

WYROK

z dnia 29 stycznia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska – Romek
Magdalena Grabarczyk
Marek Koleśnikow

Protokolant: Cyprian Świś

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 stycznia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 stycznia 2014r., przez **Asseco Poland S.A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów**, w postępowaniu prowadzonym przez **Kasę Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego, al. Niepodległości 190, 00-608 Warszawa**,

przy udziale:

wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **AMG.net S.A., Bull Polska Sp. z o.o., Bull SAS**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu dokonanie modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;**
 - a. przez wprowadzenie w załączniku nr 12 do siwz i wzorze umowy postanowień ograniczających odpowiedzialność wykonawcy za naprawę błędów i wad, wynikających z funkcjonowania oprogramowania standardowego IDM/SSO Oracle Identity Manager (OIM) w wersji 9.1, wyłącznie do wad i błędów, które wykonawca jest w stanie samodzielnie obejść bez wsparcia producenta.**

2. Kosztami postępowania obciąża **Kasę Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego, al. Niepodległości 190, 00-608 Warszawa, i:**
- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **Asseco Poland S.A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów**, tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od **Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego, al. Niepodległości 190, 00-608 Warszawa** na rzecz **Asseco Poland S.A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów** kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu.

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

Przewodniczący:

.....

.....

Sygn. akt: KIO 43/14

Uzasadnienie

Zamawiający - Kasa Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego prowadzi w trybie przetargu ograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest świadczenie usługi rozwoju systemu Workflow oraz jego utrzymanie a także związane z nimi usługi integracyjne. Przedmiot zamówienia został zawarty w załączniku nr 1 Opis przedmiotu zamówienia.

W dniu 10 stycznia 2014 roku odwołujący - Assaeco Poland S.A. wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie na czynność zamawiającego z dnia 31 grudnia 2014, polegającą na niezgodnym z przepisami ustawy sformułowaniu treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Odwołujący zarzucił naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 Ustawy, art. 29 ust. 1 i 2 Ustawy, art. 36 ust. 1 pkt 13) Ustawy, art. 91 ust. 2 i 3, art. 139 ust. 2 Ustawy, art. 140 Ustawy, art. 144 Ustawy oraz art. 5, art. 58, art. 353.1 art. 387 ust. 1 Kodeksu cywilnego w związku z art. 14 i art. 139 ust. 1 Ustawy oraz innych wskazanych w uzasadnieniu odwołania. Podniósł, że naruszenie powyższych przepisów może doprowadzić w konsekwencji do naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp i konieczności następczego unieważnienia postępowania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w zakresie wskazanym w niniejszym odwołaniu przez zmianę wskazanych zapisów w sposób wskazany w odwołaniu.

W odniesieniu do zarzutu nr 1 dotyczącego braku zapisów opisujących zakres obowiązków wykonawcy w zakresie migracji, niemożliwe do wykonania obowiązki w zakresie utrzymania oprogramowania opartego o oprogramowanie standardowe IDM/SSO Oracle Identity Manager w wersji 9.1., odwołujący wniósł o:

- a. opisanie w Załączniku Nr 1 „Opis przedmiotu zamówienia” szczegółowego zakresu migracji, terminów wykonania, ograniczeń realizacyjnych Zamawiającego, w tym warunków dostępu Wykonawcy do usługi Asysty Technicznej Zamawiającego w zakresie oprogramowania standardowego,
- b. określenie wynagrodzenia Wykonawcy z tytułu wykonania migracji, w szczególności, czy będzie to wynagrodzenie płatne w ramach wynagrodzenia za Modyfikacje (według ilości CFP), wynagrodzenia za usługi Utrzymania i usług integracyjnych (miesięczny ryczałt), czy też będzie to osobne wynagrodzenie, które powinno stać się osobnym elementem ceny, z osobną pozycją w Formularzu Ofertowym,

- c. określenie przez wyłączenie obowiązku naprawy błędów i wad oraz obsługi zgłoszeń spowodowanych błędami i wadami oprogramowania standardowego, że Wykonawca nie jest zobowiązany dochować określonych w SIWZ parametrów SLA dla błędów spowodowanych wadami oprogramowania standardowego, które w momencie zawierania umowy nie jest wspierane przez producenta oprogramowania.

Oдноśnie zarzut 2 dotyczącego braku należytego opisu zakresu usługi Utrzymania i Integracji, wniósł o określenie w Załączniku Nr 1 „Opis przedmiotu zamówienia” szczegółowego zakresu instruktaży, konsultacji, prezentacji, terminów wykonania, ilości osób do przeszkolenia, ilości grup szkoleniowych, miejsca przeprowadzenia, wymaganych materiałów.

Oдноśnie zarzutu 3 dotyczącego braku jednoznacznego i zamkniętego opisu zakresu usługi, wniósł o wykreślenie słowa „minimalne” w SIWZ w Rozdziale 3 „Opis przedmiotu zamówienia” w literze C „Dodatkowe uwarunkowania” Zamawiający w punktach 3-5 oraz jednoznaczne i wyczerpujące opisanie zakresu przedmiotu zamówienia w Załącznikach 3-5 poprzez odpowiednie wykreślenie słów „wybrane”, „istotne”.

Oдноśnie zarzutu 4 dotyczącego możliwości zlecenia usług na rzecz osób trzecich wniósł o wykreślenie § 10 ust. 4 lub zmianę tego postanowienia i nadanie mu brzmienia: „zamawiający zastrzega sobie prawo zlecenia podmiotom trzecim wykonywania modyfikacji Systemu w okresie obowiązywania gwarancji i rękojmi, przy czym w takiej sytuacji wykonawca zwolniony będzie z obowiązku świadczenia zobowiązań wynikających z udzielonej gwarancji i rękojmi”.

Oдноśnie zarzutu 5 dotyczącego kumulacji bonifikaty (obniżenia wynagrodzenia) oraz kary umownej, dwukrotnego karania za ten sam czyn, wniósł o wykreślenie we Wzorze Umowy (załącznik nr 13) postanowienia § 13 ust. 1 pkt 5) w całości - gdyż bonifikata przewidziana w Załączniku 12 jest już wystarczającą karą oraz sankcją, która mobilizować będzie Wykonawcę do należytego świadczenia usługi.

Oдноśnie zarzutu 6 – dotyczącego odpowiedzialności za opóźnienie wniósł o wykreślenie w § 13 ust. 1 słów „opóźnienie” i wpisanie do miejsce słów „zwłoka”.

Oдноśnie zarzutu 7 dotyczącego nieadekwatnej kary umownej wniósł o wykreślenie dotychczasowej treści § 13 ust. 1 pkt 5 lit a i wpisanie w to miejsce: „ WFL - 01 za każde uchybienie w dostępności na poziomie 0,1% poziomu gwarantowanego - w wysokości 1% wynagrodzenia miesięcznego brutto oraz za każdy rozpoczęty dzień zwłoki w wykonywaniu czynności opisanych w Załączniku nr 1 Opis Przedmiotu Zamówienia Realizacja - ust. 5.2 wraz z podpunktami - w wysokości 1.000 zł.”

Oдноśnie zarzutu 8 dotyczącego niejasnej przesłanki kary umownej wniósł o wykreślenie w § 13 ust. 1 pkt 5 sformułowania „wykonania Zlecenia Modyfikacji w sposób

niepozwalający na jego akceptację" i wpisanie w to miejsce „ wykonania Zlecenia Modyfikacji w sposób sprzeczny z AOM i dokumentacją Zlecenia Modyfikacji”.

Odnosnie zarzutu 9 dotyczącego braku należytego określenia kryterium Wydajność wnioś o zmianę i doprecyzowanie definicji współczynnika W, tak aby:

a. kryterium Wydajności w sposób jednoznaczny odnosiło się tylko i wyłącznie do zadań leżących po stronie Wykonawcy,

b. kryterium Wydajności nie było w jakikolwiek sposób zależne od zadań leżących po stronie Zamawiającego i innych podwykonawców, poprzez jawne wyłączenie czasu trwania tych zadań z czasu uwzględnianego w wyliczeniach współczynnika W,

c. precyzyjne określenie dat granicznych, do których odnosi się kryterium Wydajności „W” w oparciu o terminy zdefiniowane w SIWZ (np. termin wystawienia Zlecenia Modyfikacji).

a także o doprecyzowanie definicji współczynnika „W” poprzez podanie precyzyjnego algorytmu wyliczania jego wartości na podstawie danych wymaganych w Ogłoszeniu, założeń, jakie musi przyjąć Wykonawca dokonujący przeliczania miesięcy/dni/godzin oraz dla uniknięcia wszelkich wątpliwości zamieszczenie w SIWZ przykładu takiego wyliczenia współczynnika W dla minimalnych warunków podanych w Ogłoszeniu w sekcji III 2.3 pkt 3.

Odnosnie zarzutu 10 dotyczącego braku należytego określenia algorytmu oszacowania kosztów realizacji wymagań pozafunkcyjnych „Wymiarowanie metodą COSMIC” wnioś o zmianę sposobu wymiarowania wymagań pozafunkcyjnych Modyfikacji przez podanie poprawnego matematycznie i precyzyjnego sposobu wyliczania ich kosztów.

Odnosnie zarzutu 11 dotyczącego braku udostępnienia przez zamawiającego wraz z treścią zadania aktualnego modelu analitycznego w postaci pliku EAP wnioś o nakazanie wykonania postanowień siwz i przekazanie materiałów w terminie nie krótszym niż 30 dni przed dniem składania ofert – a w tym celu dokonania odpowiedniej zmiany siwz.

Odnosnie zarzutu 12 dotyczącego braku należytego opisu przedmiotu Zadania wnioś o doprecyzowanie treści Zadania, tak, aby treść zadania spełniała wymagania w standardy w rozumieniu precyzji opisu w zakresie Uzgodnienia Projektowego określone przez zamawiającego w załączniku nr 4 oraz załączniku nr 5 do siwz.

Zamawiający pismem z dnia 23 stycznia 2014 roku dokonał modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zaś w dniu 14 stycznia 2014 roku udostępnił wykonawcom Aktualny Modelu Analitycznego w postaci pliku EAP dla narzędzia Enterprise Architect dla Systemu Workflow. W dniu 27 stycznia 2014 roku wnioś odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił w całości zarzuty określone w pkt 4, 7, 10, 11 i dokonał modyfikacji treści siwz

zgodnie z żądaniami odwołującego. Zarzuty określone w pkt 2,5, 8,9 uwzględnił w części i wniósł o oddalenie zarzutów 1,3,6,12.

Na podstawie dokumentacji akt sprawy oraz mając na uwadze stanowiska stron postępowania złożone do protokołu rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu odwołania, ponadto na skutek działań zamawiającego może doznać uszczerbku w postaci braku możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Odnosnie zarzutów, podniesionych w odwołaniu i podtrzymywanych w toku rozprawy, Izba zważyła, co następuje:

1. Brak zapisów opisujących zakres obowiązków wykonawcy w zakresie migracji, niemożliwe do wykonania obowiązki w zakresie utrzymania oprogramowania opartego o oprogramowanie standardowe IDM/SSO Oracle Identity Manager w wersji 9.1.

Zarzut zasadny.

W Załączniku nr 12 do SIWZ i Umowy „Parametry Usług i SLA” w rozdziale 6 "WFL-04 Obsługa aktualizacji" Zamawiający wskazał: „Wykonawca zobowiązany jest w ramach świadczenia usługi aktualizacji zapewnić funkcjonowanie systemu WORKFLOW na oprogramowaniu w wersjach wspieranych przez ich producentów przez okres nie krótszy niż 6 m-cy”.

Niespornym między stronami jest, że wsparcie dla oprogramowania IDM/SSO Oracle Identity Manager w wersji 9.1 świadczone wyłącznie przez producenta Oracle Inc. zakończyło się 31 grudnia 2013 roku i aktualnie z przyczyn obiektywnych niemożliwym jest zakupienie tej usługi. Okoliczność ta sprawia, że bezwarunkowe zobowiązanie wykonawcy do świadczenia usług wsparcia systemu Workflow i pełna odpowiedzialność za błędy i zgłoszenia, które mogą wynikać z funkcjonowania oprogramowania Oracle w wersji 9.1, którego wsparcie wygasło, jest nadmiarowe. Zdaniem Izby odpowiedzialność ta może dotyczyć co najwyżej błędów w systemie Workflow, spowodowanych błędami oprogramowania standardowego, które mają charakter powszechnych, takich które już kiedyś się pojawiły oraz tych, które wykonawca jest w stanie obejść bez pomocy producenta. W pozostałym zakresie tzw. „błędów nowych”, dotąd nieznanymi, których obejście jest niemożliwe lub których naprawa wymaga współdziałania producenta, nie można nakładać na wykonawcę odpowiedzialności

za niewłaściwe funkcjonowanie systemu Workflow, wynikłe na skutek zaistnienia tego typu błędów w oprogramowaniu standardowym OIM w wersji 9.1.

Niewątpliwie zamawiający wymaga od wykonawców dokonania migracji oprogramowania standardowego IDM/SSO OIM w wersji 9.1 do wyżej wersji IDM/SSO OIM w wersji 11g. Konieczność wykonania migracji i jej zakres został wskazany wprost w pkt 6 załącznika nr 12, gdzie zamawiający podał: „usługa obejmuje: monitorowanie, dostarczanie, testowanie, migrację i wdrażanie nowych wersji oprogramowania standardowego i aplikacyjnego (...)” . Wobec powyższego niezasadnym jest twierdzenie odwołującego co do niedostatecznego i niepełnego określenia przedmiotu zamówienia. Zgodzić się należy z zamawiającym, że termin wykonania migracji winien być określony w Planie migracji, sporządzonym i przedstawionym zamawiającemu w terminie 30 dni od zawarcia umowy. Z postanowień siwz wynika także, że wynagrodzenie wykonawcy z tytułu migracji jest zawarte w całkowitym wynagrodzeniu wykonawcy za wykonanie usługi, co powoduje, że również w tym zakresie twierdzenie odwołującego co do braku określenia sposobu wynagrodzenia za usługę migracji.

W świetle powyższego, Izba uznała za konieczne dokonanie modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia przez wprowadzenie w załączniku nr 12 do siwz i wzorze umowy postanowień ograniczających odpowiedzialność wykonawcy za naprawę błędów i wad, wynikających z funkcjonowania oprogramowania standardowego IDM/SSO Oracle Identity Manager (OIM) w wersji 9.1, wyłącznie do wad i błędów, które wykonawca jest w stanie samodzielnie obejść bez wsparcia producenta.

2. Brak jednoznacznego i zamkniętego opisu zakresu usługi.

Zarzut niezasadny.

W rozdziale 3 siwz „Opis przedmiotu zamówienia” lit.C „Dodatkowe uwarunkowania” w pkt 3-5 zamawiający podał, że Załączniki 3-5 do siwz zawierają „Wymagane założenia minimalne dla świadczonych usług i dokumentowania”.

Zgodzić się należy z zamawiającym, że sformułowanie „minimalne” oznacza wytyczne, które muszą być przez wykonawcę spełnione. Niewątpliwie, przy tego typu zamówieniu musi istnieć aktywne współdziałanie stron umowy, w trakcie której dojdzie do ustalenia szeregu zasad i standardów, stąd nie jest możliwym na tym etapie postępowania, określenie zamkniętego katalogu czynności, jakie będzie w trakcie realizacji usługi musiał wykonać wykonawca. Słusznie wskazał zamawiający, że w ramach tzw. Etapu Przejściowego przewidzianego w Opisie Przedmiotu Zamówienia dojdzie do opracowania i uzgodnienia między stronami szeregu zasad, standardów i procedur, które będą spełniane przez wykonawcę na etapie Realizacji.

3. Kumulacja bonifikaty (obniżenia wynagrodzenia) oraz kary umownej, dwukrotne karanie wykonawcy za ten sam czyn.

Zarzut niezasadny.

W § 13 ust. 1 pkt 5 umowy, w jego brzmieniu nadanym modyfikacją z dnia 23 stycznia 2014 roku, zamawiający przewidział możliwość naliczenia kary umownej w przypadku opóźnienia lub nienależytego wykonania, skutkującego niedotrzymaniem parametrów Usług i SLA, o których mowa w Załączniku nr 12. W lit a-c podał przesłanki zastosowania kar umownych dla WFL-01, WFL-02 i WFL-03 a także WFL-04. W lit c przewidział naliczenie kary umownej w przypadku opóźnienia lub nienależytego wykonania - dla WFL -02 i WFL -03 - w przypadku przekroczenia dwukrotności czasu reakcji lub dwukrotności czasu realizacji za każdą sumaryczną i pełną godzinę przekroczenia parametrów - w wysokości 1000 zł dla każdego zgłoszenia z osobna.

W pkt 7 załącznika nr 12 zamawiający zobowiązał wykonawcę do comiesięcznego raportowania ilości i poziomu świadczonych usług - parametrów SLA. Wskazał, że w przypadku niedotrzymania SLA dla usług WFL-02 lub WFL-03 wykonawca jest zobowiązany do obliczania i udzielania na rzecz zamawiającego stosownych bonifikat związanych z niedotrzymaniem wymaganej jakości realizacji tych usług.

W oparciu o wyżej wskazane postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, Izba stwierdziła, że przesłanki skutkujące naliczeniem kar umownych za niedotrzymanie parametrów i usług SLA są odmienne od przesłanek, będących podstawą udzielania zamawiającemu stosowanych bonifikat. Bonifikata może być zastosowana wyłącznie w przypadku niedotrzymania SLA dla usług WFL-02 i WFL-03, podczas gdy kary umowne przewidziane w § 13 ust. 1 pkt 5 umowy dotyczą także usług WFL-01, WFL-04.

Bonifikata może być naliczana comiesięcznie, w oparciu o składane przez wykonawcę raporty, i jest zależna od liczby zgłoszeń przyjętych do realizacji, poziomu świadczonych usług a także dostępności, niezawodności i skuteczności całkowitej. Kara umowna przewidziana w § 13 ust. 5 lit. b umowy za opóźnienie lub nienależyte wykonanie skutkujące niedotrzymaniem parametrów usług i SLA dla WFL- 02 i WFI-03 stanowi niejako dodatkową sankcję, która może być jednak zastosowana wyłącznie w szczególnym przypadku polegającym na przekroczeniu dwukrotności czasu reakcji lub dwukrotności czasu realizacji. Z uwagi na okoliczność, że przesłanki uzasadniające zapłatę kar umownych oraz naliczenie bonifikaty są różne i nie zachodzi sytuacja „podwójnego” karania wykonawcy za ten sam czyn, Izba uznała, że ustanowienie tych sankcji nie narusza art. 353¹ kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 i art. 139 ustawy Pzp.

Na marginesie podnieść należy, że odwołujący nie kwestionował w treści odwołania wysokości bonifikaty, domagał się wykreślenia kar umownych określonych w § 13 ust. 5 w całości, wskazując że bonifikata jest już wystarczającą sankcją, która ma mobilizować wykonawcę do należytego świadczenia usługi. Okoliczność ta powoduje, że argumentacja odwołującego podniesiona w toku rozprawy dotycząca wygórowanej wysokości bonifikaty, jak nie podniesiona w treści odwołania, nie może być przedmiotem rozpoznania przez Izbę.

4. Odpowiedzialność za opóźnienie.

Zarzut niezasadny.

W § 13 ust. 1 pkt 1-5 umowy zamawiający przewidział możliwość naliczenia kar umownych w przypadku opóźnienia w wykonaniu obowiązków przewidzianych w umowie. W pkt 1-3 zawarł zastrzeżenia wyłączające odpowiedzialność wykonawcy w przypadku opóźnienia wynikającego z przyczyn leżących po stronie zamawiającego.

Zdaniem Izby, nie ma przeszkód prawnych, aby dłużnik, na podstawie art. 473 § 1 k.c. przyjął w umowie odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania także z powodu okoliczności niezawinionych. Swoboda kontraktowania daje stronom w zasadzie możliwość dowolnego kształtowania stosunków w zakresie sposobu wykonania świadczenia i odpowiedzialności za jego niewykonanie lub nienależyte wykonanie. Możliwość rozszerzenia (zaostrzenia) zakresu odpowiedzialności dłużnika jest nieograniczona, bowiem przepis art. 473 § 1 k.c. w tym zakresie nie określa żadnych granic. Strony w umowie mogą więc przyjąć odpowiedzialność dłużnika niezależnie od winy (na zasadzie ryzyka) lub nawet przyjąć odpowiedzialność za siłę wyższą, za którą na podstawie ustawy dłużnik nie ponosi odpowiedzialności. Za dopuszczalną należy uznać także możliwość, że odszkodowanie za nienależyte wykonanie umowy może przysługiwać wierzycielowi, jeżeli niewykonanie lub nienależyte wykonanie będzie następstwem innych okoliczności, niż tylko zawinione zachowanie dłużnika (podobnie wyrok SN z 27 czerwca 2003 r., IV CKN 300/01, LEX nr 251531).

Jeżeli strony w umowie, zdecydowały się na rozszerzenie zakresu odpowiedzialności w stosunku do uregulowanej ustawowo i zastrzegły karę umowę z tytułu opóźnienia w wykonaniu lub nienależytym wykonaniu umowy, to bez znaczenia są przyczyny, które spowodowały niedotrzymanie przez dłużnika terminu wykonania zobowiązania i ocena czy opóźnienie ma formę kwalifikowaną, zależną od winy. Nadmienić należy, że zastrzeżenie kary umownej z powodu opóźnienia nie wyłącza możliwości zastosowania powszechnie obowiązujących przepisów kodeksu cywilnego, w tym art. 484 § 2 k.c.

W konsekwencji, nie zasługuje na uznanie stanowisko odwołującego, że postanowienie umowne przewidujące odpowiedzialność za opóźnienie narusza art. 473 § 1 k.c. oraz wyrażoną w art. 487 § 2 k.c. zasadę ekwiwalentności świadczeń stron wynikających z umowy wzajemnej.

5. Brak należytego określenia kryterium Wydajność (współczynnik „W” oznaczający wydajność procesu produkcji).

Zarzut niezasadny.

Zamawiający ustalił następujące kryteria oceny ofert:

1. cena oferty (C) - 70%
2. zadanie (Z) - 20%,
3. wydajność (W) - 10 %.

Pod pojęciem wydajności zamawiający rozumiał wydajność procesu produkcji wykazaną w ofercie wyrażoną w liczbie godzin potrzebnej na realizację jednego CFP (h/CFP).

W formularzu ofertowym zamawiający wymagał podania współczynnika W, wskazując jednocześnie w uwadze, że oferowana wydajność procesu produkcji nie może być gorsza niż wydajność procesu produkcji realizacji zleceń spełniających warunki udziału w postępowaniu zgodnie z zapisami sekcji III.2.3 pkt 3 Warunków Udziału w Postępowaniu. Wykonawca zobowiązuje się iż wydajność procesu produkcji w trakcie realizacji umowy będzie nie gorsza niż oferowana.

W sekcji III 2.3 pkt 3 Ogłoszenia o zamówieniu, Warunków Udziału w Postępowaniu zamawiający podał: „W zakresie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia wykaże, że w ramach usług referencyjnych wskazanych w pkt 1 wykonał, co najmniej 3 zlecenia budowy i/lub rozwoju funkcjonalności systemu informatycznego, przy czym każde z tych zleceń spełniało poniższe warunki: a) miało rozmiar funkcjonalny minimum 100 CFP: b) było zrealizowane w ciągu maksimum 3 miesięcy od momentu rozpoczęcia cyklu wytwórczego do momentu zakończenia cyklu wytwórczego: (...)”

Przez „moment rozpoczęcia cyklu wytwórczego” zamawiający rozumie moment przyjęcia zlecenia na budowę nowej funkcjonalności lub rozwój istniejącej funkcjonalności przez Wykonawcę (zawarcie umowy, przyjęcie zlecenia do realizacji - chyba że z przedstawionych przez Wykonawcę dokumentów wynikać będzie w sposób nie budzący wątpliwości inna data rozpoczęcia cyklu wytwórczego) a przez „moment zakończenia cyklu wytwórczego” - odbiór zlecenia.”

Zgodzić się należy z zamawiającym, że wydajność nie dotyczy cechy wykonawcy, ale należy ją rozumieć jako czas niezbędny do wykonania zadania o określonej złożoności. W tym znaczeniu kryterium wydajność odnosi się do przedmiotu, a nie właściwości podmiotowych

wykonawcy, stąd twierdzenie odwołującego co do naruszenia art. 91 ust. 3 ustawy Pzp jest bezzasadne. Naturalnym jest, że na zaoferowany czas wykonania zadania składa się także czas współdziałania innych osób trzecich i kontrahentów, dlatego też nie można uwzględnić żądania odwołującego co do określenia kryterium wydajności, w taki sposób aby odnosiło się ono wyłącznie do zadań leżących po stronie wykonawcy. Zdaniem Izby opisane kryterium Wydajności jest jasne i nie wymaga doprecyzowania. Parametr wydajności umożliwia ustalenie czasu niezbędnego na wykonanie przyszłych modyfikacji, który będzie egzekwowany od wykonawcy w toku realizacji zamówienia.

Niezależnie od powyższego Izba wskazuje, że kryterium Wydajności było znane odwołującemu już na etapie ogłoszenia o zamówienia, co powoduje, że kwestionowanie go na obecnym etapie postępowania jest spóźnione.

6. Brak należytego określenia algorytmu oszacowania kosztów realizacji wymagań pozafunkcyjnych.

Zarzut niezasadny.

W załączniku nr 6 do siwz zamawiający podał wymiarowanie modyfikacji metodą COSMIC, wskazując, że prace rozwojowe Systemu Workflow są wyceniane w oparciu o wyznaczone liczby Punktów Funkcyjnych (CFP) Modyfikacji dla nowego i modyfikowanego oprogramowania. Za podstawę dla wyznaczenia liczby CFP przyjęto metodę COSMIC w wersji 3.0.1 wraz z rozszerzeniami. W pkt 5 Wymiarowanie wymagań pozafunkcyjnych Modyfikacji, przewidział, że metoda COSMIC służy wymiarowaniu wymagań funkcjonalnych.

„W przypadku obecności w zakresie Uzgodnienia Projektowego w/w wymagań pozafunkcyjnych w ramach Oferty wykonania Wykonawca zobowiązany jest podać liczbę roboczogodzin pracochłonności na ich realizację wraz z wyczerpującym uzasadnieniem. Iloraz tej liczby roboczogodzin przez wydajność procesu produkcji zaoferowanego przez Wykonawcę w ofercie stanowi oszacowanie kosztów (w CFP) realizacji wymagań pozafunkcyjnych - zarówno w Szacowaniu wstępnym jak i Wymiarowaniu pełnym”

Zamawiający uwzględnił zarzut odwołania i dokonał modyfikacji pkt 5 Załącznika nr 6 przez zastąpienie jednostki „roboczogodzina” jednostką „godzina”, zatem w tym zakresie zarzut odwołania jest bezprzedmiotowy.

Niezasadnym jest także, w ocenie Izby, podważanie metody COSMIC, przewidzianej do wymiarowania wymagań pozafunkcyjnych. Metoda ta, jak słusznie wskazał w toku rozprawy zamawiający, jest powszechnie znaną metodą wyceny, opracowaną i utrzymywaną przez organizację Common Software Measurement International Consortium. Odwołujący, kwestionując jej skuteczność, nie zaproponował żadnego innego rozwiązania.

7. Brak należytego opisu przedmiotu Zadania.

Zarzut niezasadny.

W załączniku nr 15 do siwz „Ocena jakości zadania” zamawiający opisał kryterium KJ-03, wskazując: nazwa: realizacja Uzgodnienia Projektowego, Weryfikacja: dostarczony AOM realizuje wszystkie wymagania z Zadania.

Analityczny Opis Modyfikacji (AOM) to, zgodnie z definicją zawartą w pkt 11 załącznika nr 13 - dokumentacja analityczna - pogłębione Uzgodnienie Projektowe oraz Pełne Wymiarowanie zrealizowane dla Modyfikacji zgodnie ze Standardami Wykonawczymi oraz PUiR Systemu Workflow”

W załączniku nr 15 zamawiający podał, że „treść zadania projektowego zawiera zbiór wymagań, które Dostawca zobowiązany jest przeanalizować i opracować w postaci Analitycznego Opisu Modyfikacji zgodnie z wymogami zawartymi w SIWZ z wykluczeniem prototypu funkcjonalnego”. W pkt 2 podał, że przedmiotem zadania jest opracowanie koncepcji integracji Systemu Workflow z Rejestrem PESEL (...). Wykonawca opracowując zadanie korzysta z dokumentacji udostępnionej przez zamawiającego, wskazanej przez zamawiającego oraz z dokumentacji MSW udostępnianej na stronie internetowej CPI.

W ocenie Izby opisane zadanie spełnia wymagania dotyczące opisu przedmiotu zamówienia, zamówienie kierowane jest do profesjonalistów w tej branży, którzy w oparciu o dane z zadania mają przygotować Analityczny Opis Modyfikacji. Jak słusznie wskazał zamawiający weryfikacji w kryterium KJ-03 będzie podlegać to, czy dostarczony AOM realizuje wszystkie wymagania zadania. Nie ma zatem obawy, że przedmiotem oceny będzie weryfikacja dostarczonego AOM z Uzgodnieniem Projektowym, które nie zostało wykonawcom przedstawione.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 1, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....

.....