramach dużo większej i bardziej skomplikowanej Umowy, nie zawierającej jednak całego katalogu świadczeń oczekiwanych przez ARiMR. Dlatego też, jak już wspomnieliśmy powyżej ww. warunek w naszej ocenie jest zupełnie nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, zaś większość Kierowników Projektu, posiadających odpowiednie doświadczenie w realizacji projektów utrzymaniowych systemów tego rodzaju ma wystarczające kompetencje do prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia w tym zakresie.

W kontekście tej roli pragniemy także wskazać, iż postawione przez Zamawiającego dodatkowe wymagania w zakresie ról projektowych dla Kierownika Projektu (a w zasadzie jednego z Kierowników Projektu, bo oddzielnie w pkt 1.1.2.1. Zamawiający żąda wykazania się posiadaniem Kierownika Projektu posiadającego kompetencje bardziej wdrożeniowe, niż utrzymaniowe) powodują, że nawet dotychczasowy Kierownik Projektu wykonawcy realizującego wcześniej przedmiotową usługę dla Zamawiającego może zostać wykazany wyłącznie na potwierdzenie spełnienia tylko jednego zestawu kompetencji (albo wymagań określonych w pkt 1.1.2.1. albo 1.1.2.2), ponieważ Zamawiający zabrania potwierdzenia spełnienia wymagań przez jedną osobę dla więcej niż jednej roli. Jest to sytuacja kuriozalna, gdyż w ramach przedmiotowej Umowy obowiązki Kierownika Projektu będą realizowane wyłącznie przez jedną osobę, gdyż według metodyki PRINCE2 nie jest możliwe powierzenie tej roli więcej niż jednej osobie w tym samym czasie. W istocie oznacza to, że Zamawiający nie tylko winien dokonać korekty zakwestionowanego opisu tej roli, ale winien rozważyć wręcz rezygnację z jednego z wymagań określonych w pkt 1.1.2.1 lub 1.1.2.2. Skoro bowiem zgodnie z Rozdziałem III.2 pkt 1.2.1 SWZ Wykonawca ma wykazać się dysponowaniem „osobami, które zostaną skierowane przez Wykonawcę do realizacji zamówienia”, to wyraźnie należy zaznaczyć, iż nie jest możliwe jednoczesne pełnienie roli Kierownika Projektu przez osoby żądane na potwierdzenie wymagań określonych

w pkt 1.1.2.1 lub 1.1.2.2. Jeśli tak, to wymaganie Zamawiającego w sposób oczywisty jest nadmiarowe, skoro nie ma szans, aby obie te osoby mogły występować w roli określonej przez Zamawiającego. Zaznaczyć przy tym należy, że doświadczenie osoby, o której mowa w pkt 1.1.2.1 jest jednym z elementów kryterium oceny ofert, stąd ewentualne zmiany SWZ i Ogłoszenia o zamówieniu w zakresie wymagań dla tej roli należy powinny być dokonywane z uwzględnieniem ww. okoliczności.

5) Zarzut dotyczący posiadania własnego Środowiska

Zgodnie z pkt 3.1.5 Załącznika nr 7 do Umowy jednym z obowiązków niezbędnych do realizacji przez Wykonawcę w ramach Okresu Przejściowego jest m.in.

„3.1.5. przygotowanie własnych środowisk (na infrastrukturze Wykonawcy) – Wykonawca na podstawie Dokumentacji Administratora przygotowuje własne środowiska, w tym testowe dla wszystkich utrzymywanych Aplikacji w ilości niezbędnej do należytej realizacji Umowy. Środowiska będą zestawione zgodnie z następującymi zasadami

3.1.5.1. środowiska stanowiąc będą odpowiedniki funkcjonalne Środowisk Produkcyjnych poszczególnych Aplikacji, interfejsy do systemów zewnętrznych nieobjętych Usługami Wykonawcy mają zostać zastąpione komponentami symulującymi pracę prawdziwych interfejsów, czyli tzw. zaślepkami;

3.1.5.2. środowiska będą przygotowane w liczbie umożliwiającej Wykonawcy jednoczesne usuwanie Wad oraz rozwiązywanie problemów w Systemie Informatycznym i rozwijanie nowych funkcjonalności”.

Pochodną ww. postanowienia są wszystkie pozostałe postanowienia odnoszące się do zobowiązań związanych z posiadaniem i ponoszeniem kosztów budowy i utrzymania Środowisk wszystkich Aplikacji, stanowiących kopie Środowiska Produkcyjnego Systemu. Oczywistym wydaje się zatem, że dla realizacji swoich świadczeń każdy z Wykonawców musi zakupić licencje aplikacyjne i technologiczne środowiska Oracle, które stanowią istotną część wartości całej oferty Wykonawcy. W poprzednim postępowaniu mającym za przedmiot utrzymanie i rozwój Systemu EBS w ARiMR w 2019 r. tylko oferta producenta Oracle na zapewnienie licencji Środowisk opiewała na kwotę ok. 3,6 mln złotych. Aby zobrazować niewspółmierność tego kosztu do wartości realizowanych w ramach obecnej Umowy usług zwracamy uwagę, że łączna wartość 44 miesięcy świadczenia Usługi utrzymania (bez usługi Integracji i Certyfikacji) według oferty aktualnego wykonawcy – firmy DahliaMatic, wynosi nieco ponad 5 mln zł. Zwrócić należy uwagę, iż Środowiska, które odwzorowują Środowisko Produkcyjne poszczególnych Aplikacji są zróżnicowane jeśli chodzi nie tylko o same produkty, ale też na sposób licencjonowania – jest on różny w przypadku licencji dotyczących aplikacji Oracle e-Business Suite (Oracle Financials) oraz pozostałych licencji (licencji technologicznych).

Jest to o tyle istotne, że przypadku aplikacji Oracle e-Business Suite (Oracle Financials) poszczególne produkty są licencjonowane na zasadach Enterprise, co oznacza, że ARiMR dla realizacji swoich celów biznesowych i

na swoje potrzeby ma możliwość korzystania z nieograniczonej liczby licencji dostępowych dla użytkowników tych produktów. Na tej podstawie w toku postępowania w 2019 r. Zamawiający nieodpłatnie udostępnił do korzystania z przysługujących mu licencji do produktów: (1) Oracle Inventory Management, (2) Oracle Order Management, (3) Oracle Purchasing, (4) Oracle Financial, (5) Oracle Payroll (zgodnie z pismem Zamawiającego znak: ZP.78.DPiZP.2610.5.2019.IH z dnia 13.09.2019 r.) na potrzeby budowy Środowiska Wykonawcy.

Pozostałe wymagane licencje technologiczne, są licencjonowane co do zasady albo na użytkownika końcowego, albo na serwer, co oznacza, że ARiMR nie ma możliwości korzystania z nieograniczonej liczby licencji, tak jak w przypadku licencji dotyczących aplikacji Oracle e-Business Suite (Oracle Financials). Okresowe postępowania dotyczące zakupu usług AtiK wskazują, iż ARiMR posiada znaczącą liczbę takich licencji, natomiast nie jest wiadome Odwołującemu czy i w jaki sposób są one przez ARiMR wykorzystywane, a więc przeciwnie niż w przypadku licencji dotyczące Oracle e-Business Suite ich udostępnienie przez Zamawiającego na potrzeby realizacji Umowy nie jest oczywiste i w czasie poprzedniego postępowania ARiMR nie wyraził woli takiego działania.

Jak wskazaliśmy powyżej koszt zakupu tych licencji był bardzo wysoki, w tej chwili jeszcze wzrósł. Jednocześnie Zamawiający w niniejszym postępowaniu zaniechał udostępnienia wszystkich licencji również tych, które udostępnił w poprzednim postępowaniu Wykonawcy realizującemu aktualnie usługę utrzymania i rozwoju systemu EBS (ARiMR w dalszym ciągu posiada możliwość korzystania bez ograniczeń ilości użytkowników).

W sytuacji, gdy na podstawie postanowień Załącznika nr 7 do Umowy Zamawiający dopuszcza w stosunku do Wykonawcy aktualnie świadczącego usługi utrzymania (Dahliamatic), że Wykonawca ten zostanie zwolniony ze świadczenia Usług w ramach Okresu Przejściowego, nie będzie zmuszony do zestawiania ponownie środowiska w oparciu o własne licencje, czyli w rezultacie nie będzie musiał dokonać zakupu wspomnianych powyżej licencji i będzie mógł skorzystać z zapewnionych mu nieodpłatnie przez Zamawiającego w ramach poprzedniego postępowania a skorzysta z licencji aplikacyjnych. W sposób oczywisty powoduje to zróżnicowanie sytuacji faktycznej w tym postępowaniu, gdyż jeden Wykonawca jest w zupełnie innej sytuacji niż pozostali uczestnicy postępowania, którzy nie mogą skorzystać z licencji zapewnionych obecnemu Wykonawcy nieodpłatnie przez Zamawiającego. Taka sytuacja w sposób oczywisty narusza przepisy Prawa zamówień publicznych

Dodatkowo należy też wskazać, że również w zakresie pozostałych licencji, których Zamawiający nie zobowiązywał się dotychczas zapewnić, wymaganie ich zapewnienia przez Wykonawców po pierwsze jest żądaniem, które prowadzi do naruszenia zasad uczciwej konkurencji, a nadto jest przejawem braku dbałości Zamawiającego o gospodarne dysponowanie finansami publicznymi i złamaniem zasady dążenia do uzyskania

możliwie najlepszych efektów zamówienia w stosunku do poniesionych nakładów. Konkluzja taka jest wynikiem obserwacji dotychczasowej praktyki Zamawiającego i sytuacji, które miały miejsce w poprzednich edycjach postępowania na utrzymanie i rozwój systemu EBS. Pragniemy bowiem wskazać, że wymaganie na zapewnienie środowisk przez Wykonawcę jest wymaganiem, które zostało sformułowane choćby w ostatnim postępowaniu z 2019 r. Tam również każdy z Wykonawców zobowiązany był do zapewnienia tych środowisk. Oczywistym jest fakt, że w przypadku konieczności zapewnienia licencji do budowy Środowisk na potrzeby świadczenia usług dla Zamawiającego co do zasady każdy Wykonawca będzie musiał do ceny oferty doliczyć koszt tych licencji. Jako że jak wspomniano powyżej koszt ten jest niebagatelny najrozsądniejszym wyjściem, biorąc pod uwagę iż Zamawiający co trzy lub cztery lata prowadzi postępowanie w zakresie niniejszego zamówienia, byłoby dokonanie zakupu licencji, które następnie mogłyby być wykorzystywane przez każdorazowego wykonawcę wybranego w ramach przetargu. Rezygnując z dokonania samodzielnego zakupu tych licencji Zamawiający doprowadza do sytuacji, iż przy każdym kolejnym postępowaniu jest narażony na poniesienie po raz kolejny kosztów, które mogłyby zostać poniesione raz. Oznacza to w konsekwencji w dłuższej perspektywie czasu straty dla Zamawiającego na poziomie wielu milionów złotych. Co więcej posiadanie i wykorzystywanie własnych środowisk przez Wykonawców w ramach realizacji przedmiotu zamówienia wydaje się być nadmiarowe. Zamawiający dysponuje nie tylko Środowiskiem Produkcyjnym, ale też Środowiskami Pomocniczymi, które mogłyby zostać wykorzystane przez Wykonawcę do realizacji prac w ramach przedmiotu zamówienia. Co więcej realizację niektórych zadań w oparciu o te Środowiska zamiast w oparciu o środowiska własne Wykonawcy Zamawiający wprost przewiduje i dopuszcza (por. pkt 2.1.1.22 oraz 2.1.1.23 Załącznika nr 1A do Umowy). Stąd też wyraźnie należy zaznaczyć, że wymaganie od Wykonawców własnych Środowisk, których zapewnienie kosztuje, w sytuacji, gdy możliwym jest wykorzystanie zasobów Zamawiającego, wydaje się być zupełnie zbędne i naraża Zamawiającego na zarzut w zakresie nieumiejętnego dysponowania środkami budżetowymi.

Z tego też względu Odwołujący żąda dokonania takich zmian w treści warunków zamówienia, aby to Zamawiający zapewnił Wykonawcom wszelkie Środowiska, w których Wykonawca będzie świadczył usługi. Jeśli zdaniem Zamawiającego wykorzystania Środowisk Pomocniczych jest z jakichś względów niewystarczające i okaże się konieczne jednak uruchomienie dodatkowego Środowiska, na którym będzie swoje prace prowadził Wykonawca, to wnioskujemy o to, aby zmiana dokumentacji postępowania została przeprowadzona w taki sposób, aby przedmiot zamówienia objął również zakup konkretnych, dodatkowych licencji, które zostaną wykorzystane do budowy tych Środowisk, na których prace ma wykonywać Wykonawca, a które w konsekwencji, po ukończeniu świadczenia usługi przekazane zostaną Zamawiającemu a następnie będą mogły być użytkowane przez Zamawiającego również w kolejnych latach użytkowania systemu EBS lub wykorzystane na potrzeby innych projektów.

Jednocześnie pragniemy też wskazać, iż brak dokonania ww. modyfikacji może prowadzić do sytuacji, w której doszłoby do zachwiania równowagi konkurencyjnej, a przez to do złamania zasad uczciwej konkurencji i

równego traktowania Wykonawców. O ile sam Zamawiający jest w stanie nabyć licencje na takich warunkach, które umożliwią mu udostępnienie ich podmiotom trzecim realizującym prace na jego rzecz, to w przypadku zakupu tych samych licencji na potrzeby budowy własnych Środowisk Wykonawcy w celu świadczenia usług dla konkretnego klienta, większość licencji oferowanych przez Oracle to licencje typu: „on-behalf”. Z wyjaśnień jakie Odwołujący uzyskał od producenta oprogramowania, firmy Oracle, na potrzeby postępowania odwoławczego w poprzedniej edycji przedmiotowego postępowania wynika, że licencje tego typu nie mogą być wykorzystywane ani przez innego wykonawcę, niż ten, który dostarczył licencje, ani też na rzecz „innego Klienta”

Dowód:

- pismo z pytaniem SBS z dnia 14 listopada 2019 r. oraz odpowiedź z firmy Oracle z dnia 19 listopada 2019 r.

Oznacza to tyle, że nawet w przypadku posiadania odpowiednich licencji, zakupionych np. na rzecz realizacji prac w innym projekcie na rzecz innego Klienta, ani też w przypadku możliwości użyczenia niewykorzystywanych licencji posiadanych przez inne podmioty (np. Spółki z Grupy Kapitałowej) licencje te nie będą mogły zostać wykorzystane. A contrario możliwe więc jest wykorzystanie tychże licencji tylko przez podmiot, który dostarczał tego typu licencje na rzecz ARiMR, lub też zakupił je na potrzeby świadczenia tych usług uprzednio. Jak okazało się w poprzednim postępowaniu w 2019 r., jedynym podmiotem, który nie uwzględnił w cenie swojej oferty konieczności zakupu licencji Oracle dla zestawienia środowisk Wykonawcy jest firma Dahliamatic. Z perspektywy Odwołującego oznacza to po pierwsze, że albo firma ta posiadała wcześniej dostarczone na rzecz Zamawiającego licencje niezbędne do budowy Środowisk w modelu on-behalf, albo też Środowiska te zostały zestawione z naruszeniem zasad licencyjnych Oracle’a. Bez względu na powyższe należy założyć, iż skoro Wykonawca Dahliamatic w poprzednim postępowaniu nie uwzględnił w cenie wartości licencji niezbędnych do budowy Środowisk, to tym bardziej teraz także tego nie uwzględni, skoro jak rozumie Zamawiający fakt działania Środowisk własnych Wykonawcy Dahliamatic została przez Zamawiającego zweryfikowana w ramach poprzedniego Okresu Przejściowego. Nie zmienia to faktu, że wykonawca ten jest jedynym podmiotem, według wiedzy Odwołującego, który nie będzie zmuszony do skalkulowania ceny licencji Oracle’a w cenie własnej oferty, gdyż może on zostać zwolniony z konieczności realizacji usług związanych z Okresem Przejściowym. W sposób oczywisty stawia go to w uprzywilejowanej sytuacji i powoduje, że w zasadzie na starcie wszyscy pozostali konkurenci stoją na straconej pozycji i jakkolwiek konkurencja w zakresie przedmiotowego postępowania okaże się fikcją. Jedynym remedium na tą sytuację jest w ocenie Odwołującego przejęcie kosztów licencji przez Zamawiającego, co zresztą – jak argumentujemy powyżej – jest dla Zamawiającego korzystne. Nastąpić to może albo poprzez dokonanie zakupu w ramach osobnego postępowania, albo też poprzez rozszerzenie zakresu zamówienia o dostawę niezbędnych licencji Oracle, o co niniejszym wnosimy.

6) Zarzut dotyczący czasów realizacji Modyfikacji oraz współczynnik całkowitej zdolności realizacyjnej

W treści pkt 3 Załącznika nr 4C dot. sposobu wyceny Usług Modyfikacji Zamawiający określił maksymalne terminy, które jego zdaniem są wystarczające dla realizacji poszczególnych zmian w zależności od rozmiaru danej Modyfikacji wyrażonej w Punktach Funkcyjnych. Termin ten jest czasem realizacji prac analityczno - deweloperskich i określa termin na realizację prac od momentu uzgodnienia treści danej Propozycji do momentu przekazania gotowego oprogramowania do Testów Akceptacyjnych. W ocenie Zamawiającego wymagana jest realizacja poszczególnych Modyfikacji w następujących terminach:

Całkowity Rozmiar Zmiany (CRZ) wyrażony w Punktach Funkcyjnych dla Modyfikacji		Termin przekazania oprogramowania Modyfikacji do Testów Akceptacyjnych*
od	do	Dzień Roboczy
1	35	3 Dni Roboczych
36	100	8 Dni Roboczych
101	200	13 Dni Roboczych
201	350	19 Dni Roboczych
351	600	29 Dni Roboczych
601	1000	39 Dni Roboczych
1001	-	termin ustalany indywidualnie przez Strony

Aby uzmysłowić sobie, jak przekładają się ww. wielkości zmian na zaproponowane terminy, należy przede wszystkim zrozumieć, jak przekłada się rozmiar Modyfikacji wyrażony w Punktach Funkcyjnych na pracochłonność jego realizacji. Wartość ta nie jest do końca wymierna i jest różna zazwyczaj dla każdego Wykonawcy. Tym niemniej można przyjąć pewne przybliżenie, aby zrozumieć sedno problemu. Dla wyliczenia pracochłonności posłużymy się wartościami, jakie obowiązują w ramach umowy, która aktualnie łączy Zamawiającego z firmą Dahliamatic na utrzymanie i rozwój systemu EBS. Otóż zgodnie z ofertą Dahliamatic wartość 1 dnia roboczego pracy konsultanta (tzw. MD) wykonawcy Dahliamatic wynosi 575 zł netto, zaś cena 1 Punktu Funkcyjnego (PF) 323 zł netto. Oznacza to, iż średnio 1 PF to 0,56 MD. W ofercie Odwołującego złożonej w postępowaniu z 2019 r. ten współczynnik był jeszcze wyższy i wynosił 0,69 MD.

Przekładając powyższe ustalenia na wartości w tabeli powyżej dochodzimy do konstatacji, iż przykładowo modyfikację, która jest wyceniona na 35PF biorąc pod uwagę wskazany powyżej stosunek wartości Punktu Funkcyjnego do pracochłonności wyrażonej w dniach roboczych okazuje się, że przykładowo dla Modyfikacji o rozmiarze 35PF jej pracochłonność wykonania to 19,66MD zgodnie z ofertą Dahliamatic, a 24,15MD według Odwołującego. Oznacza to, że w ciągu jednego dnia roboczego (maksymalny termin to 3 dni wg oczekiwania Zamawiającego) należy zrealizować prace o łącznym wymiarze 6,55MD (wg przelicznika z oferty Dahliamatic)

lub 8,05MD (wg. przelicznika z oferty Odwołującego). Innymi słowy 7 lub 8 osób powinno pracować na cały etat nad jedną modyfikacją, aby możliwe było zrealizowanie takiej Modyfikacji w terminie określonym przez Zamawiającego. Problem polega jednak na tym, iż realizacji Modyfikacji i prac deweloperskich w zakresie jej realizacji nie da się tak po prostu zawsze zrównoleglić. Oczywiście, możliwe jest to, że daną pracę uda się podzielić na różne osoby i w związku z tym realny okres jej realizacji będzie oczywiście krótszy niż obliczona pracochłonność, ale poziom tego zrównoleglenia jakiego oczekuje Zamawiający wskazując terminy w tabeli z całą pewnością nie jest możliwy do uzyskania. Stąd też Odwołujący dla zaproponowania realnych współczynników przyjął poziom zrównoleglenia na poziomie 2,5 krotności (tzn. suma pracochłonności dla maksymalnego rozmiaru w danej kategorii Modyfikacji wyrażonej w PF została podzielona na 2,5 co pozwoliło określić realny naszym zdaniem poziom terminów, w których realizacja danej Modyfikacji będzie możliwa. Wyliczone w ten sposób wartości zostały wskazane w tabeli poniżej:

Całkowity Rozmiar Zmiany (CRZ) wyrażony w Punktach Funkcyjnych dla Modyfikacji		Termin przekazania oprogramowania Modyfikacji do Testów Akceptacyjnych*
od	do	Dzień Roboczy
1	35	8 Dni Roboczych
36	100	20 Dni Roboczych
101	200	35 Dni Roboczych
201	350	50 Dni Roboczych
351	600	75 Dni Roboczych
601	1000	100 Dni Roboczych
1001	-	termin ustalany indywidualnie przez Strony

Dodatkowo wskazujemy, iż w pkt 4 Załącznika nr 4C Zamawiający określił także poziom „całkowitej wydajności realizacyjnej na poziomie minimum 1000 Punktów Funkcyjnych (w każdym miesiącu obowiązywania Usługi Rozwoju)”. Współczynnik ten w istocie tworzy po stronie Wykonawcy zobowiązanie do zapewnienia zasobów osobowych, które będą w stanie zrealizować Modyfikacje o rozmiarze 1000PF miesięcznie. Oznacza to, kierując się przelicznikami wskazanymi powyżej, że aby zrealizować modyfikację na poziomie 1000PF Wykonawca musi poświęcić na jej wykonanie 560 MD pracy konsultantów (wg współczynnika Dahliamatic) oraz 690 MD pracy konsultantów (wg współczynnika Odwołującego). Przyjmując założenie, że w ciągu miesiąc jest średnio ok. 20 Dni Roboczych, dla realizacji takiego poziomu pracochłonności konieczne jest skierowanie do pracy minimum odpowiednio 28 osób (Dahliamatic) lub 35 osób (Odwołujący). Jednocześnie warto zaznaczyć, iż zgodnie z założeniami Zamawiającego współczynnik całkowitej wydajności realizacyjnej” nie obejmuje prac realizowanych przez Wykonawcę w zakresie przygotowania i uzgodnień Propozycji, realizacji Testów Akceptacyjnych i poprawiania błędów w Modyfikacjach, jak również nie obejmuje w całości takich Modyfikacji, w ramach których Wykonawca pozostaje w zwłoce. Oczywiście oznacza to, że dla realizacji wyłącznie

Usług z Grupy G4 konieczne jest w naszej ocenie zagwarantowanie co najmniej ok. 40 – 50 osób. W sposób oczywisty koszt zaangażowania tych osób dla Wykonawcy jest bardzo duży. Tymczasem Zamawiający po swojej stronie w żaden sposób nie zobowiązuje się do zagwarantowania pracy dla tych osób na określonym w ten sposób poziomie. Innymi słowy możliwa jest sytuacja, w której Zamawiający wskazując, iż w danym półroczu Wykonawca zobowiązany jest do utrzymywania wydajności realizacyjnej na poziomie minimum 1000 PF, nałoży na Wykonawcę obowiązek utrzymania na wyłączne potrzeby tego Projektu kilkudziesięciu osób, nie dając jednocześnie Wykonawcy żadnej gwarancji, że w rzeczywistości zespołowi temu zlecone zostaną prace w takim zakresie, która pozwoli pokryć koszty zaangażowania tego zespołu. Taki mechanizm nakłada na Wykonawcę potężne ryzyko polegające na tym, że koszt utrzymania zespołu realizującego Modyfikacje w takim rozmiarze nie zostanie nawet pokryty przez zlecenia udzielane przez Zamawiającego. W tej sytuacji dla mitygacji takiego ryzyka konieczne byłoby zobowiązanie się przez Zamawiającego, że każdorazowo oczekiwane przez niego zapewnienia przez Wykonawcę wydajności realizacyjnej na poziomie minimum 1000 Punktów Funkcyjnych powinno przekładać się na jego zobowiązanie do zamówienia Modyfikacji w takim rozmiarze. Ze względu na wieloletnie doświadczenia Odwołującego we współpracy z Zamawiającym jesteśmy zmuszeni przyjąć, iż Zamawiający nie zechce zobowiązać się do takiego działania. W tej sytuacji wnosimy o to, aby oczekiwany przez Zamawiającego w treści pkt 4 Załącznika nr 4C do Umowy wydajności realizacyjnej na poziomie minimum 1000 Punktów Funkcyjnych został obniżony do poziomu 250 Punktów Funkcyjnych. Oczywiście nie znaczy to przecież, że Strony nie będą mogły dojść do porozumienia w zakresie realizacji Modyfikacji w większym rozmiarze w danym miesiącu. Jednakże takie obniżenie tego współczynnika zagwarantuje wykonawcom, iż ewentualne koszty, które mogą nie znaleźć odzwierciedlenia w Zleceniach udzielanych przez Zamawiającego w danym miesiącu będą znacznie niższe niż te, do których poniesienia zobowiązuje Wykonawcę taki poziom tego współczynnika, jaki został aktualnie zaproponowany przez Zamawiającego w treści Załącznika nr 4C do Umowy.

7) Zarzut w zakresie zawieszenia realizacji Usług z Grupy Usług G1

W ramach postanowień Umowy dotyczących przedmiotu zamówienia, w tym terminów realizacji poszczególnych usług Zamawiający sformułował szereg zastrzeżeń dotyczących zasad świadczenia Grupy Usług Utrzymania Środowisk (G1), a w szczególności zarezerwował sobie prawo zarówno do zawieszenia, jak i wypowiedzenia świadczenia tychże Usług. O ile w zakresie wypowiedzenia tej Grupy Usług nie ma wątpliwości co do zakresu oczekiwań Zamawiającego (choć i tutaj minimalny zakres świadczenia jest mocno dyskusyjny i wynosi 9 miesięcy), o tyle w zakresie zawieszenia tej Grupy Usług nie da się złożyć realnego zapotrzebowania na te usługi. Określony przez Zamawiającego limit wynoszący 3 miesiące (przy założeniu, iż całość Umowy to 29 miesięcy + dodatkowe 17 miesięcy w okresie realizacji prawa opcji) jest w rzeczywistości jedynie formalnym określeniem minimalnego zakresu świadczenia. W ocenie Odwołującego bowiem wskazanie jako gwarantowanego zakresu w tej Grupie Usług świadczenia stanowiącego 10% podstawowej części zamówienia, bez jednoczesnej możliwości ustalenia w jakim terminie świadczenia te miałyby się rozpocząć (możliwe jest bowiem rozpoczęcie zarówno zaraz po zakończeniu Okresu Przejściowego, jak również po upływie przeszło 2 lat od tego momentu), stanowi o tym, iż zakres tego świadczenia w ogóle przez Zamawiającego nie został zdefiniowany, co oznacza, że regulacja taka jest sprzeczna z przepisem art. 433 pkt

4 ustawy. Przyjmując założenie, że Zamawiający ostatecznie zleci wyłącznie minimalny określony przez siebie zakres prac, a w pozostałym zakresie zawiesi świadczenia Grupy Usług G1 Wykonawca stanie w obliczu sytuacji, w której zmuszony będzie przez okres trwania Umowy utrzymywać zespół osób do świadczenia tej Grupy Usług i to w sytuacji, gdy gwarantowane będzie miał wynagrodzenie wyłącznie za 3 miesiące. Jeśli zdecyduje się jednak na to, aby – dla zoptymalizowania kosztów – przenieść osoby wchodzące w skład zespołu do innych Projektów, zebranie tego zespołu ponownie, szczególnie po dłuższym czasie może okazać się niemożliwe, gdyż osoby realizujące prace w innych projektach nie zostawią swoich prac po to tylko, żeby wrócić do prac w ramach kontraktu z Zamawiającym po raz kolejny z gwarancją, że okres świadczenia tych usług jest nie dłuższy niż 3 miesiące. Przy aktualnych problemach z dostępnością pracowników o określonej wiedzy i doświadczeniu – co wydaje się wiedzą powszechną i Zamawiający ma zapewne tego świadomość – oczekiwanie, że Wykonawca będzie w stanie zebrać ponownie zespół, mający świadczyć dla niego Usługi, bez gwarancji, że okres ten ponownie będzie dłuższy niż 3 miesiące, świadczyć może wyłącznie o tym, że Zamawiający chce wykorzystać swoją pozycję w tym postępowaniu i narzucić Wykonawcy zobowiązania, które narażą go na poniesienie odpowiedzialności, lub – w przypadku chęci utrzymywania Zespołu w czasie przestoju – na stratę.

Zwracamy również uwagę na to, iż aktualna konstrukcja postanowień umownych w tym zakresie de facto wyklucza możliwość powierzenia realizacji świadczeń w zakresie Usług z Grupy G1 podwykonawcy, gdyż żaden z wykonawców nie jest w stanie nawet określić essentialia negotii takiej umowy. Nie jest bowiem w stanie wskazać podwykonawcy ani tego, kiedy miałby rozpocząć te prace (możliwość przesunięcia startu nawet o ponad 2 lata), ani okresu w jakim usługa miałaby być świadczona. Konsekwencją tego jest brak możliwości oszacowania nie tylko ceny takiej usługi (inaczej kalkuluje się bowiem usługę w perspektywie 3 miesięcznej a inaczej niemal 3-letniej), ale wręcz możliwości jej realizacji ze względu na dostępność zasobów osobowych niezbędnych do jej świadczenia. W tej sytuacji konieczne jest dokonanie zmian w treści Umowy w zakresie uprawnienia określonego w punkcie 3.7 Umowy w taki sposób, aby w jak największym stopniu zapewnić możliwość dookreślenia zakresu świadczeń. W ocenie Odwołującego niezbędna jest zatem modyfikacja postanowień Umowy, w ramach której Zamawiający co najmniej:

- zobowiąże się do niekorzystania z prawa zawieszenia do Umowy więcej niż raz,
- zobowiąże się do określenia długości okresu zawieszenia, przy założeniu, że okres ten nie może być dłuższy niż pół roku,
- wskaże na konieczność uzyskania zgody Wykonawcy na podjęcie zawieszonych Usług Grupy G1 w przypadku, gdy okres zawieszenia przekracza 3 miesiące.

8) Zarzut dotyczący braku zapłaty za prace nad Certyfikacją

Jedną z Usług, które ma obowiązek świadczyć Wykonawca jest Usługa Certyfikacji, czyli jak wskazuje definicja z Umowy realizacja „prowadzonego przez Wykonawcę procesu weryfikacji przekazanego przez Zamawiającego produktu wykonanego na podstawie odrębnych umów lub wytworzonego przez Zamawiającego, który to produkt w ocenie Zamawiającego winien stać się częścią SI lub Dokumentacji, odbywający się na zasadach określonych w Załączniku nr 2C oraz 2C1 do Umowy”. W ramach realizacji tychże usług Wykonawca zobowiązany jest do sprawdzenia Produktu, w szczególności przetestowania Oprogramowania i weryfikacji Dokumentacji, czego skutkiem ma być dokonanie odbioru Certyfikacji i przekazanie podlegającego procedurze Produktu do Utrzymania Wykonawcy wraz z pozostałą częścią Systemu. Proces Certyfikacji, szczególnie przy dużych Produktach, jest długotrwały i pracochłonny. W pkt 3.1.1 Załącznika nr 2C (Tabela) Zamawiający określił terminy realizacji procesu Certyfikacji wskazując, iż dla największych Produktów termin ten wynosi nawet 45 Dni. W ramach tego procesu w interesie Wykonawcy jest jak najdokładniejsze sprawdzenie Produktu, gdyż ewentualne usunięcie wad Produktu, które nie zostaną wykryte podczas Certyfikacji, będzie obciążało Wykonawcę w ramach świadczenia Usług Grupy G2. Stąd też pracochłonność tego procesu zazwyczaj jest duża. Dodatkowo należy założyć, iż w ramach procesu Certyfikacji weryfikacja Oprogramowania i Dokumentacji może być prowadzona wielokrotnie, do momentu usunięcia wszystkich wad (tak pkt 4.8 Załącznika nr 2C1).

Biorąc powyższe pod uwagę z perspektywy Odwołującego niedopuszczalna jest sytuacja, jaką próbuje usankcjonować Zamawiający, w której przyznaje on sobie prawo do odstąpienia od realizacji procesu Certyfikacji w odniesieniu do danego Produktu bez ponoszenia z tego tytułu jakichkolwiek kosztów poniesionych przez Wykonawcę. Postanowienie takie zawarte w pkt 4.9 Załącznika nr 2C1 do Umowy jest rażąco próbą wykorzystania dominującej pozycji Zamawiającego i naraża Wykonawcę na poniesienie znacznych kosztów bez jakiegokolwiek uzasadnienia. Przeciwnie pracochłonność czynności zespołu Wykonawcy może wynosić przy dużych Produktach w dziesiątkach dni pracy, co oznacza koszt wielu dziesiątek tysięcy złotych. Oczekiwanie przez Zamawiającego, że Wykonawca ma sfinansować ten koszt w sytuacji, gdy on sam zrealizował swoje prace należycie, a odstąpienie od certyfikacji jest wyłączną decyzją Zamawiającego i związane jest ze złą jakością Produktów przedstawionych do Certyfikacji przez Zamawiającego, jest zupełnie pozbawione podstaw. Takie zapisy pozostają w sprzeczności z zasadami współżycia społecznego, naruszając równowagę kontraktową Stron oraz stanowią ewidentne nadużycie przez zamawiającego przysługującego mu prawa podmiotowego do ukształtowania istotnych postanowień umownych. W tej sytuacji żądamy dokonania zmiany treści kwestionowanego postanowienia w taki sposób, aby w każdym przypadku zrealizowania świadczeń dotyczących procesu Certyfikacji Wykonawca nabywał prawo do wynagrodzenia w wysokości odpowiadającej wartości pracochłonności prac zrealizowanych w tym procesie i stawki za Robociznę określonej w Umowie.

Mając pod uwagę wszystkie podniesione zarzuty wnosimy o ich uwzględnienie.



podpis osoby uprawnionej

Załączniki:

1. Pełnomocnictwo,
2. Odpis z KRS,
3. Dowód uiszczenia wpisu od odwołania,
4. Dowód doręczenia kopii Odwołania Zamawiającemu,
5. Pismo Sygnity Business Solutions SA do firmy Oracle
6. Pismo odpowiedź Firmy Oracle z dnia 19 listopada 2019 r.