Sygn. akt: KIO 1107/15

Sygn. akt: KIO 1114/15

Wyrok

z dnia 12 czerwca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpatrzeniu na rozprawie w dniu 9 czerwca 2015 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 26 maja 2015 r. przez wykonawcę **DML sp. z o.o., Al. Solidarności 129/131/195, 00 - 898 Warszawa**
B. w dniu 26 maja 2015 r. przez wykonawcę **Comarch Polska S.A., ul. J. Pawła II 39a, 31-864 Kraków**

w postępowaniu prowadzonym **Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, Al. Jana Pawła II 70, 00 – 175 Warszawa**

przy udziale:

A. wykonawcy **Comarch Polska S.A., ul. J. Pawła II 39a, 31-864 Kraków** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1107/15 po stronie odwołującego,
B. wykonawcy **DML sp. z o.o., Al. Solidarności 129/131/195, 00 - 898 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1114/15 po stronie odwołującego,
C. wykonawcy **Asseco Poland S.A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1114/15 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołania.

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców **DML sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** oraz **Comarch Polska S.A. z siedzibą w Krakowie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **DML sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** oraz **Comarch Polska S.A. z siedzibą w Krakowie** tytułem wpisów od odwołań.

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

Przewodniczący:

……..

Sygn. akt: KIO 1107/15

Sygn. akt: KIO 1114/15

Uzasadnienie

Zamawiający: Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa prowadzi, w trybie przetargu ograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na Utrzymanie i rozwój systemów aplikacyjnych OFSA, OFSA-PROW, OFSA-PROW- DD, RG.PROW ogłoszonego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej TED z dnia 16.05.2015 nr 2015/S 094-170577

Sygn. akt KIO 1107/15

Odwołujący: DML Sp. z o. oz siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego dokonanych w ramach sporządzenia ogłoszenia o zamówieniu, zarzucając Zamawiającemu:

1) Niejasny i niejasny opis przedmiotu zamówienia w ogłoszeniu - naruszenie art. 29 ust. 1 Ustawy PZP,

2) Niestaranny i niejasny opis przedmiotu zamówienia w ogłoszeniu oraz opis preferujący dotychczasowego wykonawcę — naruszenie przepisu art. 29 ust. 2 Ustawy PZP,

3) Niejednoznaczny opis zakresu usług - naruszenie przepisu art. 29 ust. 1 Ustawy PZP,

4) Kryteria oceny ofert niezgodne z Ustawą PZP - uznaniowe i naruszające uczciwą konkurencję, co narusza art. 91 ust. 1 i 3 i art. 7 ust. 1 PZP.

Odwołujący wnosi o nakazanie przez Krajową Izbę Odwoławczą Zamawiającemu:
Dokonania modyfikacji ogłoszenia o zamówieniu w postępowaniu w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania.

Odwołujący zamierza złożyć w postępowaniu wniosek, zaś opisane uchybienia złożenie tego wniosku uniemożliwiają i preferują dotychczasowego wykonawcę - co uniemożliwia Wykonawcy-Odwołującemu ubieganie się ozamówienie.

Ogłoszenie o zamówieniu w w/w postępowaniu zostało opublikowane w dniu 16.05.2015 r.

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał, co następuje.

1/ Niejasny opis przedmiotu zamówienia w ogłoszeniu - naruszenie art. 29 ust. 1 Ustawy PZP

W ogłoszeniu o zamówieniu w punkcie „II. 1.5) Krótki opis zamówienia lub zakupu" wskazano, że Usługa Modyfikacji rozumiana będzie jako wszelkie modyfikacje Systemu Informatycznego. Jednocześnie Zamawiający wskazał, że w skład Usługi Utrzymania będzie wchodziła Usługa Usuwania Wad. W opinii odwołującego tak określony przedmiot zamówienia został opisany wadliwie. Zgodnie bowiem z doświadczeniem w zakresie

utrzymania systemów teleinformatycznych, nie sposób wykluczyć, że będą istniały wady Systemu Informatycznego, których usunięcie będzie wymagało dokonania modyfikacji systemu. Zgodnie jednak z opisem zawartym w ogłoszeniu, świadczenie Usługi Usuwania Wad w takim przypadku nie byłoby możliwe. Niewykluczone, że w istocie Zamawiający zamierza w SIWZ określić, że przedmiotem Usługi Usuwania Wad będzie dokonywanie modyfikacji Systemu Informatycznego poprzez przygotowywanie poprawek (tzw. „łat"), jednak zdaniem Odwołującego taki SIWZ byłby wadliwy - ponieważ stałby w sprzeczności z określeniem przedmiotu zamówienia zawartym w ogłoszeniu.

Mając na uwadze dobro postępowania by nie uniemożliwiać w przyszłości wprowadzenie takiego rozwiązania już w ramach Specyfikacji - wnosi zatem o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji OPZ w ogłoszeniu w ten sposób aby: Usługa Utrzymania także obejmowała modyfikacje Systemu Informatycznego, a Usługa Modyfikacji tylko te, które nie stanowią usuwania wad.

2. Niestaranny i niejasny opis przedmiotu zamówienia w ogłoszeniu oraz opis preferujący dotychczasowego wykonawcę - naruszenie przepisu art. 29 ust. 2 Ustawy PZP

Zamawiający określił w ogłoszeniu o zamówieniu w punkcie „II. 1.5) Krótki opis zamówienia lub zakupu" , że „Przedmiot zamówienia obejmuje świadczenie usług utrzymania i rozwoju rozległych systemów aplikacyjnych: OFSA, OFSA-PROW, OFSA-PROW-DD, OFSA-PROW1420, RG-PROW". Tak skonstruowany krótki opis zamówienia jest niejasny i w sposób dyskryminujący preferuje dotychczasowego wykonawcę świadczącego ww. usługi. Zamawiający powinien dokonać opisu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący także w ogłoszeniu o wszczęciu postępowania. Tymczasem z przytoczonego opisu nie wiadomo - poza podanymi skrótami - o jakie systemy: OFSA, OFSA-PROW, OFSA-PROW-DD, OFSA-PROW 1420, RG-PROW, nie wiadomo też jak bardzo są złożone.

Ponadto zarzuca, że Zamawiający określił wyłącznie, że przedmiot zamówienia obejmuje świadczenie usług utrzymania i rozwoju „rozległych systemów aplikacyjnych", przemycając tym samym do ogłoszenia zapis o zobowiązaniu wykonawcy, którego skala jest niejasna i którego zakres rzeczowy może być zrozumiały tylko przez dotychczasowego wykonawcę.

Ogłoszenie o zamówieniu w przetargu dwuetapowym winno w sposób maksymalny rzeczowo i konkretnie określać co jest istotą zamówienia i jaki będzie zakres przyszłych zobowiązań wykonawcy -tak by mogli oni świadomie podjąć decyzje o ubieganiu się o zamówienie i o złożeniu pracochłonnego przecież wniosku. Z kolei na etapie SIWZ winno nastąpić doprecyzowanie (doszczegółowienie) przedmiotu zamówienia opisanego „krótko" - jednak nie enigmatycznie i w ogłoszeniu, w mylący i niejasny sposób.

Istnieje wiele sposobów określenia przedmiotu oczekiwanych zobowiązań wykonawcy odnośnie do „rozległych systemów informatycznych” - Zamawiający w ogłoszeniu systemów tych ani ich rozległości w żadne sposób nie wyjaśnił.

Nie wiadomo zatem, co Zamawiający rozumie przez określenie „rozległych”. Taki opis zamówienia powoduje, że nikt poza dotychczasowym wykonawcą nie ma wiedzy o tym, czym są wymienione w ogłoszeniu systemy i jak bardzo są one „rozległe”. Na podstawie tak skonstruowanego ogłoszenia Wykonawca nie jest w stanie podjąć decyzji, czy składanie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu jest ekonomicznie uzasadnione.

Dlatego wnosi o nakazanie doszczegółowienia ogłoszenia poprzez uzupełnienie opisu zamówienia przez:

- Rozwinięcie skrótów nazw systemów: OFSA, OFSA-PROW, OFSA-PROW-DD, OFSA- PROW 1420, RG-PROW,
- Krótką charakterystykę tych systemów precyzującą użyte przez Zamawiającego pojęcie „rozległe systemy aplikacyjne”.

3. Niejednoznaczny opis zakresu usług - naruszenie przepisu art. 29 ust. 1 Ustawy PZP

Zamawiający w ogłoszeniu określił kody CPV usług będących przedmiotem zamówienia jako:

- 72267000 - Usługi w zakresie konserwacji i napraw oprogramowania,
- 72611000 - Usługi w zakresie wsparcia technicznego,

Takie określenie zakresu ma charakter wysoce ogólny. Dosyć rozległym pojęciem jest przy tym określenie „Usługi w zakresie wsparcia technicznego”. Wsparcie techniczne może być różnego rodzaju. Można świadczyć wsparcie techniczne względem oprogramowania, ale także wobec sprzętu czy łącz sieci teleinformatycznej. Tym bardziej istotne jest jednoznaczne określenie w punkcie „II.1.5) Krótki opis zamówienia lub zakupu” jaki charakter mają mieć usługi wsparcia technicznego - względem czego maja być świadczone. Nie jest jasne bowiem, czy wsparcie techniczne ma obejmować również usługi związane ze sprzętem, czy wyłącznie z oprogramowaniem. Takiego doszczegółowienia jednak Zamawiający w ogłoszeniu nie zawarł. Z kolei kwestia ta wpływa na decyzję wykonawcy odnośnie budowania konsorcjum czy ewentualnych podwykonawców - pod kątem tego, czy poszukiwać firm specjalizujących się właśnie w usługach w zakresie sprzętu bądź sieci teleinformatycznej.

Ponadto nie wiadomo, co Zamawiający rozumie przez Systemy Aplikacyjne i czy Usługi Utrzymania, które zgodnie z treścią ogłoszenia obejmować mają „usługi gwarantujące nieprzerwane, bezawaryjny działanie Systemów Aplikacyjnych” (np. Usługa Instalacji, czy Usługa Administracji Systemem Informatycznym), dotyczyć będą także sprzętu i łącz teleinformatycznych, czy też nie.

Wnosi z o nakazanie doszczegółowienia ogłoszenia - poprzez określenie w punkcie „ILI.5) Krótki opis zamówienia lub zakupu" czy przedmiot zamówienia obejmuje wyłącznie utrzymanie i rozwój oprogramowania, czy także usługi związane ze sprzętem oraz o uzupełnienie w ogłoszeniu odpowiednich kodów CPV w zakresie dotyczącym konkretnie przedmiotu wsparcia technicznego.

4. Kryteria oceny ofert niezgodne z Ustawą PZP — uznaniowe i naruszające uczciwą konkurencję - co narusza art. 91 ust. 1 i 2 i art. 7 ust. 1 PZP.

Zamawiający w części IV.2.1) ogłoszenia o Zamówieniu określił następujące kryteria udzielenia zamówienia:

1. Cena. Waga 80,
2. Deklarowana liczba błędów krytycznych na testach akceptacyjnych. Waga 10,
3. Deklarowana liczba błędów krytycznych miesięcznie. Waga 10.

Jednocześnie Zamawiający w sekcji ,,VI.3) Informacje dodatkowe" opisał szczegółowo sposób przyznawania punktów w zależności od liczby zadeklarowanych w ofercie błędów krytycznych na testach akceptacyjnych i błędów krytycznych miesięcznie. Odwołujący zarzuca Zamawiającemu, że tak sformułowane kryteria oceny ofert w sposób jawny preferują dotychczasowego wykonawcę systemu. Tylko dotychczasowy wykonawca zna system na tyle dokładnie, że jest w stanie, na podstawie swoich dotychczasowych doświadczeń w utrzymaniu i modyfikowaniu tego oprogramowania, określić jaka liczba błędów krytycznych na testach akceptacyjnych i w ciągu miesiąca jest najbardziej prawdopodobna.

Dodatkowo, należy wskazać, że dotychczasowy wykonawca posiada wpływ na kształt systemu, który zostanie przekazany nowemu wykonawcy, wybranemu niniejszym postępowaniu. Wskutek tego, dotychczasowy wykonawca może wręcz kształtować podatność tego systemu na błędy poprzez wpływ na jego złożoność, sposób implementacji i architekturę. Żaden z oferentów, nie mających styczności z systemem w zakresie w jakim jest on obecnie serwisowany i utrzymywany oraz modyfikowany, nie jest w stanie (nawet gdyby udostępnić mu kody źródłowe) określić, czy i w jaki sposób utrzymanie i modyfikowanie takiego oprogramowania może wpływać na liczbę błędów w systemie.

Liczba błędów w systemie jest cechą, która nie jest zależna jedynie od Wykonawcy. Naturalnie zależy ona od jego działań i umiejętności, ale zależy tez od doświadczenia, a takie można zdobyć w tym konkretnym systemie (systemach) ARIMR jedynie obsługując te systemy, tj. serwisując je i rozbudowując.

Ponadto oprócz wpływu doświadczenia i wiedzy wykonawcy na temat obsługiwanych systemów (co preferuje dotychczasowego wykonawcę) - na pojawienie się błędów wpływ mają przede wszystkim zastosowane w systemie rozwiązania oraz ich złożoność, wykorzystane technologie i awaryjność - te wszystkie okoliczności mogą być pochodną

złożoności samego systemu oraz działań jego użytkowników - wpływając na odsetek błędów. Wykonawca może nie być w stanie zapobiec występowaniu w systemie błędów wynikających z użytych w nim technologii - nawet stosując dodatkowe procedury kontroli jakości czy zwiększając liczbę pracowników weryfikujących kod.

Niejednokrotnie jedyna możliwość zmniejszenia liczby błędów pojawiających się w systemie to przepisanie całych jego fragmentów z użyciem nowych technologii i standardów. Niestety, żaden z wykonawców startujących w postępowaniu nie będzie w stanie na etapie postępowania określić tego, w jakiej liczbie błędy generowane będą przez zastosowane w systemie technologie. Tę wiedze posiada wyłącznie dotychczasowy wykonawca, który bezpośrednio wykorzystując te technologie zna wszelkie ich słabości i ograniczenia. Zasadne jest zatem uznanie, że kryteria oceny ofert zakreślone w ogłoszeniu o zamówieniu, które opierają się o deklarację oferentów składaną na podstawie niekompletnej wiedzy, naruszają zasadę uczciwej konkurencji i dyskryminują wszystkich wykonawców poza dotychczasowym.

Ponadto kryteria oceny ofert określone w części IV.2.1) ogłoszenia o Zamówieniu: „Deklarowana liczba błędów krytycznych na testach akceptacyjnych" i „Deklarowana liczba błędów krytycznych miesięcznie" są fundamentalnie niezgodne z Art. 91 ust 2 PZP. Ustawa w sposób jednoznaczny wskazuje bowiem, że „Kryteriami oceny ofert są cena albo cena i inne kryteria odnoszące sie do przedmiotu zamówienia". Przedmiotem zamówienia jest tymczasem świadczenie usług, a nie system informatyczny. Liczba błędów w systemie nie zależy wyłącznie od wykonawcy świadczącego usługę utrzymania tegoż systemu, jest ona zależna przede wszystkim od sposobu konstrukcji samego systemu.

System zbudowany źle, z wykorzystaniem wadliwych technologii, będzie podatny na błędy w znacznie większym stopniu, niż system oparty o rozwiązania nowoczesne. Jednocześnie dla liczby błędów występujących w systemie (a wynikających z jego architektury i zastosowanych w nim rozwiązań) nie ma znaczenia jakość usługi utrzymania i wysiłek wkładany jej realizacje przez wykonawcę. Przedmiot Zamówienia określony w sekcji „II. 1.5) Krótki opis zamówienia lub zakupu" wskazuje wyraźnie zakres odpowiedzialności Wykonawcy. Ma on utrzymywać i modyfikować system, a nie zastąpić go nowym rozwiązaniem. Wykonawca ma m.in. usuwać wady systemu, monitorować dostępność i wydajność, zarządzać kodem, utrzymywać dokumentację, administrować systemem. Chodzi jednak o system zastany, już istniejący, przejęty w utrzymanie od dotychczasowego wykonawcy. Chodzi o system, który był rozwijany przez wiele lat i przez wielu programistów.

Jakość realizowanych usług nie będzie mieć żadnego wpływu na fakt, czy w systemie (systemach) pojawi się błąd wynikający z takiej czy innej implementacji informatycznej dokonanej przez poprzednich wykonawców systemu. Znacznie bardziej adekwatnym i

odnoszącym się do przedmiotu zamówienia parametrem, który mógłby stanowić kryterium oceny ofert, byłby deklarowany czas reakcji na zgłoszenie błędu krytycznego, czy też czas usunięcia takiego błędu - na takie bowiem elementy świadczonej usługi Wykonawca będzie miał bezpośredni wpływ. Na liczbę błędów pojawiających się w systemie, Wykonawca wpływu miał nie będzie.

Zdaniem Odwołującego sama deklaracja o liczbie błędów na etapie oferty zawsze pozostanie tylko deklaracją, której dotrzymanie od wykonawcy nie jest w pełni zależne. Tym bardziej dziwi wprowadzenie takiego kryterium. Jedynym uzasadnieniem jego wprowadzenia jest zdaniem Wykonawcy-Odwołującego chęć preferowania dotychczasowego Wykonawcy usług w ramach objętych ogłoszeniem systemów.

W związku z powyższym wnosi o wykreślenie z kryteriów oceny ofert następujących kryteriów i wprowadzenie innego, dodatkowego kryterium odnoszącego się do oferowanego przedmiotu zamówienia:

1. Deklarowana liczba błędów krytycznych na testach akceptacyjnych. Waga 10,
2. Deklarowana liczba błędów krytycznych miesięcznie. Waga 10.

Do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego przystąpienie zgłosił wykonawca Comarch S.A. z siedzibą w Krakowie.

Sygn. akt KIO 1114/15

Comarch S.A. z siedzibą w Krakowie (odwołujący) wniósł odwołanie od:

1. czynności Zamawiającego polegającej na określeniu kryteriów oceny ofert w postaci:

2/ Deklarowana liczba błędów krytycznych na testach akceptacyjnych, Waga 10

3/ Deklarowana liczba błędów krytycznych miesięcznie. Waga 10

oraz ich znaczenia w sposób, który odnosi się do właściwości podmiotowych wykonawcy, w tym do wiedzy i doświadczenia oraz umiejętności, kwalifikacji zawodowych I doświadczenia członków zespołu wykonawcy, ponadto w sposób sprzeczny z istotą kryterium oceny ofert, które winno dotyczyć tylko przedmiotu zamówienia, oraz w sposób prowadzący do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu;

1. naruszenie przepisu art. 7 ust. 1, art. 91 ust. 21 3 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 13 Ustawy oraz art. 29 ust. 1 Ustawy.

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji treści ogłoszenia w sposób wskazany w treści uzasadnienia odwołania.

Zamawiający w pktIV.2,l. ogłoszenia określił następujące kryteria oceny ofert:

Oferta najkorzystniejsza ekonomicznie z uwzględnieniem kryteriów kryteria określone poniżej

1, Cena. Waga 80

2, Deklarowana liczba błędów krytycznych na testach akceptacyjnych. Waga 10

3, Deklarowana liczba błędów krytycznych miesięcznie, Waga 10

Następnie w pkt V1.3. ppkt 2) 1 3) ogłoszenia Zamawiający doprecyzował znaczenie wskazanych kryteriów - w następujący sposób:

2) deklarowana liczba błędów krytycznych na testach akceptacyjnych - waga 10 %, wg poniższej zasady:

a) deklarowana liczba błędów 0-2, ilość pkt 10,

b) deklarowana liczba błędów 3-4, Ilość pkt 9,

c) deklarowana liczba błędów 5-6, Ilość pkt 8,

d) deklarowana liczba błędów 7-8, Ilość pkt 7,

e) deklarowana liczba błędów 9-10, ilość pkt 6,

f) deklarowana liczba błędów 11-12, ilość pkt 5,

g) deklarowana liczba błędów 13-14, ilość pkt 4,

h) deklarowana liczba błędów 15-16, Ilość pkt 3,

i) deklarowana liczba błędów 17-18, Ilość pkt 2,

j) deklarowana liczba błędów 19-20, ilość pkt 1,

k) deklarowana liczba błędów 21 i więcej, ilość pkt 0.

3) deklarowana liczba błędów krytycznych miesięcznie — waga 10 %, wg poniższej zasady:

a) deklarowana liczba błędów 0-5, Ilość pkt 10,

b) deklarowana liczba błędów 6-10, ilość pkt 9,

c) deklarowana liczba błędów 11-15, ilość pkt 8,

d) deklarowana liczba błędów 16-20, ilość pkt 7,

e) deklarowana liczba błędów 21-25, ilość pkt 6,

f) deklarowana liczba błędów26-30, ilość pkt 5,

g) deklarowana liczba błędów 31-35, ilość pkt 4,

h) deklarowana liczba błędów 36-40, ilość pkt 3,

I) deklarowana liczba błędów 41-45, Ilość pkt 2,

j) deklarowana liczba błędów 46-50, ilość pkt 1,

k) deklarowana liczba błędów 51 i więcej, Ilość pkt 0.

Podane kryteria w ppkt 2) i 3) pkt IV.2.1. ogłoszenia sprowadzają się do tego, że Zamawiający będzie przyznawał punkty w zależności od zadeklarowanej na etapie składania ofert liczby błędów które pojawią się w systemie - bądź w ramach rozbudowy czy modyfikacji

oprogramowania (kryterium deklarowanej liczby błędów na testach akceptacyjnych), bądź w ramach usług ciągłych - serwisowych, rozliczanych w cyklu miesięcznym.
Zamawiający będzie wobec tego punktował (preferował kosztem wyższej ceny) Wykonawcę, który zadeklaruje na etapie ofertowania, iż nie dopuści, by liczba błędów krytycznych jakie ujawnią się w systemie była „większa niż" zadeklarowana przez niego liczba, spośród liczb wskazanych przez Zamawiającego.
Należy zakładać, iż podane w ogłoszeniu kryteria w połączeniu z deklaracją wykonawców z ofert znajdą swe przełożenie na uwarunkowania SLA określone we wzorze umowy (który zostanie wskazany na etapie SIWZ) w połączeniu z karami umownymi. Ma to jednak znaczenie drugorzędne.
Istota błędu Zamawiającego w określeniu w/w kryteriów z naruszeniem Ustawy ma Inny charakter, który należy rozpatrywać na kilu płaszczyznach.
Zwraca uwagę, iż chodzi tu o sam fakt w ogóle wystąpienia błędu krytycznego w systemie. Nie chodzi Zamawiającemu o coś, co nawet „naciągając" - mogłoby zostać uznane za swego rodzaju kryterium jakościowe w kontekście jakości oferowanych usług (przykładowo czas usunięcia przez Wykonawcę błędu krytycznego). Punktowany ma być sam fakt, iż w systemie w ogóle nie pojawi się więcej błędów niż zadeklarowana Ilości - co samo w sobie z Inżynierskiego punktu widzenia jest deklaracją chybioną, której odpowiedzialnie złożyć nie można. Wynika to z faktu o charakterze notoryjnym, mającym oparcie w praktyce tego typu usług oraz charakterystyce awaryjności systemów, w tym zależnej również od Ich złożoności - że samo pojawienie się błędów w danej aplikacji tylko w części zależy od wykonawcy utrzymującego tę aplikację.
Systemy będące przedmiotem postępowania są systemami informatycznymi służącymi do obsługi procesów płatności, które charakteryzują się silną okresowością - czas realizacji każdego z nich jest rozciągnięty w czasie (wielokrotnie są to procesy wielomiesięczne, a nawet wieloletnie), a ich kolejne etapy są realizowane w terminach wynikających z uwarunkowań prawnych. Tym samym istnieje wprost zależność aktualnej czy bieżącej awaryjności systemu od działań niejako „historycznych" na systemie, wykonywanych bądź przez jego twórcę, bądź też przez podmiot poprzednio utrzymujący systemy. Częstokroć w systemie istnieją „zaszyte", niejako „uśpione" błędy, które aktywizują się po długim czasie, dopiero w wyniku splotu określonych okoliczności, np. niestandardowego działania użytkownika; nadto błędy programistyczne popełnione przez twórców oprogramowania mogą ujawniać się w systemie produkcyjnym z wielomiesięcznym, a nawet wieloletnim opóźnieniem - podnosząc ilość pojawiających się miesięcznie błędów krytycznych.
Z tych względów w ocenie Odwołującego określone przez Zamawiającego kryterium oceny ofert dotyczące ilości zgłaszanych miesięcznie błędów krytycznych, powinno zostać

usunięte, ponieważ ilości błędów wykrywanych w utrzymywanym oprogramowaniu są zależne nie tylko od podmiotu utrzymującego to oprogramowanie, ale również od twórcy systemu oraz od podmiotu, który świadczył utrzymanie w okresie wcześniejszym, a także przede wszystkim od działań realizowanych w systemie przez użytkowników i decyzji samego Zamawiającego wpływających na system (choćby w zakresie infrastruktury, czasowego wyłączania określonych mechanizmów czy określania wymaganego sposób proponowanych objeść itd.)

Z tych samych względów określone przez Zamawiającego kryterium oceny ofert dotyczące liczby ujawnianych błędów krytycznych w ramach wykonywanych przez Wykonawcę modyfikacji (ujawnionych na testach akceptacyjnych) winno być usunięte - jako że zależy nie tylko od umiejętności i profesjonalizmu wykonawcy, ale też od czynników innych, od niego niezależnych, takich jak samo zdefiniowanie potrzeb przez Zamawiającego (będące podstawą modyfikacji), jakość przygotowanych scenariuszy testowych, czy nawet od działania twórców systemu lub podmiotów go utrzymujących - w zakresie w jakim wykonana modyfikacja musi współdziałać z oprogramowaniem Istniejącym.

Co więcej - Odwołujący zwraca uwagę, że błędy mogą również ujawniać się zupełnie niezależne od jakiegokolwiek intencjonalnego lub niezamierzonego działania kogokolwiek, a to wobec istnienia i zachodzenia w praktyce całej klasy potencjalnych błędów - będących wynikiem awarii Infrastruktury.

Powyższe powoduje, że wskazane przez Zamawiającego omawiane dwa kryteria oceny ofert oraz przypisane im znaczenie godzi w samą ustawową Istotę kryterium oceny ofert wynikającą z Ustawy Pzp - która musi dotyczyć wyłącznie jakości oferowanych przez Wykonawcę usług, czyli tego co jakościowo Wykonawca dany oferuje i na co ma wpływ. W świetle Ustawy kryterium oceny ofert nie może natomiast dotyczyć - jak w niniejszym przypadku - kwestii od wykonawcy niezależnych, niemających charakteru jakości usługi przez niego świadczonej.

Nie sposób przyjąć, iż miarą jakości oferowanych przez Wykonawcę usług będzie kryterium, które w znacznej części od Wykonawcy w ogóle nie zależy. Tym samym opisane kryterium narusza art. 91 ust 1 Ustawy, bowiem prowadzi do oceny nie działań czy zaniechań Wykonawcy, ale działań i zaniechań użytkowników, Zamawiającego czy okoliczności zewnętrznych i niezależnych od tych podmiotów.

Z uwagi zaś na fakt, Iż Ilość występujących w systemie błędów/błędów znajdowanych na testach akceptacyjnych nie jest w pełni zależna od Wykonawcy (w szczególności dotyczy to błędów w systemie w pierwszym roku po przejęciu) - to tym samym punktowanie deklaracji o małej ilości błędów prowadzi do punktowaniem deklaracji składanych w imieniu wykonawcy, oraz Zamawiającego, użytkowników, twórcy systemu czy poprzedniego Wykonawcy - co

prowadzi do absurdu i odbiera ustanowieniu kryterium jakiekolwiek sensowne i racjonalne uzasadnienie.

Ponadto Odwołujący zarzuca, że w świetle Ustawy przede wszystkim kryteria oceny ofert muszą być kryteriami związanymi z przedmiotem zamówienia. Jeżeli przedmiotem zamówienia jest usługa utrzymania - to kryterium powinno dotyczyć tej usługi zapewnianej przez Wykonawcę. Tymczasem liczba błędów jest cechą systemu, a nie usługi. To system generuje błędy, a nie usługa utrzymania. Usługa utrzymania polega na usuwaniu błędów. Wskazujemy, że uzasadnione w pewnym sensie byłoby kryterium takie jak „odsetek błędów krytycznych nie usuniętych w terminie..." - gdyż takie kryterium jest związane z usługą, a nie systemem i zależy od Jakości utrzymania, podczas gdy liczba błędów nie zależy (należy zaznaczyć, iż nawet i takie (potencjalne) kryterium jest niedopuszczalne - z Innych powodów, wskazanych poniżej).

Należy również podkreślić, że kryterium określone przez Zamawiającego nie dotyczy Ilości błędów występujących w systemach objętych utrzymaniem, lecz błędów ujawnionych w określonym okresie czasu (w tym wypadku w ciągu miesiąca). W systemach informatycznych o takiej architekturze jak systemy objęte zamówieniem błędy mogą się ujawniać z wielomiesięcznym opóźnieniem w stosunku do momentu ich wystąpienia w systemie. Systemy te są użytkowane produkcyjnie od wielu lat, w tym czasie zarówno wiele błędów zostało zarówno wprowadzonych jak I usuniętych, Ich skutki w postaci nieprawidłowości w przechowywanych danych zostały z różną skutecznością naprawione, równolegle do systemów wprowadzono znaczącą liczbę modyfikacji zmieniających w niektórych wypadkach błędnie działające funkcje (nie zawsze skutecznie korygując błędne zapisy w bazach). Na powyższą sytuację nakładają się działania użytkowników (w tym pracowników Zamawiającego), którzy wprowadzając niewłaściwe dane za pomocą mechanizmów systemowych zamówionych przez Zamawiającego (np. moduł SAD) mogą nieumyślnie doprowadzać do powstania krytycznych utrudnień w działaniu systemów.

Jedyną metodą pozwalającą na zabezpieczenie się przed powyższym ryzykiem byłoby przeprowadzenie pełnych testów funkcjonalnych, obciążeniowych i wydajnościowych wszystkich systemów podlegających obsłudze w ramach planowanej umowy z wykorzystaniem obecnych danych produkcyjnych. W celu realizacji takiego procesu każdy z potencjalnych przyszłych wykonawców musiałby:

• otrzymać obecną kopię systemów wraz z pełną kopią danych produkcyjnych dla każdego z podlegających umowie systemów,

• otrzymać pełny I nieskrępowany dostęp do systemów zewnętrznych zintegrowanych z systemami OFSA (w tym do systemów ZSZiK i EBS, którego utrzymanie jest realizowane w

ramach innych umów) - jest to niezbędne ponieważ interakcja z tymi systemami jest konieczna dla przeprowadzenia całości procesów w systemach OFSA i RG.PROW,

• przed przejęciem utrzymania otrzymać kilkumiesięczny okres na przeprowadzenie pełnych testów systemów z jednoczesnym zapewnieniem ze strony Zamawiającego, że od przekazania systemów do testów do czasu przejęcia utrzymania nie zostaną w systemach wprowadzone żadne modyfikacje (każda modyfikacja wprowadza możliwość powstania nowych błędów),

• otrzymać zapewnienie ze strony Zamawiającego, że w przypadku wykrycia błędów w testowanych systemach w ilościach zostaną one usunięte przez poprzedniego Utrzymującego, a po zakończeniu procesu poprawy cykl testowy zostanie powtórzony.

Tylko przyjęcie powyższego cyklu działania mogłoby pozwolić na przyjęcie przez przyszłego Wykonawcę usług utrzymania pełni odpowiedzialności za jakość utrzymywanego oprogramowania. Operacja taka jest jednak niemożliwa z powodu uwarunkowań prawnych dotyczących działania Zamawiającego, które uniemożliwiają wielomiesięczne zamrożenie rozwoju systemów wspierających Jego działalność operacyjną. Systemy te będą rozwijane i modyfikowane przez poprzednich utrzymujących w zasadzie do samego końca świadczenia przez nich usług utrzymaniowych, a zatem skutki ewentualnych błędów przez nich wprowadzonych będą się ujawniać przez kolejne kilka lub nawet kilkanaście miesięcy, w zależności od produkcyjnego wykorzystania zmodyfikowanych mechanizmów.

Nadto zarzuca, że określone przez Zamawiającego kryterium oceny ofert dotyczące ilości błędów krytycznych jakie wystąpią w trakcie testów akceptacyjnych dostarczanych modyfikacji jest niezgodne z Ustawą I powinno zostać usunięte, ponieważ zapisy dokumentacji przetargowej, ani obecnie dostępnej (ogłoszenie), ani nawet przekazanej na późniejszym etapie - nigdy nie pozwolą na jego wiarygodne oszacowanie z jakościowego punktu widzenia - z tego prostego powodu, że modyfikacje dotyczą zadań przyszłych, zlecanych (bądź nie) w przyszłości przez Zamawiającego, o nieznanej na chwilę obecną ani nawet na dzień zawarcia umowy stopniu komplikacji i pracochłonności, w tym o nieznanym stopniu ingerencji w obecnie istniejące struktury i kody. W zakresie modyfikacji systemów nie jest nawet możliwy do podania obecnie termin ich realizacji, a co dopiero liczba błędów, jakie pojawia się po jej wykonaniu na testach.

Tym samym w zakresie kryterium dotyczącego liczby pojawiających się błędów w ramach zlecanych ewentualnie w przyszłości modyfikacji zmusza się wykonawców do ofertowania „w ciemno" i deklarowania o maksymalnej liczbie przyszłych błędów bez żadnych racjonalnych czy inżynierskich podstaw. Nie ma to nic wspólnego z kryterium jakości dotyczących przedmiotu zamówienia.

Zamawiający określając przedmiotowe kryterium, niejako tylnymi drzwiami, różnicuje wykonawców, preferując podmioty duże i zasobne finansowo, eliminując jednocześnie z postępowania podmioty dla których kary umowne mogłyby być nie do udźwignięcia. Przekreśla to możliwość zastosowania i przyjęcia takiego kryterium za zgodne z Ustawą, bowiem narusza ono zasadę równego traktowania wykonawców i zasadę zakazu odnoszenia kryteriów oceny ofert do właściwości wykonawcy. Skoro z góry wiadomo, że deklaracja w omawianym zakresie nie może być niczym racjonalnym poparta z uwagi na nieznany zakres przyszłej usługi/zamówienia (jest mowa o przyszłych nieznanych modyfikacjach) - prowadzi to do deklarowania liczby błędów faktycznie w oparciu o zupełnie inne kryteria - takie choćby jak zdolność danego wykonawcy do poniesienia wysokich kar umownych za niedotrzymanie deklaracji (sama deklaracja bez powiązania z karami sensu żadnego nie ma) - po to tytko by dostać w tym kryterium maksymalną liczbę punktów. Tym samym omawiane kryterium preferuje podmioty duże, o dużych zasobach finansowych, dla których ewentualne uchybienie deklaracji dającej maksymalna liczbę punktów będzie finansowo mniej odczuwalne. Wykonawcy tacy będą woleli zaryzykować nierealizowalną deklarację, byle „wziąć temat" i ewentualnie płacić kary, gdyż pozwoli im to na wyeliminowanie z realizacji zamówienia dla Agencji konkurentów.

Tym samym do głosu dochodzą i mogą przesądzić o wyniku postępowania kryteria pozaustawowe, nieujawnione wprost w ogłoszeniu, dotyczące właściwości danego wykonawcy.

Żaden z wykonawców nie może przecież odpowiedzialnie zadeklarować, iż w zakresie nieznanych mu modyfikacji nie wystąpi więcej niż dana liczba błędów. Jest to klasyczny przykład wymagania niemożliwego - określenia i zadeklarowania na sztywno na dzień składnia ofert bezawaryjnego działania modyfikacji oprogramowania, podczas gdy są one zupełnie nieznane.

Absurdalność tego kryterium i jednocześnie niezgodność z Ustawą pogłębia okoliczność, którą Zamawiający pomija, a mianowicie fakt, iż etap testów akceptacyjnych modyfikacji oprogramowania jest właściwym, zgodnym z dobrymi praktykami w obszarze IT działaniem profesjonalnego przedsiębiorcy. Etap testów akceptacyjnych służy wychwyceniu właśnie jak największej liczby błędów - zanim oprogramowanie ze środowiska testowego trafi do produkcyjnego wykorzystywania w rzeczywistym systemie, z wykorzystaniem danych rzeczywistych. Tego typu kryterium prowadzi zatem do wręcz odwrotnych skutków w sensie jakości oferowanej usługi: mianowicie do chęci ukrycia, czy minimalizowania wykrytych na etapie testów błędów, podczas gdy prawidłowo skonstruowana umowa i dbałość o finanse publiczne (kryterium to pozwala podwyższyć cenę) oraz dbałość o jakość systemów winna

zakładać co najwyżej krótkie terminy na usuniecie wykrytych błędów w trakcie testów błędów, a nie stwarzać pokusę sztucznego minimalizowania ich wystąpienia.

Dla Odwołującego kryterium to jest zatem niezrozumiałe - o ile domyśla się preferowania za pomocą tego kryterium podmiotów, których stać na wysokie kary - to nie jest zrozumiałe z punktu widzenia dbałości o finanse publiczne i o jakość systemów i ich role określanie jako rzekomo jakościowego kryterium, które prowadzi w praktyce do ryzyka takiego konstruowania scenariuszy testowych, by na testach akceptacyjnych ujawniła się jak najmniejsza liczba błędów - by być w zgodzie z zadeklarowanym minimum.

Wymaga podkreślenia - że w praktyce nie istnieją systemy Informatyczne nie posiadające żadnych błędów. Ilości poszczególnych kategorii błędów występujących w systemach zależą od szeregu czynników, w tym od Jakości wykonania oprogramowania przez programistów oraz przyjętych definicji poszczególnych kategorii błędów i usterek (nie Istnieją ujednolicone klasyfikacje błędów stosowane jednolicie do każdego przypadku i każdego systemu). Ponadto określone przez Zamawiającego kryterium oceny nie dotyczy błędów występujących w ramach wykonanej modyfikacji, lecz de facto liczby błędów krytycznych ujawnionych w trakcie testów akceptacyjnych - co nie jest tym samym.

Ilość błędów ujawnianych w trakcie testów jest m.in. bezpośrednio zależna od samego sposobu prowadzenia procesu testowego, kompetencji zespołu testującego, jego liczebności, czasu poświęconego na realizację testów, ilości weryfikowanych przypadków etc - elementy te są zależne od Zamawiającego. Tym samym Oferenci nie mają żadnych możliwości oszacowania restrykcyjności użytego przez Zamawiającego kryterium, a tym samym podjęcia przemyślanej decyzji o przystąpieniu lub nie do postępowania przetargowego.

Również zatem i w zakresie tego kryterium (dotyczącego liczby błędów dla modyfikacji) dotrzymanie zdefiniowanego kryterium oceny ofert będzie zależało w dużej mierze od działań Zamawiającego, a tym samym złożenie dowolnej deklaracji w tym zakresie ze strony przyszłego Wykonawcy będzie działaniem bez pokrycia i nie powinno być podstawą do oceny oferty.

Niezależnie od powyższych zarzutów zarzuca, iż obydwa omawiane kryteria prowadzą de facto do oceny właściwości podmiotowych wykonawcy- w tym zakresie, w jakim liczba błędów rzeczywiście od wykonawcy zależy. Jest to kolejny argument za niezgodnością w/w kryteriów z art. 91 ust 3 Ustawy.

Zamawiający w warunkach podmiotowych udziału w niniejszym postępowaniu określił zarówno minimalny skład, jak i liczebność zespołu Wykonawcy niezbędną do realizacji usług objętych umową. Jednocześnie planuje, iż w ramach udzielenia zamówienia zamierza oceniać deklaracje Oferentów dotyczące liczby błędów krytycznych występujących podczas

testów akceptacyjnych modyfikacji systemów i ich miesięcznych ilości. Parametry te (liczba błędów) w zakresie zależnym od Wykonawcy - są niczym innym jak pochodną właściwości samego wykonawcy (jego doświadczenia, organizacji itd.) oraz przede wszystkim są pochodną jego potencjału kadrowego, w tym liczby i doświadczenia zaangażowanych specjalistów (analityków, programistów, projektantów, testerów etc.) oraz Ich kompetencji, ze szczególnym uwzględnieniem znajomości tych konkretnych systemów podlegających utrzymaniu.

O liczbie błędów pojawiających się w systemie, czy to w skali miesięcznej w ramach usług utrzymania, czy to w ramach wykonywanych modyfikacji - w zakresie w jakim to zależy od Wykonawcy (a nie od użytkowników, działań twórcy systemu, Infrastruktury, decyzji Zamawiającego ltd.) - decyduje bowiem wyłącznie doświadczenie wykonawcy jako takiego w realizacji tego typu umów (w tym polegające na dobrze personelu, zarządzaniu zasobami itd.), oraz zespół wykonawcy - czyli konkretne osoby, ich kwalifikacje i doświadczenie.

Liczba błędów w systemie jest bowiem w zakresie niezależnym od okoliczności zewnętrznych i podmiotów trzecich wynikiem „pracy rąk własnych" określonych imiennie osób wskazanych w wykazie, posiadających określone kompetencje i doświadczenie.

Z tych względów powyższe kryteria odnoszą od warunków podmiotowych, bowiem dotyczą konkretnych umiejętności analitycznych, programistycznych, testowych itd. personelu wykonawcy. Jest to kolejny dowód za tym, iż Jest to właśnie kryterium o charakterze podmiotowym, które winno być (i jest) weryfikowane wyłącznie w ramach warunków podmiotowych (np. w ramach wiedzy lub doświadczenie osób wskazywanych w wykazie zespołu składanego w ofercie).

Podnosi, Iż kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości podmiotowych wykonawcy - do których niewątpliwie należy m.in. wiedza i doświadczenie wykonawcy bądź jego personelu. Fakt, iż tak jest w niniejszym przypadku potwierdza również analiza szczegółowego opisu tego kryterium oraz wyodrębnionych w jego ramach „widełek" punktów. Przyjęty opis wprost wskazuje na ocenę kryterium pod kątem wiedzy I doświadczenia wykonawcy względnie wiedzy i doświadczenia zespołu (analityków, programistów, testerów) jakim on dysponuje. Są malejąca liczba błędów punktowana odpowiednio wyżej są to bowiem cechy poprawnej umiejętności analitycznej, programistycznej, testowej itd. - będące refleksem wiedzy i doświadczenia personelu wykonawcy.

Jak wskazuje się w opinii prawnej zamieszczone na stronach UZP i dotyczącej „Kryteriów oceny ofert i warunków udziału w postępowaniu w kontekście wymagania przez zamawiającego od wykonawców określonego doświadczenia" - „Z powołanego art. 91 ust. 3 ustawy PZP wynika zakaz stosowania przy ocenie ofert kryteriów o charakterze podmiotowym. Oznacza to, Iż właściwości wykonawcy ubiegającego się o zamówienie

publiczne nie mogą być brane pod uwagę przy ocenie oferty najkorzystniejszej. Wskazać jednocześnie należy, Iż zawarte w art. 91 ust. 3 ustawy PZP wyliczenie niedopuszczalnych kryteriów ocen ma charakter przykładowy. Oznacza to, iż poza wiarygodnością ekonomiczną, techniczną lub finansową wykonawcy ubiegającego się o zamówienie, przy wyborze najkorzystniejszej oferty nie mogą być brane pod uwagę także inne kryteria odnoszące się do właściwości wykonawcy. Z tych względów należy uznać za niedopuszczalne w świetle art. 91 ust. 3 ustawy PZP stosowanie przy wyborze najkorzystniejszej oferty takich kryteriów oceny ofert jak doświadczenie wykonawcy, czy też posiadanie przez wykonawcę znajomości określonej branży (tak też. P. Granecki: Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2007, s. 266). Tym samym należy stwierdzić, iż wskazane w powołanym na wstępie piśmie kryteria oceny ofert opisane w pkt 1 i 2 naruszają art. 91 ust. 3 ustawy PZP, i z tych względów nie jest dopuszczalne Ich zastosowanie w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. (..).Wskazując na niedopuszczalność zastosowania jako kryteriów oceny ofert (art. 91 ust. 2 i 3 ustawy PZP) takich aspektów jak doświadczenie wykonawcy, czy też posiadanie przez niego znajomości określonej branży, zdobytej w trakcie wykonywania podobnych zamówień dla podmiotów działających w określonej branży, należy jednocześnie zaznaczyć, iż mogą one stanowić warunki udziału w postępowaniu (art. 22 ust. 1 ustawy PZP).

Dowodem na fakt, iż w omawianym zakresie kwestionowane kryteria mają charakter podmiotowy Jest również fakt, iż Zamawiający w ramach warunków udziału w postępowaniu określił jako wymagane doświadczenie Wykonawcy w realizacji umów obejmujących m.in. „usuwanie wad w utrzymywanym oprogramowaniu" (warunek III.2.1) 1.1,2.2, ogłoszenia lit. b) I c) ogłoszenia), czy fakt, iż wymaga w ramach warunku dotyczącego potencjału kadrowego wykazania w wykazie osób co najmniej „5 programistów (...), „5 analityków (...) czy „5 testerów (...)" - z określonym doświadczeniem 1 kompetencjami (warunek III.2.1) 1.1.3. iit. d)-f) ogłoszenia). Jest to grono specjalistów bezpośrednio odpowiedzialnych za jakość sytemu, czy modyfikacji oraz z usuwanie błędów w systemie.

Ponadto odwołujący zarzuca, iż omawiane kryteria naruszają dyscyplinę finansów publicznych. Zamawiający zdefiniował wagę kryteriów ilości błędów krytycznych podczas testów akceptacyjnych oraz miesięcznie w trakcie utrzymania jako odpowiednio dwukrotnie 10% wartości ostatecznej oceny oferty. Pozostałe 80% oceny stanowi oferowana cena usługi utrzymania i rozwoju systemów objętych umową. Zamawiający dopuszcza jednocześnie złożenie ofert z deklarowaną ilością błędów przekraczającą wartości pozwalające na uzyskanie punktów w kryteriach Ilości błędów. Oznacza to, że występowanie nawet dużej Ilości błędów na testach akceptacyjnych oraz w trakcie późniejszego utrzymania systemów

produkcyjnych jest dla Zamawiającego akceptowalne i taka usługa jest dla niego usługą wystarczającą do zapewnienia właściwego poziomu działania Zamawiającego.
Tym samym oferty zawierające deklaracje liczby błędów pozwalające na osiągnięcie dodatkowej punktacji będą ofertami świadczenia usług na poziomie przekraczającym jakościowo poziom dla Zamawiającego wystarczający operacyjnie.
W obszarze utrzymania i rozwoju systemów informatycznych poprawa jakości świadczonych usług zawsze jest związana ze wzrostem kosztów, a tym samym ceny takiej usługi - w celu zwiększania Jakości należy wykorzystać zasoby ludzkie o wyższych kompetencjach (a więc droższe) lub znacząco zwiększać liczebnie zespoły realizacyjne (co również docelowo przekłada się na wyższą cenę świadczonej usługi).
Tak więc utrzymanie kryteriów ilości błędów krytycznych wprowadzonych przez Zamawiającego otwiera drogę do zakontraktowania usług w granicznym wypadku o 20% droższych od usług w pełni zaspokajających rzeczywiste potrzeby Informatyczne Zamawiającego, przy jednoczesnej zależności spełniania tych kryteriów od działań podejmowanych przez Zamawiającego oraz niezależnej od przyszłego wykonawcy aktualnej jakości systemów podlegających utrzymaniu.
Na marginesie zarzuca, iż Zamawiający nie zawarł w ogłoszeniu żadnej definicji błędu krytycznego, a co za tym Idzie Oferenci przystępując do postępowania nie wiedzą, jakiego rodzaju błędy będą klasyfikowane jako błędy krytyczne (np. czy jako takie będą traktowane problemy w funkcjonowaniu infrastruktury sprzętowej, czy będzie występować rozróżnienie pomiędzy błędem krytycznym a awarią etc.) - w konsekwencji czego na obecnym etapie ogłoszenia określenie zakwestionowanych kryteriów jest niepełne i niejasne, dające podstawę do nadużyć, zaś „przerzucenie" doprecyzowania czy podania definicji pojęć wskazanych w ramach tych kryteriów („błąd krytyczny") na etap sporządzenia i przekazania jest niedopuszczalne w świetle Ustawy. Prowadziłoby bowiem do różnic w opisie kryterium i Jego znaczenia pomiędzy ogłoszeniem, a specyfikacją.
Z uwagi na powyższe żąda nakazania Zamawiającemu:
- usunięcia kryteriów oceny ofert:

2. Deklarowana liczba błędów krytycznych na testach akceptacyjnych. Waga 10 .
3. Deklarowana liczba błędów krytycznych miesięcznie. Waga 10

oraz opisu ich znaczenia oraz wprowadzenie kryterium dodatkowego, obok ceny, odnoszącego się do przedmiotu zamówienia, a nie do właściwości wykonawcy i nie prowadzącego do różnicowania wykonawców.

Do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosił przystąpienie wykonawca DML sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołania wniósł o ich oddalenie jako oczywiście bezzasadnych.
Odnosząc się do zarzutów odwołań stwierdził na wstępie, że w jego ocenie są one przedwczesne. Podkreślił, że postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu ograniczonego, dla którego w art. 48 ust. 2 ustawy pzp wskazano, jakie elementy winno zawierać ogłoszenie o zamówieniu udzielanym w tym trybie. Zarzut naruszenia art. 91 ust. 2 i3 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 13 jest bezzasadny jako bezprzedmiotowy, ponieważ nie może mieć zastosowania na tym etapie postępowania. Zamawiający podkreśla różnicę pomiędzy art. 36 ust. 1 pkt 2 ustawy, zgodnie z którym zamawiający zawiera w siwz opis przedmiotu zamówienia, a art. 48 ust. 2 pkt 3 nakazującym zawrzeć w ogłoszeniu jedynie określenie przedmiotu zamówienia, z podaniem informacji o możliwości składania ofert częściowych.
Niezależnie od powyższego zamawiający wskazał, że dokonał zmian treści ogłoszenia: w sekcji II.1.5 Krótki opis zamówienia oraz sekcji II.32.1 Całkowita wielkość lub zakres, w sekcji II.1.6 Wspólny Słownik Zamówień, sekcji IV.3.4 Termin składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i w sekcji VI.3 Informacje dodatkowe.
W tej ostatniej wskazał na kryteria oceny ofert tj.:
1/ **cena – 85%,**
2/ deklarowana liczba błędów krytycznych na testach akceptacyjnych zgodnie z zatwierdzonym Planem Testów Akceptacyjnych (PTA) – **waga 5%** wg zasady ustalonej w sześciu przedziałach; przy deklarowanej liczbie błędów krytycznych na testach akceptacyjnych: 0-6 – 5 pkt, 7-8 – 4 pkt, 9-10 – 3 pkt, 11-12 – 2 pkt, 13-14 – 1 pkt, 15-20 – 0 pkt. „W przypadku zadeklarowania większej ilości błędów krytycznych niż 20, oferta wykonawcy zostanie odrzucona jako niezgodna z siwz na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp.
3/ deklarowana liczba błędów krytycznych miesięcznie – **waga 10%** wg analogicznej zasady jw. tj. 0-15 błędów - 10 pkt i kolejno w przedziałach od 2 do 11 przy liczbie błędów od 16 do 70 z punktacją od 9 do 0. W przypadku zadeklarowania większej ilości błędów krytycznych niż 70, oferta wykonawcy zostanie odrzucona jako niezgodna z siwz na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp. Deklarowana liczba błędów obowiązywać będzie po dwóch miesiącach od dnia zakończenia Okresu przejściowego.

Ponadto w odpowiedzi na pytanie wyjaśnił, że przedmiotem usługi instalacji i usługi administracji systemem informatycznym będzie wyłącznie oprogramowanie.

W związku z dokonanymi zmianami treści ogłoszenia, w szczególności w zakresie opisu przedmiotu z zamawiający uznaje odwołania za bezprzedmiotowe.

W zakresie kwestionowania wskazanych kryteriów jakościowych, w ocenie odwołujących mających charakter podmiotowy zamawiający wskazał, co następuje. Powołujące orzeczenia KIO 1630/14 oraz 418/13 stwierdził, że z istoty zamawianej usługi mającej polegać na świadczeniu usług utrzymania i rozwoju systemów aplikacyjnych, z których usługa utrzymania systemów ma gwarantować „nieprzerwane, bezawaryjne działanie systemów aplikacyjnych" wynika w oczywisty wręcz sposób, że z punktu widzenia potrzeb zamawiającego pożądaną cechą świadczonej usługi , jej „finalnym rezultatem" będzie zminimalizowanie ilości błędów krytycznych tych systemów. Te dodatkowe, pozacenowe kryteria zostały dobrane w sposób związany z uzasadnionymi potrzebami i ściśle są związane z przedmiotem zamówienia oraz celem jego udzielenia. Oczekiwane przez zamawiającego walory przedmiotu zamówienia są dla zamawiającego istotne dla uzyskania nieprzerwanego i bezawaryjnego usługi.

Zamawiający potwierdza, że istotnie to system informatyczny generuje błędy, jednakże przedmiotem zamawianej usługi jest zagwarantowanie prawidłowego działania tych systemów, co oznacza nie tylko usuwanie błędów wygenerowanych, ale także zapobieganie pojawianiu się takich błędów. Na poparcie argumentacji wskazał na wyrok 1564/14.

Zakwestionował zarzut naruszenia zasady równego traktowania wykonawców poprzez kryteria oceny ofert preferujące dotychczasowego wykonawcę o zauważył, że właściwie każdy opis przedmiotu zamówienia niesie za sobą ograniczenie konkurencji pośrednio lub bezpośrednio preferując jednych wykonawców i dyskryminując innych. Zauważył, że w zamówieniach publicznych nie istnieje konkurencyjność absolutna. Istotne są specyfika zamówienia i uzasadnione potrzeby zamawiającego. Ponownie wskazał na wymóg ciągłego świadczenia usługi i utrzymania systemu z zapewnieniem minimalizacji ilości błędów krytycznych.

Stwierdził, że uwzględnienie żądań w zakresie zastąpienia ustalonego kryterium innym – odpowiadającym odwołującemu, prowadziłoby do ustalenia warunków umowy, której treść nie odpowiada zamawiającemu i jego potrzebom.

Wskazał, że testy akceptacyjne przeprowadzane już na etapie wykonania zamówienia służą ocenie spełniania postawionych kryteriów – w tym jakościowych i funkcjonalnych. Testy służą weryfikacji przedmiotu zamówienia, a ilość błędów krytycznych wykrytych jest relewantnym kryterium oceny. Wskazuje, że testy akceptacyjne wskazane w opisie kryteriów,

to nie są testy wewnętrzne wykonawcy, które wykonawca winien przeprowadzić na etapie wcześniejszym w celu wykrycia wszystkich błędów – zanim przedstawi gotowy produkt zamawiającemu.
Ponadto zamawiający podtrzymał stanowisko, że zastosowane kryterium jakościowe nie ma charakteru podmiotowego, co naruszałoby zakaz z art. 91 ust. 3 ustawy. Odmienne stanowisko odwołującego, który tezę o podmiotowości kryterium wywodzi z doświadczenia wykonawcy i jego potencjału kadrowego, uznał za sprowadzenie wnioskowania do absurdu.

W odniesieniu do twierdzeń odwołań o braku w pływu wykonawcy na pojawianie się błędów krytycznych wynikających nie z działań bezpośrednio tego wykonawcy, ale z innych okoliczności, jak działania dotychczasowych wykonawców, działania i zaniechana użytkowników, poza wskazaną istotą usługi, zamawiający wskazał, że przewidział w wyniku modyfikacji ogłoszenia, że deklarowana przez wykonawców liczba błędów będzie obowiązywać dopiero po dwóch miesiącach od dnia zakończenia Okresu Przejściowego, który z kolei wynosi pierwsze trzy miesiące od dnia zawarcia umowy. W okresie przejściowym wykonawca ma osiągnąć gotowość do rozpoczęcia wykonywania usług. W ustalony pięciomiesięcznym okresie wykonawca nie musi zachować deklarowanego limitu błędów. Wykonawca ma zatem czas na przegląd systemów, zdiagnozowanie wad i ich usunięcie w szczególności poprzez dokonanie odpowiednich modyfikacji. Tym samym ma wpływ na poprawne działanie zastanych systemów i sposób świadczenia usługi utrzymania stanowiącej przedmiot zamówienia.

W toku rozprawy strony i uczestnicy przedstawili aktualne stanowiska.

Odwołujący DML (sygn. KIO 1107/15) w związku z dokonanymi w postępowaniu przez zamawiającego czynnościami oraz stanowiskiem zawartym w odpowiedzi na odwołanie cofnął zarzuty opisane w pkt 1, 2 i 3 petitum odwołania. Podtrzymał zarzut wskazany w pkt 4 dotyczący kryteriów oceny ofert, których charakter pomimo dokonanej zmiany ich wagi nie uległ zmianie. Wobec powyższego podtrzymał w całości uzasadnienie zarzutu zawarte w odwołaniu. Podkreślił, że niemożliwa jest realna deklaracja liczby błędów krytycznych. Potencjalni wykonawcy, poza dotychczas wykonującym tę usługę (i który tworzył system) nie posiadają dostatecznej wiedzy umożliwiającej zadeklarowanie liczby błędów, która ma bezpośredni związek z dokonaniem oceny punktowej w kryterium jakościowym. Zauważył, że zamawiający nie zdefiniował pojęcia błędu krytycznego, a argumentacja dot. możliwości zapoznania się z systemem dotyczy późniejszego etapu tj. po podpisaniu umowy. Tym samym na etapie przygotowania oferty zarzuty pozostają w całości aktualne. Zauważył, że w wyniku modyfikacji zamawiający zaostrzył metodę oceny ofert wskazując, iż przy

zadeklarowaniu większej ilości błędów krytycznych niż wskazana maksymalnie dopuszczalna, oferta podlega odrzuceniu.

Odwołujący Comarch (sygn. KIO 1114/15) i jako przystępujący (do postępowania o sygn. KIO 1107/15 po stronie odwołującego) poparł stanowisko odwołującego DML. Zauważył, że błędy krytyczne to cecha systemu, a nie usługi będącej przedmiotem zamówienia. Przypomniał, że błędy pojawiać się mogą z przyczyn nie leżących po stronie wykonawcy, tym bardziej ich deklarowana liczba nie może stanowić kryterium oceny ofert. Sposób przyjęty przez zamawiającego wskazuje na podmiotowy charakter tego kryterium. Również z treści warunków udziału w postępowaniu (pkt III.2.1. a, b, c ogłoszenia) wynika związek z treścią spornego kryterium, a zwłaszcza podmiotowy jego charakter. Stwierdził, że w rzeczywistości bezawaryjne systemy nie występują, a jak wynika z treści OPZ w jego zakres wchodzi również usuwanie wad. Ponownie przypomniał, że źródła błędów systemu mogą być wielorakie i nie leżące po stronie wykonawcy. Wskazał, że po modyfikacji kryterium liczby błędów na testach akceptacyjnych sformułowano niski próg dopuszczalnej liczby błędów w całym okresie umownym tj. 36 m-cznym.

Przystępujący DML (do postepowania sygn. KIO 1114/15 po stronie odwołującego) – poparł stanowisko odwołującego i zauważył, że w rzeczywistości nie jest możliwe rzetelne zadeklarowanie w ofercie liczby błędów krytycznych w szczególności w zakresie modyfikacji systemu, których ilość i zakres nie jest znany.

Zamawiający – odnośnie zarzutu podtrzymanego przez odwołującego DML wniósł o jego nieuwzględnienie. Stwierdził, że na obecnym etapie postępowania nie żąda od wykonawców deklaracji co do liczby błędów krytycznych. Wymóg ten dotyczy oferty, której przygotowanie nastąpi po zapoznaniu się z SIWZ, w której przewiduje się np. zdefiniowanie błędu krytycznego i szereg innych informacji niezbędnych wykonawcom. Stwierdził, że zarzuty odwołania mogą wskazywać na niewystarczające doświadczenie wykonawcy. Wskazał także, iż w toku postępowania w trybie odpowiedzi na pytania wyjaśni szereg wątpliwości. Wskazał na odrębność postawionych warunków udziału w postępowaniu, a ustalonych kryteriów jakościowych. Wskazał, że przedmiotem zamówienia objęte jest również np. monitorowanie, które może w szeregu przypadkach zapobiegać występowania błędów. Wskazał na specyfikę usług modyfikacji systemu, które są w całości wykonywane przez wykonawcę, stąd za uzasadnione uznaje niższe progi błędów krytycznych.

Przystępujący Asseco (do postępowania sygn. KIO 1114/15 po stronie zamawiającego) – podzielił stanowisko zamawiającego. Wniósł o oddalenie odwołania. Stwierdził, że argumentacja odwołującego jest niespójna. Wskazał na określony czas obowiązywania liczby błędów z uwzględnieniem okresu przejściowego i okresu karencji. Podkreślił przedmiotowy charakter spornych kryteriów jakościowych. Stwierdził, że liczba błędów krytycznych na testach akceptacyjnych (max 20) odnosi się odrębnie do każdej modyfikacji.

Po rozpatrzeniu odwołań na rozprawie, biorąc pod uwagę stanowiska przedstawione przez strony i uczestników na piśmie i do protokołu rozprawy, w tym okoliczność cofnięcia przez odwołującego DML części zarzutów odwołania, mając także na względzie treść ogłoszenia o zamówieniu wraz z dokonanymi zmianami, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Zarzuty obydwu odwołań dotyczą ustalonych i opisanych przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu kryteriów oceny ofert innych niż cena, a opierających się na deklarowanej liczbie błędów krytycznych na testach akceptacyjnych oraz deklarowanej liczba błędów krytycznych miesięcznie.
Odwołujący DML zarzucił, że przy ustaleniu tego kryterium nastąpiło naruszenie art. 91 ust. 1 i 3 oraz art. 7 ustawy pzp, natomiast odwołujący Comarch wskazał na naruszenie art. 7 ust. 1, art. 91 ust. 2 i 3 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 13 Ustawy oraz art. 29 ust. 1 Ustawy. Sporne kryteria, nazywane w toku postępowania także jakościowymi lub pozacenowymi, w ocenie odwołujących są uznaniowe i naruszające uczciwą konkurencję - co narusza art. 91 ust. 1 i 2 i art. 7 ust. 1 ustawy pzp, a ustalenie ich znaczenia nastąpiło w sposób, który odnosi się do właściwości podmiotowych wykonawcy, w tym do wiedzy i doświadczenia oraz umiejętności, kwalifikacji zawodowych i doświadczenia członków zespołu wykonawcy, ponadto w sposób sprzeczny z istotą kryterium oceny ofert, które winno dotyczyć tylko przedmiotu zamówienia, oraz w sposób prowadzący do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców. Odwołujący wywodzą w zasadniczej części argumentacji, że doszło do naruszenia art. 91 ust. 3 ustawy pzp, który stanowi, że kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, a w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej. Przyjmuje się powszechnie, iż oznacza to, że kryteria oceny ofert, zgodnie z przywołanym przepisem, nie mogą mieć charakteru podmiotowego („dotyczyć właściwości wykonawcy”), a tym samym powinny się odnosić do przedmiotu zamówienia zgodnie z treścią art. 91 ust. 2 ustawy pzp.

W ocenie składu orzekające wskazane wyżej zarzuty odwołań są niezasadne.

Oczywiste jest, że zamawiający jest zainteresowany, aby liczba błędów krytycznych wcześniej opisanych, jakkolwiek dotychczas niezdefiniowanych, była jak najmniejsza. Tę zatem okoliczność premiuje przez przyjęcie wyspecyfikowanej w tabelach punktacji. Niesporne jest, że deklarowana liczba punktów dla przedmiotowych dwóch kryteriów ma być przedstawiona w ofercie, jako jej element. Na etapie ogłoszenia o zamówieniu, a przed ustaleniem treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, rzeczywiście wykonawcy nie mają wystarczającej wiedzy pozwalającej na kompetentne i realne oszacowanie minimalnej liczby błędów, jaką przewidują w toku realizacji zamówienia. Wywodzenie jednak z tej okoliczności, błędy krytyczne oraz ich liczba odnosić się mają do właściwości wykonawcy w sposób uprzywilejowujący jednych, a dyskryminujący innych, jest niezrozumiałe.

Jest faktem, że przedmiotem usługi instalacji i usługi administracji systemem informatycznym będzie wyłącznie oprogramowanie. Należy stwierdzić, że z istoty zamawianej usługi mającej polegać na świadczeniu usług utrzymania i rozwoju systemów aplikacyjnych, z których usługa utrzymania systemów ma gwarantować nieprzerwane, bezawaryjne działanie systemów aplikacyjnych wynika, że z oczekiwaną cechą świadczonej usługi ma być zminimalizowanie ilości błędów krytycznych tych systemów. Te kryteria zostały są ściśle związane z przedmiotem zamówienia oraz celem jego udzielenia tj. uzyskania nieprzerwanego i bezawaryjnego świadczenia usługi.
Nie ma sporu, że to system informatyczny generuje błędy, jednakże przedmiotem zamawianej usługi jest zagwarantowanie prawidłowego działania tych systemów, co oznacza nie tylko usuwanie błędów wygenerowanych, ale także zapobieganie pojawianiu się takich błędów.
Odnośnie zarzutu naruszenia zasady równego traktowania wykonawców przez kryteria oceny ofert preferujące dotychczasowego wykonawcę należy zauważyć, że wobec potwierdzenia przedmiotowego charakteru kryteriów, w zasadzie nie ma podstaw do twierdzenia o zasadności zarzutu. Za nie pozbawione słuszności można przy tym uznać stwierdzenie zamawiającego, że właściwie każdy opis przedmiotu zamówienia niesie za sobą ograniczenie konkurencji pośrednio lub bezpośrednio preferując jednych wykonawców i dyskryminując innych. To jednak nie oznacza, że naruszono zasadę z art. 7 ust. 1 ustawy pzp.
Izba uznała nadto, że przyjęcie okresów karencji i przejściowego, w których wyłoniony wykonawca nie będzie ponosił konsekwencji przekroczenia liczby błędów zadeklarowanej, jest działaniem zamawiającego zrównującym pozycję konkurencyjną wykonawców w postępowaniu.

Istotne jest także, że na obecnym etapie postępowania zamawiający nie żąda od wykonawców deklaracji co do liczby błędów krytycznych. Wymóg ten dotyczy oferty, której przygotowanie nastąpi po zapoznaniu się z SIWZ, w której przewiduje się np. zdefiniowanie błędu krytycznego i szereg innych informacji niezbędnych wykonawcom.

Biorąc powyższe pod uwag, orzeczono jak w sentencji uznając, że zamawiający nie naruszył wskazanych w odwołaniach przepisów ustawy.

O kosztach skład orzekający Izby orzekł na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

…….