

**WYROK**

**z dnia 29 października 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** **Agata Mikołajczyk**  
**Aneta Mlącka**  
**Justyna Tomkowska**

**Protokolant:** **Jakub Banasiak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 października 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 października 2012 r. przez **Odwolującego** – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego - Konsorcjum: SYGNITY S.A., EXORIGO-UPOS Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 180, 02-486 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** - Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, Al. Jana Pawła II 70, 00-175 Warszawa,

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu wprowadzenie zmian do specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie wskazanym w uzasadnieniu wyroku;
2. kosztami postępowania obciąża **Zamawiającego** - Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, Al. Jana Pawła II 70, 00-175 Warszawa i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwolującego** – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego - Konsorcjum: SYGNITY S.A., EXORIGO-UPOS Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 180, 02-486 Warszawa, tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od **Zamawiającego** - Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, Al. Jana Pawła II 70, 00-175 Warszawa, na rzecz **Odwolującego** – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego - Konsorcjum: SYGNITY S.A., EXORIGO-UPOS Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 180, 02-486 Warszawa, kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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:** .....

.....

.....

**Uzasadnienie**

Odwołanie zostały wniesione wobec treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113 poz. 759 ze zm.), [dalej: ustawa Pzp] przez Zamawiającego - Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa z Warszawy. Przedmiotem tego postępowania jest zamówienie na „Utrzymanie i rozwój aplikacji EBS”, Odwołujący - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego (Konsorcjum Firm) - SYGNITY S.A. - Lider Konsorcjum oraz EXORIGO - UPOS Sp. z o.o. zarzucił naruszenie:

(1) art. 52 ust. 2 Pzp w zw. z art. 51 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez określenie terminu składania ofert naruszającego zasadę równiej konkurencji, ponieważ termin ten nie uwzględnia czasu niezbędnego do przygotowania i złożenia ofert przez wszystkich wykonawców zaproszonych do ich składania;

(2) art. 29 ust. 1 Pzp poprzez nieopisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniających wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty;

(3) naruszenie art. 353 (1) oraz 5 Kodeksu cywilnego (dalej „Kc”) w zw. z art. 14 Pzp i 139 ust. 1 Pzp poprzez określenie rażąco wysokiej kary umownej (15% całości wynagrodzenia brutto) z tytułu odstąpienia przez Zamawiającego od Umowy w przypadku nie osiągnięcia przez Wykonawcę gotowości do świadczenia usług w terminie trzech miesięcy (Okres Przygotowawczy) oraz

(4) art. 7 ust. 1 Pzp poprzez naruszenie zasady prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Wskazując na powyższe Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

(1) zmianę terminu składania ofert z dnia 19.11.2012 r. (termin składania ofert zmieniony przez Zamawiającego pismem z dnia 04.10.2012 r., znak ZP-437-DZP-

2611- 3/SKP/2011, termin pierwotnie określony w SIWZ to dzień 12.11.2012 r.) - na dzień

06.12. 2012r.;

(2) opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniających wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, tj. w sposób określony w uzasadnieniu do odwołania;

(3) dokonania zmiany postanowień SIWZ (rozdział III, pkt 2) oraz Wzoru Umowy (art. 2 ust. 4) stanowiącego Załącznik nr 3 do SIWZ poprzez usunięcie zapisu odnośnie kary umownej z tytułu wypowiedzenia przez Zamawiającego Umowy w przypadku nie osiągnięcia przez Wykonawcę gotowości do świadczenia usług w terminie trzech miesięcy, tj. wprowadzenie następującego zapisu: „Pierwsze trzy miesiące obowiązywania Umowy stanowią Okres Przejściowy, szczegółowo opisany w Załączniku nr 7 do Umowy. Wykonawca nie otrzymuje wynagrodzenia za czynności wykonywane w Okresie Przejściowym. Okres Przejściowy trwa do momentu osiągnięcia przez Wykonawcę gotowości do świadczenia Usług zgodnie z kryteriami określonymi w Załączniku nr 7 do Umowy i potwierdzenia tej okoliczności przez Zamawiającego poprzez podpisanie Protokołu Uruchomienia Usług, którego wzór stanowi Załącznik nr 7A do Umowy, przy czym skrócenie Okresu Przejściowego wymaga zgody Zamawiającego. W przypadku nieosiągnięcia przez Wykonawcę gotowości do świadczenia Usług w terminie trzech miesięcy, Zamawiający ma prawo wypowiedzieć Umowę zgodnie z art. 12 ust. 2 pkt 1 umowy.”

Odwołujący podał także, że może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, albowiem (...) Ustalenie takiej, a nie innej treści SIWZ naruszającej przepisy prawa uniemożliwia Odwołującemu dalszy udział w postępowaniu. Odwołujący wskazuje ponadto, że powyższe naruszenia przepisów ustawy Pzp dokonane przez Zamawiającego mają istotny wpływ na wynik postępowania, a zatem biorąc pod uwagę normę prawną wyrażoną w art. 192 ust. 2 Pzp Krajowa Izba Odwoławcza winna uwzględnić niniejsze odwołanie w całości. Uchybienia dokonane przez Zamawiającego mogą zostać jednak naprawione poprzez nakazanie Zamawiającemu wykonanie czynności zgodnych z obowiązującymi przepisami, wskazanych w niniejszym odwołaniu.

W uzasadnieniu odwołania podał, co następuje:

W zakresie pierwszego z zarzutów - dotyczącego wyznaczenia terminu składania ofert bez uwzględnienia niezbędnego czasu na przygotowanie i złożenie oferty przez wszystkich wykonawców zaproszonych do ich składania, wykonawca podał, że Zamawiający zaproszenie do złożenia oferty wraz z SIWZ przesłał drogą pocztową w formie pisemnej. Powyższe Odwołujący otrzymał w dniu 02 października 2012 r. W przesłanych materiałach brakowało materiałów wymaganych do wykonania zadania próbnego dotyczącego aplikacji EBS, o którym mowa w SIWZ (rozdział X). Zgodnie z SIWZ (rozdział X, pkt 7), wykonawcy w celu wykonania zadania próbnego winni pobrać powyższe materiały od Zamawiającego. Odwołujący pismem z dnia 03.10.2012 r. zwrócił się z wnioskiem do Zamawiającego o udostępnienie (pobranie) powyższych materiałów w dniu 04.10.2012 r. Zamawiający udostępnił Odwołującemu żądane materiały dopiero w dniu 10.10.2012 r. Zdaniem wykonawcy, Zamawiający przekazując wymagane materiały z opóźnieniem, dokonał faktycznego skrócenia Odwołującemu okresu na analizę i zapoznanie się z zadaniem próbnym, a tym samym przygotowanie i złożenie oferty w wyznaczonym czasie. Jednocześnie faktycznemu skróceniu uległ czas, w którym Odwołujący po zapoznaniu się z powyższym materiałem miał możliwość wiążącego zwrócenia się do Zamawiającego o wyjaśnienia treści SIWZ zgodnie z art. 38 ust. 1 i 1 b ustawy Pzp. Zamawiający wyznaczył termin na składanie ofert na dzień 12.11.2012 r. Następnie pismem z dnia 04.10.2012 r. wyznaczył kolejny termin na dzień 19.11. 2012 r. Zdaniem wykonawcy, zasadniczą częścią oferty, mającą rozstrzygające dla ważności oferty, będzie rezultat wykonania zadania próbnego. Zgodnie z treścią SIWZ (rozdział IX, pkt 1): „Ofertę należy złożyć wg wzoru Formularza Ofertowego stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ wraz z wynikiem zadania próbnego. Dodatkowo zgodnie z treścią SIWZ (rozdział IX, pkt 2): „Każdy z Wykonawców zobowiązany jest do wykonania zadania próbnego zgodnie wymogami Rozdziału X SIWZ, które stanowiąc będą element oferty”. Po otwarciu złożonych ofert nastąpi prezentacja wyniku zadania próbnego podczas sesji oceny zadania próbnego (SIWZ, rozdział X, pkt 4 i dalsze). Zamawiający w celu wykonania zadania próbnego przekazał w dniu 10.10.2012 r. (z wyżej wspomnianym opóźnieniem w stosunku do dnia przekazania SIWZ) następujące materiały składające się na aplikację EBS: (1) export produkcyjnej bazy danych z zahaszowanymi danymi osobowymi z dnia 05.09.2012, (2) skrypty

pomocnicze w procesie importu bazy danych, (3) pliki binarne serwera aplikacyjnego z dnia z dnia 05.09.2012, (4) pliki binarne serwera bazodanowego z dnia 05.09.2012 r., (5) kody źródłowe aplikacji, (6) dokumentacja analityczna, oraz (7) hasła dostępu do baz danych i aplikacji i (8) Dokumentację Administratora, Dokumentację Techniczną oraz Dokumentację Użytkownika. W tym przypadku Odwołujący wskazał, że złożenie ważnej oferty w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego nie jest możliwe. Oferta polegać będzie na wykonaniu zadania próbnego, to jest wykonania konkretnych czynności w aplikacji EBS. Wykonanie zadania próbnego, do którego materiały zostały udostępnione Odwołującemu w dniu 10.10.2012 r., wymaga wykonania następujących czynności:

- I. Zainstalowanie aplikacji dostarczonej przez Zamawiającego, na którą składają się następujące czynności:
  - a. Analiza zapisów SIWZ w celu ustalenia niezbędnej konfiguracji sprzętowej dla instalacji środowiska aplikacji EBSJJE przekazanego przez Zamawiającego do wykonania zadania próbnego oraz zapewnienie niniejszej infrastruktury przy założeniu, że Oferent posiada taki zasób w zasobach środków trwałych,
  - b. Instalacja i konfiguracja platformy sprzętowej oraz systemów operacyjnych,
  - c. Instalacja i konfiguracja zasobów dyskowych,
  - d. Odtworzenie danych przekazanych przez Zamawiającego,
  - e. Utworzenie nowej instancji bazy danych Oracle EE,
  - f. Utworzenie przestrzeni tabel i przygotowania do importu danych,
  - g. Pełny import bazy danych z plików przekazanych przez Zamawiającego zgodnie z przekazanymi przez Zamawiającego skryptami pomocniczymi,
  - h. Weryfikacja poprawności wykonanego importu i rekompilacja obiektów,
  - i. Na bazie danych - czynności niezbędne do wykonania po imporcie, nadanie odpowiednich uprawnień użytkownikom bazodanowym i obiektom oraz zbudowanie konfiguracji obsługiwanej przez Autoconfig,
  - j. Na serwerze aplikacji - wykonanie konfiguracji obsługiwanej przez Autoconfig, oraz czynności obejmujące klonowanie aplikacji,
  - k. Uruchomienie systemu i weryfikacja poprawności działania całości aplikacji.

Szacowany czas trwania dla czynności wymienionych powyżej wykonywanych przez inżyniera z poziomem eksperckim w zakresie instalacji i konfiguracji aplikacji Oracle E- Business Suite oraz bazy danych Oracle - wynosi zdaniem Odwołującego 10 dni roboczych. Wykonawca podkreślił, że założeniem wyżej oszacowanej pracochłonności jest otrzymanie od Zamawiającego poprawnych, kompletnych i

spójnych materiałów wymienionych przez Zamawiającego w SIWZ rozdział X pkt. 8. Wykonawca zwrócił jednocześnie uwagę, że czas wykonania powyższych czynności uległby wydłużeniu o 2 do 3 tygodni, gdyby Odwołujący chciał wyeliminować ryzyko związane z brakiem kompatybilności środowiska produkcyjnego systemu EBSJJE Zamawiającego oraz środowiska, które zapewnia oferent do wykonania zadania próbnego. Wymagałoby to złożenia zamówienia na tożsamą konfigurację sprzętową i oczekiwanie na dostawę.

II. Weryfikacji zgodności działania aplikacji z dostarczoną dokumentacją w celu realizacji zadania próbnego:

- a. Analiza parametryzacji systemu i weryfikacja z przekazaną dokumentacją,
- b. Przeczytanie i przeanalizowanie dostarczonej dokumentacji dostarczonej przez Zamawiającego w dniu 10.10.2012 r.,
- c. c) Zapoznanie się dostarczonymi kodami źródłowymi,
- d. d) Wykonanie zadania próbnego.

W tym przypadku wskazując na liczbę dokumentów oraz liczbę ich stron wykonawca podał, że szacowany czas trwania dla czynności wymienionych powyżej wykonywanych przez Starszych Konsultantów oraz Starszych Projektantów z doświadczeniem zawodowym powyżej 8 lat w zakresie aplikacji Oracle E-Business Suite - wynosi około 6 tygodni. Zaznaczył jednocześnie ponownie, że szacowane czasy trwania wyżej wymienionych czynności także zakładają, że Zamawiający dostarczy kompletną i spójną dokumentację systemu, zawierającą wszystkie dokumenty analizy i mapowania procesów, dokumenty parametryzacji Systemu Informatycznego, projekty funkcjonalne wszystkich rozszerzeń oraz interfejsów, kompletne i spójne kody źródłowe. Założeniem jest również, że zadanie próbne będzie zdefiniowane w sposób jednoznaczny umożliwiający jego poprawną realizację. W konkluzji uzasadnienia tego zarzutu stwierdził, że termin złożenia oferty przy założeniu, że w dniu dostarczenia SIWZ jest kompletny wraz z niezbędnymi materiałami wymienionymi przez Zamawiającego w SIWZ rozdział X pkt. 8., powinien wynosić, co najmniej 8 tygodni od dnia ogłoszenia SIWZ, tj., co najmniej do dnia 06.12.2012 r. Podał także, że - jego zdaniem tylko dwóch zaproszonych do drugiego etapu wykonawców: DahliaMatic Sp. z o.o. oraz Oracle Polska Sp. z o.o. będzie w stanie złożyć ważną ofertę. Powyższy wniosek wynika z powszechnie znanego faktu, iż wykonawcy ci uzyskali wcześniej zamówienia na realizację (bezpośrednio lub pośrednio jako podwykonawcy) usług utrzymania i rozwoju aplikacji EBS oraz nadal

świadczą ww. usługi, będące również przedmiotem niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia. Wykonawcy ci mają dostęp do utrzymywanych i rozwijanych aplikacji EBS, bieżącej dokumentacji, kodów źródłowych, etc. Ww. sytuacja stawia na uprzywilejowanej pozycji tych wykonawców. Wykonanie zadania próbnego w tak skomplikowanym i złożonym środowisku informatycznym, jakim jest aplikacja EBS, jest z przyczyn obiektywnych niemożliwe w tak krótkim terminie dla wykonawcy, który wcześniej nie dysponował szczegółową wiedzą o przedmiotowej aplikacji i z zastosowanych w niej rozwiązaniach technicznych. Działanie Zamawiającego poprzez wyznaczenie terminu przygotowania i składania ofert, który umożliwia wykonanie zadania próbnego tylko dwóm wykonawcom, (spośród pięciu wykonawców zaproszonych do składania ofert), lub ułatwia wykonanie zadania takim wykonawcom jest działaniem naruszającym zasadę równego traktowania wykonawców, określoną w art. 7 ust. 1 Pzp. Prowadzi to wprost do uprzywilejowania pozycji dwóch wykonawców w stosunku do pozostałych.

W zakresie drugiego zarzutu - dotyczącego nieopisania przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniających wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty - wskazał, że oprócz wyznaczenia zbyt krótkiego terminu na przygotowanie i złożenie oferty (wykonanie zadania próbnego), Zamawiający naruszył zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców poprzez przekazanie wykonawcom materiałów (opisu przedmiotu zamówienia), na podstawie której niemożliwe jest przeprowadzenie zadania próbnego (przygotowania i złożenia oferty). Uprawnieniem wykonawców kwestionujących opis przedmiotu zamówienia, wynikającym z norm art. 7 Pzp w zw. z art. 29 ust. 1 Pzp jest domaganie się takiego sformułowania opisu przedmiotu zamówienia, który umożliwi złożenie prawidłowej, niepodlegającej odrzuceniu oferty, w tym wykonanie zadania próbnego.

Odwołujący stwierdził braki w dostarczonych w dniu 10.10.2012 r. materiałach wymienionych przez Zamawiającego w SIWZ (rozdział X pkt 8). Oznacza to, że przekazany SIWZ jest niekompletny, uniemożliwiający Odwołującemu złożenie prawidłowej oferty. Dotychczasowi dostawcy aplikacji EBS oraz ich podwykonawcy (Oracle oraz firma Dahliamatic) mają pełny dostęp do aplikacji oraz kompletnej



dokumentacji, co powoduje, że zasada uczciwej konkurencji wyrażona w art. 7 ust. 1 Pzp doznaje naruszenia. Pierwsza, wstępna weryfikacja analizy kompletności listy dokumentacji w odniesieniu do metodyki wdrażania aplikacji Oracle E-Business Suite opracowanej przez producenta oprogramowania standardowego Oracle Corp., treści wszystkich przekazanych dokumentów oraz kodów źródłowych wykazała, że Zamawiający nie dostarczył następujących dokumentów: Dokumentu Architektury Funkcjonalnej, Dokumentów analizy procesów i odwzorowania modelu procesów na aplikację Oracle EBS, oraz Dokumentów parametryzacji systemu Oracle EBS.

Wyżej wymienione dokumenty są jego zdaniem niezbędne i kluczowe do wykonania prawidłowo zadania próbnego. W dokumentach projektów funkcjonalnych dostarczonych przez Zamawiającego MD\_050 istnieją odwołania do dokumentów, które nie zostały dostarczone w przekazanych materiałach. Na przykład brakuje dokumentów:

1. BR030 Odwzorowanie modelu procesów docelowych na aplikacji Oracle, Obsługa Funduszy Strukturalnych, Procesy Płatności (odwołanie w dokumencie MD.050\_106 Import Zleceń Płatności);
2. BR030 Odwzorowanie modelu procesów docelowych na aplikacji Oracle, Obsługa EBS UE, Procesy Płatności (odwołanie w dokumencie MD.050\_106A Zmiana interfejsu importującego Zleceń Płatności);
3. BR.030 Odwzorowanie modelu procesów docelowych na aplikacji Oracle Obsługa EBS UE. (odwołanie w dokumencie MD.050\_170 Zaliczki);
4. MD050\_ZOB\_MIN\_004 Projekt funkcjonalny interfejsu ZP z pliku csv (odwołanie w dokumencie MD.050\_200 Karty Kontrolne);
5. BR.035 Obszar Księga Główna (odwołanie w dokumencie MD.050\_151 Dowód Księgowy - Zobowiązania);
6. BR.030 Obszar Zobowiązania (odwołanie w dokumencie MD.050\_115 Raport ZP pobranych do AZP);
7. 2010\_ZOB\_10\_01\_rekomendacja (odwołanie w dokumencie AOM\_2010\_z0 B\_10\_01\_11.0\_20101228 Obsługa ZP zaliczkowych i wyprzedzających);
8. 2010\_ZOB\_05\_rekomendacja (odwołanie w dokumencie AOM\_2010\_ZOB\_05\_1.0\_20110224 Analityczny Opis Modyfikacji 2010/ZOB/O5).

Podniósł także, że opis zadania próbnego jest niepełny i uniemożliwiający jego prawidłowe wykonanie. W tym przypadku podał, że zgodnie z zaleceniami

producenta oprogramowania Oracle Copr. do wytworzenia nowej funkcjonalności niezbędne jest wykonanie następujących kroków:

1. Analiza założeń i wymagań funkcjonalnych - krok przeprowadzany wspólnie Zamawiający oraz Wykonawca,
2. Wykonanie dokumentu Projektu funkcjonalnego - Projekt funkcjonalny jest następstwem omówienia z Zamawiającym jego oczekiwań i wymagań w stosunku do działania projektowanego systemu/rozszerzenia. To dokument zawierający szczegółowy opis rozmieszczenia i zasad działania poszczególnych elementów tworzonego systemu/rozszerzenia/ interfejsu/ raportu. Obrazuje, jak finalna wersja projektowanego systemu/rozszerzenia/ interfejsu/ raportu będzie działała, jak użytkownik będzie wchodził z nią w interakcje oraz daje poglądowy obraz wyglądu projektowanego systemu/rozszerzenia/interfejsu/raportu. Projekt funkcjonalny jest uzgadniany i zatwierdzany przez Zamawiającego. Dopiero po zatwierdzeniu projektu funkcjonalnego następuje przejście do kolejnego kroku, czyli Budowy systemu/rozszerzenia/interfejsu/raportu,
3. Budowa systemu/rozszerzenia/interfejsu/raportu,
4. Testy (jednostkowe, wstępne, integracyjne, akceptacyjne),
5. Uruchomienie produkcyjne.

Zamawiający nie dostarczył Projektów funkcjonalnych niezbędnych do wykonania zadania próbnego a opisane szczerkowo zadanie próbne w Załączniku 2 do SIWZ w punkcie II nieprecyzuje jednoznacznie wymagań ani nawet założeń. Na przykład: „1.1) Dokumenty typu NZAL mają być księgowane na zadanych kontach księgowych - wymaganie W00I”.

Brak jednoznacznej informacji w jaki sposób mają być wykonane księgowania”

W dokumencie MD.050\_170.doc (Projekt Funkcjonalny Kastomizacji) na stronie 6 są wskazane inne konta, niż w dokumencie AOM\_2010\_ZOB\_10\_01\_I\_1.0\_20101228.doc na stronie 5.

Zwrócił uwagę, że Dokument AOM\_20IO\_ZOB\_IO\_OI\_I\_1.O\_20IOi228.doc nie jest aktualizacją projektu MD.050\_170.doc

„2) Specyficzne warunki i ograniczenia:

1)Proces obsługi dokumentu NZAL odbywa się w taki sam sposób jak dokumentu "Zlecenie Płatności" (ZP) typu zaliczka, z wyjątkiem etapu kontroli z Księgą Dłużników (Wymaganie W002)"

Brak właściwego wskazania nazwy projektu funkcjonalnego oraz odwzorowania modelu procesów docelowych. Z analizy otrzymanych dokumentów nie wynika

wprost, który dokument właściwie opisuje kompletny proces obsługi "Zlecenie płatności" (ZP) typu zaliczka. Brakuje odwzorowania modelu procesów docelowych oraz wskazania dokumentów projektów funkcjonalnych, które jednoznacznie opiszą proces obsługi „Zlecenie płatności” (ZP) typu zaliczka.

Zamawiający oczekuje, że bez wykonania analizy wspólnie z Zamawiającym oraz wykonania projektu funkcjonalnego Oferent zbuduje Oprogramowanie, które będzie zgodne z oczekiwaniami Zamawiającego. Nie ma możliwości, aby zgodnie z najlepszą wiedzą w zakresie aplikacji Oracle E-Business Suite oraz zaleceniami producenta oprogramowania standardowego Oracle Corp., którykolwiek z oferentów bez otrzymania od Zamawiającego projektów funkcjonalnych do zadań próbnych zbudował poprawnie rozszerzenia.

Stwierdził także, że w SIWZ brakuje również zdefiniowanych jednoznacznie kryteriów odbioru dla zadania próbnego oraz (Rozdział X. Pkt 3) brak jednoznacznie określonych wymagań przy jakich parametrach mają być wykonane raporty, których dołączenia do oferty Zamawiający oczekuje. Raporty te mają stanowić wynik wykonanego zadania próbnego.

Wykonawca zwrócił uwagę, że w zależności od wprowadzonych parametrów raportów, można uzyskać różne wyniki raportów. Nie posiadając założeń i warunków brzegowych do wykonania raportu, nie jest możliwe spełnienie oczekiwań Zamawiającego i poprawne wykonanie zadania próbnego. Dla przykładu wskazał na Raport o nazwie "Dowód Księgowy Zobowiązania", który zgodnie z przekazanym dokumentem przez Zamawiającego "MD050\_151.doc" posiada parametry, które w zależności od ich uzupełnienia Raport zwróci różne wyniki. Wskazał także na Raport o nazwie "Raport przyjętych i zaksięgowanych oraz przekazanych do DF Zleceń Płatności z Listy Zleceń Płatności", który zgodnie z przekazanym przez Zamawiającego dokumentem "MD050\_124.doc", posiada parametry, który w zależności od ich uzupełnienia Raport również zwróci różne wyniki oraz podobnie na Raport o nazwie "Raport ZP pobranych do AZP", i przekazany przez Zamawiającego dokument "MD050\_115.doc".

Wykonawca podniósł także, że zgodnie z treścią SIWZ (rozdział X pkt 14) - Zamawiający nie ponosi odpowiedzialności za błędy i wady przekazanych materiałów, które są podstawą do wykonania przez wykonawcę zadania próbnego. W przypadku popełnienia błędów przez Zamawiającego, cała odpowiedzialność

zostaje przerzucona na Wykonawcę, którego oferta w wyniku niewykonania lub nieprawidłowego wykonania zadania próbnego zostanie odrzucona. Wykonawca wskazał także na postanowienie (rozdział X pkt 14 SIWZ zgodnie z którym materiały wymienione w pkt. 8 niniejszego rozdziału oraz kody źródłowe wraz z dokumentacją aplikacji Oracle EBS zostały przekazane Wykonawcom wyłącznie na potrzeby zapoznania się z nimi w celu realizacji zadania próbnego. Z zapisów niniejszego punktu wynika, iż w przypadku stwierdzenia przez Wykonawcę wad (w tym braków) w przekazanych materiałach, Zamawiający nie będzie zobowiązany do dokonywania jakichkolwiek poprawek lub uzupełnień w związku ze zgłoszeniem Wykonawcy, jeżeli wiązałyby się to z dodatkowym nakładem czasu potrzebnym do wykonania lub wdrożenia poprawki oprogramowania czy uzupełnienia przekazanej dokumentacji lub koniecznością wydatkowania dodatkowych środków finansowych. W celu sprecyzowania procedury w takich przypadkach, a co za tym idzie sprecyzowania realizacji zadania próbnego wchodzącego w zakres opisu przedmiotu zamówienia (realizacji dyspozycji normy art. 29 ust. 1 Pzp), aby umożliwić Oferentom wykonanie zadania próbnego, Odwołujący proponuje dokonanie zmian w zapisach SIWZ, które jednocześnie nie powodowałyby przenoszenia odpowiedzialności za błąd Zamawiającego na stronę Wykonawcy w brzmieniu:

1. Jeżeli Wykonawca stwierdzi, że udostępnione dokumenty zawierają wady, w tym braki uniemożliwiające wykonanie na ich podstawie zadania próbnego, Wykonawca oczekuje, iż Zamawiający: Uzupełni brakującą dokumentację
2. Jeżeli Wykonawca stwierdzi, że udostępniona aplikacja zawiera wady lub braki uniemożliwiające wykonanie na ich podstawie zadania próbnego, Wykonawca oczekuje, iż Zamawiający: Zmieni założenia do zadania próbnego tak, aby było ono wykonalne na przekazanej przez Zamawiającego aplikacji oraz udostępni Wykonawcy szczegółowy opis zadania próbnego wraz z diagramem procesu oraz projekt funkcjonalny Oprogramowania, które ma wykonać Oferent w ramach zadania próbnego. Taki zapis pozwoli na uniknięcie dodatkowego nakładu pracy ze strony Zamawiającego w celu wykonania lub wdrożenia poprawki oprogramowania.

W przekazanym SIWZ, wzorze umowy i załącznikach Odwołujący stwierdził również następujące braki w opisie przedmiotu zamówienia (jego realizacji):

Okres przejściowy - brak jednoznacznych kryteriów odbioru w Załączniku nr 7 do Umowy na przykład:

Ad 1) „Weryfikacja - pobranie dowolnego pliku z dowolnego kompletnego repozytorium”

Kryterium odbioru wymaga doprecyzowania. Powinno brzmieć - Weryfikacja - pobranie dowolnego pliku, dostarczonego wcześniej przez Zamawiającego jako plik do uzupełnienia repozytorium, z dowolnego repozytorium

Ad 7) „Weryfikacja - zalogowanie się pracownika Wykonawcy (za pomocą protokołu SSH) na dowolny serwer Środowiska Produkcyjnego. Login i hasło zostanie przekazane Wykonawcy przez Zamawiającego”

Ze względu na fakt, że uruchomienie łącza zdalnego z siedziby Wykonawcy do Środowisk Zamawiającego zgodnie z zasadami zestawiania zdalnego połączenia określonymi w Załączniku nr 19 Umowy jest również zależne od Zamawiającego należy uniezależnić kryteria odbioru tego zadania od błędów i problemów leżących po stronie Zamawiającego lub innych czynników niezależnych od Wykonawcy.

Ad 8) „Weryfikacja- zarejestrowanie zgłoszenie w SD przez Zamawiającego i przekazanie go do grupy Wykonawcy. Wykonawca ma za zadanie nadać zgłoszeniu status SKOMPLETOWANE”

Ze względu na fakt, że podłączenie się do SD oraz ustalenie zakresu obsługi zgłoszeń jest w interakcji i jest zależne od Zamawiającego należy uniezależnić kryteria odbioru tego zadania od błędów i problemów leżących po stronie Zamawiającego.

Ad 11 )”Weryfikacja - otrzymanie dokumentu zawierającego wymagane zakresy danych dla poszczególnych rodzajów zgłoszeń”

Ze względu na fakt, że opracowanie tegoż dokumentu będzie się odbywało w uzgodnieniu z Zamawiającym, należy uniezależnić kryteria odbioru tego zadania od błędów i problemów leżących po stronie Zamawiającego.

Ad 13)”Weryfikacja - otrzymanie dokumentu opisującego zasady nadawania uprawnień do Środowisk, SI, systemu monitorującego, zgodnie z wewnętrzną procedurą ARiMR dotyczącą nadawania uprawnień”

Ze względu na fakt, że opracowanie tegoż dokumentu będzie się odbywało w oparciu o przekazane procedury Zamawiającego a odbiór ma być zgodny z wewnętrzną jedną procedurą ARiMR nadawania uprawnień należy uniezależnić kryteria odbioru tego zadania od niespójności pomiędzy przekazanymi procedurami przez

Zamawiającego, niezależnie od błędów wynikających z przekazania Wykonawcy przez Zamawiającego nieaktualnej procedury ARiMR nadawania uprawnień.

Powinna zostać określona procedura odbioru. Procedura odbioru oprócz czasu 5 Dni Roboczych na zgłoszenie uwag przez Zamawiającego do przekazanych dokumentów powinna również przewidywać możliwość naniesienia zmian i podania kolejnej weryfikacji dokumentów, szczególnie w przypadkach, kiedy wymagają one wkładu ze strony Zamawiającego. W dotychczasowym SIWZ Zamawiający określił tylko i wyłącznie, że w terminie 5 dni roboczych od momentu otrzymania danego dokumentu zgłosi uwagi. Wykonawca wnioskuje, aby w procedurze odbioru (weryfikacji) prac typu „dokument” znalazł się zapis o tym, iż po przekazaniu uwag przez Zamawiającego Wykonawca ma prawo do poprawy dokumentu i przedstawiania go ponownie do weryfikacji zgodnie z uzgodnionym harmonogramem Okresu Przejściowego. W przypadku prac typu „oprogramowanie” wnioskuje również o uwzględnienie w procedurze odbioru (weryfikacji) możliwości dokonania powtórnych iteracji odbioru po uwzględnieniu przez Wykonawcę uzgodnionych z Zamawiającym uwag testowych i dokonaniu przez Zamawiającego powtórnej weryfikacji zgodnie z uzgodnionym harmonogramem Okresu Przejściowego.

W konkluzji Odwołujący stwierdził, że wobec tak dużej liczby braków, błędów i nieścisłości zawartych w przekazanej SIWZ (wraz z załącznikami) oraz materiałach przekazanych przez Zamawiającego celem wykonania zadania próbnego, stwierdzić należy, że doszło do naruszenia przez Zamawiającego art. 29 ust. 1 Pzp poprzez nieopisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniających wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Dodatkowo potwierdza to, że w nie możliwe jest wykonanie zadania próbnego (przygotowania i złożenia oferty) w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego.

W zakresie trzeciego z zarzutów – dotyczącego naruszenia art. 353(1) oraz art. 5 kodeksu cywilnego (dalej „kc”) w zw. z art. 14 Pzp i 139 ust. 1 Pzp poprzez określenie rażąco wysokiej kary umownej (15% całości wynagrodzenia brutto) z tytułu odstąpienia przez Zamawiającego od Umowy w przypadku nie osiągnięcia przez Wykonawcę gotowości do świadczenia usług w terminie trzech miesięcy (Okres Przygotowawczy), wykonawca wskazał na rozdział III, pkt 2SIWZ oraz Wzór Umowy stanowiącym Załącznik nr 3 do SIWZ, [art. 1, ust. 4] zgodnie z którymi:

„Pierwsze trzy miesiące obowiązywania Umowy stanowią Okres Przejściowy, szczegółowo opisany w Załączniku nr 7 do Umowy. Wykonawca nie otrzymuje wynagrodzenia za czynności wykonywane w Okresie Przejściowym. Okres Przejściowy trwa do momentu osiągnięcia przez Wykonawcę gotowości do świadczenia Usług zgodnie z kryteriami określonymi w Załączniku nr 7 do Umowy i potwierdzenia tej okoliczności przez Zamawiającego poprzez podpisanie Protokołu Uruchomienia Usług, którego wzór stanowi Załącznik nr 7A do Umowy, przy czym skrócenie Okresu Przejściowego wymaga zgody Zamawiającego. W przypadku nieosiągnięcia przez Wykonawcę gotowości do świadczenia Usług w terminie trzech miesięcy, Zamawiający ma prawo wypowiedzieć Umowę zgodnie z art. 12 ust. 2 pkt 1 Umowy i dochodzić od Wykonawcy kary umownej w wysokości 15% łącznego wynagrodzenia brutto, o którym mowa w art. 6 ust. 1 Umowy. ”

Odwołujący podkreślił, że zgodnie z jedną z podstawowych zasad obowiązujących w prawie cywilnym jest zasada swobody umów określona w art. 3531 kc swoboda stron w określaniu stosunku zobowiązaniowego nie jest absolutna, doznaje ona ograniczenia w taki sposób, że treść lub cel umowy nie mogą być sprzeczne z właściwością stosunku, ustawy ani zasadami współżycia społecznego, o czym wyraźnie stanowi art. 5 kc. Zdaniem Odwołującego, tak wysoka kara umowna (15 % łącznego wynagrodzenia brutto za wykonanie całości przedmiotu zamówienia) z tytułu wypowiedzenia Umowy przez Zamawiającego w przypadku nie osiągnięcia przez Wykonawcę wymaganej gotowości w Okresie Przejściowym powoduje rażące naruszenie równości stron kontraktu i stwarza bardzo wysokie ryzyko po stronie wykonawcy. W wyniku powyższego zapisu wykonawca może być nie tylko pozbawiony spodziewanego wynagrodzenia (odstąpienie Zamawiającego od umowy), ale może też być narażony na poważną stratę finansową (wysoka kara umowna). W opinii Odwołującego zastrzeżenie rażąco wysokiej kary umownej narusza dobre obyczaje oraz powoduje nierówne traktowanie stron, co stanowi o sprzeczności takich postanowień z zasadami współżycia społecznego, o których mowa w art. 353(1) kc. Dalej podał, że (...) Charakter zastrzeżonej kary umownej, co do zasady winien dyscyplinować wykonawców, a nie dążyć do wzbogacenia Zamawiającego. Kara umowna, tracąc charakter surogatu odszkodowania, o którym mowa w art. 483 § 1 kc, prowadziaby do nieuzasadnionego wzbogacenia wierzyciela (zgodnie z opinią wyrażoną przez Sąd Najwyższy w wyroku z 17 marca 1988, IV CR 58/88, LEX 8867). Zgodnie z kodeksem cywilnym kara umowna ma charakter

odszkodowawczy, a nie prewencyjny. Ustalając wysokość kar umownych strony powinny brać pod uwagę jej zasadniczo kompensacyjny charakter. Podał także, że tezę taką wyrażono przykładowo w wyroku Zespołu Arbitrów z dnia 23 sierpnia 2007 r. (sygn. akt UZP/ZO/O-1030/07) oraz wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 lutego 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 97/09. W konkluzji Odwołujący stwierdził, że określona przez Zamawiającego wysokość kary umownej z ww. tytułu jest sankcją wygórowaną i nieadekwatną do przedmiotu zamówienia oraz wynagrodzenia, z umowy, jakie może uzyskać wykonawca. Podkreślenia wymaga fakt, że zgodnie z zapisami umowy wzoru umowy wykonawcy nie przysługuje wynagrodzenie za pierwsze trzy miesiące obowiązywania umowy w tzw. „okresie przejściowym”. Okres ten trwa od momentu osiągnięcia wspomnianej gotowości do świadczenia usług, a faktycznie podpisania przez Zamawiającego protokołu uruchomienia usług. W przypadku, gdy wykonawca nie osiągnie wspomnianej powyżej gotowości, Zamawiającemu przysługuje uprawnienie do wypowiedzenia umowy oraz jednoczesnego dochodzenia kary umownej w wysokości 15 % wartości brutto całkowitej umowy. Wskazał również, że Zamawiający nie poniesie szkody aż w tak znacznej wysokości, która uzasadniałaby taką wysokość kary umownej. Odwołujący przyjmuje, że w okresie przejściowym nie będzie przysługiwało wykonawcy wynagrodzenie za czynności związane z przygotowaniem w celu pełnego uruchomienia działania aplikacji EBS. Jednakże określenie tak wygórowanej kary umownej za brak gotowości, która może wystąpić z przyczyn niezależnych od wykonawcy, w tym przyczyn dotyczących Zamawiającego, jest niczym nieuzasadniona. Wskazując na powyższe Odwołujący stwierdził, że w jego ocenie uzasadnionym jest dokonanie zmiany postanowień SIWZ (rozdział III, pkt 2) oraz Wzoru Umowy (art. 2 ust. 4) stanowiącego Załącznik nr 3 do SIWZ poprzez usunięcie zapisu odnośnie kary umownej z tytułu wypowiedzenia przez Zamawiającego Umowy w przypadku nie osiągnięcia przez Wykonawcę gotowości do świadczenia usług w terminie trzech miesięcy, tj. wprowadzenie następującego zapisu: „Pierwsze trzy miesiące obowiązywania Umowy stanowią Okres Przejściowy, szczegółowo opisany w Załączniku nr 7 do Umowy. Wykonawca nie otrzymuje wynagrodzenia za czynności wykonywane w Okresie Przejściowym. Okres Przejściowy trwa do momentu osiągnięcia przez Wykonawcę gotowości do świadczenia Usług zgodnie z kryteriami określonymi w Załączniku nr 7 do Umowy i potwierdzenia tej okoliczności przez Zamawiającego poprzez podpisanie Protokołu



Uruchomienia Usług, którego wzór stanowi Załącznik nr 7A do Umowy, przy czym skrócenie Okresu Przejściowego wymaga zgody Zamawiającego. W przypadku nieosiągnięcia przez Wykonawcę gotowości do świadczenia Usług w terminie trzech miesięcy, Zamawiający ma prawo wypowiedzieć Umowę zgodnie z art. 12 ust. 2 pkt 1 Umowy.”

### **Rozpoznając odwołanie Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Odwołanie podlega uwzględnieniu.

W tym przypadku Izba miała na uwadze przepis art. 192 ust.2 ustawy Pzp zgodnie z którym odwołanie podlega uwzględnieniu, jeżeli Izba stwierdza naruszenie przepisów ustawy, które miało lub może mieć wpływ na wynik postępowania o zamówienie publiczne. Skład orzekający Izby uwzględniał także dyrektywę wynikającą z art. 192 ust.7 ustawy Pzp zgodnie z którą, Izba orzeka wyłącznie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu oraz z art. 190 ust.1 ustawy Pzp, w myśl której strony i uczestnicy postępowania są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów z których wywodzą skutki prawne.

Odnosząc się do zarzutów i żądań odwołania, Izba stwierdziła, że zasadny jest zarzut dotyczący naruszenia w niniejszym postępowaniu art. 52 ust. 2 Pzp w zw. z art. 51 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 29 ust.1 w zakresie wskazanym w dalszej części uzasadnienia.

Pierwszy z zarzutów, dotyczący naruszenia art. 52 ust. 2 Pzp w zw. z art. 51 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp z uwagi na określenie terminu składania ofert z naruszeniem zasady równej konkurencji, Izba uznała za zasadny i tym samym za zasadne Izba uznała żądanie przedłużenia terminu na złożenie oferty do dnia 6.12.2012 r. W tym przypadku Izba mając na względzie wytyczną zawartą w powołanym art. 190 ust.1 pkt 7 ustawy Pzp stwierdziła, że wykonawca udowodnił, że wskazany termin obiektywnie nie uwzględnia czasu niezbędnego do przygotowania i złożenia ofert przez wszystkich wykonawców zaproszonych do ich składania, w tym przez wnoszącego odwołanie. Tak jak ustaliła Izba, Zamawiający przekazując

wykonawcom specyfikację w dniu 2 października 2012 r. i wyznaczając termin na złożenie oferty w dniu 12 listopada 2012 r. nie przekazał jednocześnie materiałów, niezbędnych dla opracowania części oferty, mającej rozstrzygające znaczenie dla jej oceny w zakresie zgodności z treścią specyfikacji. Zgodnie bowiem z rozdziałem IX pkt 1 Wisz - ofertę należy złożyć wraz z wynikiem zadania próbnego, a wymagania dla tego zadania określono w szczególności w rozdziale X siwz oraz w załączniku nr 2 do specyfikacji. Podstawę – zgodnie z pkt 7 rozdziału X siwz miały stanowić materiały do których udostępnienia zobowiązany był Zamawiający. Takie materiały były przekazywane z istotnym – zdaniem Izby - opóźnieniem oraz zawierały błędy i były niekompletne. Ta okoliczność bezspornie została przez Zamawiającego przyznana w piśmie z dnia 23.10.2012 r. skierowanym do wykonawców drogą pocztową w dniu 24.10.2012 r., przy którym to piśmie Zamawiający przekazał w formie elektronicznej na nośniku (płyta DVD) poprawioną wersję pliku[zadanie\_ próbne (...)] oraz uzupełnienie do dokumentacji uprzednio przekazanej. Powyższe zostało doręczone – jak podał Odwołujący – w dniu 25.10.2012 r. i tym samym od tej daty de facto mógł być liczony termin dla sporządzenia i złożenia oferty. W okolicznościach niniejszej sprawy niezbędny był również czas na dodatkową analizę dotychczas wykonanego projektu opracowania. Zdaniem Izby, przedstawiając szacowany czas trwania dla czynności objętych opracowaniem wykonywanych przez inżyniera z poziomem eksperckim oraz mając na uwadze wskazane okoliczności faktyczne - wykonawca uprawdopodobnił, że czas na przygotowanie oferty powinien być niewątpliwie dłuższy, aniżeli ustalony przez Zamawiającego. Izba przede wszystkim zwraca uwagę, że częścią oferty są wyniki zadania próbnego i dla tych czynności wnioskowany przez wykonawcę dodatkowy czas [od 3.12.2012 do 6.12.2012 r.] niewątpliwie może pozwolić wykonawcy na prawidłowe opracowanie oferty zgodnie z wymaganiami. Izba jednocześnie zwraca uwagę, że Zamawiający kwestionując wyłącznie żądanie wykonawcy w powyższym zakresie, nie podjął nawet próby wykazania, że czas wyznaczony – biorąc również pod uwagę co najmniej niestaranność w przekazywaniu dokumentacji wykonawcy – jest odpowiedni dla złożenia oferty przez wykonawcę w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Z tego też względu zasadne jest żądanie wydłużenia czasu na opracowanie i złożenie oferty co najmniej do dnia 6 grudnia 2012 r. Jednocześnie Izba zwraca uwagę na przepis art. 38 ust. 6 ustawy Pzp zgodnie z którym zamawiający w każdym przypadku jest zobowiązany do przedłużenia terminu

składania ofert, jeżeli w wyniku zmiany treści specyfikacji jest niezbędny czas na wprowadzenie zmian w ofertach.

Drugi zarzut dotyczący naruszenia art. 29 ust.1 ustawy Pzp z uwagi na nieopisanie – zdaniem wykonawcy - przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniających wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty – zasługuje częściowo na uwzględnienie. W tym przypadku Izba – za orzecnictwem - podkreśla, że podstawowym dokumentem w postępowaniu o zamówienie publiczne dla sporządzenia oferty wraz z wymaganymi opracowaniami – tak jak w tym przypadku zadania próbnego - jest specyfikacja istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, w tym dostarczaną wykonawcom dokumentacją. Są to dokumenty wiążące dla wykonawców, dlatego też powinny one być precyzyjne i czytelne, a postanowienia tych dokumentów nie powinny powodować zasadniczych różnic interpretacyjnych. Wskazane dokumenty wiążą również drugą ze stron postępowania o udzielenie zamówienia publicznego - zamawiającego, który dokonując badania i oceny ofert winien w pierwszej kolejności kierować się literalnym brzmieniem SIWZ oraz zasadą równego traktowania wykonawców. Zatem do oceny każdej oferty - zarówno w zakresie podmiotowym, jak też przedmiotowym – zamawiający jest zobowiązany przyjąć jednakowe kryteria oceny wynikające wyłącznie ze specyfikacji.

W niniejszej sprawie zarzut naruszenia art. 29 ust.1 ustawy Pzp oparty został na twierdzeniu, że w dokumentach projektów funkcjonalnych dostarczonych przez Zamawiającego istnieją odwołania do dokumentów, które nie zostały dostarczone w przekazanych materiałach. Zamawiający – w toku rozprawy stwierdził, że dokumenty wymienione na str 8 odwołania w pkt 1 do 8 nie są niezbędne dla opracowania oferty i zostały powołane tylko ze względów technicznych. Zdaniem Izby z dokumentacji postępowania powinno jednoznacznie wynikać, które z dokumentów powinny stanowić podstawę dla opracowania zadania próbnego. Powoływanie się zatem w materiałach przetargowych na dokument inny niż przekazany powinno zostać omówione poprzez stosowny komentarz, co do charakteru tego dokumentu. Dlatego też zarzut naruszenia art. 29 ust.1 ustawy Pzp w omówionym zakresie podlega

uwzględnieniu i tym samym Zamawiający materiały w części kwestionowanej przez wykonawcę powinien opatrzyć komentarzem jak wskazano wyżej, bądź uzupełnić.

W odwołaniu wskazano również w odniesieniu do prac typu „oprogramowanie” na brak zasad dokonywania powtórnych iteracji odbioru po uwzględnieniu przez wykonawcę uwag testowych i dokonaniu przez Zamawiającego powtórnej weryfikacji zgodnie z uzgodnionym harmonogramem. Zdaniem Izby, Zamawiający nie wykazał w toku rozprawy, że taka regulacja wynika z przekazanej wykonawcom specyfikacji. Także z dokumentów nie można bezspornie wywieść, że weryfikacje, o których mowa m.in. w załączniku nr 7 do siwz mogą być wielokrotne. Takiej wskazówki interpretacyjnej nie może stanowić wskazywany przez Zamawiającego w toku rozprawy art. 16 ust.2 pkt 9 projektu umowy, stanowiący o przedłużeniu Okresu Przejściowego. Tym samym zarzut naruszenia art. 29 ust.1 ustawy Pzp w omówionym zakresie podlega uwzględnieniu i Zamawiający zobowiązany jest uzupełnić dokumentację o postanowienia odnośnie stosownej procedury.

Pozostałe okoliczności wskazane w zakresie tego zarzutu [naruszenia art. 29 ust.1 ustawy Pzp] nie zasługują na uwzględnienie. Przede wszystkim Izba stwierdza, że nie może być uwzględnione żądanie udostępnienia wykonawcy projektów funkcjonalnych, które zgodnie z zaleceniami producenta Oracle Copr. mogło być wytworzone przez Zamawiającego. Przede wszystkim, jak zauważył sam wykonawca, jest to dokument zalecany – niewymagany przez producenta i tym samym takim dokumentem Zamawiający nie ma obowiązku legitymować się w tym przypadku. Dokumenty do których wytworzenia zobowiązany jest dany podmiot muszą wynikać z obowiązujących przepisów prawa i wykonawca nie może odwoływać się do takich dokumentów, jak wskazano w odwołaniu, żądając ich w konsekwencji wytworzenia, nawet gdyby posiadanie takiego dokumentu przez zamawiającego wiązałoby się z dobrymi praktykami. Także okoliczność braku zdefiniowanych jednoznacznie kryteriów odbioru dla zadania próbnego nie podlega uwzględnieniu. Zdaniem Izby taka procedura została opisana w rozdziale X specyfikacji, gdzie podano m.in. co jest przedmiotem prezentacji oraz jak zostanie dokonana ocena zadania próbnego. Wskazano także, że dane do zadania próbnego zawiera przekazywany wykonawcom plik Exel. Izba zwraca uwagę, że dane zamówienie jest skierowane do określonego kręgu doświadczonych podmiotów zajmujących się profesjonalnie ich realizacją. Dlatego też Zamawiający może

oczekiwać analizy całości dostarczanych dokumentów, wskazując, chociażby w pkt 3 rozdziału X specyfikacji jakie raporty składają się na wynik wykonanego zadania próbnego oraz określając zasady jego prezentacji. Nie może zostać uwzględnione również żądanie odnoszące się do rozdziału X pkt 14 specyfikacji. W tym przypadku Izba zwraca uwagę na postanowienia załączników do specyfikacji, w tym wskazywany już załącznik nr 7 oraz załącznik nr 13 do projektu umowy, które określają zasady współdziałania wykonawcy i zamawiającego. Izba stwierdza także, że uwzględnienie żądania wykonawcy, w zakresie obowiązku uzupełnienia dokumentacji bądź zmiany założeń do zadania próbnego, prowadziłoby w konsekwencji do nałożenia na Zamawiającego obowiązku uwzględniania każdego wniosku wykonawcy o zmianę postanowień siwz. Na gruncie przepisów prawa zamówień publicznych jest to niedopuszczalne, a ponadto dotyczyłoby również okoliczności, które mogłyby być podniesione po upływie terminów określonych w art. 182 ustawy Pzp. Także okoliczności odnoszące się do załącznika nr 7 pkt 1, 7, 8, 11 i 13] do projektu umowy nie podlegają uwzględnieniu przez Izbę. Mając na względzie dyrektywę zawartą w powołanym art. 192 ust.7 ustawy Pzp oraz w art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, Izba ponownie zwraca uwagę, że ocena wymagań w danym postępowaniu powinna następować z uwzględnieniem przedmiotu zamówienia, zasad i sposobu opracowania oferty oraz jej prezentacji i wszystkich dokumentów udostępnianych wykonawcom. Tym samym wykonawca nie może żądać poszerzenia katalogu plików do których dostarczenia zobowiązany byłby Zamawiający [pkt 1 załącznika nr 7], czy też żądając kolejnych zmian tak jak w przypadku pkt 7 i 8 załącznika nr 7 oraz pomijać zasady współdziałania stron, o których stanowi z kolei załącznik nr 13 do projektu umowy. Analogiczne stanowisko Izba prezentuje, co do argumentacji wykonawcy odnoszącej się do pkt 11 i 13 tego załącznika.

Trzeci z zarzutów dotyczący naruszenia art. 353(1) oraz art. 5 kodeksu cywilnego (dalej „kc”) wzw. z art. 14 Pzp i 139 ust. 1 Pzp z uwagi na określenie rażąco wysokiej kary umownej (15% całości wynagrodzenia brutto) z tytułu odstąpienia przez Zamawiającego od Umowy w przypadku nie osiągnięcia przez Wykonawcę gotowości do świadczenia usług w terminie trzech miesięcy (Okres Przygotowawczy) nie podlega uwzględnieniu. W tym przypadku wykonawca podnosząc ten zarzut, żąda jednocześnie uchylecia wymagania, co do kary umownej w całości, stwierdzając, że w przypadku, gdy wykonawca nie osiągnie wspomnianej

powyżej gotowości, Zamawiającemu będzie przysługiwało uprawnienie do wypowiedzenia umowy oraz, że Zamawiający nie poniesie szkody, aż w tak znacznej wysokości, która uzasadniałaby taką wysokość kary umownej. Wykonawca zatem nie przeczy, że taka szkoda może być poniesiona przez Zamawiającego i tym samym żądanie dokonania zmiany postanowień SIWZ (rozdział III, pkt 2) oraz Wzoru Umowy (art. 2 ust. 4) stanowiącego Załącznik nr 3 do SIWZ poprzez usunięcie zapisu odnośnie kary umownej z tytułu wypowiedzenia przez Zamawiającego Umowy w przypadku nie osiągnięcia przez Wykonawcę gotowości do świadczenia usług w terminie trzech miesięcy jest niezasadne i nie może być uwzględnione. Tak jak podnosi się w orzecznictwie, w tym orzecznictwie KIO, przepisy prawa zamówień publicznych modyfikują zasadę równości stron stosunku zobowiązaniowego i stanowią specyficzne ograniczenie zasady swobody umów wynikającej z art. 353(1) k.c), co znajduje odzwierciedlenie w treści zawieranej umowy. Izba zwraca także uwagę, że Zamawiający działa w interesie publicznym i tym samym może on starać się zwiększyć odpowiedzialność wykonawców za należyte wykonanie zamówienia i obciążyć ich dodatkowym ryzykiem. Izba zwraca także uwagę, że kara umowna może stanowić nie tylko surogat odszkodowania, ale być instrumentem dyscyplinującym wykonawcę do należytego wykonania zamówienia. Tak jak słusznie podnosił Zamawiający w toku rozprawy, z samego zastrzeżenia, że kara umowna należna jest w określonej wysokości nie wynika wyłączenie prawa do miarkowania jej wysokości zgodnie z art. 484 § 2 k.c.

W tym stanie rzeczy, Izba orzekła jak w sentencji, uznając za zasadny w całości zarzut naruszenia art. 52 ust.2 w związku z art. 51 ust.1 Pzp w zw. z art. 7 ust.1 ustawy Pzp i częściowo zarzut naruszenia art. 29 ust.1 ustawy Pzp oraz odpowiednio żądania - w takim zakresie jak podano w uzasadnieniu wyroku.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

**Przewodniczący:** .....

.....

.....