

Sygn. akt KIO/UZP 1274/10

**WYROK**  
**z dnia 12 lipca 2010 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz**

**Członkowie: Anna Packo**

**Małgorzata Rakowska**

**Protokolant: Paulina Zalewska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 lipca 2010 roku w Warszawie odwołania wniesionego przez **ComArch S.A z siedzibą Al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków** od rozstrzygnięcia przez Zamawiającego **Zakład Ubezpieczeń Społecznych z siedzibą przy ulicy Szamockiej 3-5, 01-748 Warszawa** protestu z dnia **28 maja 2010 roku**

**orzeka:**

**1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu dokonanie zmian w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.**

**2. Kosztami postępowania obciąża Zakład Ubezpieczeń Społecznych z siedzibą w Warszawie przy ulicy Szamockiej 3-5, 01-748 Warszawa i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero)

- groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **ComArch S.A z siedzibą Al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 044,00** (słownie: osiem tysięcy czterdzieści cztery złote 00 groszy) przez **Zakład Ubezpieczeń Społecznych z siedzibą przy ulicy Szamockiej 3-5, 01-748 Warszawa** na rzecz **ComArch S.A z siedzibą Al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, oraz wynagrodzenia pełnomocnika;
  - 3) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
  - 4) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **ComArch S.A z siedzibą Al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków.**

### **U z a s a d n i e n i e**

Zamawiający **Zakład Ubezpieczeń Społecznych** z siedzibą w Warszawie przy ulicy Szamockiej 3-5 prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego na wyłonienie wykonawcy w zamówieniu pod nazwą: „**Wdrożenie nowego portalu informacyjnego PUE**”; Nr sprawy: TZ/370/1190/09, opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 29 stycznia 2010 roku pod numerem 2010/S 20-028264.

Pismem z **20 maja 2010 roku** Zamawiający zaprosił wykonawcę ComArch S.A. (Odwołującego) do złożenia oferty, przesyłając jednocześnie z zaproszeniem Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia.

**28 maja 2010 rok** Odwołujący wniósł protest wobec czynność sporządzenia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”), w szczególności w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, określenia dokumentów wymaganych od wykonawców, opisu kryteriów wyboru oferty najkorzystniejszej i zasad oceny ofert oraz wzoru umowy.

Odwołujący w proteście zarzucił Zamawiającemu:

- naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 Ustawy, poprzez naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równości wykonawców, w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, określenia dokumentów wymaganych od wykonawców, opisu kryteriów wyboru oferty najkorzystniejszej i sposobu (zasad) oceny ofert oraz wzoru umowy,

- naruszenie art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 2 Ustawy poprzez opis przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji;
- naruszenie przepisu art. 29 ust. 1 Ustawy poprzez opis przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, za pomocą niedostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, nie uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty;
- naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 i art. 36 ust. 1 pkt 13) Ustawy, poprzez subiektywny i naruszający uczciwą konkurencję opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, oraz poprzez niewystarczające i wadliwe podanie znaczenia tych kryteriów oraz sposobu (zasad) oceny ofert.

Odwołujący wniósł o:

- modyfikację zapisów SIWZ w zakresie wskazanym w niniejszym proteście, w szczególności w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, określenia dokumentów wymaganych od wykonawców, opisu kryteriów wyboru oferty najkorzystniejszej i sposobu (zasad) oceny ofert oraz wzoru umowy, poprzez wykreślenie zapisów naruszających przepisy Ustawy (w tym naruszających zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców) bądź ich zmianę w sposób wskazany w niniejszym proteście;
- z ostrożności - unieważnienie postępowania w oparciu o przepisy art. 93 ust. 1 pkt 7) Ustawy, ponieważ przedmiotowe postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy.

**21 czerwca 2010 roku** zostało złożone (data stempla pocztowego) do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od rozstrzygnięcia protestu przez Zamawiającego (oddalił protest w całości) w przedmiotowym postępowaniu.

Odwołujący czynnościami Zamawiającemu zarzuca:

- naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 Ustawy, poprzez naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równości wykonawców, w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, określenia dokumentów wymaganych od wykonawców, opisu kryteriów wyboru oferty najkorzystniejszej i sposobu (zasad) oceny ofert oraz wzoru umowy;
- naruszenie art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 2 Ustawy poprzez opis przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji;
- naruszenie przepisu art. 29 ust. 1 Ustawy poprzez opis przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, za pomocą niedostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, nie uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty;
- naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 i art. 36 ust. 1 pkt 13) Ustawy, poprzez subiektywny i naruszający

uczciwą konkurencję opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, oraz poprzez niewystarczające i wadliwe podanie znaczenia tych kryteriów oraz sposobu (zasad) oceny ofert.

Odwołujący wnosi o uwzględnienie niniejszego odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- modyfikację zapisów SIWZ w zakresie wskazanym w niniejszym odwołaniu, w szczególności w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, określenia dokumentów wymaganych od wykonawców, opisu kryteriów wyboru oferty najkorzystniejszej i sposobu (zasad) oceny ofert oraz wzoru umowy, poprzez wykreślenie zapisów naruszających przepisy Ustawy (w tym naruszających zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców) bądź ich zmianę w sposób wskazany w niniejszym odwołaniu;
- z ostrożności - unieważnienie postępowania w oparciu o przepisy art. 93 ust. 1 pkt 7) Ustawy, ponieważ przedmiotowe postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy.

**W uzasadnieniu protestu i odwołania Odwołujący podniósł, iż:**

Odwołujący złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i został zakwalifikowany do etapu składania ofert. Odwołujący ma interes prawny we wniesieniu protestu i odwołania, ponieważ - gdyby Zamawiający nie naruszył wskazanych przepisów Ustawy, mógłby Odwołujący złożyć ofertę w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a oferta ta mogłaby zostać wybrana jako oferta najkorzystniejsza.

Po pierwsze - Opis przedmiotu zamówienia - serwery.

W proteście Odwołujący podniósł, iż opis przedmiotu zamówienia sporządzony przez Zamawiającego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia narusza, w ocenie Odwołującego, przepisy art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 i art. 29 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący wskazuje, iż Zamawiający postawił wykonawcom następujące wymagania:

- „*potwierdzenia oficjalnym wynikiem testu SPEC jAppServer2004 opublikowanym przez niezależną od producenta organizację SPEC dla oferowanego modelu serwera wyposażonego w 2 oferowane procesory. Wynik testu dostępny musi być na stronie [www.spec.org](http://www.spec.org) lub fakt przeprowadzenia testu przez niezależną od producenta organizację SPEC oraz jego wynik zostanie potwierdzony oficjalnym oświadczeniem producenta lub przedstawiciela producenta.*”; oraz
- potwierdzenia „*oficjalnym wynikiem testu TCP-C opublikowanym przez niezależną od producenta organizację TCP dla oferowanego modelu serwera wyposażonego w 2 oferowane procesory. Wynik testu dostępny musi być na stronie [www.tpc.org](http://www.tpc.org) lub fakt przeprowadzenia*

*testu przez niezależną od producenta organizację TCP oraz jego wynik zostanie potwierdzony oficjalnym oświadczeniem producenta lub przedstawiciela producenta."*

Odwołujący oprotestował powyższe wymagania, wskazując, iż w chwili wnoszenia protestu (tym bardziej w dniu ogłoszenia SIWZ) nie są dostępne takie oficjalne testy i w związku z powyższym wniósł o modyfikację zapisów SIWZ, poprzez usunięcie wymogu spełnienia określonej ilości punktów według testów SPEC jAppServer2004 oraz TPC-C przez oferowane serwery lub zastąpienie wymogiem spełnienia określonej ilości punktów w testach SPECint\_rate2006, SPECfp\_rate2006.

Odwołujący wskazuje w uzasadnieniu odwołania, iż Zamawiający w dniu 10 czerwca 2010 roku dokonał 2 różnych, sprzecznych ze sobą czynności, bowiem z jednej strony oddalił protest w w/w zakresie wskazując, iż „nie wymaga i nigdy nie wymagał przedstawienia oficjalnych testów SPEC oraz TPC”; z drugiej strony zaś - przesłał wszystkim wykonawcom odpowiedzi na pytania, w których w odpowiedzi 161 i 230 stwierdził, iż „odstąpił od dostarczenia testów TCP-C i SPEC dla oferowanych serwerów”. Informując jednocześnie, iż „na podstawie art. 38 ust. 4 ustawy - Prawo zamówień publicznych dokonuje się modyfikacji Specyfikacji istotnych warunków zamówienia w następującym zakresie: Opis przedmiotu zamówienia - załącznik nr 1 do SIWZ - dla wszystkich serwerów, Zamawiający usunął wymóg potwierdzający wydajność określoną poprzez testy SPECjAppServer2004 oraz TPC- C". W ocenie Odwołującego Zamawiający w dniu 10 czerwca 2010 roku zarówno uwzględnił protest ComArch S.A. w zakresie zarzutu I - gdyż dokonał modyfikacji SIWZ zgodnie z żądaniem protestu, jak i oddalił protest - w rozstrzygnięciu protestu.

Wobec uwzględnienia żądania protestu w zakresie zarzutu I poprzez dokonanie modyfikacji SIWZ - ComArch S.A. nie podtrzymuje w odwołaniu zarzutu I z protestu.

Po drugie - Określenie dokumentów wymaganych od wykonawców oraz określenie opisu kryteriów wyboru oferty najkorzystniejszej i sposobu (zasad) oceny ofert -zaangażowanie sił i środków Zamawiającego.

W SIWZ w Rozdz. IV „Oferta oraz dokumenty wymagane od Wykonawcy” w pkt II ppkt 1.1) Zamawiający postawił wymóg przedłożenia przez wykonawców wraz z ofertą „Szczegółowego opisu koncepcji realizacji przedmiotu zamówienia”, na który składa się m.in. „opis planowanego zaangażowania sił i środków (ludzkich, finansowych) Zamawiającego ...”, zawierający w szczególności informację na temat łącznej ilości roboczogodzin zaangażowania Zamawiającego oraz środków finansowych Zamawiającego.

Zamawiający podał w tym punkcie SIWZ, że „będzie zaangażowany w szczególności w niżej wymienionych obszarach”, jako „zarządzania projektem”, poszczególne etapy realizacji, „nadzór architektoniczny nad całością projektu”, „prace administracyjne - techniczne - obsługa biurowa” jak i „inne niewymienione powyżej - Wykonawca zobowiązany jest do rozszerzenia listy obszarów jeśli uzna to za istotne.”

Jednocześnie w Rozdz. VII „Kryteria i zasady oceny ofert” pkt III.1 b) 1) Zamawiający określił jak będzie przyznawał punkty za kryterium „koncepcja realizacji” na podstawie złożonych dokumentów, postanawiając, że *„będzie premiował jak najmniejsze zaangażowanie sił i środków Zamawiającego.”* Zamawiający określił skalę punktowa 0-20, *„przy czym za zaangażowanie sił ludzkich 0-15 pkt, za zaangażowanie środków finansowych 0-15 pkt. W przypadku, gdy zaangażowanie środków finansowych Zamawiającego będzie równe 0 Wykonawca otrzyma 5 pkt.”*

Odwołujący podnosi, iż należy stwierdzić naruszenie przepisów Ustawy w zakresie określenia dokumentów wymaganych od wykonawców oraz określenie opisu kryteriów wyboru oferty najkorzystniejszej i sposobu (zasad) oceny ofert. Przede wszystkim należy stwierdzić, że „obszary” zaangażowania sił i środków Zamawiającego zostały wymienione w sposób niezamknięty, jak i same w sobie zostały określone w sposób nieprecyzyjny. Nie pozwala to na rzetelne sporządzenie oferty, a sposób oceny ofert przez Zamawiającego będzie dowolny i arbitralny.

Odwołujący uzasadnia, iż Wykonawca nie ma możliwości oszacowania nakładów ludzkich i finansowych Zamawiającego. Zamawiający premiuje minimalne angażowanie swoich zasobów, jednocześnie zastrzega sobie: - Kierowanie projektem, - utrzymywanie biura projektów, -realizację szeregu prac przez Wykonawcę w uzgodnieniu z Zamawiającym, - możliwość przeprowadzania przez ZUS niezależnych i nieprzewidzianych audytów (przykład; zapis na str. 36 i 37 Załącznika nr 1 do SIWZ - Opis przedmiotu zamówienia).

Odwołujący podnosi również, iż zgodnie z pkt 4.3 Załącznika nr 1 do SIWZ - Opis przedmiotu zamówienia" *-,„Wykonawca będzie realizował przedsięwzięcie zgodnie z opracowanym przez niego i zaakceptowanym przez Zamawiającego Harmonogramem realizacji zamówienia. Wykonawca przygotowuje dokumentację zawierającą uzgodniony z Zamawiającym proces wytwórczy. Proces wytwórczy będzie dotyczył zarówno dostarczanego oprogramowania jak i sprzętu. Będzie zakładał iteracyjność wytwarzanego rozwiązania, a także możliwość nadzoru i monitorowania prac przez Zamawiającego.”* tak więc, szczegóły przedmiotu zamówienia będą znane dopiero po zawarciu umowy, dopiero w trakcie jej realizacji. Odwołujący podnosi, że na etapie przygotowania ofert nie jest możliwe oszacowanie nakładów Zamawiającego. Zamawiający teoretycznie daje swobodę wykonawcom w zakresie określenia wymaganego zaangażowania Zamawiającego. Jest to jednak pozorne, gdyż w „Opisie Przedmiotu Zamówienia” Zamawiający zastrzega sobie szereg prac, w które chce być zaangażowany, nie precyzując w żaden mierzalny sposób poziomu tego zaangażowania. Przykład: zastrzeżenie prawa Zamawiającego do prowadzenia projektu przez delegowanego przez siebie pracownika (str. 8 Załącznika nr 1 do SIWZ) oraz delegowanie szeregu pracowników do realizacji prac projektowych (diagram 2 str. 29 Załącznika nr 1 do SIWZ). Ponadto Zamawiający zastrzega sobie

udział w pracach projektowych praktycznie na każdym etapie projektu (str. 32 Załącznika nr 1 do SIWZ). Odwołujący wskazuje następujące wymagania Załącznika nr 1 do SIWZ:

Specyfikacja Wymagań - „Uzgadniana przez Wykonawcą z Zamawiającym. Wymaga zatwierdzenia przez Zamawiającego.”

Projekt Techniczny - „Uzgadniany przez Wykonawcą z Zamawiającym, Wymaga zatwierdzenia przez Zamawiającego.”

Plan wdrożenia - „Uzgadniany przez Wykonawcą z Zamawiającym, Wymaga zatwierdzenia przez Zamawiającego.”

Plan Testów Akceptacyjnych - „Uzgadniany przez Wykonawcą z Zamawiającym. Wymaga zatwierdzenia przez Zamawiającego.”

Raport z testów akceptacyjnych - „Uzgadniany przez Wykonawcą z Zamawiającym. Wymaga zatwierdzenia przez Zamawiającego”

Dokumentacja powykonawcza - „Uzgadniana przez Wykonawcą z Zamawiającym. Wymaga zatwierdzenia przez Zamawiającego.”

Audyt - „Zamawiający zastrzega sobie prawo do przeprowadzenia u Wykonawcy w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia, własnych audytów w zakresie dotyczącym realizacji przedmiotu zamówienia. Audyt taki przeprowadzany jest w terminie uzgodnionym z Wykonawcą. Wyniki audytu zostaną przekazane Wykonawcy niezwłocznie. Wady i usterki wykryte w ramach audytu zostaną usunięte przez Wykonawcę w terminie uzgodnionym z Zamawiającym...”

Odwołujący podnosi, iż na podstawie powyżej zacytowanych fragmentów „Opisu Przedmiotu Zamówienia” Wykonawca nie jest w stanie określić poziomu zaangażowania osobowego Zamawiającego, w niektórych przypadkach nie jest on, bowiem możliwy do określenia w mierzalnych wartościach. Odwołujący wskazuje, iż zależy to od kompetencji pracowników Zamawiającego, poziomu ich produktywności, dostępności. Szereg prac (przykładowo audyty) są zadaniami przewidzianymi przez Zamawiającego jako opcjonalne. Zakres takiego audytu, pracochłonność jego przeprowadzenia jest znana tylko i wyłącznie Zamawiającemu. Ponadto Zamawiający sam stwierdza, że zaangażowanie jego środków możliwe będzie dopiero po wyborze Wykonawcy na etapie realizacji projektu i będzie umowne i wynikające niejako z potrzeby chwili i przebiegu projektu: „Wielkość zespołu Zamawiającego oraz zakres współpracy zostanie doprecyzowany po przedstawieniu przez Wykonawcę harmonogramu realizacji zamówienia o którym mowa w rozdziale 4.3 Proces wytwórczy.” {str. 37 Załącznika nr 1 do SIWZ}. Ponadto „W ramach uzgodnionej współpracy...” - (...) „ W zakresie oficjalnej komunikacji (w tym przekazywania dokumentów odbioru związanych z realizacją niniejszego zamówienia) Wykonawca powinien komunikować się z Zamawiającym za pośrednictwem Biura Projektu. Biuro Projektu jest odpowiedzialne m. in. za obsługą dokumentacji projektu. Ponadto, Wykonawca może komunikować się z Zamawiającym w

*trybie roboczym (w tym poprzez organizacją spotkań). Zasady i tryb tej komunikacji zostaną szczegółowo określone przez Strony po podpisaniu umowy.... " (str. 30 Załącznika nr 1 do SIWZ).*

*Dodatkowo Zamawiający zastrzega sobie prawo do prowadzenia Biura Projektu własnymi zasobami oraz przy wykorzystaniu narzuconego przez Zamawiającego oprogramowania. Zgodnie z zapisami zawartymi na str. 30 Załącznika nr 1 do SIWZ -„...Narzędzie wspomagające zarządzanie projektem - Mając na celu zapewnienie najwyższej sprawności w zakresie zarządzania rejestrami zagadnień, jakości, ryzyk a także pozostałymi elementami oferowanymi przez metodyką PRINCE2 przewiduje się wykorzystanie aplikacji wspomagającej zarządzanie projektem. Aplikacja zostanie udostępniona Wykonawcy, będzie utrzymywana oraz administrowana przez Zamawiającego... " Zamawiający nie precyzuje jaka to aplikacji oraz jakie są koszty utrzymania oraz administracji tej aplikacji po stronie Zamawiającego jednocześnie uniemożliwiając rzetelną ocenę nakładów finansowych które musi ponieść Zamawiający."*

Odwołujący podnosi, iż określenie dokumentów wymaganych od wykonawców oraz określenie opisu kryteriów wyboru oferty najkorzystniejszej i sposobu (zasad) oceny ofert należy uznać za wadliwe. Naruszony został przepis art. 7 ust. 1 Ustawy, poprzez naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równości wykonawców jak i art. 36 ust. 1 pkt 13 Ustawy, poprzez subiektywny i naruszający uczciwą konkurencję opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, oraz poprzez niewystarczające i wadliwe podanie znaczenia tych kryteriów oraz sposobu (zasad) oceny ofert. Odwołujący podnosi, iż opis kryteriów powinien być taki, aby ocena ofert była rzeczywista, dokonana w oparciu o dane podlegające weryfikacji, w przedmiotowym postępowaniu niemożliwe jest dokonanie rzeczywistej oceny ofert przez Zamawiającego, w oparciu o dane, które mogłyby być poddane faktycznej weryfikacji dopiero w trakcie realizacji zamówienia. Ocena określonych w ofercie informacji na temat zaangażowania sił i środków Zamawiającego będzie nierzeczywista. Możliwość kontroli czynności Zamawiającego przez wykonawców biorących udział w postępowaniu jest w znacznym stopniu utrudniona lub wręcz niemożliwa.

Odwołujący podnosi, iż zgodnie z przepisem art. 36 ust, 1 pkt 13) Ustawy Zamawiający był obowiązany określić w SIWZ opis kryteriów oceny ofert, podanie ich znaczenia (wagi) oraz sposobu oceny ofert. Zamawiający musi każde kryterium szczegółowo opisać, w razie potrzeby podzielić na mniejsze elementy (nazywane „podkryteriami"). Zamawiający powinien podać obiektywne metryki do mierzenia kryterium. Niezbędny jest szczegółowy opis oceny oferty w tym aspekcie. Kryteria oceny ofert powinny być tak skonstruowane, żeby maksymalnie ograniczyć subiektywne odczucie i preferencje oceniającego. Tymczasem sposób

skonstruowania kryteriów oceny ofert przez Zamawiającego w praktyce pozwalają Zamawiającemu na zupełną dowolność oceny propozycji składanych przez wykonawców, a oferentom utrudnia przygotowanie rzetelnej oferty. Zamawiający oceniać będzie zawarte w ofertach „opisy”, co może prowadzić do subiektywnych ocen i dowolności w wyborze oferty najkorzystniejszej. Podany przez Zamawiającego sposób (skala) przyznawania punktów również jest nieprecyzyjny i arbitralny, ponieważ rozrzut pomiędzy możliwą ilością przyznawanych punktów jest bardzo duży, a w żaden sposób nie zostało określone za jakie konkretne wartości będą przyznawane punkty w podanych skalach.

Odwołujący wniósł w proteście o: wykreślenie wyżej wskazanych wymagań dotyczących treści oferty, kryterium „*planowanego zaangażowania sił i środków (ludzkich, finansowych) Zamawiającego ...*” oraz jego opisu i sposobu (zasad) oceny ofert w zakresie tego kryterium, bądź o precyzyjne, rzeczywiste i zamknięte wyszczególnienie *zaangażowania sił i środków (ludzkich, finansowych) Zamawiającego* z podaniem konkretnych przedziałów ilości roboczogodzin i ilości środków Zamawiającego, które Wykonawca ma przedstawić w ofercie, odnośnie tylko tych „obszarów”, które są zadaniami realizowanymi bezpośrednio i wyłącznie przez Wykonawcę (bez przewidywanego w SIWZ możliwego udziału Zamawiającego) i które są możliwe do określenia na etapie składania ofert.

W odwołaniu, w zakresie podnoszonego zarzutu, Odwołujący wskazuje, iż Zamawiający także w przypadku tego zarzutu zachował się dwoiście i sprzecznie - z jednej strony oddalił protest w zakresie zarzutu II, z drugiej zaś w dniu 10 czerwca 2010 roku w udzielonych odpowiedziach na pytania (pytanie 141 i 232) zmodyfikował SIWZ częściowo zgodnie z w/w żądaniami protestu wskazując, iż „*Wykonawca powinien brać pod uwagę wyłącznie te siły i środki, które określi sam. (...) Wykonawca nie powinien brać w tych szacunkach pod uwagę audytów przeprowadzanych przez Zamawiającego ani czynności związanych z kierowaniem projektem.*” Odwołujący wskazuje, że Zamawiający podnosi w rozstrzygnięciu odwołania, że *musi mieć wpływ na ostateczny kształt rozwiązania - stąd obowiązek uzgadniania z Zamawiającym niektórych elementów wchodzących w skład realizacji przedmiotu zamówienia.*” czyli intencją Zamawiającego jest jego osobiste duże zaangażowanie w realizację projektu; jednakże jednocześnie wzór służący do obliczania punktów za to właśnie zaangażowanie sił i środków Zamawiającego promuje jak najniższe zaangażowanie Zamawiającego. Zatem także w tym zakresie wyjaśnienia Zamawiającego, rozstrzygnięcie protestu oraz zapisy SIWZ są sprzeczne - gdyż nie jest jasne, co właściwie promuje Zamawiający. O ile w przypadku ceny - sprawa jest oczywista, cena powinna być najniższa, to w przypadku zaangażowania Zamawiającego wypowiedzi Zamawiającego są sprzeczne, co uniemożliwia Odwołującemu sporządzenie oferty najkorzystniejszej dla Zamawiającego. Jednocześnie Odwołujący wskazuje na ewentualne przyczyny wadliwości

zastosowanego wzoru: 1) mnożymy i dzielimy przez tę samą zmienną - tj. przez parametr stały „StawkaH”, która wynosi 150 złotych brutto; 2) nie wiadomo, co oznacza słowo brutto przy określeniu Stawki - czy brutto w rozumieniu podatku VAT - kwotę z podatkiem VAT, czy też brutto w rozumieniu podatku dochodowego (przed opodatkowaniem podatkiem dochodowym); 3) w przypadku ofert, gdzie zaangażowanie Zamawiającego będzie zerowe w przypadku parametrów PracaHbad oraz SrFinbad - konieczne byłoby dzielenie przez „0” - a zgodnie z zasadami arytmetyki jest to niemożliwe i wtedy nie jest możliwe w ogóle obliczenie takiego parametru. Co więcej Zamawiający wskazał, iż *„W przypadku, gdy zaangażowanie środków finansowych Zamawiającego będzie równe 0 Wykonawca otrzyma 5 pkt”* jest sprzeczne z zasadami arytmetyki, zaś żaden zapis SIWZ nie może być z nimi sprzeczne. Zamawiający nie jest uprawniony arbitralnie określać ilości punktów w jednym przypadku, podczas gdy w innych przypadkach ilość punktów wynika ze wzoru i jest zależna zarówno od oferty danego wykonawcy, jak i ofert konkurencji. Ponadto niezgodne z zasadami uczciwej konkurencji jest sytuacja, gdyby wykonawca, który w ogóle nie ma zamiaru angażować Zamawiającego otrzymał 5 punktów, zaś inny, z którego oferty wynika, że zaangażowanie będzie znaczne - otrzymałby 20 punktów (maksymalna ilość punktów za to kryterium). Przy takich sformułowaniach SIWZ brak zachowania proporcji pomiędzy jak najmniejszym zaangażowaniem (wpisanie „0”) a ilością otrzymanych punktów.

W ocenie Odwołującego zupełnie nieuzasadnione są twierdzenia Zamawiającego, iż w przypadku zastosowania tylko jednego kryterium, jakim jest cena, skutkuje to *„przerzuceniem wykonania wielu czynności przez Wykonawcę na Zamawiającego”* W przypadku dobrze sformułowanego SIWZ wszystkie obowiązki stron, w tym także obowiązki Zamawiającego, są określone w SIWZ i nie ma możliwości późniejszego „przerzucania” obowiązków na Zamawiającego.

#### Po trzecie - Opis przedmiotu zamówienia i wzór umowy - obniżenie wartości wynagrodzenia.

W SIWZ w Rozdz. II „Opis przedmiotu zamówienia” pkt I ppkt 17 oraz w Zał. nr 3 do SIWZ „Wzór umowy” §4 ust. 6, Zamawiający postanowił, że *„w przypadku, gdy zaangażowanie sił i środków Zamawiającego przy realizacji umowy, przekroczy o 50% zaangażowanie Zamawiającego określone przez Wykonawcę w ofercie, Zamawiający obniży wartość wynagrodzenia Wykonawcy o kwotę wynikającą z różnicy rzeczywistego zaangażowania i zaangażowania określonego przez Wykonawcę w opisie planowanego zaangażowania sił i środków Zamawiającego, stanowiącego załącznik nr 8 do umowy, przy założeniu kosztu roboczogodziny 150, -zł brutto.”* Odwołujący podnosił w proteście i podnosi w odwołaniu, iż Wykonawca nie ma możliwości oszacowania w ofercie nakładów ludzkich i finansowych Zamawiającego. Zapis dotyczący obniżenia wynagrodzenia powinien zostać skreślony przez Zamawiającego. Nawet jeśli Zamawiający

określiłyby konkretne przedziały ilości roboczogodzin i ilości środków Zamawiającego do wykorzystania w zadaniach bezpośrednio realizowanych przez Wykonawcę jako podlegające ocenie, to ich przekroczenie nie powinno być usankcjonowane obniżeniem wynagrodzenia. Chodzić mogłoby bowiem tylko o nakłady Zamawiającego możliwe do wykorzystania przez wykonawców a nie o nakłady związane z konieczną współpracą w trakcie realizacji zamówienia, która jest przecież warunkiem powodzenia każdego projektu informatycznego (szerzej każdego zamówienia).

W ocenie Odwołującego naruszony został przepis art. 7 ust. 1 Ustawy, poprzez naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równości wykonawców, jak i art. 29 ust. 2 Ustawy poprzez opis przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji oraz art. 29 ust. 1 Ustawy poprzez opis przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, za pomocą niedostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, nie uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Należy także podkreślić, iż przepisy Ustawy nie przewidują trybu „obniżania” wynagrodzenia Wykonawcy w przypadku wskazanym przez Zamawiającego, Obniżenie wynagrodzenie możliwe byłoby wyłącznie w drodze aneksu w przypadku, gdyby Zamawiający (w trybie zgodnym z Ustawą) zrezygnował z części przedmiotu zamówienia. Odwołując odnosząc się do rozstrzygnięcia protestu przez Zamawiającego, w którym Zamawiający wskazał, iż w art. 144 Ustawy zakres zmian w umowie nie został ograniczony, podnosi, iż Zamawiający nie wskazał, jaka będzie podstawa prawna obniżenia wynagrodzenia, a niewątpliwie nie jest możliwe dokonanie obniżenia wynagrodzenia - bez istnienia *causy* takiego obniżenia.

Po czwarte - Określenie opisu przedmiotu zamówienia, dokumentów wymaganych od wykonawców oraz określenie opisu kryteriów wyboru oferty najkorzystniejszej i sposobu (zasad) oceny ofert - metodyka prowadzenia realizacji zamówienia.

W SIWZ w Rozdz. IV „Oferta oraz dokumenty wymagane od Wykonawcy” w pkt II ppkt 1.2) Zamawiający postawił wymóg przedłożenia przez wykonawców wraz z ofertą dokumentu w postaci „nazwa metodyki prowadzenia realizacji zamówienia.”

W Rozdz. VII „Kryteria i zasady oceny ofert” pkt III. 1 b) 2) Zamawiający określił jak będzie przyznawał punkty za kryterium „koncepcja realizacji” na podstawie złożonych dokumentów, postanawiając, że w przypadku metodyki prowadzenia realizacji zamówienia będzie stosował skalę punktową 0-10. Zamawiający postanowił, że „przyzna punkty wg zasady: Za stosowanie metodyki: - PRINCE 2 - 1 0 pkt, ITIL - 7 pkt, PCM - 5 pkt, - za wskazanie każdej innej metodyki - 0 pkt.” Zgodnie z pkt III.2.3) ppkt 2 Ogłoszenia o zamówieniu odnośnie osób, którymi Wykonawca ma dysponować w trakcie realizacji zamówienia, Zamawiający postawił wymagania odnośnie określonych metodyk zarządzania projektem. W

przypadku, gdy którykolwiek z wykonawców przedstawił osobę z certyfikatem dotyczącym określonej metodyki, wybór w ofercie innej metodyki uznać należy za niemożliwy lub zajdzie sprzeczność pomiędzy wnioskiem a ofertą. Z jednej strony którykolwiek z wykonawców zgodnie z wymaganiami Zamawiającego postawionymi w Ogłoszeniu wykazuje dysponowanie osobą o znajomości określonej metodyki, a z drugiej wskazuje w ofercie inną metodykę wskazaną w pkt III. 1 b) 2). Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu dopuścił wykonawców posiadających kompetencje w zakresie innych metodyk traktując je równoważnie. Bezpodstawną jest gradacja punktacji za wybór jednej z metodyk traktowanych równorzędnie na etapie dopuszczenia Wykonawców do postępowania.

Wskazać należy również na sprzeczność pomiędzy zapisami samej SIWZ - pkt III. 1 b) 2) SIWZ z pkt 4.2 Organizacja projektu" (str. 28) Załącznika nr 1 do SIWZ - Opis przedmiotu zamówienia". Zamawiający w opisie kryteriów/zasad oceny ofert określił różne metodyki, a w opisie przedmiotu zamówienia jako obligatoryjną wskazał jedną z nich tj. PRINCE 2. Zamawiający określił „Metodykę prowadzenia projektu” w następujący sposób - Mając na uwadze prawidłowy przebieg przedmiotu prac, realizacja i organizacja projektu odbywać się będzie zgodnie z metodyką PRINCE2.” Także na str. 29 - „Zarządzanie ryzykiem” i str. 30 „Narzędzie wspomagające zarządzanie projektem” wskazana została jako dopuszczalna tylko metodyka PRINCE2. Organizacja projektu odbywać się ma zgodnie z metodyką PRINCE2, co praktycznie wyklucza możliwość realizacji projektu przez wykonawców nie posiadających kompetencji w zakresie metodyki PRINCE2.

W ocenie Odwołującego określenie dokumentów wymaganych od wykonawców oraz określenie opisu kryteriów wyboru oferty najkorzystniejszej i sposobu (zasad) oceny ofert należy uznać za wadliwe. Naruszony został przepis art. 7 ust. 1 Ustawy, poprzez naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równości wykonawców jak i art. 36 ust. 1 pkt 13 Ustawy, poprzez naruszający uczciwą konkurencję opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, oraz poprzez niewystarczające i wadliwe podanie znaczenia tych kryteriów oraz sposobu (zasad) oceny ofert. W zakresie metodyki PRINCE 2 wymaganej w Załączniku nr 1 do SIWZ stwierdzić należy naruszenie art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 2 Ustawy poprzez opis przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji jak i naruszenie przepisu art. 29 ust. 1 Ustawy poprzez opis przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, za pomocą niedostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, nie uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Z uwagi na powyższe uzasadnienie Odwołujący wnosi o modyfikację zapisów SIWZ w zakresie określenia dokumentów wymaganych od wykonawców oraz opisu kryteriów wyboru oferty najkorzystniejszej i sposobu (zasad) oceny ofert, poprzez: wykreślenie wyżej wskazanych wymagań dotyczących treści oferty, kryterium „*metodyka prowadzenia realizacji zamówienia...*” oraz jego opisu i

sposobu (zasad) oceny ofert w zakresie tego kryterium, bądź o precyzyjne, rzeczywiste i zamknięte wyszczególnienie konkretnych działań w zakresie metodyk wskazanych w Ogłoszeniu jako równoważne, które Wykonawca ma przedstawić w ofercie i które są możliwe do określenia na etapie składania ofert. Dopiero w przypadku określenia konkretnych działań i przyznania za nie określonej ilości punktów, realna byłaby uczciwa ocena punktowa. Odwołujący wnosi również o modyfikację zapisów SIWZ w zakresie Opisu przedmiotu zamówienia, poprzez: wykreślenie wyżej wskazanych wymagań dopuszczających jedynie PRINCE 2 jako „*metodykę prowadzenia realizacji zamówienia...*” i dopuszczenie metodyk wskazanych w Ogłoszeniu jako równoważne.

#### Po piąte - Określenie opisu przedmiotu zamówienia - oprogramowanie standardowe.

Zgodnie z SIWZ Rozdz. II pkt 1.2 2) przedmiot zamówienia obejmuje m.in. dostarczenie oprogramowania standardowego koniecznego do funkcjonowania Nowego Portalu Informacyjnego. W Załączniku nr 1 do SIWZ w pkt 1 „Słownik pojęć” jak i na str. 47 - Oprogramowanie standardowe - zostało zdefiniowane jako Oprogramowanie standardowe typu COTS (ang. Commercial Off-The-Shelf - „z półki”) - oprogramowanie charakteryzujące się następującymi cechami spełnionymi łącznie: komercyjne, produkowane seryjnie, gotowe do sprzedaży, o szerokiej dostępności w wielu krajach, o dostępnej dojrzałej i czytelnej dokumentacji technicznej, dostępnych usługach szkoleniowych, dostępnych certyfikowanych specjalistach, posiadające minimum 10 wdrożeń wykonanych przez minimum 3 niepowiązanych kapitałowo dostawców.

Odwołujący protestował a następnie podniósł w odwołaniu przesłanki, które wskazują na to, że Zamawiający uprzywilejowuje i dopuszcza do przedmiotowego zamówienia jedynie wykonawców będących jednocześnie autorami/producentami oferowanego oprogramowania „z półki”, oprogramowania standardowego. W ocenie Odwołującego tylko producenci mający pełnię autorskich praw majątkowych do produktu „oprogramowanie standardowe” mogą złożyć oświadczenia, takie jak wymaga tego Zamawiający, przekazać kody źródłowe, jak i tylko oni mogą uprawnnić Zamawiającego do bezterminowego korzystania w zakresie pól eksploatacji wymaganych przez Zamawiającego. Pozostali wykonawcy mogą oferować tylko oprogramowania na warunkach tzw. określonej przez samego Zamawiającego karty licencyjnej, czyli standardowych warunkach producenta. Odwołujący wskazuje na następujące postanowienia dokumentacji:

- rozdział II pkt 1.9 SIWZ i §1 ust. 10 wzoru umowy - „*Wykonawca oświadcza, że posiada prawo do dysponowania oprogramowaniem standardowym i udostępnia je Zamawiającemu do korzystania.*” Odwołujący nie podtrzymuje przedmiotowego zarzutu w odwołaniu.
- §1 ust. 11 wzoru umowy - „*W ramach nabytej/nabytych licencji Zamawiający jest uprawniony do bezterminowego korzystania (użytkowania) z dostarczonych oprogramowań standardowych bez możliwości jej/ich wypowiedzenia, na następujących polach eksploatacji: (...): 1) w zakresie utrwalania i zwielokrotniania (...), 2) w zakresie obrotu oryginałem lub kopią*

(...), 3) w zakresie dokonywania zmian w oprogramowaniu (...)." Odwołujący podtrzymał zarzut w odwołaniu nie zgadzając się z wyjaśnieniami Zamawiającego zawartymi w rozstrzygnięciu protestu

Odwołujący wskazuje, iż warunki, jakie postawił Zamawiający, są spełniane wyłącznie w przypadku oprogramowania opensource - oprogramowanie opensource nie jest objęte opieką twórcy oprogramowania, nie można domagać się dostarczania nowych wersji pozbawionych błędów i może ono być używane przez Zamawiającego na jego wyłączną odpowiedzialność. Jeśli Zamawiający ma zamiar oprzeć zamawiane rozwiązanie na oprogramowaniu opensource, to powinien to wprost wskazać w SIWZ,

- §1 ust. 12 wzoru umowy - *„Określone w niniejszej umowie warunki licencji mają znaczenie nadrzędne nad standardowymi w karcie licencyjnej chyba że warunki zawarte w karcie licencyjnej są korzystniejsze...”*

Odwołujący nie zgadza się z argumentacją zamawiającego zawartą w rozstrzygnięciu odwołania, iż ten zapis ma go chronić przed „nietypowymi” zapisami licencji na oprogramowanie standardowe. Odwołujący podnosi, że wymagania Zamawiającego wobec oprogramowania standardowego są nietypowe, inne niż standard obowiązujący na rynku. Zatem poprzez taki zapis Zamawiający uniemożliwia złożenie oferty przez wykonawców nie będących twórcami oprogramowania standardowego,

- §1 ust. 15 wzoru umowy - *„Wykonawca przekaze Zamawiającemu kody źródłowe”*

Odwołujący podnosi, zgodnie z rozstrzygnięciem protestu, iż warunek ten ma zastosowanie do oprogramowania dedykowanego - tymczasem z treści SIWZ nie wynika powyższe, konieczna jest w tym zakresie modyfikacja SIWZ.

Odwołujący podnosi, iż zastosowane przez Zamawiającego wymagania ograniczają krąg potencjalnych wykonawców bez żadnego istotnego uzasadnienia merytorycznego czy technicznego. Należy bowiem odróżnić oprogramowanie standardowe od dedykowanego dla Zamawiającego oprogramowania wytworzonego dla niego. Zamawiający ma prawo opisywać przedmioty według własnych wymagań czy potrzeb. Jednak w każdym takim przypadku na Zamawiającym spoczywa obowiązek uzasadnienia odstąpienia od ogólnych zasad opisu przedmiotu zamówienia. W art. 29 ust. 2 Ustawy mowa jest o tym, iż przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Przepis ten należy interpretować w odniesieniu do art. 7 ust. 1 Ustawy statuującego zasadę uczciwej konkurencji oraz zasadę równego traktowania wykonawców. Te zasady mają gwarantować dostęp do zamówień publicznych na równych prawach wszystkim podmiotom zdolnym do wykonania zamówienia, a prawidłowość i zrozumiałość opisu przedmiotu zamówienia ma w tym zakresie kluczowe znaczenie.

Odwołujący podnosi, iż konieczne jest zmodyfikowanie zapisów SIWZ w zakresie Opisu przedmiotu zamówienia, poprzez wykreślenie wyżej wskazanych wymagań dotyczących

oprogramowania standardowego i dopuszczenie do oferowania takiego oprogramowania na warunkach producentów.

**10 czerwca 2010 roku Zamawiający rozstrzygnął protest** - protest oddalić w zakresie wszystkich zarzutów jako całkowicie niezasadny. Zamawiający uzasadnia swoje stanowisko następująco:

- w zakresie zarzutów opisanych w punkcie pierwszym protestu Zamawiający dokonał modyfikacji zapisów SIWZ i przesłał jej treść wykonawcom osobnym pismem; jednocześnie nie uznał zarzutu za zasadny;
- w zakresie zarzutów opisanych w punkcie drugim protestu Zamawiający wyjaśnia, iż Wykonawca określając zaangażowanie sił i środków finansowych Zamawiającego powinien kierować się zasadą niezbędnego i planowanego, na etapie sporządzania przez Wykonawcę harmonogramu prac, zaangażowania Zamawiającego dla realizacji przedmiotu Zamówienia. Wykonawca nie powinien brać w tych szacunkach pod uwagę audytów przeprowadzanych przez Zamawiającego ani czynności związanych z kierowaniem projektem. Oczywistym jest, że Zamawiający musi mieć wpływ na ostateczny kształt rozwiązania - stąd obowiązek uzgadniania z Zamawiającym niektórych elementów wchodzących w skład realizacji przedmiotu zamówienia. Zamawiający wskazuje, że zaliczanie roboczogodzin zaangażowania Zamawiającego odbędzie się na podstawie wykresu Gantta prezentującego planowany przez Wykonawcę harmonogram prac związany z realizacją przedmiotu umowy. Zamawiający podnosi również, iż z jego doświadczenia wynika, że oceniając oferty z punktu widzenia jednego kryterium jakim jest cena w rzeczywistości skutkuje przerzuceniem wykonania wielu czynności przez Wykonawcę na Zamawiającego. Zamawiający podsumowując w uzasadnieniu wskazuje, iż „planowane zaangażowanie sił i środków” Zamawiającego dotyczy oszacowania przez Zamawiającego liczby roboczogodzin oraz wskazania środków finansowych koniecznych do poniesienia przez Zamawiającego bez uwzględniania zaangażowania wskazanego jako konieczne do poniesienia przez Zakład;
- w zakresie zarzutów opisanych w punkcie trzecim protestu Zamawiający wskazał, że dopuszczalne przez ustawodawcę w trybie i na zasadzie przepisu art. 144 pzp zmiany w umowie o zamówienie publiczne nie zostały przedmiotowo ograniczone ani do elementów przedmiotowo istotnych nie będących składowymi kryteriami oceny ofert ani też do elementów które stanowią o kryteriach oceny ofert. Zmiany w umowie są dopuszczalne także w zakresie istotnym pod warunkiem ich uprzedniego przewidzenia w SIWZ, Zamawiający wskazuje, iż podkreślenia wymaga fakt, iż ustawodawca nic wskazał w którym fragmencie winny zostać zawarowane (mimo, iż przepisem art. 36 ustawy wskazuje niezbędne elementy SIWZ) dopuszczając tym samym swobodę Zamawiającego w tym przedmiocie. Z tego względu niezrozumiałym jest wskazywanie na rzekome naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 Ustawy, poprzez naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równości wykonawców, jak i art. 29 ust. 2 Ustawy poprzez opis przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji. Zamawiający

postanowieniem SIWZ dotyczącym zaangażowania sił i środków w wymiarze tym postanowieniem wskazanym przewidział zmianę umowy w zakresie wynagrodzenia wykonawcy. Powyższy stan rzeczy pozostaje bez związku z porównywalnością ofert na etapie ich oceny. Sam przedmiotowy mechanizm jest uwidoczniiony w SIWZ i będzie dotyczył każdego z wykonawców którego oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą i w konsekwencji zostanie z nim zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego;

- w zakresie zarzutów opisanych w punkcie czwartym protestu Zamawiający wskazał, że w ogłoszeniu w punkcie 111.2.3) *Zdolność techniczna* określił progowe warunki udziału w postępowaniu dla Kierownika Projektu i jego Zastępcy tj.: *„...znajomość metodyki zarządzania projektami PRINCE2 lub ITIL lub PMI. Potwierdzoną aktualnym certyfikatem na poziomie wyższym niż podstawowy...”*; zamawiający uzasadnia również, iż prawem Zamawiającego jest premiowanie określonych metodyk zarządzania projektem, co niniejszym czyni określając zasady przyznawania punktacji *„...- PRINCE 2 - 10 pkt, ITIL - 7 pkt, PCM - 5 pkt, za wskazanie każdej innej metodyki - 0 pkt... ”*

Zamawiający uzasadnia, iż premiowanie najwyższą liczbą punktów metodyki PRINCE2 przez Zamawiającego jest związane z posiadaniem kompetencji w tym zakresie. Zarówno kierownik projektu dotyczącego wdrożenia Nowego Portalu Informacyjnego jak i kierownicy innych projektów wchodzących w portfel projektów platforma Usług Elektronicznych posiadają certyfikaty z metodyki PRINCE2;

- w zakresie zarzutów opisanych w punkcie piątym protestu Zamawiający uzasadnia, iż wprowadzenie definicji oprogramowania standardowego do SIWZ było niezbędne dla prawidłowego rozróżnienia dostawy oprogramowania standardowego typu COTS od oprogramowania wykonywanego jednostkowo na rzecz Zamawiającego oraz usług związanych z konfiguracją i wdrożeniem poszczególnych elementów systemu NPI. Zawarta w Załączniku nr 1 do SIWZ w pkt 1 „Słownik pojęć” jak i na str. 47 – Oprogramowanie standardowe - definicja oprogramowania standardowego typu COTS (ang. Commercial Off-The-Shelf- „z półki”) jest jednoznaczna, w pełnym zakresie definiuje oczekiwania Zamawiającego i nie jest kwestionowana przez Protestującego.

W zakresie wymagań, które określone zostały w dokumentacji postępowania Zamawiający wyjaśnia:

- w rozdziale II pkt 1.9 i §1 ust. 10 wzoru umowy - *„Wykonawca oświadcza, że posiada prawo do dysponowania oprogramowaniem standardowym i udostępnia je Zamawiającemu do korzystania”* jest zdaniem Zamawiającego wymogiem podstawowym, niezbędnym do tego aby wykonawca mógł dokonać dostawy takiego oprogramowania bez względu na to czy jest jego pełnym właścicielem czy też dystrybutorem lub pełni inną rolę w legalnie funkcjonującym łańcuch dystrybucji,

- §1 ust. 11 wzoru umowy - *„W ramach nabytej/nabytych licencji Zamawiający jest uprawniony do bezterminowego korzystania (użytkowania) z dostarczonych oprogramowań*

standardowych bez możliwości jej/ich wypowiedzenia na następujących polach eksploatacji: (...): 1) w zakresie utrwalania i zwielokrotniania (...), 2) w zakresie obrotu oryginałem lub kopia (...), 3) w zakresie dokonywania zmian w oprogramowaniu (...). Zawarte przez Zamawiającego w tym wymaganiu warunki zabezpieczają jedynie podstawowe interesy Zamawiającego związane z bezpieczeństwem eksploatacji dostarczonego oprogramowania standardowego i są spełniane przez znakomitą większość oprogramowania standardowego dostępnego na rynku,

- §1 ust. 12 wzoru umowy - „Określone w niniejszej umowie warunki licencji mają znaczenie nadrzędne nad standardowymi w karcie licencyjnej, chyba że warunki zawarte w karcie licencyjnej są korzystniejsze ...”, Zapis ten chroni Zamawiającego przed nietypowymi, niezgodnymi z potrzebami Zamawiającego zapisami zawartymi w karcie licencyjnej, które mogłyby naruszyć interes Zamawiającego określony w SIWZ i zawarty w treści umowy,

- §1 ust. 15 wzoru umowy - „Wykonawca przekaze zamawiającemu kody źródłowe ...” Zapis ten nie dotyczy kodów źródłowych oprogramowania standardowego a jedynie kodów źródłowych oprogramowania dedykowanego oraz kodów źródłowych jakie ewentualnie mogłyby zostać wytworzone przez Wykonawcę na etapie konfiguracji oprogramowania standardowego lub na etapie wdrażania całości systemu NPI. Tego typu kody są dziełem Wykonawcy systemu i w żaden sposób nie preferują firm będących jednocześnie autorami/producentami oprogramowania „z półki”.

Zamawiający uzasadniając swoją decyzję wskazał, iż celem działania Zamawiającego zawartym w przedstawionych wymaganiach było niedopuszczenie aby dokument inny niż SIWZ oraz Umowa był w istotny sposób ograniczyć prawa Zamawiającego. Brak powyższych zapisów spowoduje, że warunki zawarte w „karcie licencyjnej” staną się nadrzędne w stosunku do zapisów umowy i mogą być sprzeczne z interesem Zamawiającego. Również fakt dostępności tego samego oprogramowania standardowego w różnych modelach licencyjnych, bez określenia podstawowych wymagań Zamawiającego na oprogramowanie standardowe może doprowadzić do sytuacji w której Zamawiający otrzyma oczekiwane oprogramowanie standardowe ale na warunkach zupełnie nie zgodnych z jego oczekiwaniem (np. licencje TR1AL lub licencje w modelu SaaS). Przedstawione powyżej wyjaśnienia pokazując, że zdefiniowane przez Zamawiającego wymagania nie naruszają zasady uczciwej konkurencji a mają na celu jedynie umożliwienie dokonania obiektywnego wyboru produktu i usługi w pełni odzwierciedlającego potrzebę Zamawiającego.

2 lipca 2010 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło stanowisko Zamawiającego, w którym Zamawiający wnosi o oddalenie odwołania w całości jako

oczywiście niezasadnego. Uzasadnienie zawarte w piśmie wskazuje na argumentację zawartą w rozstrzygnięciu protestu jednocześnie rozszerzając argumentację za oddaleniem odwołania. Zamawiający odwołuje się w piśmie do orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości oraz orzeczeń wydawanych przez sądy krajowe a także Krajową Izbę Odwoławczą w przedmiocie kryteriów oceny ofert i możliwości ich subiektywnej oceny przez Zamawiającego. Wskazuje, że z istoty opisu oceny ofert wynika, że dokonując tej oceny zamawiający może dysponować pewnym zakresem uznania, opartym na wiedzy i doświadczeniu. Kryteria mogą być bowiem zarówno wymierne (mieralne) jak i niewymierne (niemieralne). W przypadku pewnych kryteriów oceny ofert zakres ten będzie większy, w przypadku innych znacznie mniejszy. A przecież nie ma wątpliwości, iż zarówno w świetle prawa polskiego jak i dyrektyw, zamawiający może dokonywać wyboru oferty w oparciu kryteria oceny ofert, które nie poddają się w pełni obiektywnej ocenie, jak np. jakość, właściwości estetyczne (patrz zwłaszcza art. 53 ust. 1 lit. a) dyrektywy 2004/18/WE). Przytacza wyrok Trybunału Sprawiedliwości w sprawie C-19/00 z 18 października 2001 r., w którym Trybunał orzekł, że kryterium oceny ofert nie może pozostawiać zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru. Z treści tego zalecenia wynika, w ocenie Zamawiającego, że Zamawiający może jednak pewną swobodą wyboru dysponować.

Zamawiający wywodzi, iż formułując kryterium oceny ofert „Koncepcja realizacji”- w ramach kompetencji wyznaczonych mu przez obowiązujące prawo - miał przede wszystkim na celu okoliczność, aby wykonawcy przy realizacji przedmiotu zamówienia starali się minimalizować przewidywane przez nich zaangażowanie Zamawiającego, tak w odniesieniu do kwestii finansowych, jak i osobowych. Oznacza to, że formułując ofertę wykonawcy powinni - określając zaangażowanie sił i środków finansowych Zamawiającego - kierować się zasadą niezbędnego i planowanego, na etapie sporządzania przez Wykonawcę harmonogramu prac, zaangażowania Zamawiającego dla realizacji przedmiotu Zamówienia. Zamawiający podnosi, iż Wykonawca nie powinien brać w tych szacunkach pod uwagę tych czynności, które sam Zamawiający przewiduje, iż to on będzie wykonywał, jak np. audytów przeprowadzanych przez Zamawiającego, czy też czynności związanych z kierowaniem projektem. Wykonawca powinien brać pod uwagę wyłącznie te siły i środki, które określi sam. Odmienną kategorią zaangażowania sił i środków pozostaje to zaangażowanie, które podejmie Zamawiający z własnej inicjatywy lub to o którym sygnalizował w treści SIWZ - czyli także z inicjatywy Zakładu. W ocenie Zamawiającego, w kryterium tym nie chodzi więc o to, jakie czynności i kompetencje przypisuje sobie do realizacji sam Zamawiający, lecz jakie są oczekiwania Wykonawcy pod adresem zaangażowania Zamawiającego - w zakresie odnoszącym się do pracowników oraz majątku Zamawiającego.

Zamawiający odniósł się do zarzutu dotyczącego opisu przedmiotu zamówienia i wzoru umowy -obniżenie wartości wynagrodzenia podnosząc, iż tego rodzaju rozwiązanie ma

stanowić skuteczny - w ocenie Zamawiającego -mechanizm pozwalający zweryfikować szacowane przez wykonawcę zaangażowanie sił i środków Zamawiającego z bardzo dużym marginesem tolerancji, wynoszącym 50 % w stosunku do wartości przedstawionej w ofercie; aby oświadczenie wykonawcy zawarte w ofercie o planowanym zaangażowaniu sił i środków Zamawiającego było rzeczywiste, a nie służyło wyłącznie uzyskaniu maksymalnej liczby punktów z tego tytułu tego kryterium oceny ofert, Zamawiający przewidział w treści umowy stosowny warunek. Nie jest więc to element zmiany umowy, lecz warunek, dostosowujący świadczenie jednej ze stron (Zamawiający) do świadczenia drugiej, określonego w ofercie (zaangażowanie sił i środków Zamawiającego). Jako umowny mechanizm waloryzacji świadczenia jednej ze stron, tego rodzaju rozwiązanie nie jest sprzeczne z prawem, w tym ustawą Pzp i nie stanowi naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równości wykonawców, jak i art. 29 ust. 2 ustawy Pzp poprzez opis przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji.

W zakresie zarzutu określenia opisu przedmiotu zamówienia, dokumentów wymaganych od wykonawców oraz określenie opisu kryteriów wyboru oferty najkorzystniejszej i sposobu (zasad) oceny ofert - metodyka prowadzenia realizacji zamówienia, Zamawiający wyjaśnia, że premiowanie najwyższą liczbą punktów metodyki PRINCE2 przez Zamawiającego jest związane z posiadaniem przez ZUS kompetencji w tym zakresie. Portfel projektów Platforma Usług Elektronicznych jest finansowana ze środków unijnych, a wykonanie jej nadzorowane przez Ministerstwo Spraw Wewnętrznych i Administracji. W świetle praktyki przyjętej przez Władzę Pośredniczącą II stopnia metodyka PRINCE2 jest metodyką zalecaną przy realizacji projektów realizowanych w ramach VII. Osi priorytetowej Innowacyjna Gospodarka. W oparciu o tę metodykę prowadzony jest inny projekt w ramach PUE, w którym w trakcie postępowania przetargowego również postawiono wymagania związane z punktowaniem metodyk. W postępowaniu tym nie odnotowano protestów wykonawców na to kryterium oceny. Zamawiający wyjaśnia również, iż odnośnie zarzutu dotyczącego sprzeczności związanej z obligatoryjnym wskazaniem metodyki PRINCE2, Zamawiający informuje, iż będzie po swojej stronie prowadził projekt w oparciu o ww. metodykę, co nie wyklucza stosowania innej metodyki przez Wykonawcę.

Zamawiający odnosząc się do zarzutu określenia opisu przedmiotu zamówienia w zakresie oprogramowania standardowego, wyjaśnił, że Zamawiający stawiając w SIWZ wymaganie w zakresie oprogramowania standardowego i dedykowanego Zakład Ubezpieczeń Społecznych kierował się Rekomendacją Urzędu Zamówień Publicznych ws. udzielania zamówień publicznych na systemy informatyczne. Nadrzędnym celem formalnym ZUS było zapobiegnięcie zjawisku „uzależnienia” Zamawiającego od pierwotnego wykonawcy oprogramowania i producenta sprzętu, co uniemożliwiłoby w przyszłości zakup ewentualnej usługi utrzymania oraz rozbudowy systemu w trybach konkurencyjnych. W świetle przyjętego

założenia Zamawiający nie zgadza się z argumentacją Odwołującego, iż stawiane wymagania dotyczące oprogramowania ograniczają krąg potencjalnych wykonawców Zamawiający w ramach wzoru umowy wskazał warunki, których spełnienie wymagane jest przez oferowane przez Wykonawcę w ramach oferowanego oprogramowania standardowego, przy czym odnośnie postanowienia:

- §1 ust. 11 wzoru umowy - „W ramach nabytej/nabytych licencji Zamawiający jest uprawniony do bezterminowego korzystania (użytkowania) z dostarczonych oprogramowań standardowych bez możliwości jej/ich wypowiedzenia na następujących polach eksploatacji: (...): 1) w zakresie utrwalania i zwielokrotniania (...), 2) w zakresie obrotu oryginałem lub kopią (...), 3) w zakresie dokonywania zmian w oprogramowaniu (...).

Zamawiający wyjaśnił:

„1) w zakresie utrwalania i zwielokrotniania oprogramowania - Zamawiający ma prawo do wykonania uzasadnionej liczby kopii typu "back-up" (bezpieczeństwa) i kopii archiwalnych," Zgodnie z art. 75 ust. 2 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych: „2. Nie wymaga zezwolenia uprawnionego: 1) sporządzenie kopii zapasowej, jeżeli jest to niezbędne do korzystania z programu komputerowego. (...) „ – w związku z powyższym przepisem Prawa autorskiego, Zamawiający oczekuje iż oprogramowanie standardowe, które zamierza nabyć będzie zgodne z jego zapisami,

„2) w zakresie obrotu oryginałem albo kopią oprogramowania: Zamawiający ma prawo do instalacji i eksploatacji oprogramowania na dowolnym komputerze będącym w posiadaniu Zamawiającego w ramach ilości licencji zgodnie z załącznikiem nr 1 do umowy." - Zamawiający podniósł, że oczekuje prawa do instalacji i eksploatacji zakupionego oprogramowania zgodnie z jego przeznaczeniem i w ilości zgodnej z załącznikiem nr 1 do umowy. W ocenie Zamawiającego nie wynikają z tego żadne przesłanki skłaniające producentów oprogramowania standardowego do blokowania tak opisanego wykorzystania oprogramowania standardowego i nie spotkał się z umową licencyjną zabraniającą tego,

„3) w zakresie dokonywania zmian w oprogramowaniu: Zamawiający jest uprawniony do przystosowania oprogramowania, wprowadzania w oprogramowaniu zmian układu lub innych zmian wyłącznie w zakresie, w jakim to przystosowanie lub zmiany będą niezbędne do korzystania z oprogramowania zgodnie z przeznaczeniem" – Zamawiający wyjaśnił, iż oczekuje możliwości wprowadzania zmian do konfiguracji oprogramowania standardowego, co rozumie jako zmianę w oprogramowaniu. Nie jest intencją Zamawiającego modyfikowanie kodów źródłowych oprogramowania standardowego.

Jednocześnie Zamawiający wyjaśnił, iż dopuszcza stosowanie wolnego oprogramowania (oprogramowania open source) a Wykonawca decydując się na rozwiązanie tego typu nie jest zwolniony w żaden sposób z usług wsparcia. Oznacza to, wyjaśnia Zamawiający, że w przypadku wystąpienia błędów w oprogramowaniu open source oraz w związku z brakiem możliwości zgłoszenia tego błędu do twórcy na zasadach SLA wymaganych przez Zamawiającego, Wykonawca zobowiązany jest wykonać odpowiednią poprawkę w oprogramowaniu open source i dostarczyć ją Zamawiającemu. Wykonawca ma możliwość realizacji poprawek w oprogramowaniu open source, nie narusza tym praw licencyjnych, a

wykonaną przez siebie poprawkę może zgłosić do twórcy oprogramowania przyczyniając się tym samym do rozwoju tego produktu.

Zamawiający podnosi, iż precyzując zapisy dotyczące warunków licencjonowania oprogramowania standardowego, tj. §1 ust.11 oraz §1 ust.12 w ramach wzoru umowy nie dopuszcza się naruszenia typowych zasad licencjonowania oprogramowania standardowego funkcjonującego na rynku; Wykonawca może nie być podmiotem udzielającym licencji na oprogramowanie standardowe, jest natomiast pośrednikiem przekazującym te licencje do Zamawiającego. W takim przypadku rolą Wykonawcy jest takie dobranie produktów standardowych, aby spełnione były warunki licencyjne zawarte w §1 ust. 11.

Zamawiający ma świadomość, że sporną kwestią jest interpretacja SIWZ przez Wykonawcę w ramach której Wykonawca obawia się konieczności przekazania kodów źródłowych do oferowanego oprogramowania standardowego. Według Zamawiającego taka interpretacja nie jest uzasadniona, gdyż w żadnym miejscu SIWZ, Zamawiający nie obliguje Wykonawcy do dostarczenia kodów źródłowych oprogramowania standardowego.

Zamawiający uzasadnia, iż zdefiniowane wymagania nie naruszają zasady uczciwej konkurencji, a mają na celu jedynie umożliwienie dokonania obiektywnego wyboru produktu i usługi w pełni odzwierciedlającego potrzebę Zamawiającego.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron postępowania, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk stron skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie w następujących zakresach:**

Skład orzekający Izby ustalił, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego 27 stycznia 2010 roku, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, tj. przed dniem wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp w brzmieniu dotychczasowym.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 187 ust. 4 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania oraz, że wypełniono przesłankę interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Skład orzekający Izby dopuścił w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, dowód ze stanowisk oraz oświadczeń stron złożonych ustnie do protokołu.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

1. W zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust 1, art. 29 ust 1 i art 29 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej: „ustawy” lub „Pzp”) z uwagi na niewłaściwe sporządzenie przez Zamawiającego zapisów Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ” lub „Specyfikacja”) rozwiniętego w punkcie 1 uzasadnienia do odwołania wobec uwzględnienia żądań Odwołującego przez Zamawiającego oraz dokonania modyfikacji SIWZ po uwzględnieniu żądań z protestu Odwołujący nie podtrzymał zarzutu w odwołaniu.

2. W zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust 1, art. 29 ust 1 i art 29 ust 2 ustawy i art. 36 ust 1 pkt 13 ustawy Izba ustaliła, iż Odwołujący ograniczył żądanie zawarte w uzasadnieniu odwołania w punkcie 2 poprzez rezygnację z żądania *wykreślenia wymagań dotyczących treści, oferty, kryterium „planowanego zaangażowania sił i środków (ludzkich, finansowych) Zamawiającego” oraz jego opisu i sposobu (zasad) oceny ofert w zakresie tego kryterium*”, tym samym Odwołujący ograniczył swoje żądanie do żądania *w zakresie określenia dokumentów od wykonawców oraz opisu kryteriów wyboru oferty najkorzystniejszej i sposobu (zasad) oceny ofert, poprzez precyzyjne, rzeczywiste i zamknięte wyszczególnienie zaangażowania sił i środków (ludzkich, finansowych) Zamawiającego z podaniem konkretnych przedziałów ilości roboczogodzin i ilości środków Zamawiającego, które Wykonawca ma przedstawić w ofercie, odnośnie tylko tych „obszarów, które są zadaniami realizowanymi bezpośrednio i wyłącznie przez Wykonawcę (bez przewidywanego w SIWZ możliwego udziału Zamawiającego) i które są możliwe do określenia na etapie składania ofert*.

Zamawiający w Specyfikacji w *Rozdziale II – Opis przedmiotu zamówienia i termin wykonania* wskazał, iż przedmiotem zamówienia jest dostarczenie i wdrożenie Nowego Portalu Informacyjnego ZUS, na przedmiot którego składa się : dostarczenie i instalacja sprzętu, dostarczenie oprogramowani standardowego koniecznego do funkcjonowania Nowego Portalu Informacyjnego, dostarczenie i wdrożenie oprogramowania Nowego Portalu Informacyjnego wytworzonego przez Wykonawcę, przeprowadzenie instruktaży, zapewnienie wsparcia przy utrzymaniu dostarczonego rozwiązania. Zamawiający wskazał termin realizacji do dnia 30 września 2011 roku. Przedmiot zamówienia został opisany przez zamawiającego w załączniku nr 1 do Specyfikacji – Opis przedmiotu zamówienia.

W ocenie Izby Zamawiający, dokonując opisu przedmiotu zamówienia wskazał na potrzeby jakie muszą zostać osiągnięte tzn. w szczególności jakie ma spełniać zadania oprogramowanie dedykowane, które stanowić będzie dzieło i które będzie wytworzone na

potrzeby Zamawiającego w tym konkretnym zamówieniu. Należy jednoznacznie wskazać, iż element indywidualności zamówienia jakim się ono charakteryzuje, specyfika przedmiotu zamówienia a także jego przeznaczenie spowodowały, że Zamawiający szukając najkorzystniejszego sposobu realizacji zamówienia jednocześnie wiedząc, że musi być zaangażowany w realizację zamówienia biorąc w szczególności pod uwagę, iż to wykonawcy będą proponowali sposób tej realizacji odpowiadający zaoferowanej koncepcji wskazał, iż to wykonawcy będą określać zaangażowanie sił i środków Zamawiającego w realizację zamówienia. Sposób realizacji zamówienia, a więc koncepcję jaką mają przygotować wykonawcy stanowi jeden z kluczowych elementów i, jak słusznie podnosił Zamawiający, wykonawcy składający ofertę będą proponować pewną koncepcję realizacji co stanowi element konkurencji pomiędzy wykonawcami. Narzucanie w opisie przedmiotu zamówienia przez Zamawiającego sztywnego wskazania jakie czynności będzie wykonywał tylko wykonawca, jakie Zamawiający a jakie czynności będą wykonywać razem prowadziłoby do obowiązku stosowania przez wszystkich wykonawców jednolitych założeń do sposobów realizacji a przez to do ograniczenia konkurencji. Koncepcja realizacji zamówienia będzie równie unikatowa jak tworzone na potrzeby niniejszego zamówienia oprogramowanie dedykowane oraz ściśle z nim powiązana, co jednoznacznie wskazuje, iż Zamawiający nie może ograniczyć możliwości swojego udziału na tym poziomie realizacji zadania do jednoznacznie wskazanych roboczogodzin. Zamawiający słusznie przyjął, że koncepcja wdrożenia a tym samym zaangażowanie sił i środków zamawiającego będzie mniejsze im oprogramowanie, którego dotyczy przedmiotowe zamówienia będzie bardziej intuicyjne, łatwe w nauczaniu dla użytkowników co będzie powodowało mniejszy udział Zamawiającego oraz mniejsze nakłady finansowe Zamawiającego w trakcie jego wdrażania. Tym samym powtórnie potwierdza się stanowisko Zamawiającego, iż nie jest możliwe jednoznaczne sprecyzowanie zapisów opisu przedmiotu zamówienia w zakresie udziału sił i środków Zamawiającego w realizacji, ponieważ po pierwsze ograniczy to konkurencyjność wykonawców z uwagi na *quasi* zdefiniowanie rozwiązań a także nie jest możliwe z istoty samego zamówienia, którego efekt końcowy będzie realizował założenia określone przez Zamawiającego może być w różny sposób osiągnięty.

Opis planowanego zaangażowania sił i środków (ludzkich, finansowych) Zamawiającego wykonawca zobowiązany jest przedstawić w ofercie w formie tabeli i wykresu (diagramu) Gantta, zawierających przynajmniej następujące element: nazwa zadania, czas trwania, data rozpoczęcia, data zakończenia, wykonawca zadania, liczba osób dedykowanych do wykonania zadania (wykonawca / Zamawiający), liczba roboczogodzin przewidzianych na realizację zadania. Tabela powinna zawierać informację na temat łącznej liczby roboczogodzin zaangażowania Zamawiającego oraz środków finansowych Zamawiającego.

Zamawiający nie ograniczył zakresu informacji jakie mają zostać określone przez Wykonawcę w wyżej wymienionych dokumentach, zakres tychże informacji to minimum jakie musi zostać ujęte, natomiast każdy wykonawca ma możliwość wprowadzenia dodatkowych, w jego ocenie niezbędnych informacji.

Zamawiający udzielając wyjaśnień - pismem z 10 czerwca 2010 roku (odpowiedź na pytanie nr 141 i 232 ), wskazał iż *„Wykonawca powinien brać pod uwagę wyłącznie siły i środki, które określił sam. Wykonawca nie powinien brać w tych szacunkach pod uwagę audytów przeprowadzonych przez Zamawiającego ani czynności związanych z kierowaniem projektem”*. W ocenie Izby, biorąc pod uwagę, iż wyjaśnienia Zamawiającego udzielane w trakcie prowadzenia postępowania wiążą zarówno Zamawiającego jak i wykonawców biorących udział w postępowaniu, Zamawiający jednoznacznie wskazał, jakie siły i środki Zamawiającego powinny być przewidziane przez wykonawców.

W ocenie Izby nie potwierdziło się również twierdzenie Odwołującego zawarte w treści uzasadnienia do odwołania, iż w ocenie Odwołującego wynikające z oddalenia protestu stanowisko Zamawiającego dotyczące dużego zaangażowania w realizację zamówienia stoi w sprzeczności z kryterium oceny oferty przyjętego w niniejszym postępowaniu przez Zamawiającego. Udział sił i środków Zamawiającego określony przez Odwołującego musi być bowiem rzeczywisty, prawdziwy i wynikający z założeń jakie poczyni wykonawca natomiast nie ma on być nierealny i jedynie służący osiągnięciu odpowiedniej punktacji celem uzyskania zamówienia. Nie istnieje więc sprzeczność pomiędzy deklaracją udziału sił i środków Zamawiającego w realizacji zamówienia a dokonywaniem punktacji tegoż przewidzianego zaangażowania, którego zakres może z uwagi na charakter przedmiotu zamówienia określić jedynie wykonawca.

Zgodnie z deklarowaną przez Zamawiającego w realizacji inwestycji metodyką zarządzania PRINCE2 wszystkie plany muszą być zatwierdzone zanim zostaną przekazane do realizacji, tak więc i zarzucanie Zamawiającemu udziału w realizacji inwestycji poprzez zatwierdzanie, akceptowanie projektowanych rozwiązań w ocenie Izby nie znajduje uzasadnienia.

W ocenie Izby nie potwierdziło się również twierdzenie Odwołującego zawarte w treści uzasadnienia do odwołania, podnoszone na rozprawie a dotyczące punktacji w kryterium „koncepcja realizacji”. Zamawiający wskazał jak będzie przydzielana punktacja w zakresie zaangażowania środków finansowych Zamawiającego w realizację zamówienia, a mianowicie to przedział od 0 do 5 pkt przy założeniu, że jeżeli zaangażowanie finansowe Zamawiającego będzie równe 0 to Wykonawca otrzyma 5 punktów. W przypadku zaangażowania sił (ludzkich) Zamawiającego w realizację Zamówienia przyznawane będą punkty w przedziale od 0 do 20; tu Zamawiający nie przewidział, iż jego zaangażowanie może być równe 0, dlatego też nie przewidywał punktacji za zerowe zaangażowanie.

Realizacja zamówienia nie może odbywać się bez udziału Zamawiającego co potwierdza przykładowo konieczność zapewnienia wykonawcy uzasadnionego dostępu do posiadanych przez Zamawiającego obiektów, sprzętu, oprogramowania oraz dokumentacji. W ocenie Izby Odwoławczy nie wykazał, iż nie będzie konieczności angażowania sił Zamawiającego w żadnym zakresie, zakładając jedynie hipotetyczną sytuację. Wskazane kryterium będzie wyliczane na podstawie wzoru, który został określony w Specyfikacji i jest znany uczestnikom postępowania, wzór jest czytelny i określa obiektywnie sposób dokonania obliczeń w celu przyznania punktów. Przyjęta przez Zamawiającego stała – parametr „StawkaH” wynosząca 150 złotych stanowi wartość wprowadzoną do wzoru w celu możliwości dokonania obliczeń (uzyskanie wspólnego mianownika) a w efekcie skutecznego porównania złożonych ofert na podstawie ustalonych kryteriów.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest w trybie przetargu ograniczonego, gdzie Zamawiający dokonał już weryfikacji wykonawców, dopuszczając do dalszego etapu postępowania specjalistów, jednocześnie należy zaznaczyć, iż postępowania kierowane są do kręgu podmiotów specjalizujących się w danej dziedzinie. Podmiotowa kwalifikacja dokonywana w przetargu ograniczonym przez Zamawiającego prowadzi do wyłonienia wykonawców mogących zrealizować przedmiot tego postępowania a wybór wykonawcy do realizacji zostanie dokonany na podstawie kryteriów przedmiotowych ściśle powiązanych z przedmiotem zamówienia. Katalog kryteriów oceny ofert wskazany w art 91 ust 2 ustawy stanowi katalog otwarty i przykładowy. Kryteriami oceny ofert są cena albo cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia. Dalej przywołany przepis wymienia przykładowe kryteria oceny ofert oprócz ceny. Wyszczególnienie tych kryteriów przez ustawodawcę nie ma charakteru katalogu zamkniętego, dlatego też Zamawiający może w tym zakresie zastosować także inne kryteria, nie wskazane wprost w tym przepisie, ale odnoszące się do przedmiotu zamówienia. Bez wątplenia kryterium koncepcji realizacji utworzone przez Zamawiającego odnosi się do przedmiotu zamówienia. Oczywistym wydaje się, że za kryteria odnoszące się do przedmiotu umowy (kryteria przedmiotowe) należy uznać wszystkie jej istotne postanowienia, które stanowią jej treść, wszak ich kształt ma zdecydować o tym, czy umowa będzie dla zamawiającego korzystna (porównaj: wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 29 września 2008 roku sygn. akt IV Ca 689/08).

Tak więc żądanie Odwoławczego wprowadzenia modyfikacji poprzez *precyzyjne, rzeczywiste i zamknięte wyszczególnienie zaangażowania sił i środków (ludzkich, finansowych) Zamawiającego z podaniem konkretnych przedziałów ilości roboczogodzin i ilości środków Zamawiającego, które Wykonawca ma przedstawić w ofercie, odnośnie tylko tych „obszarów, które są zadaniami realizowanymi bezpośrednio i wyłącznie przez Wykonawcę (bez przewidywanego w SIWZ możliwego*

*udziału Zamawiającego) i które są możliwe do określenia na etapie składania ofert, w obliczu powyżej wskazanych wyjaśnień Izba uznała za niezasadne.*

3. W zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust 1, art. 29 ust 1 i art 29 ust 2 ustawy poprzez opisanie przedmiotu zamówienia i sporządzenie wzoru umowy w sposób niezgodny z przepisami w Izba ustaliła, iż zawarty w Specyfikacji oraz we wzorze umowy w § 4 ust 6 zapis nie może być rozumiany inaczej jak kara umowna. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest w celu zlecenia realizacji danego zadania wykonawcy, który w wyniku poprawnej realizacji otrzyma stosowne wynagrodzenie. Zgodnie z art. 2 pkt 13 ustawy zamówieniem publicznym jest umowa odpłatna zawarta między zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane. Podnieść należy, iż zawarta w ustawie definicja zamówienia publicznego kładzie nacisk na element odpłatnej umowy jako formalnoprawnej podstawy udzielenia zamówienia publicznego. Tak więc zamawiający udzielając zamówienia na dostawę, usługę, robotę budowlaną jest zobowiązany do zapłaty za wykonane zamówienie; z całą pewnością można wskazać, iż odpłatność ta następuje w takiej sytuacji w formie pieniężnej lub w postaci barteru, niemniej odpłatność występuje. Inne rozumienie niż jako kary umownej przedmiotowej regulacji prowadziłyby do wniosku, iż poprzez obniżenie wynagrodzenia wykonawcy w przypadku gdy rzeczywiste zaangażowanie sił i środków zamawiającego przy realizacji umowy przekroczy określone przez wykonawcę w ofercie zaangażowanie sił i środków zamawiającego o 50 % Zamawiający obniży wartość wynagrodzenia o kwotę wynikającą z różnicy rzeczywistego zaangażowania i zaangażowania określonego przez Wykonawcę w opisie planowanego zaangażowania sił i środków Zamawiającego przy założeniu kosztu roboczogodziny 150 zł brutto Zamawiający będzie nie udzielał zamówienia na te usługi lecz będzie je sprzedawał i tym samym w pewnych warunkach będzie miał za to płacone. Nie jest możliwe więc inne rozumienie określonego przez Zamawiającego uregulowania niżli jako kary umownej; umiejscowienie regulacji w wzorze umowy nie może determinować jej znaczenia i nie wpływa na znaczenie prawne.

Obniżenie wynagrodzenia wykonawcy, w przypadku nie wywiązania się ze zobowiązania jakiego się podjął jest możliwa a nawet niezbędna do prawidłowego funkcjonowania podmiotów biorących udział w obrocie zamówień publicznych. Zamawiający kształtując wzór umowy zobowiązany jest do zabezpieczenia powodzenia realizacji danej inwestycji, dokonuje tego między innymi poprzez określenie kar umownych, a obniżenie wynagrodzenia jest możliwe nie tylko w przypadku rezygnacji z części zamówienia przez Zamawiającego ale również w przypadku zmian w przedmiocie zamówienia, w sposobie realizacji, w terminie realizacji itp.

Regulacja zawarta w § 4 pkt 6 nie stanowi o zmianie umowy lecz na wypadek niewywiązania się z zaoferowanego przez wykonawcę zobowiązania – rozwiązania zawartego w ofercie, Zamawiający, określając już we wzorze przewidział dolegliwość w postaci obniżenia wynagrodzenia przy jednoznacznie sprecyzowanych założeniach.

4. W zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust 1, 29 ust 2 ustawy i art. 36 ust 1 pkt 13 ustawy Izba ustaliła, iż Odwołujący ograniczył żądanie zawarte w uzasadnieniu odwołania w punkcie 4 poprzez rezygnację z żądania *wykreślenia(wyżej wskazanych) wymagań dotyczących treści oferty, kryterium „metodyka prowadzenia realizacji zamówienie” oraz jego opisu i sposobu (zasad) oceny ofert w zakresie tego kryterium*”, oraz rezygnację z żądania o *precyzyjne, rzeczywiste i zamknięte wyszczególnienie konkretnych działań w zakresie metodyk wskazanych w Ogłoszeniu jako równoważne, które Wykonawca ma przedstawić w ofercie i które są możliwe do określenia na etapie składania ofert. Dopiero w przypadku określenia konkretnych działań i przyznania za nie określonej ilości punktów, realna byłaby uczciwa ocena punktowa.*

Tym samym Odwołujący ograniczył swoje żądanie jedynie do żądania w zakresie Opisu przedmiotu zamówienia, poprzez: *wykreślenie (wyżej wskazanych) wymagań dopuszczających jedynie PRINCE 2 jako „metodykę prowadzenia realizacji zamówienia...” i dopuszczenie metodyk wskazanych w Ogłoszeniu jako równoważne.*

Zarówno w pismach procesowych i na rozprawie Zamawiający wyjaśnił, iż w zakresie podnoszonego przez Odwołującego zrzuty należy rozróżnić dwa pojęcia tj.: ocenę metodyk prowadzenia realizacji zamówienia jako kryterium oceny ofert oraz odrębnie wskazanie, iż Zamawiający będzie prowadził projekt w oparciu o metodykę PRINCE2. Izba ustaliła, na podstawie stanowiska Zamawiającego wyrażonego zarówno w rozstrzygnięciu protestu, w piśmie procesowym, jaki i przedstawionego na rozprawie, iż to Zamawiający będzie po swojej stronie prowadził projekt w oparciu o metodykę PRINCE2, co nie wyklucza stosowania innej metodyki przez Wykonawcę. Twierdzenie to nie zostało obalone przez Odwołującego.

Każdy z wykonawców składających ofertę w przedmiotowym postępowaniu, będzie mógł zaoferować jedną ze wskazanych i punktowanych trzech metodyk zarządzania projektem lub inną niewskazaną przez Zamawiającego, za którą nie otrzyma punktów, zgodnie z tym, którą z metodyk wybierze.

Na podstawie powyższego, Izba wskazuje, iż niezbędnym jest taka modyfikacji Opisu przedmiotu zamówienia stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ aby jednoznacznie wynikało, iż to Zamawiający po swojej stronie będzie prowadził projekt w oparciu o metodykę zarządzania PRINCE2.

5. W zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1, 29 ust 2 ustawy w opisie przedmiotu zamówienia - oprogramowanie standardowe Izba ustaliła, iż Odwołujący ograniczył żądanie zawarte w uzasadnieniu odwołania w punkcie 5 poprzez rezygnację z żądania dotyczącego Rozdz. II pkt 1.9 i §1 ust. 10 wzoru umowy - „Wykonawca oświadcza, że posiada prawo do dysponowania oprogramowaniem standardowym i udostępnia je Zamawiającemu do korzystania.” z uwagi na uwzględnienie żądania przez Zamawiającego w wyniku rozstrzygnięcia protestu, tym samym Odwołujący ograniczył swoje żądanie do żądania w zakresie modyfikacji:

1) w §1 ust. 11 wzoru umowy - „W ramach nabytej/nabytych licencji Zamawiający jest uprawniony do bezterminowego korzystania (użytkowania) z dostarczonych oprogramowań standardowych bez możliwości jej/ich wypowiedzenia, na następujących polach eksploatacji: (...): 1) w zakresie utrwalania i zwielokrotniania (...), 2) w zakresie obrotu oryginałem lub kopią (...), 3) w zakresie dokonywania zmian w oprogramowaniu (...).” Odwołujący wnosi o modyfikację SIWZ, co opiera również na piśmie procesowym Zamawiającego, żądając wykreślenia w §1 ust. 11 pkt 3 wzoru umowy sformułowania „dokonywania zmian w oprogramowaniu” i wprowadzenie precyzyjnej regulacji o treści „wprowadzanie zmian do konfiguracji oprogramowania”.

W przedmiotowym postępowaniu należy wskazać dwa rodzaje oprogramowania a mianowicie: oprogramowanie standardowe oraz oprogramowanie dedykowane. W opisie przedmiotu zamówienia stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ w Słowniku pojęć Zamawiający zdefiniował Oprogramowanie standardowe poprzez następującego jego zdefiniowanie „Oprogramowanie standardowe typu COST (ang. Commercial Off-The-Shelf – „z półki”) – oprogramowanie charakteryzujące się następującymi cechami spełnionymi łącznie: komercyjne, produkowane seryjnie, gotowe do sprzedaży, o szerokiej dostępności w wielu krajach, o dostępnej dojrzałej i czytelnej dokumentacji technicznej, dostępnych usługach szkoleniowych, dostępnych certyfikatach specjalistycznych, posiadające minimum 10 wdrożeń wykonanych przez minimum 3 niepowiązanych kapitałowo dostawców.”

Wymagania w zakresie przedmiotu zamówienia w celu zabezpieczenia interesów Zamawiającego nie mogą prowadzić do takiego ograniczenia w zakresie przedmiotu zamówienia, które będzie skutkowało niemożliwością złożenia przez wykonawców poprawnych ofert. Prowadzi to, bowiem do naruszenia jednej z zasad zamówień publicznych a mianowicie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w celu udzielenia tegoż zamówienia oraz udzielenie go zgodnie z wymaganiami jakie określił Zamawiający. Regulacja Zamawiającego stanowi „otwarty” katalog zmian, których zakres w chwili podpisywania umowy nie jest znany a tym samym, biorąc pod uwagę rodzaj oprogramowania, niemożliwym jest określenie zakresu zmian w karcie licencyjnej albo

odniesienie umożliwienia ich realizacji w myśl określonej przez Zamawiającego zasady, iż zobowiązanie umowne będzie nadrzędne nad standardowymi zapisami karty licencyjnej. Wykonawca składając ofertę musiałby sprostać nieznanym wymaganiom Zamawiającego, które nie zostały w żaden sposób nakreślone i mogą się wydarzyć w nieokreślonej przyszłości.

2) w §1 ust. 15 wzoru umowy „Wykonawca przekaze Zamawiającemu kody źródłowe” Odwołujący zgodnie z rozstrzygnięciem protestu przez Zamawiającego, gdzie Zamawiający wskazuje, iż warunek ten ma zastosowanie do oprogramowania dedykowanego żąda modyfikacji SIWZ w tym zakresie.

Zamawiający w piśmie procesowym z 1 lipca 2010 roku potwierdził, iż „nie jest intencją Zamawiającego modyfikacja kodów źródłowych oprogramowania standardowego” dodając na rozprawie iż nie żąda przekazania kodów źródłowych do oprogramowania standardowego.

3) §1 ust. 12 wzoru umowy - „Określone w niniejszej umowie warunki licencji mają znaczenie nadrzędne nad standardowymi w karcie licencyjnej chyba że warunki zawarte w karcie licencyjnej są korzystniejsze...”

Izba nakazuje Zamawiającemu dokonanie zmiany w §1 ust. 11 pkt 3 alternatywnie poprzez:  
- określenie enumeratywnie zmian jakie będą dokonywane w oprogramowaniu standardowym przy założeniu, iż Zamawiający nie otrzyma kodów źródłowych do oprogramowania standardowego lub uszczegółowienie iż oprogramowanie standardowe to typ oprogramowania opensource wraz z zakresem zmian jakie będą dokonywane w tym oprogramowaniu

albo

- wykreślenie sformułowania „dokonywania zmian w oprogramowaniu” i wprowadzenie precyzyjnej regulacji o treści „wprowadzanie zmian do konfiguracji oprogramowania” – zgodnie ze stanowiskiem Stron.

Izba nakazuje dokonanie zmiany w §1 ust. 15 poprzez zastąpienie sformułowania „oprogramowania systemu” sformułowaniem „oprogramowania dedykowanego”

Izba stwierdza, w zakresie żądana w części dotyczącej §1 ust. 12 żądanie Odwołującego – również zgodnie ze stanowiskiem Odwołującego przedstawionym podczas rozprawy - staje się bezprzedmiotowe z uwagi na uwzględnienie żądania i nakazania zmian regulacji z §1 ust. 11 pkt 3 i §1 ust. 15 w zakresie podnoszonym przez Odwołującego.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp w zw. z § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zm.).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....