

Sygn. akt: KIO 1476/12

Sygn. akt: KIO 1475/12

WYROK

z dnia 25 lipca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: członek Krajowej Izby Odwoławczej: **Barbara Bettman**

Protokolant: **Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **24 lipca 2012 r.** odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu **12 lipca 2012 r.** przez wykonawcę **Asseco Poland S.A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów (KIO 1476/12),**
- B. w dniu **12 lipca 2012 r.** przez wykonawcę **Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o., ul. Szturmowa 2A, 02-678 Warszawa (KIO 1475/12),**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Instytut Meteorologii i Gospodarki Wodnej - Państwowy Instytut Badawczy ul. Podleśna 61, 01-673 Warszawa** oraz **Skarb Państwa - Krajowy Zarząd Gospodarki Wodnej, ul. Grzybowska 80/82, 00-844 Warszawa**, w imieniu których działa: **Instytut Meteorologii i Gospodarki Wodnej - Państwowy Instytut Badawczy**, adres do korespondencji: **ul. Podleśna 61, 01-673 Warszawa,**

przy udziale wykonawcy:

- A. **Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o., ul. Szturmowa 2A, 02-678 Warszawa,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1476/12, po stronie odwołującego,

orzeka:

A.1. Oddala odwołanie wykonawcy **Asseco Poland S.A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów (KIO 1476/12),**

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego wykonawcę **Asseco Poland S.A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów (KIO 1476/12),**

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Asseco Poland S.A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów,** tytułem wpisu od odwołania,**

2.2. zasądza od odwołującego **Asseco Poland S.A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów na rzecz zamawiającego **Instytutu Meteorologii i Gospodarki Wodnej - Państwowy Instytut Badawczy ul. Podleśna 61, 01-673 Warszawa** oraz **Skarbu Państwa - Krajowy Zarząd Gospodarki Wodnej, ul. Grzybowska 80/82, 00-844 Warszawa,** w imieniu których działa: **Instytut Meteorologii i Gospodarki Wodnej - Państwowy Instytut Badawczy, adres do korespondencji: ul. Podleśna 61, 01-673 Warszawa,** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.**

B.1. Oddala odwołanie wykonawcy **Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o., ul. Szturmowa 2A, 02-678 Warszawa, (KIO 1475/12),**

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego wykonawcę **Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o., ul. Szturmowa 2A, 02-678 Warszawa, (KIO 1475/12),**

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o., ul. Szturmowa 2A, 02-678 Warszawa,** tytułem wpisu od odwołania,**

2.2. zasądza od odwołującego **Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o., ul. Szturmowa 2A, 02-678 Warszawa na rzecz zamawiającego **Instytutu Meteorologii i Gospodarki Wodnej - Państwowy Instytut Badawczy ul. Podleśna 61, 01-673 Warszawa** oraz **Skarbu Państwa - Krajowy Zarząd Gospodarki Wodnej, ul. Grzybowska 80/82, 00-844 Warszawa,** w imieniu których działa: **Instytut****

Meteorologii i Gospodarki Wodnej - Państwowy Instytut Badawczy, adres do korespondencji: ul. Podleśna 61, 1-673 Warszawa, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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:

.....

Sygn. akt: KIO 1476/12

Sygn. akt: KIO 1475/12

Uzasadnienie:

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego na „Projekt, budowę i wdrożenie informatycznego systemu osłony kraju przed nadzwyczajnymi zagrożeniami (ISOK) oraz świadczenie usługi gwarancyjnej po wdrożeniu tego systemu”, ogłoszonym w dniu 13.07.2011 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej Nr 2011 /S 132-220082, ze zm.), zostały wniesione w dniu 12 lipca 2012 r. w formie pisemnej, w kopii przekazane zamawiającemu w terminie ustawowym - następujące odwołania:

- A. Wykonawcy Asseco Poland S.A. w Rzeszowie, (dalej zwany także Asseco),
- B. Wykonawcy Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o. w Warszawie, (dalej zwany także Hewlett-Packard).

Na wezwanie zamawiającego z dnia 13 lipca 2012 r. do postępowania odwoławczego sygn. akt KIO 1476/12 zgłosił przystąpienie pismem złożonym 16 lipca 2012 r., w kopii przekazanych stronom – wykonawca Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o., po stronie odwołującego, który powoływał się na częściową zbieżność zakresu kwestionowanych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia w odwołaniu, które złożył samodzielnie. Co do oznaczonych kwestii odwołania Asseco, zgłaszający przystąpienie zapowiedział powstrzymanie się od przedstawienia poglądów, uznając, że jego interesy jako np. producenta sprzętu są rozbieżne z interesami odwołującego.

Izba postanowiła dopuścić do postępowania odwoławczego sygn. akt KIO 1476/12 wykonawcę Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o. po stronie odwołującego.

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania, określonych przepisem art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Odwołujący, wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) zarzucili zamawiającemu Instytutowi Meteorologii i Gospodarki Wodnej - Państwowemu Instytutowi Badawczemu w Warszawie naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), dalej zwaną ustawą Pzp.

Sygn. akt: KIO 1476/12

Asseco Poland S.A. wykazując swoją legitymację do wniesienia odwołania podał, że jest podmiotem zaproszonym do złożenia oferty w niniejszym postępowaniu, dysponującym potencjałem niezbędnym do wykonania zamówienia, który zamierza ubiegać się o jego udzielenie. Sprzeczne z przepisami ustawy Pzp sformułowania zawarte w SIWZ godzą w interes odwołującego, gdyż mogą spowodować, iż nie będzie on w stanie albo w ogóle złożyć oferty (gdyż ryzyko związane z umową jest bardzo duże, a koszty wręcz trudne do oszacowania, skutkiem czego może się spodziewać, iż przychody z umowy nie pokryją kosztów z nią związanych) albo - w przypadku decyzji o złożeniu oferty narazi się na realizację zamówienia na bardzo niekorzystnych warunkach, lub też chcąc uwzględnić wysoki stopień ryzyka w cenie - nie będzie w stanie zaproponować konkurencyjnej ceny i w konsekwencji pozbawiony zostanie możliwości uzyskania zamówienia – co poświadcza, iż może ponieść wymierną szkodę majątkową.

Odwołujący Asseco wnosił o uwzględnienie jego odwołania w całości oraz o nakazanie zamawiającemu dokonania modyfikacji treści SIWZ w następujący sposób:

Załącznik B do SIWZ „Projekt Umowy (...):”

- 1) zastąpienie w § 1 ust. 1.8 sformułowania „lub też w ramach innych zleceń realizowanych przez Wykonawcę na rzecz Zamawiającego” sformułowaniem „lub też w ramach zamówień uzupełniających realizowanych przez Wykonawcę na rzecz Zamawiającego”;
- 2) usunięcie § 2 ust. 2.7;
- 3) usunięcie zapisu w § 2 ust. 2.8 „Żadne oświadczenie, akceptacja lub zalecenie Zamawiającego, dotyczące realizacji Przedmiotu Umowy, sposobu prowadzenia prac, ich zakresu lub kształtu Systemu, nie ogranicza odpowiedzialności Wykonawcy w tym zakresie, chyba że Wykonawca poinformuje pisemnie Zamawiającego o możliwych skutkach ww. oświadczeń, akceptacji lub zaleceń dla sposobu realizacji Przedmiotu Umowy, swoich zaleceniach dotyczących takich skutków i ryzyku związanym z niezastosowaniem się do nich, a Zamawiający mimo to podejmie decyzję pozostającą w sprzeczności z tymi zaleceniami i przekaże ją Wykonawcy na piśmie”;
- 4) usunięcie zdania drugiego w § 3 ust. 3.4;
- 5) usunięcie zapisu w § 3 ust. 3.6 „Niezależnie od skutków -wynikających z przepisów prawa, zwłoka Wykonawcy w wykonaniu Etapu, lub dostarczeniu Produktu będzie uprawniała Zamawiającego do obciążenia Wykonawcy karami umownymi i do odstąpienia od Umowy.”;

- 6) zamieszczenie w § 4 ust. 4.2 następującego zapisu „Zamawiający ma możliwość zgłoszenia pisemnie w ciągu 7 dni umotywowanego sprzeciwu od momentu powiadomienia go o chęci skorzystania z nowego Podwykonawcy” zamiast zapisu „pod warunkiem uzyskania uprzedniej, pisemnej zgody”;
- 7) dodanie w § 4 ust. 4.7 sformułowania: „Wyciąg z tych dokumentów w zakresie obowiązującym Wykonawcę stanowi załącznik do SIWZ.”;
- 8) usunięcie § 4 ust. 4.8;
- 9) nadanie § 4 ust. 4.10 brzmienia następującego: „W trakcie realizacji Umowy Wykonawca ma obowiązek w ramach Wynagrodzenia zapewnić dostęp do najnowszych wersji Oprogramowania/elementów składowych Oprogramowania wykorzystanych do budowy Systemu ISOK. Wdrożenie aktualizacji podlega procedurze Zarządzania Zmianą ustalonej na etapie Planu Projektu.”;
- 10) nadanie § 5 ust. 5.5. lit. c) brzmienia następującego: „Zapewnienia zgodności Systemu ISOK wraz z Dokumentacją Systemu, w tym z Projektem Technicznym, z powszechnie obowiązującymi na terenie Rzeczypospolitej Polskiej w chwili odbioru Projektu Technicznego Systemu przepisami prawa określonymi w Opisie Przedmiotu Zamówienia (Załącznik 1 pkt 11.1) w zakresie w jakim dotyczą one Systemu ISOK;
- 11) usunięcie w § 6 ust. 6.2. następującego zapisu: „oraz uzupełniającego Sprzętu (nie wymienionego w Opisie Przedmiotu Zamówienia, zgodnie z ust 6.3 poniżej niezbędnego do osiągnięcia przez System ISOK wszystkich funkcjonalności opisanych w Opisie Przedmiotu Zamówienia i Projekcie Technicznym.”;
- 12) zastąpienie w § 6 ust. 6.3. zapisu: „(...) Wykonawca dokona uzupełnienia Sprzętu na własny koszt i ryzyko w ramach Wynagrodzenia określonego w § 12 Umowy. Wykonawca nie może z tego tytułu żądać podwyższenia Wynagrodzenia, chociażby do czasu zawarcia Umowy nie można było przewidzieć konieczności tego rodzaju uzupełnienia Sprzętu.” zapisem: (...) „Wykonawca dokona uzupełnienia Sprzętu. Zmiana taka zostanie dokonana w trybie Zmiany Umowy przewidzianej w § 11 Umowy”;
- 13) nadanie § 6 ust. 6.6. brzmienia następującego: „Wykonawca zobowiązany jest zapewnić, aby Sprzęt przekazywany Zamawiającemu był zgodny z Ofertą lub w wersji wskazanej przez Producenta jako następcą Produktu wskazanego w Ofercie”;
- 14) zastąpienie zapisu § 6 ust. 6.8: „Okres gwarancji dla Sprzętu jest co najmniej równy okresowi Gwarancji udzielonej na podstawie Umowy. Jeżeli producent przewiduje okres gwarancji dłuższy niż okres gwarancji udzielonej na podstawie niniejszej Umowy, obowiązuje okres gwarancji producenta” zapisem: „Po upływie okresu standardowej gwarancji producenta Sprzętu, Wykonawca może według swojego wyboru wykupić od Producenta gwarancję na dalszy okres Gwarancji lub świadczyć usługi gwarancyjne we własnym zakresie na zasadach określonych w Gwarancji (§ 16 Umowy);

- 15) nadanie zdaniu drugiemu w § 6 ust. 6.10 brzmienia następującego: „Niebezpieczeństwo przypadkowej utraty lub uszkodzenia jakiegokolwiek elementu Infrastruktury Sprzętowej przechodzi na Zamawiającego w chwili potwierdzenia przez Zamawiającego dostawy danego Produktu.
- 16) usunięcie § 6 ust. 6.12 - 6.14;
- 17) usunięcie w § 12 ust. 12.2 zapisu: „Wykonawca nie może żądać podwyższenia Wynagrodzenia ryczałtowego, chociażby do czasu zawarcia Umowy nie można było przewidzieć rozmiaru prac lub kosztów niezbędnych do należytego wykonania Przedmiotu Umowy, a rozmiar prac lub koszty okazały się większe niż zakładał Wykonawca, choćby na skutek błędów, braków lub niejasności w dostarczonej przez Zamawiającego dokumentacji dotyczącej realizacji Przedmiotu Umowy”;
- 18) nadanie § 13 ust. 13.6 brzmienia następującego: „Wykonawca, w ramach wynagrodzenia przewidzianego w § 12 Umowy, udziela Zamawiającemu, w przysługującym mu zakresie, na przysługujących mu polach eksploatacji, z dniem - odpowiednio - podpisania protokołu odbioru częściowego, protokołu odbioru danej wersji Systemu oraz protokołu odbioru końcowego, licencji (z zastrzeżeniem postanowienia w ust. lit. - odnośnie udzielania/przekazywania licencji na oprogramowanie osób trzecich) na korzystanie z Oprogramowania;
- 19) usunięcie § 13 ust. 13.11;
- 20) usunięcie § 13 ust. 13.26;
- 21) zmianę zapisu w § 16 ust. 16.1 „jeżeli Błędy ujawnią się przed upływem terminu gwarancji” na zapis: „jeżeli Błędy zostaną zgłoszone niezwłocznie po ich ujawnieniu i przed upływem terminu Gwarancji”;
- 22) nadanie § 16 ust. 16.2 lit. b) brzmienia następującego „zapewnienie Zamawiającemu dostępu do poprawek, uaktualnień oraz nowych wersji Oprogramowania/elementów składowych Oprogramowania wchodzącego w skład Systemu ISOK. Instalacja podlega procedurze Zarządzania Zmianą ustalonej na etapie Planu Projektu;
- 23) usunięcie § 16 ust. 16.2 lit. f);
- 24) nadanie § 16 ust. 16.6 brzmienia następującego: „W przypadku, gdy Wykonawca dwukrotnie usuwał wadę danego Produktu lub jego elementu, wystąpienie po raz trzeci tej samej wady tego samego Produktu lub elementu Produktu skutkuje koniecznością wymiany odpowiednio tego Produktu lub jego elementu na nowy, wolny od wad;
- 25) umieszczenie w § 16 ust. 16.7 zamiast zapisu: „Gwarancja Wykonawcy obejmuje powyższe zmiany i modyfikacje. Wykonawca opisze w Planie Podprojektu szczegółowe zasady i warunki realizacji powyższego zobowiązania”, zapisu o następującym brzmieniu: „Gwarancja Wykonawcy nie obejmuje powyższych zmian i modyfikacji. Wykonawca nie

będzie świadczył usługi Gwarancji Systemu do momentu przywrócenia go do stanu sprzed zmian i modyfikacji dokonanych przez zamawiającego;

- 26) usunięcie § 16 ust. 16.8;
- 27) usunięcie § 16 ust. 16.19 oraz § 16 ust.16.20;
- 28) zmianę zapisu w § 17 ust. 17.2 i wprowadzenie zamiast sformułowania „ 0,1% Wynagrodzenia netto określonego w § 12 Umowy” sformułowania: „ 0,1% Wynagrodzenia netto za dany Produkt lub Etap”;
- 29) usunięcie § 17 ust. 17.3 oraz § 17 ust.17.4;
- 30) zmianę w § 17 ust. 17.5 stawek kar za zwłokę w usunięciu Błędów do 0,001% za dzień zwłoki w usunięciu Błędu Zwykłego, 0,005% za dzień zwłoki w usunięciu Błędu Poważnego oraz 0,001% za godzinę zwłoki w usunięciu Błędu Krytycznego jak również odniesienie tych stawek do kwot „Wynagrodzenia netto za Produkt, w którym Błąd wystąpił”;
- 31) odniesienie stawek kar za zwłokę w § 17 ust. 17.6 do kwot „Wynagrodzenia netto należnego za wykonanie danej dodatkowej usługi serwisowej”;
- 32) usunięcie § 17 ust. 17.7;
- 33) nadanie § 17 ust. 17.9 brzmienia następującego: „W przypadku naruszenia obowiązku określonego w § 14. Umowy Zamawiający jest uprawniony, po wcześniejszym wezwaniu Wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących zaistniałej sytuacji, obciążyć Wykonawcę karą umowną w wysokości 100 000,00 złotych (sto tysięcy złotych)” ;
- 34) nadanie § 19 ust. 19.1 lit. c) brzmienia następującego: „zwłoka Wykonawcy w stosunku do jakiegokolwiek terminu określonego w Umowie przekroczy 90 dni od daty powiadomienia Wykonawcy o możliwości odstąpienia od Umowy w trybie § 19 ust. 19.1 lit. c).”;
- 35) usunięcie § 19 ust. 19.1 lit. e), f);
- 36) dodanie w § 19 ust. 19.1 lit. g) następującego sformułowania: „z zastrzeżeniem, iż odstąpienie nie może nastąpić w zakresie Produktów/Elementów Produktów, które zostały już nabyte lub wytworzone na rzecz Zamawiającego;
- 37) odniesienie stawki kary za zwłokę w § 19 ust. 19.4 do kwoty „ Wynagrodzenia netto należnego za wykonanie danego Produktu”;
- 38) dodanie w § 19 ust. 19.5 zdania: „Strony w toku negocjacji ustalą należną kwotę Wynagrodzenia.
- 39) usunięcie § 19 ust. 19.9;
- 40) usunięcie § 21 ust. 21.3;
- 41) nadanie zdaniu 1 w Załączniku nr 1 do Umowy Opis Przedmiotu Zamówienia następującego brzmienia: „Projektowany System musi być zgodny z wymaganiami poniższych ustaw i rozporządzeń w zakresie w jakim odnoszą się one do działania Systemu ISOK”;

- 42) usunięcie w Załączniku 1 Opis Przedmiotu zamówienia zapisu rozdział 12.1 pkt 3 „i możliwość wykupienia wsparcia pogwarancyjnego po wygaśnięciu 5 lat gwarancji Wykonawcy.”
- 43) usunięcie w Załączniku 1 Opis Przedmiotu zamówienia zapisu rozdział 12.2 pkt 17: „objęcie gwarancją wprowadzonych przez Zamawiającego zmian i modyfikacji Systemu”;
- 44) usunięcie w Załączniku 1 Opis Przedmiotu zamówienia zapisu rozdział 12.2 pkt 17: „dostosowywanie Systemu ISOK tak, aby spełniał wymagania wynikające ze zmian przepisów prawa, o których mowa w pkt. 11. 1 niniejszego Opisu Przedmiotu Zamówienia, oraz aby umożliwiał Zamawiającemu i innym Użytkownikom wypełnianie przez nich zadań wynikających z ww. przepisów (w tym ich zmian); odpowiednie dostosowanie Dokumentacji Systemu do ww. zmian”
- 45) wprowadzenie w Załączniku 2 do Umowy Harmonogram Rzeczowo Finansowy zamiast daty „31/12/2014” określenia „22 m-ce i nie później niż 31/12/2014”;

Powyższe żądania odwołujący Asseco Poland S.A. uzasadniał tym, iż zapisy SIWZ będące przedmiotem odwołania naruszają wskazane przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, przepisy Kodeksu cywilnego oraz Prawa autorskiego. W zarzutach i wnioskach odwołania przytoczył jw. fragmenty SIWZ, które w jego ocenie wymagają zmiany jako sprzeczne z przepisami ustawy Pzp. Zaznaczył również, że w tym miejscu zbiorczo przedstawia uzasadnienie swoich twierdzeń (jednocześnie zastrzegając, iż na rozprawie dokładnie omówi zarzuty dotyczące poszczególnych zapisów SIWZ. Wskazywał na kwestie związane z opisem przedmiotu zamówienia oraz rażącą niewspółmierność zobowiązań stron. Niniejsze postępowanie zostało przez zamawiającego ogłoszone w trybie przetargu ograniczonego. Fakt ten uzasadnia tezę, iż decydując się na taki tryb (mając możliwość skorzystania z dialogu konkurencyjnego), zamawiający ma pełną jasność co do swoich oczekiwań wobec przedmiotu zamówienia - jego zakresu, kształtu, wymagań którym powinien on odpowiadać i celom, którym ma służyć. Rolą zamawiającego jest takie ukształtowanie specyfikacji, by precyzyjnie określała ona jakie czynności, w jaki sposób i w jakim czasie mają być zrealizowane przez wykonawcę wybranego w niniejszym postępowaniu. Odwołujący przypominał, że opis przedmiotu zamówienia winien uwzględniać wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zaznaczał też, że tylko wyczerpujący i jednoznaczny opis przedmiotu zamówienia pozwala wykonawcy na złożenie rzetelnej oferty. Zamawiający chcąc prawidłowo dokonać oceny ofert - czyli zgodnie z art. 91 ust. 1,2 ustawy Pzp wybrać ofertę najkorzystniejszą - musi w sposób precyzyjny określić przedmiot zamówienia. Kryteria oceny ofert - jak wyraźnie stanowi art. 91 ust 2 Pzp muszą się odnosić do przedmiotu zamówienia. Odwołujący powołał się następujące orzeczenia KIO: KIO/UZP 80/7, KIO/UZP 812/09, gdzie podkreślono

niedopuszczalność przeniesienia na wykonawcę ryzyk związanych ze zmianami, których zamawiający nie jest w stanie przewidzieć oraz ścisłe powiązanie między odpowiednim opisem przedmiotu zamówienia, a treścią oferty. Powyższe założenia doprowadziły odwołującego do wniosku, iż nie jest prawidłowym podejściem jakie prezentuje zamawiający w SIWZ, a w szczególności w projekcie Umowy stanowiącym załącznik B do SIWZ. Zapisy, które w tym zakresie kwestionuje powodują, że nie jest możliwe wyczerpujące określenie dwóch elementów składających się na definicję przedmiotu zamówienia: treści i zakresu zobowiązań wykonawcy wynikających z realizacji zamówienia oraz czasu, przez który zobowiązania te mają być świadczone. Zobowiązanie wykonawcy dotyczące dokonywania szeroko pojętej aktualizacji oraz rozszerzenia ilościowego Oprogramowania oraz Sprzętu użytego do budowy Systemu (zarówno na etapie realizacji Systemu - przed odbiorem końcowym jak i w okresie Gwarancji) - w zasadzie na każde żądanie zamawiającego i do najnowszych istniejących na rynku wersji ma znaczny wpływ na pracowitość oraz koszty realizacji projektu po stronie wykonawcy. Nie jest też w szczególności możliwe dla wykonawcy określenie jaki wpływ będzie miała każda z takich zmian na kształt i funkcjonowanie Elementów Autorskich, które ma wytworzyć w ramach Umowy (min. jakich modyfikacji tych Elementów będzie wymagała i jakie to spowoduje koszty). Pomimo, iż w ofercie wykonawca ma dokładnie określić (zgodnie z zapotrzebowaniem przedstawionym przez zamawiającego) ilość, rodzaj i wersje Sprzętu i Oprogramowania jakie użyje realizując projekt (i cena przez niego oferowana odpowiada zakresowi oferty), skarżone zapisy Umowy w praktyce powodują, że zakres ten może w rzeczywistości wyglądać zupełnie inaczej. Dodatkowo, w dowolnym momencie i bez jakichkolwiek konsekwencji, zamawiający może zmieniać swoje zalecenia i wymagania, akceptować określone działania i wycofywać później taką akceptację itp. co powoduje, że wykonawca nie ma pewności czy prawidłowo (zgodnie z wolą zamawiającego) zrealizował dany Produkt/Etap i jakie czynności ma jeszcze wykonać. Również wymagania dotyczące zgodności Systemu ISOK z przepisami prawa, które w obecnie proponowanym kształcie przenosi na wykonawcę konieczność analizy całego prawodawstwa w Polsce oraz określenia, które z przepisów odnoszą się do zadań zamawiającego oraz nieograniczonej liczby Użytkowników i do realizacji, których z tych zadań System ma służyć – uznał odwołujący za niezasadne. Odwołujący przekonywał, że rolą wykonawcy jest wyłącznie stworzenie systemu, który odpowiada zgłoszonym przez zamawiającego wymaganiom, realizującego ściśle określone funkcje. Wymagania te powinny tworzyć katalog zamknięty określony w Opisie Przedmiotu Zamówienia (Załącznik 1). Skarżone zapisy powodują, w przeświadczeniu odwołującego, że zamawiający całość ryzyka związanego z niewłaściwym lub niepełnym określeniem przedmiotu zamówienia przerzuca na wykonawcę. Odnosząc się do kwestii niejasności co do czasu obowiązywania umowy, przykładowo wskazał, że przytoczone powyżej w zapisy przewidujące wydłużanie

gwarancji na cały system o wielokrotność czasu naprawiania Błędów w przypadku zwłoki w usunięciu poszczególnych Błędów powodują, iż ze względu na rozmiar Systemu, wielość użytkowników i złożoność procesów jakie będzie obsługiwał, przekładające się ilość spodziewanych Błędów już po pierwszych miesiącach funkcjonowania Systemu Gwarancja ulegnie wydłużeniu o kilka lat. Zaprojektowanie, wdrożenie i późniejsza prawidłowa eksploatacja złożonego tworu jakim jest system informatyczny z założenia wymagają dobrego współdziałania wykonawcy i zamawiającego. Podnosił, że zamawiający nie jest związany/ograniczony żadnymi terminami w zakresie zgłaszania uwag, zmian, żądań, oraz korzystania ze środków represyjnych wobec wykonawcy, a także, że nie ponosi on odpowiedzialności za podjęte przez siebie czynności (konsekwencje wszelkich decyzji zamawiającego przerzucone są na wykonawcę i nie ma on możliwości uchylenia się od tej odpowiedzialności w jakimkolwiek zakresie) w praktyce uniemożliwia właściwe wykonanie Systemu. Może się nawet okazać, że zamawiający, który w takim kształcie umowy ma przyznane bardzo szerokie uprawnienia decyzyjne, jak również korzysta z ochrony wynikającej zarówno z rękojmi jak i podwójnej gwarancji oraz ma w praktyce nieograniczone kwotowo uprawnienia odszkodowawcze oraz możliwości kilkakrotnego karania wykonawcy za jedno uchybienie (w tym przy użyciu rażąco wygórowanych kar umownych) oraz odstąpienia od umowy w całości bądź w części, zatem nie będzie widział interesu w tym by współdziałać z wykonawcą dla osiągnięcia sukcesu całego przedsięwzięcia, a umowa wbrew jej celowi może stać się dla niego sposobem na uzyskanie korzyści finansowych. Następnie odwołujący podnosił kwestie związane z uprzywilejowaniem wykonawców będących Producentami Sprzętu lub Oprogramowania standardowego. Zamawiający żąda by okres gwarancji na oprogramowanie osób trzecich udzielanej przez Producenta tego oprogramowania był równy okresowi Gwarancji udzielanej na podstawie Umowy na realizację przedmiotowego zamówienia (a ta Gwarancja w obecnie proponowanym brzmieniu umowy obejmuje okres minimum 5 lat po wdrożeniu Systemu). Zważywszy na fakt, iż dostawa sprzętu zgodnie z harmonogramem ma się odbyć nie później niż w ciągu 12 miesięcy od podpisania umowy i nie wcześniej niż 6 miesięcy przed Odbiorem Końcowym Systemu, a gwarancja Producenta zaczyna swój bieg od momentu wydania Sprzętu - łączny okres na jaki zamawiający wymaga tej gwarancji to 6-7 lat. Standardowo gwarancja producenta udzielana jest na rok lub dwa lata. Żądania zamawiającego, których skutkiem musi być dokupienie przez wykonawcę nie będącego producentem takiego oprogramowania dodatkowej - przedłużonej gwarancji powodują, że po stronie takiego wykonawcy powstaje koszt rzędu kilkunastu milionów złotych. Podkreślał, że kosztu takiego nie będą ponosić wykonawcy będący producentami takiego oprogramowania (w tym konkretnym wypadku jest to dwóch z 4 wykonawców zaproszonych do składania ofert). Różnica ta, z oczywistych względów (mniejsze koszty związane z realizacją zamówienia po stronie producentów)

powoduje uprzywilejowanie tych wykonawców. Również w kwestii wymagań co do pól eksploatacji, na których zamawiający chce mieć uprawnienia do korzystania z licencjonowanego oprogramowania - zakres żądań zamawiającego odbiega od standardowych warunków licencji, a więc konieczność rozszerzenia go wiązać się będzie z dodatkowymi kosztami dla nie - producentów.

Biorąc powyższe pod uwagę, odwołujący stwierdził, że jego odwołanie jest uzasadnione i zasługuje na uwzględnienie w całości. Wprowadzenie wnioskowanych przez odwołującego modyfikacji ogłoszenia o zamówieniu zapewni prawidłową realizację przepisów ustawy Pzp, w szczególności zapobiegnie naruszeniu zasady konkurencyjności postępowania.

Odwołujący zastrzegł sobie możliwość rozbudowania zaprezentowanej wyżej argumentacji oraz powołania środków dowodowych w toku rozprawy.

Odwołujący Asseco ponosił następujące zarzuty:

Zarzut 1. Naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 29 ust. 2 Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który uprzywilejowuje wykonawców będących producentami sprzętu lub oprogramowania – w Załączniku B do SIWZ (projekcie umowy) - zapisy § 6 ust. 6.8, dotyczące zasad gwarancji na sprzęt, zapisy § 13 ust. 13.1, 13.6, 13.11, 13.26, dotyczące zasad udzielania licencji na oprogramowania standardowe, zapisy § 16 ust. 16.19 dotyczące zasad gwarancji oprogramowania, zapisy § 17 ust. 17.3., dotyczące zakresu odpowiedzialności wykonawcy - kar za niewywiązanie się z obowiązków licencyjnych). Odwołujący precyzując na rozprawie zarzut stawiany powyżej stwierdził, iż dotyczy on żądania od wykonawcy licencji na oprogramowanie standardowe na czas nieokreślony.

Do zarzutu 1 zamawiający odniósł się w następujący sposób:

Zamawiający oświadczył, że nie uznaje w całości zarzutu nr 1, jednocześnie wyjaśniał, że zamierza wprowadzić pewne zmiany do SIWZ zał. B w kwestionowanym ust. 6.8 ale nie takie jakich żądał odwołujący Asseco. Zamawiający stwierdził, że odwołujący nie udowodnił naruszenia wskazanych przepisów ustawy tj. art. 29 ust. 2 w związku z art. 7 ust. 1 Pzp, w kontekście zarzutu uprzywilejowania wykonawców będących producentami sprzętu lub oprogramowania. Zarzut w odwołaniu był na takim poziomie ogólności, że zamawiający nie miał możliwości odnieść się do niego szczegółowo. Jako swoje ostateczne stanowisko w tej kwestii uznaje to, które przedstawił do protokołu. Zamawiający wyjaśniał, że żądał licencji na

czas nieoznaczony, taki rodzaj licencji występuje w obrocie i jest przez wykonawców oprogramowania standardowego oferowany.

Stanowisko Izby: Izba uwzględniła argumentację zamawiającego. Dokonany opis przedmiotu zamówienia nie uprzywilejowuje wykonawców będących producentami sprzętu lub oprogramowania. Okoliczność, że w postępowaniu mogą uczestniczyć takie podmioty w żaden sposób nie uchybia zasadom uczciwej konkurencji. Zakres prowadzonej działalności gospodarczej jest sprawą samodzielnej decyzji przedsiębiorców funkcjonujących na rynku. Jeżeli podmiot produkuje urządzenia lub wytworzył oprogramowanie, które będzie mógł użyć do wykonania niniejszego zamówienia – jego działanie będzie legalne, nie naruszające zasad uczciwej konkurencji. Wykonawca taki poniósł już wcześniej koszty na opracowanie dokumentacji wyrobu, jego wytworzenie, czy na oprogramowanie. Może w związku z tym czerpać z tego profity i w uznany przez siebie sposób, kalkulować wielkość tych kosztów w cenie składanych ofert, uwzględniając udzielane gwarancje, czy licencje. Co więcej, w przekonaniu Izby wykonawca taki, przy uzasadnianiu wysokości ceny swojej oferty, w razie zastosowania przez zamawiającego procedury określonej w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, mógłby z tego tytułu powoływać się na obiektywne czynniki, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia dostępne dla danego wykonawcy w sposób zindywidualizowany. Odwołujący nie podważył argumentacji zamawiającego, że licencje na czas nieoznaczony na oprogramowanie standardowe są stosowane.

Zarzut 2. Naruszenia art. 29 ust. 1 Pzp poprzez niedoprecyzowanie przedmiotu zamówienia:

a) nieprecyzyjne określenie zakresu czynności (dostaw i usług) realizowanych w ramach zamówienia przejawiające się w postanowieniach w Załączniku B do SIWZ (projekcie umowy) § 2 ust. 2.7, § 4 ust. 4.8, ust. 4.9, § 5 ust. 5.5 lit. c), § 6 ust. 6.2, 6.3., 6.6, 6-12-6.14, § 21 ust. 21.3;

b) Załącznika 2 do Umowy Harmonogram Rzeczowo Finansowy;

Na rozprawie odwołujący sprecyzował, że pod ten zarzut należy podciągnąć okoliczność, że zamawiający wymaga zgodności systemu z prawem ale nie wskazuje z jakim. Przyznał, że w rozdz. 11 OPZ stanowiącym Zał. Nr 1 do umowy są wymienione przepisy na jakich system ma współpracować i być zgodny. W ocenie odwołującego podano przykładowe akty prawne.

Do zarzutu 2 zamawiający odniósł się w następujący sposób:

Zamawiający uznał zarzut za niezasadny. SIWZ, a w szczególności Opis przedmiotu zamówienia został opracowany przez profesjonalny podmiot w sposób wyczerpujący. Zamawiający wymaga zgodności systemu z prawem w zakresie podanym w Rozdziale 11 Zał. 1 do umowy, a więc sprecyzowanym. Ponadto jeszcze do dnia 22 lipca 2012 r. trwała

procedura wyjaśnień do SIWZ z czego wykonawcy mieli prawo korzystać, a zamawiający udzielił odpowiedzi na pytania, które wpłynęły w liczbie około 200 pytań.

Stanowisko Izby: Izba uwzględniła argumentację zamawiającego. Dokonany Opis przedmiotu zamówienia należało uznać za pełny i szczegółowy. Odwołujący w treści odwołania sformułował jedynie zarzut ogólny, nie podając jakie konkretnie braki znajduje w powoływanych postanowieniach wzoru umowy. Załącznikiem nr 1 do wzoru umowy, zgodnie z § 21 jest Opis przedmiotu zamówienia liczący 253 strony (podający w rozdziale 11 zakres aktów prawnych z jakimi System ma być zgodny). Opis obejmuje ponadto harmonogram rzeczowo – finansowy, procedury odbiorowe, opis próbki i szczegółowy opis sposobu oceny ofert. W tych okolicznościach ogólnie postanowiony zarzut niedoprecyzowania przedmiotu zamówienia – nie mógł zostać uwzględniony.

Zarzut 3. Wprowadzenie zapisów, które skutkują tym, że w praktyce czas trwania zobowiązań wykonawcy wynikających z umowy (zarówno w odniesieniu do realizacji Systemu jak i zobowiązań gwarancyjnych) jest niemożliwy do określenia (stanowi to jednocześnie naruszenie art. 142 ust. 1 Pzp) - przejawiający się w zapisach:

a) w Załączniku B do SIWZ (projekcie umowy): § 6 ust. 6.14, § 13 ust. 13.11 § 16 ust.16.8 oraz § 21 ust. 21.3,

b) Załącznika 2 do Umowy „Harmonogram Rzeczowo Finansowy”;

Do zarzutu 3 zamawiający odniósł się w następujący sposób:

Zamawiający podtrzymał, że termin realizacji zamówienia końcowy tj. 31.12.2013 r. podany w formularzu oferty i w ogłoszeniu jest prawidłowy. Natomiast termin podany w harmonogramie rzeczowo finansowym w zał. nr 2 do umowy oraz w instrukcji dla wykonawców określony na 31.12.2014 r. jest nieprawidłowy tj. wynikający z omyłki pisarskiej. Między innymi, były składane na ten temat pytania i zamawiający będzie to wyjaśniał, że terminem końcowym realizacji zamówienia jest 31.12.2013 r. Z SIWZ z OPZ wynika, że zamawiający wymaga 5 letniego okresu gwarancji. Jeżeli rzecz ma wadę i wykonawca opóźnia się z usunięciem tej wady to wówczas gwarancja ulega przedłużeniu o stosowny okres. Zamawiający uważał zarzut za niezasadny, gdyż sprecyzował okres trwania umowy i okres gwarancyjny. Zamawiający wyjaśnił, że harmonogram załączony do umowy podaje terminy orientacyjne, które będą doprecyzowane z wybranym wykonawcą po podpisaniu umowy.

Stanowisko Izby: Izba uwzględniła argumentację zamawiającego. Termin realizacji zamówienia, do dnia 31.12.2013 r. został wyraźnie wskazany w formularzu ofertowym i w

ogłoszeniu o zamówieniu. Rozbieżności tej daty w innych dokumentach, tj. punkcie 3 SIWZ Instrukcji dla wykonawców i w harmonogramie, można jedynie tłumaczyć omyłką pisarską, którą zamawiający zobowiązał się sprostować. Niezgodności te możliwe są zatem do wyeliminowania w drodze wyjaśnień do SIWZ. Żądany w § 16 zał. B do SIWZ, wzoru mowy okres gwarancji na dostarczone w ramach umowy produkty na okres 5 lat od daty podpisania przez zamawiającego protokołu odbioru końcowego, jest możliwy do dotrzymania, gdyż gwarancja oferowana rynkowo na różnorodne produkty często wynosi 5 lat, lub też z opcją dokupienia na okres dłuższy, jeżeli standardowo byłaby krótsza. Zatem zaoferowanie takiego okresu gwarancji leży w sferze decyzji wykonawcy, nawet gdyby miał wykupić dłuższe gwarancje na produkty wchodzące w skład systemu, których sam nie wytwarza. Zamawiający wymaga 5 letniej gwarancji Systemu i za nią płaci. Przedłużenie okresu gwarancji na czas napraw, kiedy korzystanie z produktu nie jest możliwe, wpisuje się w dyspozycję art. 581 § 2 K.c. w związku z art. 14 Pzp i art. 139 Pzp, *„że termin gwarancji ulega przedłużeniu o czas, w ciągu którego wskutek wady rzeczy objętej gwarancją uprawniony z gwarancji nie mógł z niej korzystać.”* W tych okolicznościach ogólnie postawiony zarzut wprowadzenia zapisów, które skutkują tym, że w praktyce czas trwania zobowiązań wykonawcy wynikających z umowy nie jest możliwy do określenia – nie mógł zostać uwzględniony. Okres gwarancyjny nie podlega doliczeniu do okresu trwania umowy, na jaki może zostać zawarta umowa o wykonanie zamówienia publicznego, w tym przypadku na czas oznaczony do 31.12.2013 r.

Zarzut 4. Wprowadzenie zapisów rozdziału 11. Załącznika 1 do umowy - Opis przedmiotu zamówienia, które skutkują tym, że wykonawca do końca okresu obowiązywania gwarancji jest zobligowany do śledzenia oraz interpretowania pod kątem zadań zamawiającego i innych użytkowników Systemu ISOK przepisów całego systemu prawnego obowiązującego w Polsce chociaż cel zawarcia umowy oraz funkcje jakie ma realizować System ISOK wykluczają tak szerokie (i niemożliwe w praktyce do wykonania) ujęcie obowiązków wykonawcy.

Do zarzutu 4 zamawiający odniósł się w następujący sposób:

Zamawiający wyjaśniał, że zgodność rozwiązań Systemu z istniejącym porządkiem prawnym wskazanym w zał. 1 do umowy OPZ rozdz. 11 Wymagania prawne, nie podlega ocenie przy przyznawaniu ofercie punktów wg ustalonych kryteriów w zał. C. W § 16 ust 2 oraz ust. 4 lit e. na str. 246 zał. nr 1 do umowy OPZ znajduje się tabela w której zamawiający podał ilość osobo/dni na dodatkowe usługi serwisowe w okresie gwarancji zdefiniowane w § 16 ust. 16.4 wzoru umowy. Czyli zmiany w prawie i ich uwzględnienie w oprogramowaniu należy do dodatkowych usług serwisowych, które wg oświadczenia składanego przez zamawiającego

do protokołu i jego wyjaśnień - są odrębnie płatne, jeżeli przekraczają liczbę osobo/dni na wszystkie dodatkowe usługi serwisowe. Zamawiający oświadczył, iż katalog przepisów, które zawarł w rozdz. 11 zał. 1 OPZ jest zamknięty niezależnie od tego, że nie jest wiadome w jakim zakresie akty te będą zmieniane w przyszłości w trakcie trwania umowy i w okresie gwarancji. Zamawiający zabezpiecza swój słuszny interes, chce bowiem aby system obejmował aktualne uregulowania prawne, które pozwolą mu funkcjonować, w przeciwnym razie system ten byłby bezużyteczny, a zamawiający zamawiając system ISOK realizuje obowiązek ustawowy.

Stanowisko Izby: Izba uwzględniła argumentację zamawiającego. Zakres przepisów, które projektowany System musi spełniać został wymieniony w rozdziale 11 od strony 235 załącznika nr 1 do wzoru umowy pn. Opis Przedmiotu Zamówienia, który podaje wyszczególnienie przepisów odnoszących się do dziedziny funkcjonowania państwa, którą zamawiany System informatyczny ma obsługiwać z zachowaniem zgodności z wymaganiami prawnymi. Miarą zatem przydatności do zakładanych celów – jest również zgodność z odnośnymi przepisami. Przy czym zostało przewidziane dodatkowe wynagrodzenie, o ile konieczny nakład pracy przekroczy limity osobo/dni na dodatkowe usługi serwisowe w okresie gwarancji.

Zarzut 5. Naruszenia art. 91 ust. 1,2 Pzp poprzez niemożność jego prawidłowego zastosowania i dokonania właściwej, obiektywnej oceny ofert w sytuacji gdy nie jest prawidłowo i wyczerpująco określony przedmiot zamówienia;

Odwołujący doprecyzowując zarzut na rozprawie podnosił, że zamawiający nie będzie mógł dokonać wyboru prawidłowej oferty bowiem nie wie do końca sam, co w zamawianym systemie wykonać, a wykonawca nie jest w stanie sam obiektywnie wycenić wykonanych prac.

Do zarzutu 5 zamawiający odniósł się w następujący sposób:

Zamawiający podnosił, że zarzut nie został zarzut skonkretyzowany, nie zostały podane żadne powody wskazujące, że zamawiający naruszył art. 91 ust. 1 i 2 Pzp. Wnosił o oddalenie zarzutu.

Stanowisko Izby: Izba uwzględniła argumentację zamawiającego. Dokonany opis przedmiotu zamówienia należało uznać za pełny i szczegółowy. Odwołujący w treści odwołania sformułował jedynie zarzut ogólny, nie podając jakie konkretnie braki znajduje w opisie przedmiotu zamówienia, w kontekście ustalonych kryteriów oceny ofert. Przywoływanie postanowień art. 91 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, mówiących, że zamawiający

wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert podanych w SIWZ, z dookreśleniem, że kryteria te mogą stanowić cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności, jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, zastosowanie najlepszych dostępnych technologii (...), koszty eksploatacji, serwis itp. – nie znajduje uzasadnienia, skoro zamawiający ustanowił dopuszczalne kryteria oceny ofert w postaci: cena – waga – 50%; sposób realizacji zamówienia- waga -30%; cechy funkcjonalno-techniczne komponentów użytych do budowy Systemu – waga 20%, a więc wpisujące się wprost w dyspozycję normy art. 91 ust. 2 ustawy Pzp, których to kryteriów – co znamienne, odwołujący nie kwestionował.

Zarzut 6. Naruszenia art. 139 Pzp w zw. z art. 387 K.c. poprzez wprowadzenie do umowy postanowień zobowiązujących wykonawcę do świadczeń niemożliwych do zrealizowania:

a) w zapisach § 4 ust. 4.9 w Załączniku B do SIWZ (projekcie umowy), oraz rozdziału 11.1 Załącznika 1 do Umowy Opis Przedmiotu Zamówienia zgodność z wymaganiami prawnymi, które sprowadzają się do tego, że wykonawca do końca okresu obowiązywania Gwarancji jest zobowiązany do śledzenia oraz interpretowania pod kątem zadań Zamawiającego i innych Użytkowników Systemu ISOK przepisów całego systemu prawnego obowiązującego w Polsce;

b) w zapisach § 4 ust. 4.10, § 13 ust. 13.20, § 16 ust. 16.2 lit. b w Załączniku B do SIWZ (projekcie umowy), obligujących wykonawcę do wdrażania każdej aktualizacji i modyfikacji oprogramowania firm trzecich na każde życzenie zamawiającego niezależnie od celowości, racjonalności i skutków takiego działania;

c) w zapisach zobowiązujących wykonawcę do zapewnienia licencjonowania oraz świadczenia przez producentów gwarancji na sprzęt i oprogramowanie na warunkach nie występujących w obrocie gospodarczym § 16 ust. 16.19); w Załączniku 1 do umowy Opis Przedmiotu Zamówienia rozdział 12.1 pkt 3.

Odnośnie zarzutu 6 pkt a) odwołujący sprecyzował na rozprawie, że dotyczy to żądanych zmian wprowadzanych do systemu - podążających za zmianami w przepisach wyszczególnionych w rozdz. 11 załącznika nr 1 do umowy.

Odnośnie zarzutu 6 pkt b) odwołujący sprecyzował na rozprawie, że miał na myśli okoliczność, iż w ramach wykonania przedmiotu zamówienia będzie opracowane oprogramowanie dla danego zamówienia i wykorzystane oprogramowanie standardowe, a zamawiający postawił wymóg aby w momencie pojawienia się nowej wersji oprogramowania standardowego wykonawca go automatycznie zainstalował w systemie. Odwołujący stwierdził, że odnośnie własnego wytwarzanego oprogramowania jest w stanie ten obowiązek spełnić, natomiast nie wie jak system się „zachowa” w momencie i w praktyce zainstalowania nowej wersji oprogramowania standardowego, które już jest zainstalowane.

W ogólności odwołujący nie zaprzeczył, że jest przewidziana w SIWZ procedura zmian i jest takie postanowienie, że wykonawca ma na życzenie zamawiającego wprowadzić określone rozwiązania chyba, że uprzedzi zamawiającego o negatywnych tego skutkach. Na rozprawie odwołujący sprecyzował zarzut, że nie może zapewnić gwarancji na sprzęt i oprogramowanie w zakresie wymaganych 5 lat z przedłużeniami wynikającymi z usuwania wad. Podkreślał, że producent liczy termin gwarancji od daty wydania sprzętu wykonawcy, jakiś czas zajmie instalowanie i odbiór sprzętu wobec czego uznał, iż termin gwarancji nie jest możliwy do dotrzymania, bo praktycznie - to biegnie on od czasu odbioru sprzętu od producenta czy sprzedawcy. Odwołujący nie zaprzeczał, że jest możliwość wykupienia przedłużonej gwarancji - ale w tym upatrywał uprzywilejowanej pozycji wykonawców, którzy są producentami sprzętu lub oprogramowania ponieważ nie muszą oni generować tych kosztów, co stanowi jeden z elementów zarzutu. Skoro w tym postępowaniu mogą uczestniczyć producenci - to oni tego problemu nie mają bo sami sobie mogą przedłużyć gwarancję na innych warunkach. Odwołujący wyjaśniał, że żaden wykonawca nie jest w stanie zapewnić, że za kilka lat będą funkcjonowali ci sami producenci na rynku i wskazywał na sytuację, że mogą nastąpić w tym zakresie jakiegoś przekształcenia.

Do zarzutu 6 zamawiający odniósł się w następujący sposób:

Zamawiający dodał, że zarzut sprowadza się do żądania przez zamawiającego świadczeń niemożliwych do zrealizowania w sposób obiektywny w oparciu o art. 387 K.c. i zamawiający przeciwko uwzględnieniu tego zarzutu oponował. W § 2.8 projektu umowy, jest mowa, że wykonawca może zwolnić się od odpowiedzialności za to, że zamawiający żąda wykonania Systemu w określony sposób jeżeli wykonawca uprzedzi zamawiającego o negatywnych skutkach. Ponadto, zamawiający stwierdził, że w jego ocenie jest możliwe udzielenie gwarancji i licencjonowania w okresach przez niego wymaganych co zapewnia prawidłowe funkcjonowanie tego Systemu. Stanowisko samego odwołującego potwierdza, iż obiektywnie spełnienie tego warunku jest możliwe nie tylko dla producentów sprzętu i oprogramowania. Jeżeli chodzi o wymóg dot. zarzutu 6 pkt d zał. 1 do umowy rozdz. 12.1 pkt 3 - zapewnienia wsparcia pogwarancyjnego - to wymóg ten w ocenie zamawiającego wynika z warunków dofinansowania tego kontraktu przez UE i nie jest świadczeniem niemożliwym do zrealizowania.

Stanowisko Izby: Izba uwzględniła argumentację zamawiającego. Zakres zadań, które Projektowany System musi spełniać został wymieniony ogólnie już w ogłoszeniu o zamówieniu, które w tym zakresie nie było kwestionowane. Szczegółowo został opisany w załączniku nr 1 do wzoru umowy pn. Opis Przedmiotu Zamówienia. Skoro zamawiany system ma wypełniać zadania, dla których jest tworzony, co wykonawca zapewnia swoim

zobowiązaniem w ofercie, nie tylko na moment odbioru całości wykonania, opracowania dokumentacji oraz wdrożenia, ale również w okresie gwarancyjnym – „System będzie umożliwiał zamawiającemu i innym użytkownikom wypełnianie przez nich zadań, dla których jest przeznaczony, wynikających z przepisów wyszczególnionych w Opisie Przedmiotu zamówienia, aktualnych w okresie gwarancji.” Izba nie uznała, że postawione warunki są niemożliwe do spełnienia. Regułą są umowy, w których wykonawca oprogramowania zobowiązuje się w oznaczonym w umowie czasie do jego aktualizacji, w tym także z uwagi na zmianę przepisów, np. programy na systemy informacji prawnej, prowadzenie ksiąg rachunkowych itp. Jest to więc jedynie kwestią kalkulacji ceny oferty, a nie obiektywnej niemożności realizacji takiego wymogu, za który zamawiający oferuje zapłatę wynagrodzenia, zawartego w cenie ryczałtowej wybranej oferty. W przeciwnym bowiem przypadku, skutkiem dezaktualizacji danych, rzeczony System ISOK, mógłby stać się nieprzydatny bądź wadliwy - do zakładanych celów - w niedługim czasie od jego zakupienia. Powyższe uwagi Izba odnosi także do aktualizacji oprogramowania/części składowych oprogramowania standardowego i licencji, żądanych na oznaczony moment odbioru i w okresie gwarancyjnym. Realizacja zamówienia przewidziana została, nie dalej niż do 31.12.2013 r. Zatem elementy odebrane w terminach wcześniejszych określonych harmonogramem prac, mogłyby stać się przestarzałe, biorąc pod uwagę znaczny postęp technologiczny w dziedzinie IT – na moment odbioru końcowego zamówienia, a szczególności na koniec okresu gwarancyjnego. Gwarancja zapewniać ma zachowanie niepogorszonych walorów użytkowych przedmiotu umowy w przewidzianym umową okresie. SIWZ przewiduje procedury wprowadzania zmian w trakcie realizacji, zaś wynagrodzenie z tego tytułu jest kwestią założeń kalkulacyjnych dla obliczenia ceny oferty. Wykonawca ma możliwość wykupić i ująć w cenie niezbędne licencje na oprogramowanie standardowe, przy uwzględnieniu okoliczności ogólnego dopuszczenia rozwiązań równoważnych. Nie każdy wykonawca ma identyczne warunki do kalkulowania ceny oferty i sam ten fakt nie świadczy o nierównym traktowaniu uczestników przetargu, czy o nieprzestrzeganiu prowadzenia postępowania przy uwzględnieniu reguł uczciwej między wykonawcami konkurencji. Wskazywanie, iż część wykonawców zaproszonych do złożenia oferty jest producentami sprzętu i oprogramowania, nie uzasadnia stawianego zarzutu. Przetarg ma charakter ograniczony, odwołujący został zaproszony do złożenia oferty spośród 11 wykonawców, którzy się o to ubiegali, wykazując swoje wysokie doświadczenie w dziedzinie realizacji podobnych zamówień, co w ocenie Izby, daje odwołującemu możliwość przyjęcia właściwych założeń kalkulacyjnych ceny z uwzględnieniem zdobytych doświadczeń oraz wiedzy. Zarzut dotyczący licencjonowania oraz świadczenia gwarancji na sprzęt i oprogramowanie na warunkach nie występujących w obrocie gospodarczym, nie został w odwołaniu sprecyzowany, aby możliwe było odniesienie się do niego. Każda działalność gospodarcza

obarczone jest większym lub mniejszym ryzykiem. Do składania ofert zostali zaproszeni wykonawcy mający najwyższą wykazaną wiedzę i doświadczenie, a więc potrafiący także prawidłowo skalkulować cenę oferty, biorąc pod uwagę wszystkie skomplikowane uwarunkowania wymienionego projektu, jego złożoność, szeroki zakres oraz konieczność niezakłóconej współpracy z innymi powiązаныmi systemami informatycznymi, co zostało podane już na etapie ogłoszenia. Wyliczona zaś wartość projektu wynosi 100 mln PLN.

Zarzut 7. Naruszenia art. 139 Pzp w zw. z art. 354 § 1 i 2 K.c. oraz w zw. z art. 487 § 2 K.c. poprzez rażącą asymetrię w zakresie zobowiązań obu stron umowy jak i w konsekwencji (odpowiedzialności) za nienależyte wykonanie swoich zobowiązań - w ramach Umowy, która z definicji jest umową wzajemną - przejawiające się w zapisach § 3 ust. 3.4, 3.6, § 12 ust. 12.2, § 16, § 17, § 19 w Załączniku B do SIWZ (projekcie umowy).

Odwołujący sprecyzował na rozprawie, że w tym zarzucie chodzi o kary, obowiązki gwarancyjne, o zakres odpowiedzialności, a zamawiający nie jest związany żadnymi terminami co do przekazywanych wykonawcy uwag i żądań. Zamawiający żąda zarówno gwarancji na całość systemu, wystawianej przez wykonawcę jak i poszczególnych gwarancji np. na sprzęt albo na oprogramowanie tzw. standardowe. Producent będący zarazem wykonawcą w tym postępowaniu daje jedną gwarancję, a nie dwie.

Do zarzutu 7 zamawiający odniósł się w następujący sposób:

Zamawiający wnosił o oddalenie tego zarzutu w całości, podnosząc, że odwołujący nie wykazał, nie skonkretyzował w jaki sposób umowa wskazuje na rażącą asymetrię, że zobowiązania stron są w sposób rażący nieproporcjonalne, nieekwiwalentne. Obowiązkiem zamawiającego jest zabezpieczenie interesów jako jednostki realizującej cele publiczne poprzez zagwarantowanie kar umownych na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia. Kary muszą dyscyplinować wykonawcę, ponieważ projekt jest realizowany z dofinansowaniem ze środków UE zatem niespełnienie określonych wymagań, które będą weryfikowane przez odpowiednie instytucje, może skończyć się dla zamawiającego odebraniem środków. Zamawiający podnosił, że procedury odbiorowe zostały opisane w zał. nr 3 do wzoru umowy i będą one jeszcze doprecyzowywane o czym stanowi § 10 ust. 1 umowy. Odwołujący nie zaprzeczał, iż Zał. nr 3 do umowy przewiduje procedury odbiorowe Systemu ISOK. Zamawiający jednocześnie powołał się na pkt 1 wprowadzenie do zał. nr 3 do umowy, który mówi o uszczegółowieniu przez samego wykonawcę ram czasowych odbiorów na etapie tworzenia planu podprojektu, zatem podstawy dla zobowiązania wzajemnego zostały wskazane. Czas trwania umowy jest natomiast przedstawiony w sposób skonkretyzowany.

Stanowisko Izby: Izba uwzględniła argumentację zamawiającego. Zarzut w odwołaniu nie został sprecyzowany, aby możliwe było szczegółowe odniesienie się do niego. W ogólności kwestionowane zapisy § 3 ust. 3.4, 3.6, § 12 ust. 12.2, § 16, § 17, § 19 w Załączniku B do SIWZ (projekcie umowy), mieszczą się w dyspozycji przepisu art. 354 § 1 i 2 K.c. mówiącego o wykonywaniu zobowiązań wzajemnych i nie naruszają obowiązujących norm. Ustalone w SIWZ wynagrodzenie bezspornie ma charakter ryczałtowy, zatem jak wynika z art. 632 § 1 K.c., przy umowie o dzieło, jaką stanowi zamawiany System informatyczny, przyjmujący zamówienie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac. Izba nie dostrzegła zarzucanej ogólnie rażącej asymetrii w zakresie zobowiązań obu stron umowy jak i w konsekwencji (odpowiedzialności) za nienależyte wykonanie swoich zobowiązań przez wykonawcę - w ramach Umowy. Kwestionowane postanowienia wzoru umowy, dotyczące kar umownych i odstąpienia od umowy wypełniają dyspozycję art. 483, art. 484, art. 492 K.c.

Powyższe stanowisko w odniesieniu do poszczególnych zarzutów odwołania Izba podjęła w oparciu o ocenę przeprowadzonych jak niżej dowodów: z ogłoszenia o zamówieniu, z protokołu postępowania z załączonymi dokumentami, specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Nadto Izba rozważyła argumenty pełnomocników stron i przystępującego Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o., przedstawione do protokołu rozprawy.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów odwołania, jak nakazuje art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, dopuszczonych jw., Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego dotyczy wykonania „Projekt, budowa i wdrożenia informatycznego systemu osłony kraju przed nadzwyczajnymi zagrożeniami (ISOK) oraz świadczenie usługi gwarancyjnej po wdrożeniu tego systemu”.

Skrócony Opis przedmiotu zamówienia przedstawiony w ogłoszeniu miał następującą treść:

IV. Zamówienie pn. „Projekt, budowa i wdrożenie informatycznego systemu osłony kraju przed nadzwyczajnymi zagrożeniami oraz świadczenie usługi gwarancyjnej po wdrożeniu tego systemu” jest elementem projektu pn. „Informatyczny System Osłony Kraju przed nadzwyczajnymi zagrożeniami” (w skrócie Projekt ISOK), realizowanego w ramach VII osi priorytetowej Programu Operacyjnego Innowacyjna Gospodarka.

Zasadniczym przedmiotem wykonania zamówienia jest system informatyczny pod nazwą System ISOK (System).

Opracowany i wdrożony System ma stanowić wsparcie osłony kraju w momencie wystąpienia nadzwyczajnych zagrożeń, w szczególności ma służyć zwiększeniu

bezpieczeństwa obywateli oraz ograniczeniu strat spowodowanych występowaniem zagrożeń.

System ISOK będzie konsolidował informacje z istniejących systemów informatycznych Instytutu Meteorologii i Gospodarki Wodnej - (IMGW), Krajowego Zarządu Gospodarki Wodnej (KZGW) i Głównego Urzędu Geodezji i Kartografii (GUGiK), a także przetwarzał i udostępniał nowe produkty oraz usługi zarówno podmiotom odpowiedzialnym i zaangażowanym w zarządzanie kryzysowe w Polsce, jak i obywatelom.

Podstawową cechą systemu będzie udostępnianie usług sieciowych w architekturze SOA oraz usług zgodnych z dyrektywą INSPIRE.

System ISOK będzie w sposób zasadniczy wspierał wypełnienie głównych zobowiązań wdrożeniowych Dyrektywy Powodziowej (Dyrektywa 2007/60/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 23.10.2007 r. w sprawie oceny ryzyka powodziowego i zarządzania nim), które polegają na konieczności publicznego udostępniania wstępnej oceny ryzyka powodziowego (WORP), map zagrożenia powodziowego (MZP), map ryzyka powodziowego (MRP) i planów zarządzania ryzykiem powodziowym.

Przedmiot zamówienia obejmuje następujące zadania:

Projekt, budowa i dostawa Systemu ISOK.

Inwentaryzacja stanu zastanego i opracowanie raportu otwarcia.

Opracowanie projektu technicznego.

Opracowanie Systemu ISOK w wersji pilotażowej.

Opracowanie Systemu ISOK w wersji produkcyjnej.

Dostawa Licencji Systemu ISOK.

Dostawa Licencji oprogramowania firm trzecich niezbędnych do działania Systemu ISOK.

Wdrożenie Systemu ISOK.

instalacje, konfiguracje i wdrożenie Systemu ISOK w wersji pilotażowej.

Instalacje, konfiguracje i wdrożenie oprogramowania w wersji produkcyjnej.

Inicjalne zasilenie Systemu ISOK w dane.

Integracja Systemu ISOK z systemami zewnętrznymi.

Przeprowadzenie szkoleń.

Dostawa i wdrożenie platformy sprzętowo - systemowej.

Dostawa, montaż, instalacja, konfiguracja i wdrożenie platformy sprzętowo - systemowej dla środowiska podstawowego.

Dostawa, montaż, instalacja, konfiguracja i wdrożenie platformy sprzętowo - systemowej dla środowiska zapasowego.

Odbiór końcowy i zamykanie projektu.

Opracowanie i dostawa dokumentacji powykonawczej.

Odbiór końcowy i zamykanie projektu (w tym rozliczenie i formalne zamknięcie podprojektu).

Gwarancja powdrożeniowa.

Świadczenie gwarancji powdrożeniowej.

System ISOK będzie składał się z następujących elementów:

1. Węzeł Centralny stanowiący główny element Systemu, zainstalowany w IMGW, odpowiedzialny za wymianę usług między poszczególnymi użytkownikami Systemu.
2. Węzły funkcjonujące w Krajowym Zarządzie Gospodarki Wodnej i Regionalnych Zarządach Gospodarki Wodnej, których głównym elementem będzie System Informatyczny Gospodarki Wodnej (SIGW) wspomagający realizację zadań określonych przez Art. 153 Ustawy prawo wodne.

Węzły będą składać się z następujących elementów:

- Portal,
- Warstwa usług,
- Moduł Przetwarzania Danych,
- Warstwa publikacyjna,
- Repozytorium danych,
- Warstwa integracji,
- Źródła danych i usług.

System ISOK będzie elementem Krajowej Infrastruktury Informacji Przestrzennej i będzie wykorzystywał dane referencyjne udostępniane przez GUGiK.

Podstawowym elementem infrastruktury Systemu będzie szyna danych typu ESB (Enterprise Service Bus).

Opis skrócony przedmiotu zamówienia podany w ogłoszeniu nie ulegał zmianie.

Wykonawcy wnosili odwołania na ogłoszenie ale dotyczyło to warunków udziału, opis przedmiotu zamówienia przedstawiony w ogłoszeniu nie był kwestionowany.

Projekt jest finansowany w ramach umowy o dofinansowanie nr POIG.07.01.00-00-025/09-00 w ramach 7 osi priorytetowej „Społeczeństwo informacyjne - budowa elektronicznej administracji” Programu Operacyjnego Innowacyjna Gospodarka 2007 - 2013, zawartej w Warszawie w dniu 30 lipca 2010 r. pomiędzy Władzą Wdrażającą Projekty Europejskie a Instytutem Meteorologii i Gospodarki Wodnej, wraz z późniejszymi zmianami oraz umowy nr 16/2012/Wn50/NZ-LZ/D o realizację zadania państwowej jednostki budżetowej zakwalifikowanego do dofinansowania, zawartej w dniu 12 stycznia 2012 r. pomiędzy Narodowym Funduszem Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej a Skarbem Państwa - Krajowym Zarządzeniem Gospodarki Wodnej, co potwierdza informacja zawarta w ogłoszeniu o zamówieniu.

Jak wynika z pisma z 1 września 2011 r. projekt warunków udziału w postępowaniu oraz opis przedmiotu zamówienia był poddany ocenie Władzy Wdrażającej Projekty Europejskie, której

uwagi w piśmie z dnia 22 września 2011 r. nie odnosiły się do dokonanego przez zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia.

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia (dalej zwana: SIWZ) składa się z Instrukcji dla wykonawców, której załączniki stanowią:

1. Zał. A Formularz ofertowy,
2. Zał. B Projekt umowy dotyczącej projektu, budowy i wdrożenia informatycznego systemu osłony kraju przed nadzwyczajnymi zagrożeniami (ISOK) oraz świadczenie usługi gwarancyjnej po wdrożeniu tego systemu:
 - a) Zał. nr 1 Opis przedmiotu zamówienia (zał. 3-y projekty techniczne),
 - b) Zał. nr 2. Harmonogram rzeczowo - finansowy,
 - c) Zał. nr 3. Procedury odbiorowe,
3. Zał. C. Szczegółowy opis sposobu oceny ofert.
4. Zał. D. Opis próbki.

Zamawiający przewidział zamówienia uzupełniające, dopuścił też rozwiązania równoważne opisanym. Zamawiający wyjaśnił, że specyfikacja istotnych warunków zamówienia została przygotowana w procedurze zamówień publicznych, przez podmiot zewnętrzny wyspecjalizowany w opracowywaniu tego typu dokumentacji przetargowych, który współpracował z zamawiającym w zakresie specyfikacji technicznych i strony formalno – prawnej.

Z uwagi na liczne powiązania wzajemne różnych funkcjonujących Systemów konieczne było aby specyfikacja istotnych warunków zamówienia dla niniejszego postępowania przewidywała kompatybilność i komplementarność i konsolidację informacji systemu ISOK z rozwiązaniami funkcjonujących już systemów informatycznych, z którymi system ISOK winien bezproblemowo współpracować, tj. istniejących systemów informatycznych Instytutu Meteorologii i Gospodarki Wodnej - (IMGW), Krajowego Zarządu Gospodarki Wodnej (KZGW) i Głównego Urzędu Geodezji i Kartografii (GUGiK).

Zamawiający wyjaśniał, że system zamawiany w tym postępowaniu będzie wymieniał informacje z systemami informatycznymi istniejącymi:

- Krajowego Zarządu Gospodarki Wodnej i systemami jego jednostek organizacyjnych,
- Głównego Urzędu Gospodarki Wodnej,
- Urzędu Geodezji i Kartografii,
- Portalu katastru wodnego,
- z uniwersalnym modułem mapowym i geoportalem GUGiK,
- System ewidencji i kontroli obiektów piętrzących.

Zamawiany system ma współpracować z wymienionymi wyżej na różnym poziomie, będzie to wymiana danych poprzez ich pobieranie oraz zasilanie systemu w te dane. Mają być portale dostępne dla ludności, portale dla różnych służb w kraju zajmujących się zapobieganiem i usuwaniem skutków katastrof naturalnych.

Zamawiający wyjaśniał, że w ramach wcześniejszych postępowań zbudowano szereg rozwiązań informatycznych, które są już wykorzystywane np. system telemetrii czy system hydrologii. Ze względu na to, że ten nowo zamawiany System będzie współpracował z już istniejącymi, zamawiający postawił wymagania dotyczące platformy informatycznej i nie chce budować od podstaw - tego co już posiada zarówno w zakresie wykorzystywanych technologii jak i kompetencji zespołu. Z tego wynikają określone wymagania jakie postawił w niniejszym postępowaniu prowadzące do oszczędności po stronie zamawiającego i ułatwienia pracy. Jeżeli chodzi o uwarunkowania wewnętrzne to istnieją już systemy informatyczne, z którymi nowo zamawiany będzie współpracował również na bazie danych wytwarzanych przez te systemy. System ma zapewniać wymianę danych między jednostkami centralnymi (centrum podstawowe i centrum zapasowe) i jednostkami terenowymi zamawiającego. Z tego względu System opracowywany w przedmiotowym postępowaniu będzie obejmował „fragmenty systemów już istniejących”. Również z tych względów postawione zostały określone wymagania w specyfikacji np. co do oprogramowania i sprzętu - z zachowaniem równoważności. W SIWZ w opisie przedmiotu zamówienia - zał. nr 1 do umowy tabela 59 rozdz. VI są wymienione wszystkie systemy z którymi nowo zamawiany w tym postępowaniu ma współpracować. Założenia powyższe zostały podane już w ogłoszeniu.

Z protokołu postępowania wynika, że wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożyło 11 wykonawców. Po dokonaniu oceny wniosków zamawiający ogłosił listę wykonawców, których zaprosił do składania ofert. W następstwie postępowań odwoławczych, na wymienionej liście znalazło się 4 wykonawców:

- 1) Odwołujący Asseco Poland S.A.,
- 2) Konsorcjum: IBM Polska Spółka z o.o., oraz IBM Česka Republika, spol. s r.o.,
- 3) AMG.net S.A., Buli SAS, Polcom Sp. z o.o., GIS Partner Sp. z o.o.,
- 4) Odwołujący Hewlett Packard Polska Sp. z o.o.

W dniu 02 lipca 2012 r. zamawiający przesłał SIWZ do zaproszonych wykonawców i wyznaczył termin składania ofert do 13.08.2012 . Zamawiający oświadczył, że skłonny jest przedłużyć termin składania ofert. Jednocześnie wyjaśniał, że do dnia 22 lipca 2012 r. był

termin na wyjaśnienia do SIWZ i wpłynęło 45 stron, około 200 pytań, zatem choćby z tego względu termin składania ofert będzie musiał być przedłużony.

Zamawiający ustanowił kryteria oceny ofert w postaci: cena – waga – 50%; sposób realizacji zamówienia- waga -30%; cechy funkcjonalno-techniczne komponentów użytych do budowy Systemu - waga 20% i podał w odrębnym zał. do SIWZ szczegółowy sposób dokonywania tej oceny.

Cena oferty ma charakter ryczałtowy.

Wykonawcy wnosili odwołania na postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, które stały się przedmiotem rozstrzygnięć Krajowej Izby odwoławczej w sprawach: KIO 1549/11 oraz KIO 1569/11, które nie dotyczyły opisu przedmiotu zamówienia.

Izba zważyła, co następuje.

Odwołujący, Asseco Poland S.A. wykazał legitymację do wniesienia odwołania jako podmiot zaproszony do złożenia oferty, skoro wskazywał, że sprzeczne z przepisami ustawy Pzp sformułowania zawarte w SIWZ godzą w jego interes i mogą spowodować, iż nie będzie on w stanie albo w ogóle złożyć oferty, albo może się spodziewać, iż przychody z umowy nie pokryją kosztów z nią związanych, albo też nie będzie w stanie zaproponować konkurencyjnej ceny i w konsekwencji pozbawiony zostanie możliwości uzyskania zamówienia – i może ponieść szkodę majątkową.

Przechodząc do podstaw rozstrzygnięcia sprawy, przy dokonanych wyżej ustaleniach na podstawie dopuszczonego materiału dowodowego, w tym odnoszącego się do skarżonych postanowień SIWZ i stanowisk stron oraz uczestnika, Izba nie mogła pominąć wskazań co do sporządzenia odwołania wynikających z rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280), w § 4 ust. 1 pkt 5) nakazującego podanie czynności lub zaniechania zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, wg punktu 3) gdzie każdy odwołujący został zobowiązany do przedstawienia zarzutów, wg punktu 7) wskazującego, że odwołanie winno zawierać żądanie co do sposobu jego rozstrzygnięcia. W odniesieniu do odwołania Asseco zastrzeżeń Izby nie budził sposób wskazania zaskarżonej czynności – jako odwołanie wniesione wobec oznaczonych postanowień SIWZ, jak również przedstawienie żądań usunięcia bądź zmiany wymienionych postanowień SIWZ. Natomiast sposób przedstawienia zarzutów – ograniczających się do stwierdzeń ogólnych, iż kwestionowane postanowienia SIWZ naruszają reguły i zasady ustanowione w art. 29 ust. 1 i

2, art. 91 ustawy Pzp oraz art. 7 tej ustawy, bądź wskazanych przepisów K.c., Izba uznała za dalece niewystarczający, aby przyjąć, iż zarzuty zostały skonkretyzowane, w takim znaczeniu, że zarówno zamawiający może się do nich odnieść, w tym przeprowadzić ocenę, aby móc odmówić lub uwzględnić określony zarzut (bądź też całość odwołania) przed rozprawą, nie ponosząc kosztów postępowania odwoławczego, jak i aby Izba mogła sprecyzować ich zakres.

Najistotniejsze w tej kwestii jest jednak, iż ustawa Pzp przyznaje Izbie kompetencje do rozpoznawania odwołania w granicach zarzutów przedstawionych w odwołaniu, gdyż przepis w art. 192 ust. 7 tej ustawy, wyraźnie stanowi, że Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Za niedopuszczalne Izba uznała zatem uwagi odwołującego, że w tym miejscu, tzn. w odwołaniu - zbiorczo przedstawia uzasadnienie swoich twierdzeń, jednocześnie zastrzegając, iż na rozprawie dokładnie omówi zarzuty dotyczące poszczególnych zapisów SIWZ. Ustawa zezwala na zgłaszanie na rozprawie dowodów, a nie na uzupełnianie, czy konkretyzowanie zarzutów. Przedstawianie zarzutów, ich uszczegóławianie, nie mieści się również w pojęciu dowodów, ani argumentacji przemawiającej za tym, aby dany wyartykułowany wprost w odwołaniu – zarzut Izba uwzględniła. Zastrzeżona przez odwołującego możliwość rozbudowania zaprezentowanej wyżej argumentacji, prowadziła w ocenie Izby, do podnoszenia nowych - skonkretyzowanych zarzutów w toku rozprawy. Z wymienionych względów Izba poddała zarzuty odwołującego ocenie w takim ogólnym kształcie – w jakim zostały przedstawione w odwołaniu, nie biorąc pod uwagę zarzutów, które odwołujący podnosił dopiero na rozprawie. Zarzuty zgłoszone na rozprawie należało uznać za spóźnione i niepodlegające rozpatrzeniu w oparciu o art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, który ma odpowiednie zastosowanie, nie tylko do odrzucenia spóźnionego odwołania w całości, ale także do poszczególnych zarzutów, jeżeli Izba stwierdzi, że zostały one podniesione z uchybieniem terminu zawitego określonego w art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Zachowanie terminu do podnoszenia każdego z zarzutów odwołania, podlega bowiem odrębnemu ustaleniu. Specyfikacja została odwołującemu doręczona w dniu 2 lipca 2012, co przyznał w odwołaniu, zatem termin na zgłaszanie zarzutów wobec postanowień SIWZ upłynął w dniu 12 lipca 2012 r. Rozszerzone zarzuty na rozprawie Izba uznała za spóźnione i niepodlegające rozpatrzeniu.

Zamawiający w piśmie datowanym na 23 lipca 2012 r., złożonym na rozprawie częściowo uwzględnił wprawdzie zarzuty odwołania, uznając za celowe przeprowadzenie pewnych modyfikacji SIWZ – w sposób jaki sam uznawał za stosowny i nieodpowiadający w pełni żądaniom wykonawcy Asseco, przedstawionym w odwołaniu. Finalnie odwołujący oświadczył jednak, że nie uwzględnia żadnych zarzutów i żądań oraz wnosił o oddalenie

odwołania w całości. Oświadczenia zamawiającego kierowane były do Izby. Izba za ostateczne stanowisko zamawiającego, przyjęła przedstawione do protokołu, iż nie uwzględnił on zarzutów wykonawcy Asseco i wnosi o oddalenie odwołania.

Wobec powyższego, skoro dokonana jak wyżej ocena Izby, nie potwierdziła naruszenia żadnego ze wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy Pzp, tj. art. 7, art. 29, art. 91 oraz wyszczególnionych przepisów K.c. w związku z art. 14 i 139 ustawy Pzp - nie było podstaw, aby nakazać zamawiającemu wprowadzenie żądanych przez odwołującego licznych zmian we wskazanych postanowieniach SIWZ, mających ułatwić wykonawcy Asseco złożenie oferty, które w większym stopniu uwzględniałaby jego interesy, niż wynika to z obecnego brzmienia SIWZ. Izba nie stwierdziła również, aby kwestionowane wymagania nie wynikały z uzasadnionych potrzeb zamawiającego, podyktowanych ogólnymi założeniami systemu ISOK, znajdującymi wsparcie w odnośnych aktach prawnych i umowach dotyczących finansowania projektu. Zamawiający potrafił wykazać istotność potrzeb – wprowadzenia określonych regulacji w Opisie przedmiotu zamówienia.

Wobec kontrydiktoryjności postępowania odwoławczego, stanowisko Izby było wypadkową oceny dowodów oraz argumentacji stron. Sprowadzało się do ustaleń, że opis przedmiotu zamówienia był pełny, a wymagania wynikają z uzasadnionych potrzeb zamawiającego i nie naruszają równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Natomiast rozpatrzenie pełnego zrównoważenia interesów stron, pozostaje poza kognicją Izby, bowiem Izba nie pełni funkcji mediacyjnej. Stanowisko Izby, nie zwalnia zamawiającego od zrewidowania postanowień SIWZ, w odniesieniu do zgłaszanych przez wykonawców pytań i postulatów, aby w rezultacie ostatecznie ukształtowane postanowienia SIWZ, przyniosły skutek w postaci złożenia kilku konkurencyjnych ofert. Szkodliwa dla interesu publicznego byłaby sytuacja unieważnienia postępowania, gdy żaden z wykonawców zaproszonych nie zdecydowałby się na złożenie oferty, lub cena przewyższała możliwości zamawiającego. Informatyczny system osłony kraju przed nadzwyczajnymi zagrożeniami (ISOK) jest bowiem istotny z punktu widzenia zaspakajania potrzeb społecznych.

W tym stanie rzeczy Izba oddaliła odwołanie, o czym orzekła na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp. O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp. Odwołanie został oddalone, kosztami postępowania należało więc obciążyć odwołującego.

Izba zasądziła od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3 600,00zł tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, na podstawie § 3 pkt 2b rozporządzenia Prezesa Rady

Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Sygn. akt KIO 1476/12

Odwołujący Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie, zarzucił i kwestionował:

- I. ustalenie dyskryminacyjnych kryteriów oceny ofert, co narusza art. 7 ust 1 Pzp,
- II. zmianę warunków w zakresie wymaganego ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej, niedopuszczalną na gruncie art. 38 ust 4b Pzp,
- III. opis przedmiotu zamówienia dokonany z naruszeniem art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 i 2 Pzp.
- IV. ograniczenia w korzystaniu z podwykonawców wprowadzone z naruszeniem art. 36 ust 5 Pzp.
- V. określenie zasad jawności oferty z naruszeniem art. 8 ust 3 Pzp,
- VI. umieszczenie w treści SIWZ postanowień pozostających w sprzeczności z właściwością stosunku cywilnoprawnego i zasadami współżycia społecznego, a więc wykraczających poza dopuszczoną przez ustawodawcę granicę swobody umów i tym samym naruszających art. 353¹ K.c. w związku z art. 14 Pzp i art. 139 ust. 1 Pzp, a także naruszających art. 5 K.c., art. 58 K.c., art. 387 K.c., oraz art. 640 K.c. w związku z art. 14 Pzp i art. 139 ust. 1 Pzp i stanowiących dodatkowo naruszenie art. 41 ust. 2 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych.
- VII. żądanie próbki polegającej na wykonaniu prototypu systemu, co stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp, art. 25 Pzp oraz przepisów Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. z 2009 r. Nr 226 poz. 1817) dalej zwanego „rozporządzeniem”.

Wskazane w odwołaniu naruszenia, uznał odwołujący za mogące uniemożliwić dalszy jego udział w przetargu, a tym samym mające lub przynajmniej mogące mieć wpływ na wynik postępowania. Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i o nakazanie zamawiającemu zmiany SIWZ poprzez usunięcie z niej zapisów naruszających wskazane przepisy Pzp.

Legitymację do wniesienia odwołania, wywodził z faktu, że jest zainteresowany udziałem w przetargu, został przez zamawiającego zaproszony do składania ofert. Wprowadzenie przez zamawiającego kwestionowanych postanowień do treści SIWZ może uniemożliwić odwołującemu dalsze uczestnictwo w przetargu i złożenie oferty, a w konsekwencji tego naraża go na szkodę w postaci utraty zysku, który odwołujący mógłby osiągnąć w wypadku wyboru jego oferty.

Odwołujący uszczegółowił stawiane jak wyżej zarzuty ogólne w następujący sposób:

I. Zarzuty dotyczące ustalenia dyskryminacyjnych kryteriów oceny ofert, co narusza art. 7 ust 1 Pzp, w tym:

Zarzut 1. W Załączniku C do SIWZ Szczegółowy opis sposobu oceny ofert, zamawiający określił zasady oceny ofert, wskazując trzy kryteria, którym przypisał określone wagi. Jednym z tych kryteriów jest „sposób realizacji zamówienia”, któremu przypisana została waga wynosząca 30 procent łącznej punktacji, jaką można uzyskać na podstawie wszystkich kryteriów. Następnie zamawiający opisując w punkcie 2.2. w załączniku C do SIWZ sposób przyznawania punktacji w kryterium sposobu realizacji zamówienia, wskazał: „Wykonawca może otrzymać od 0 do 3 punktów za każde wymaganie jakościowe, zależnie od stopnia jego spełnienia. Sposób spełnienia wymagań jakościowych oceniany będzie przez komisję poprzez nadanie odpowiedniej ilości punktów, gdzie:

- 0 - brak opisu spełnienia wymagania lub spełnienie wymagania zostało opisane w sposób, który uniemożliwia zastosowanie go w projekcie lub zaproponowane rozwiązania nie są kompatybilne ze standardami Zamawiającego,
- 1 - spełnienie wymagania zostało opisane w sposób ogólny, brak odniesienia do wszystkich wymienionych części/elementów projektu, lub przedstawiono rozwiązanie realizowane w technologiach innych niż standardy zamawiającego, ale z nimi kompatybilnymi,
- 2 - spełnienie wymagania zostało szczegółowo opisane, z odniesieniami do wszystkich wymienionych części/elementów projektu; zaprezentowane wytyczne mogą być stosowane do tego projektu, ale bez przykładów i propozycji rozwiązań problemów. Przewidziano zastosowanie powszechnie używanych, uznanych metod, procedur i metodyk zarządzania, projektowania, tworzenia oprogramowania i pozostałych faz budowy systemów informatycznych oraz przedstawione rozwiązanie jest realizowane w technologiach preferowanych przez Zamawiającego nie we wszystkich obszarach, a jedynie ich części obejmującej minimum: systemy dla serwerów RDBMS, platformy wirtualizacji, serwery aplikacyjne, platformę sprzętową dla RDBMS,
- 3 - spełnienie wymagania zostało szczegółowo opisane, z odniesieniami do wszystkich wymienionych części/elementów projektu: przedstawiono przykłady i propozycje rozwiązań problemów wskazujące na dogłębną znajomości omawianych zagadnień i pełne zrozumienie

projektu. Przewidziano zastosowanie powszechnie używanych, uznanych metod, procedur i metodyk zarządzania, projektowania, tworzenia oprogramowania i pozostałych faz budowy systemów informatycznych. Przedstawione rozwiązanie jest oparte na standardach Zamawiającego we wszystkich obszarach.”

Odwołujący zarzucał, że powyższy opis sposobu oceny wskazanego kryterium – sposobu realizacji zamówienia - wskazuje na fakt, iż zamawiający w sposób bezpośredni preferuje rozwiązania techniczne już u niego funkcjonujące. Powyższa preferencja jest z technicznego punktu widzenia niczym nieuzasadniona. Brak jest bowiem jakichkolwiek przesłanek stanowiących podstawę do różnicowania punktacji w przypadku różnych rozwiązań, z których każde spełnia wszystkie wymagania określone w SIWZ, nawet jeśli niektóre z nich oparte są na innej technologii niż dotychczas wykorzystywana przez zamawiającego. Dopuszczenie takich preferencji, w ocenie odwołującego - prowadziłoby do uprzywilejowania producentów, których produkty zamawiający już zakupił i dostarczających te produkty wykonawców, a tym samym prowadziłoby do naruszenia zasad określonych w Pzp, w tym zasady wynikającej z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Powołał się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, zgodnie z którym, naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców jest takie ukształtowanie kryteriów oceny ofert, że co prawda wykonawca będzie mógł złożyć ofertę ale oferta nie będzie mogła realnie konkurować z ofertami innych wykonawców (wyrok KIO z dnia 25 stycznia 2012 r. o sygnaturze akt KIO 91/12: *„Do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców może dojść również w sposób pośredni, tj. w taki sposób, że niektórzy wykonawcy będą mogli złożyć ważną i odpowiadającą SIWZ ofertę, ale z uwagi na ukształtowanie kryteriów oceny oferty, oferta taka nie będzie mogła realnie konkurować z ofertami innych wykonawców. ”* Zaznaczał, że brak jest jakiegokolwiek istotnego interesu zamawiającego, który mógłby uzasadniać takie naruszenie. Wskazywał, że w ramach przedmiotu zamówienia, zamawiający przewidział szeroki zakres zobowiązań wykonawcy dotyczących dostarczonego rozwiązania, w tym zobowiązań w zakresie przeszkolenia personelu zamawiającego. Tym samym, powoływanie się na dotychczasowe rozwiązania nie może być podyktowane brakiem określonej wiedzy po stronie zamawiającego, gdyż wiedzę tę personel nabędzie w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia. Uznał, że wprowadzenie wskazanych preferencji nie może być także uzasadnione koniecznością współpracy z istniejącymi po stronie zamawiającego rozwiązaniami, gdyż po pierwsze system tworzony w ramach przedmiotowego przetargu nie jest rozbudową jakiegoś już istniejącego systemu ale tworzonym od początku rozwiązaniem, co wskazuje iż stawianie tu dodatkowych wymagań w zakresie kompatybilności z innymi rozwiązaniami czy zgodności z dotychczasowym

standardem jest nieuzasadnione. Po drugie zaś to wykonawca odpowiada za zrealizowanie przedmiotu zamówienia więc to po jego stronie leży ryzyko złego doboru urządzeń.

Mając powyższe na uwadze, odwołujący wnosił o wykreślenie wskazanego sposobu określania punktacji i zastąpienia go sposobem, który w równym stopniu będzie oceniał rozwiązania oparte na technologii już wykorzystywanej przez zamawiającego jak i rozwiązania oparte na innej technologii pod warunkiem, iż spełniają one wymagania funkcjonalne określone w SIWZ.

Do zarzutu I.1. zamawiający odniósł się w następujący sposób:

Zamawiający podnosił, że w ogłoszeniu o zamówieniu było podane, że zamawiany w tym postępowaniu system ma zapewniać współpracę z określonymi systemami wewnętrznymi i zewnętrznymi zamawiającego na różnych poziomach. Podnosił, że również kryteria udzielania zamówienia z przypisaną im wagą, w tym sposób realizacji zamówienia zostały podane w ogłoszeniu sekcja 2.1. Powołuje się na opis zawarty w sekcji 2.2.1.5 ogłoszenia o zamówieniu i zamawiający opisując szczegółowo w zał. C brał pod uwagę to co wskazał w ogłoszeniu czyli konieczność kompatybilności zamawianego systemu z istniejącymi, z takimi z którymi system ISOK będzie musiał współpracować i z tego względu uważa, że miał prawo tak ukształtować kryteria punktujące rozwiązania kompatybilne z istniejącymi. Skoro opis sposobu oceny oferty w danym kryterium nawiązuje do opisu ogłoszenia niekwestionowanego w terminie ustawowym przez wykonawcę, to obecnie zgłaszane zarzuty w tej kwestii powinny być zdaniem zamawiającego uznane jako podnoszone po terminie. Podany skrótowo OPZ w ogłoszeniu uwzględniający jego aspekty został rozwinięty i uszczegółowiony w OPZ, jako załączniku do SIWZ. Preferencje w zakresie oceny sposobu realizacji zamówienia nie dotyczą zachowania wymogu dostarczenia sprzętu np. tego samego producenta a dotyczą oprogramowania zgodnie z istniejącą platformą, a zakres sprecyzowany jest w pkt 3.1 Zał. nr 1 OPZ. Zamawiający dopuścił rozwiązania równoważne - komunikowanie się tych systemów przez odpowiednie urządzenia, protokoły, bramki. Zamawiający uważa, że miał prawo zróżnicować punktację ofert, ponieważ komunikacja pomiędzy różnymi systemami jest bardziej skomplikowana. Chodziło również o ułatwienie wykonywania pracy użytkownikom końcowym, więc nie dotyczy to tylko kosztów administrowania ale różnych aspektów wykorzystywania systemu. W tej punktacji chodzi również o to żeby wykonawca dał jak najpełniejszy obraz danego rozwiązania w aspekcie realizacji zamówienia.

Stanowisko Izby: Izba uwzględniła argumentację zamawiającego. Izba uznała, że podane kryteria oceny ofert postaci: cena – waga – 50%; sposób realizacji zamówienia- waga -30%; cechy funkcjonalno-techniczne komponentów użytych do budowy Systemu – waga 20%, są

prawidłowe z punktu widzenia wskazań art. 91 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, mówiącego, że zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert podanych w SIWZ, z dookreśleniem, że kryteria te mogą stanowić cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności, jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, zastosowanie najlepszych dostępnych technologii (...), koszty eksploatacji, serwis itp. zamawiany System ISOK jest nowy ale ma współpracować z innymi systemami zewnętrznymi i wewnętrznymi w zakresie oznaczonym już w ogłoszeniu. W ocenie Izby, zamawiający może w takiej sytuacji zasadnie preferować rozwiązania realizujące w jak najwyższym stopniu zakładaną współpracę, ustalając kryteria oceny ofert, szczegółowo opisane w załączniku C do SIWZ, gdyż gwarantuje to prawidłowe współdziałanie tego Systemu komplementarność, kompatybilność zgodność użytych technologii i komponentów ze standardami i rozwiązaniami istniejącymi już u zamawiającego a także pozwala na poprawną współpracę i komunikowanie się z systemami wewnętrznymi i zewnętrznymi, dla których jest ona zakładana w opisie podanym w ogłoszeniu, co we właściwym czasie nie zostało zaskarżone. Przy czym ocena ma uwzględniać dopuszczoną równowagę oferowanego przedmiotu zamówienia. Z samego zaś założenia oceny w podanych kryteriach, musi być podany mechanizm różnicujący – podkryteria, które pozwalają na różnicowanie tej oceny.

II. Zarzuty dotyczące niedopuszczalnej zmiany warunków w zakresie wymaganego ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej, prowadzącej do naruszenia art. 38 ust 4b Pzp, w tym:

Zarzut II.1. W ogłoszeniu dotyczącym przedmiotowego przetargu zamawiający w rozdziale II 1.2.1.) podpunkt d) („Sytuacji ekonomicznej i finansowej“) postawił warunek 3” w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawców wymagając:

„Wykonawca wykaże że jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę min. 20 000 000 PLN. ” Potwierdzeniem spełnienia tego warunku miała być opłacona polisa, a w przypadku jej braku inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę min. 20 000 000 PLN. Określając powyższy warunek udziału w postępowaniu zamawiający określił jednocześnie swoje wymagania i oczekiwania co do posiadanej przez potencjalnych wykonawców zdolności ekonomicznej i finansowej. Spełnienie powyższego wymagania było elementem niezbędnym do pozytywnej oceny wniosku danego wykonawcy i podstawą do jego późniejszego, ewentualnego zakwalifikowania do dalszego udziału w przedmiotowym przetargu. Warunek ten był

następnie przez zamawiającego weryfikowany na etapie oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, jakie zostały złożone przez wykonawców biorących udział w postępowaniu. W załączniku B do SIWZ („Projekt Umowy dotyczącej projektu, budowy i wdrożenia informatycznego systemu osłony kraju przed nadzwyczajnymi zagrożeniami (ISOK) oraz świadczenia usługi gwarancyjnej po wdrożeniu tego systemu”) w punkcie 5.12 zamawiający określił: „Wykonawca zobowiązany jest do posiadania w całym okresie obowiązywania Umowy opłaconej polisy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z Przedmiotem Umowy na kwotę co najmniej 50 000 000,00 (słownie: pięćdziesiąt milionów) zł.” Oznacza to, zdaniem odwołującego, iż formułując treść SIWZ zamawiający doprowadził do niedopuszczalnej zmiany warunków postępowania określonych w ogłoszeniu o przetargu i tym samym naruszył art. 38 ust 4b Pzp, zgodnie z którym: „Z zastrzeżeniem wyjątków przewidzianych w ustawie, jest niedopuszczalne dokonywanie zmian w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym i negocjacjach z ogłoszeniem, które prowadzi do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu.” Powyższy przepis Pzp, choć literalnie odnosi się do zmian w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ma również zastosowanie do pierwotnej treści ogłoszenia, określanej przez zamawiającego, jak utrzymywał odwołujący. Wynika to z celu wprowadzenie tego przepisu, którym była ochrona przed dokonywaniem w trakcie postępowania takich zmian, które mogły by prowadzić do zmiany kręgu wykonawców potencjalnie zainteresowanych danym postępowaniem. W powyższej sytuacji nie budziło wątpliwości odwołującego, że w przypadku postawienia w ogłoszeniu o przetargu warunku w kształcie wskazanym w punkcie 5.12 Załącznika B do SIWZ, krąg podmiotów biorących udział w postępowaniu i zaproszonych do składania ofert byłby inny.

Odwołujący wnosil o zmianę wymagania określonego w punkcie 5.12. z "50 000 000 PLN" na „20 000 000 PLN”.

Do zarzutu II. 1. zamawiający odniósł się w następujący sposób:

Zamawiający wyjaśniał, że szacunkowa wartość zamówienia wynosi 100 mln PLN. Warunek dopuszczenia do udziału w postępowaniu odnosił do wykazania polisy OC na moment składania wniosku na kwotę 20 mln zł. Natomiast polisa wymagana od wykonawcy ma obowiązywać przez cały okres realizacji umowy i ma zabezpieczać roszczenia, stanowi połowę szacunkowej wartości zamówienia. Obowiązek posiadania takiej polisy OC związanej z przedmiotem umowy będzie obciążał wykonawcę, z którym zamawiający zawrze umowę. Czym innym są warunki udziału w postępowaniu, które były weryfikowane przez odwołania na tym etapie postępowania, czym innym na etapie realizacji umowy.

Stanowisko Izby: Izba uwzględniła argumentację zamawiającego. To jest inny warunek, nie dotyczący dopuszczenia do przetargu, ale odnoszący się do posiadania polisy OC na czas realizacji zamówienia. Na etapie wniosków zamawiający nie mógł wymagać polisy OC na okres wykonywania zamówienia, ale jedynie na moment złożenia wniosku. Zasadą jest, że zamawiający stawiają wymagania, aby w czasie realizacji zamówienia wykonawca był asekurowany odpowiednią polisą, np. dotyczącą ubezpieczenia budowy obiektów, aby niekorzystne, objęte ryzykiem ubezpieczeniowym zdarzenie nie zachwiało pozycją finansową wykonawcy, tak by mógł on bez przeszkód realizować przedmiotowe zamówienia, które jest ważne z punktu widzenia interesu publicznego, gdyż niekorzystne zjawiska meteorologiczne powodują znaczne szkody i zagrażają życiu ludzi.

III. Zarzuty dotyczące opisu przedmiotu zamówienia dokonane z naruszeniem art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 i 2 Pzp, w tym:

Zarzut III.1. Odwołujący przytoczył art. 29 ust. 1 Pzp wskazujący zamawiającemu zasady dotyczące opisu przedmiotu zamówienia, określające, iż przedmiot ten opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Dokonanie opisu przedmiotu zamówienia z naruszeniem powyższych zasad prowadzi w konsekwencji także do naruszenia artykułu 7 ust. 1 Pzp. Użyte przez ustawodawcę w cytowanym przepisie określenie „jednoznaczny” powinno być interpretowane jako „mający jedno znaczenie”, „niebudzący wątpliwości” zaś określenie „wyczerpujący” jako „opisujący w sposób wszechstronny i szczegółowy”, z kolei określenie "dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń" należy interpretować w odniesieniu do określeń technicznych obowiązujących w danej branży. Na istotne znaczenie powyższej zasady w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wskazał orzecznictwo:

a) Wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 23 czerwca 2008 r. sygnatura akt XIX Ga 214/087 *„Z przepisu art. 29 ust. 1 ustawy p.z.p. wypływa wniosek, że obowiązkiem Zamawiającego jest dokonanie opisu w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, a więc taki, który zapewnia, że wykonawcy będą w stanie, bez dokonywania dodatkowych interpretacji, zidentyfikować, co jest przedmiotem zamówienia (jakie usługi, dostawy czy roboty budowlane), i że wszystkie elementy istotne dla wykonania zamówienia będą w nim uwzględnione. ”*

b) Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 marca 2012 r. sygn. akt KIO 360/12: *„ Umowa stanowiąca w części element opisu przedmiotu zamówienia, stosownie do treści art. 29 ust. 1 p.z.p. winna pozwalać na identyfikację wszystkich wymagań Zamawiającego*

związanych z realizacją świadczenia - mających zarówno bezpośredni oraz pośredni wpływ na wysokość wynagrodzenia wykonawcy. "

c) Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 lutego 2012 r. sygn. akt KIO 302/12:
„Opis przedmiotu zamówienia winien zawierać wszystkie informacje mające lub mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. "

d) Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 stycznia 2012 r. sygn. akt KIO 136/12:
„Opis przedmiotu zamówienia jest jednym z najistotniejszych elementów przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający winien opisać przedmiot zamówienia w taki sposób aby wykonawcy nie mieli wątpliwości, jaki produkt oraz na jakich warunkach mogą zaoferować, aby spełniał on wymagania SIWZ. " „Niezbędne jest, aby opis przedmiotu zamówienia był sporządzony w sposób jasny, zrozumiały i zawierający wszystkie elementy niezbędne do prawidłowego sporządzenia oferty. "

e) Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 grudnia 2011 r. sygn. akt KIO 2649/11:
„Opis przedmiotu zamówienia jest jednym z najistotniejszych elementów i w dużej mierze determinuje kształt i przebieg postępowania o udzielenie zamówienia. Zamawiający powinien opisać przedmiot zamówienia w taki sposób, aby wykonawcy nie mieli wątpliwości, jakie usługi, dostawy roboty budowlane należy wykonać i jaki będzie ich zakres, tak aby spełniały oczekiwania Zamawiającego, a z drugiej strony aby wykonawcy mogli w sposób prawidłowy dokonać wyceny złożonych ofert. Istotnym jest zatem, aby opis przedmiotu zamówienia był zrozumiały dla wszystkich wykonawców w taki sam sposób, nie rodzący rozbieżności interpretacyjnych, sporządzony w sposób jasny, zrozumiały i nie budzący w żadnym zakresie wątpliwości umożliwiający prawidłowe sporządzenie i skalkulowanie oferty. " „Postanowienia specyfikacji nie mogą w żaden sposób różnicować sytuacji wykonawców na etapie składania ofert, a z drugiej strony wykonawcy nie powinni pozostawać w niepewności co do zakresu świadczonego w przyszłości zamówienia i móc skalkulować cenę na podstawie pełnego przedmiotu zamówienia sporządzonego przez Zamawiającego. "

Odwołujący zarzucał, że opis przedmiotu zamówienia, który zastosował zamawiający - prowadzi do złożenia ofert nieporównywalnych nie obejmujących rozwiązań lub produktów spełniających identyczne wymagania techniczne i jakościowe. Zgodnie z zacytowanym orzecznictwem zamawiający musi opisać w SIWZ wszystkie elementy niezbędne do prawidłowego wycenienia oferty przez wykonawcę. W ocenie odwołującego, zamawiający nie wypełnił powyższego obowiązku w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, na co wskazał następujące zapisy SIWZ:

W załączniku B do SIWZ Projekt umowy, w § 6 punkcie 6.6 zamawiający określił że:
„Wykonawca zobowiązany jest zapewnić, aby Sprzęt przekazywany Zamawiającemu:

a) był optymalny z punktu widzenia zamierzonych przez Zamawiającego funkcjonalności Systemu i jego efektywności,

- b) był zaawansowany technologicznie (tj. możliwie najnowszej generacji),
- c) był sprawdzony i wykorzystywany w obrocie dla tego rodzaju rozwiązań, na których ma opierać się System ISOK,
- d) zapewniał osiągnięcie celów określonych w Umowie.”

Powyższe sformułowania w zakresie części przedmiotu zamówienia uznał odwołujący za nieprecyzyjne, niejasne i nie wyczerpujące, a co za tym idzie nie zawierające elementów niezbędnych do sporządzenia oferty i jako takie powodujące rozbieżności interpretacyjne, co w konsekwencji prowadzić będzie do złożenia w przetargu nieporównywalnych ofert. Użycie przez zamawiającego w powyższym opisie określeń typu „optymalny”, „zaawansowany technologicznie”, „sprawdzony” i „wykorzystywany w obrocie” nie może być w ocenie odwołującego uznane za opis jednoznaczny i wyczerpujący. W związku z tym, tak określony opis przedmiotu zamówienia narusza art. 29 ust 1 Pzp i niezbędna jest jego modyfikacja poprzez wykreślenie wskazanych powyżej subiektywnych i wieloznacznych warunków. Za bezzasadne przyjął wymaganie w lit c) by sprzęt oferowany w ofercie wykonawcy był już wykorzystywany w rozwiązaniach na których ma opierać się System ISOK. Wymagania dotyczące sprzętu powinny być bowiem formułowane pod kontem określonych funkcjonalności i wydajności. Obecnie dostępny na rynku sprzęt może być wykorzystywany w różnego rodzaju rozwiązaniach i wykorzystanie go lub nie w danym rozwiązaniu nie przesądza o tym, że jest on do danego rozwiązania bardziej lub mniej właściwy. Tym samym, postawienie takiego wymagania potraktował jako niezasadne i prowadzące do preferowania w przetargu urządzeń, które już były wykorzystywane w rozwiązaniach typu ISOK, co w dalszej perspektywie prowadzi do naruszenia art. 7 ust 1 i art. 29 ust 2 Pzp. W związku z powyższym odwołujący wnosil o wykreślenie z punktu c) odniesienia do wykorzystania sprzętu w rozwiązaniach, na których ma opierać się System ISOK.

Do zarzutu III. 1. zamawiający odniósł się w następujący sposób:

Zamawiający oświadczył, że nie uznaje tego zarzutu mimo złożonej odpowiedzi na odwołanie. Uważa, że przywołane przez odwołującego kwestionowane postanowienia w § 6.6 projektu umowy mają charakter ogólny i zostały one doprecyzowane w OPZ – rozdz. 5 OPZ podaje wymagania odnośnie sprzętu. Podtrzymuje wymóg aby sprzęt był sprawdzony i wykorzystywany w praktyce, gdyż nie jest powołany do testowania nowego sprzętu, są to wytyczne kierunkowe co do tego jakie wymagania sprzęt ma spełniać, a szczegóły są podane w OPZ i podnoszenie zarzutów w odniesieniu wyłącznie do wytycznych kierunkowych uznaje zamawiający za bezpodstawne. Zamawiający stwierdza, iż o ile sprzęt będzie spełniał wymagania szczegółowe podane w OPZ to jednoznacznie oznacza, że będzie spełniał wytyczne kierunkowe.

Stanowisko Izby: Izba uwzględniła argumentację zamawiającego. Izba stwierdziła brak postaw do stawianego zarzutu. Kwestionowane wymogi wynikają z założeń ogólnych Systemu, które zostały podane w ogłoszeniu i nie były podważane. Opis przedmiotu zamówienia jest szczegółowy i wypełnia wskazania art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. Nie narusza uczciwej konkurencji, warunki są tożsame dla wszystkich uczestników przetargu. Samo użycie określeń ogólnych, które następnie zostały dokładnie uszczegółowione – nie stanowi o braku precyzji i jednoznaczności opisu przedmiotu zamówienia. O ile sprzęt będzie spełniał wymagania szczegółowe podane w Zał. 1 do Umowy OPZ, to jednocześnie oznacza, że będzie spełniał wytyczne kierunkowe. Regułą w postępowaniach przetargowych jest niedopuszczanie urządzeń prototypowych, niesprawdzonych w praktycznych zastosowaniach.

Zarzut III.2. W Załączniku B do SIWZ Projekt umowy, w § 2 w punkcie 2.7. zamawiający określił że: „Na każdym etapie wykonywania Przedmiotu Umowy Wykonawca ma obowiązek stosować najnowsze dostępne na rynku IT osiągnięcia nauki i techniki oraz wykorzystywać najnowszą wiedzę w branży IT.” Powyższe sformułowania uznał wykonawca za nieprecyzyjne, niejasne i nie wyczerpujące, a co za tym idzie nie zawierające elementów niezbędnych do sporządzenia oferty i jako takie będą powodowały rozbieżności interpretacyjne co w konsekwencji prowadzić będzie do złożenia w przetargu nieporównywalnych ofert. Użycie przez zamawiającego w powyższym opisie określeń typu „najnowsze”, „dostępne na rynku”, „najnowszą wiedzę” nie pozwalają wykonawcy, bez uprzedniego zdefiniowania tych pojęć, na ocenę zakresu zobowiązań objętych umową. Określenia te wskazują na naruszenie przez zamawiającego art. 29 ust 1 Pzp i odwołujący uznał za niezbędną modyfikację SIWZ przez wykreślenie wskazanego zapisu, albowiem tak postawione wymaganie budzi jego wątpliwości co do przedmiotu zamówienia jaki ostatecznie ma wykonać wykonawca, gdyż zakres rozwiązań stosowanych na rynku w okresie składania oferty może znacznie odbiegać od zakresu tych rozwiązań stosowanych w okresie realizacji zamówienia. W związku zaś z brzmieniem art. 144 Pzp wykonawca nie będzie miał możliwości zmiany wskazanych w ofercie technologii i tym samym zobowiązanie określone w punkcie 2.7 załącznika B do SIWZ może być niemożliwe do zrealizowania. Dodatkowo wykonawca nie jest w stanie przewidzieć jakie rozwiązania techniczne będą stosowane za rok lub dwa, a tym samym tak postawione wymaganie powoduje, iż wykonawca na etapie przygotowywania oferty nie jest w stanie rzetelnie wycenić swojej oferty. Na marginesie wskazał, iż tak postawione wymaganie może też prowadzić do naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust 2 Pzp, gdyż wykonawca może mieć w swojej ofercie handlowej sprawdzone rozwiązania, które spełniają wszystkie wymagania określone w SIWZ, ale nie mogą być zakwalifikowane jako „najnowsze na rynku” i tym samym wykonawca taki niezasadnie

zostałby pozbawiony możliwości dalszego udziału w postępowaniu. Dodał, że specyfika rynku IT powoduje, iż bardzo często są dostępne na tym rynku nowe rozwiązania co w żaden sposób nie przesądza iż są one lepsze od rozwiązań już istniejących i niejednokrotnie „pogoń” za nowościami może oznaczać wybór rozwiązania, które cechuje się większą awaryjnością niż rozwiązanie sprawdzone od kilku lat.

Do zarzutu III. 2. zamawiający odniósł się w następujący sposób:

Zamawiający zwracał uwagę na aspekt kwestionowanego pkt 2.7 wzoru umowy, który odnosi się od etapu realizacji umowy, a nie do etapu przygotowania oferty. Na etapie wykonywania umowy wykonawca wiedząc, że pojawiły się nowe aktualizacje oprogramowania zwraca się do zamawiającego na piśmie o zgodę na wprowadzenie aktualizacji i wówczas zamawiający podejmuje decyzję co do tego czy jest celowe wprowadzenie takiej aktualizacji - pkt 4.10 projektu umowy. Zatem procedura ta jest opisana i nie jest to procedura automatyczne jak zarzucał odwołujący i nie narusza art. 144 Pzp ponieważ takie sytuacje zostały przewidziane w umowie i nie dotyczą zmian w umowie, które byłyby niedopuszczalne przepisami Pzp. Ma w tym przypadku zastosowanie procedura omawiana już wcześniej, że gdy wykonawca będzie widział przeciwwskazania dla zastosowania nowszej wersji oprogramowania - to ma obowiązek poinformować o tym zamawiającego - wówczas ryzyko zastosowania przechodzi na zamawiającego. Zamawiający odnośnie tego zarzutu również podtrzymał, że kwestionowany przepis stanowi wytyczną kierunkową, i że w momencie kiedy zarówno oferta wykonawcy odpowiada szczegółowym opisom przedmiotu zamówienia zał. 1 do Umowy, jak i na etapie realizacji nie będzie podnosił, iż jest to oferta sprzeczna z treścią SIWZ, ani nie będzie zarzucał wykonawcy niedochowania warunków umowy. Dodatkowo zamawiający stwierdził, że zapis pkt 2.7 projektu umowy odnosi się do etapu realizacji zamówienia przez wybranego wykonawcę.

Stanowisko Izby: Izba uwzględniła argumentację zamawiającego. Wymóg dotyczy etapu realizacji umowy. Nie dotyczy możliwości złożenia oferty. Postęp technologiczny w tej dziedzinie jest znaczący i wykonawca powinien za nim nadążać. W przypadku pojawienia się nowych aktualizacji oprogramowania, procedura wprowadzania zmian nie jest automatyczna, gdyż została dokładnie opisana i nie narusza art. 144 Pzp ponieważ takie sytuacje zostały przewidziane w umowie i nie dotyczą zmian w umowie, które byłyby niedopuszczalne przepisami Pzp. Jeżeli wykonawca będzie widział przeciwwskazania dla zastosowania nowszej wersji oprogramowania, to ma obowiązek poinformować o tym zamawiającego i wówczas ryzyko zastosowania nowego oprogramowania przechodzi na zamawiającego. Wytyczna kierunkowa została poddana szczegółowemu opisowi w Zał. nr 1 do wzoru Umowy. Zarzut dotyczy określenia ogólnego, wyrwanego z kontekstu kompletnego opisu.

Zarzut III.3. W Załączniku B do SIWZ Projekt umowy, w § 3 w punkcie 3.3. zamawiający określił że: „Etap 5 Umowy określony w Harmonogramie Rzeczowo-Finansowym (Załącznik 2) zostanie zrealizowany do dnia 31 grudnia 2014 r.” zaś w Załączniku A do SIWZ, Formularz oferty, w punkcie 2.2. zamawiający wymaga zobowiązania się do realizacji zamówienia do dnia 31 grudnia 2013 r.: „Zamówienie zobowiązujemy się zrealizować w terminie - nie później niż do 31.12.2013 r.” Tym samym pomiędzy zapisami SIWZ zachodzi jawna sprzeczność wymagająca ujednoczenia powyższych terminów na dzień 31 grudnia 2014 r.

Do zarzutu III. 3. zamawiający odniósł się w następujący sposób:

Zamawiający jak wcześniej wyjaśniał, przy odwołaniu Asseco prostuje oczywistą omyłkę pisarską w SIWZ i w harmonogramie rzeczowo – finansowym Zał. 2 do umowy, podającym datę realizacji zamówienia 31.12.2014 r. na prawidłową tj. do 31.12.2013 r. Taki zapis był w ogłoszeniu o zamówieniu. W formularzu oferty jako dokumentu istotnego dla zobowiązania wykonawcy był podany rok 2013 r., natomiast w instrukcji dla wykonawców podany był jako - nie później 31.12.2014 r. Zamawiający prostuje tę omyłkę i podaje, że prawidłowy termin zakończenia umowy to 31.12.2013 r. Podtrzymuje to, co mówił poprzednio, że harmonogram ma charakter orientacyjny w aspekcie wskazanych tam miesięcy realizacji zamówienia i w odpowiedzi na pytania do treści SIWZ zamawiający będzie to precyzował w sposób spójny.

Stanowisko Izby: Izba uwzględniła argumentację zamawiającego. Podanie rozbieżne dat zakończenia tej samej czynności, świadczy o ewidentnej pomyłce, możliwej do wyeliminowania w drodze sprostowania, (bez angażowania środków ochrony prawnej) co zamawiający uczynił. Zobowiązanie wykonawcy w formularzu oferty obejmuje datę prawidłową.

Zarzut III. 4. W Załączniku B do SIWZ w Projekcie umowy, w § 3 punkcie 3.5. zamawiający określił że: „O ile w Umowie nie postanowiono inaczej, datą wykonania określonej części Przedmiotu Umowy (Etapu. Produktu) będzie data podpisania odpowiedniego Protokołu odbioru, zgodnie z procedurami odbiorowymi (Załącznik 3 do umowy).” Zawarte w umowie i załączniku 3 do umowy zapisy dotyczące odbiorów nie określają jednoznacznie czasu trwania odbioru, pozostawiając w wielu miejscach nieokreślone terminy na podejmowanie określonych działań przez zamawiającego lub pozostawiając ustalenie pewnych terminów do późniejszego uzgodnienia przez strony. Powyższe, w połączeniu z postanowieniem punktu 3.5. w Załączniku B do SIWZ oznacza, iż wykonawca na etapie przygotowania oferty nie jest w stanie określić terminu wykonania poszczególnych świadczeń, gdyż nie wiedząc ile maksymalnie może potrwać procedura odbioru, nie wie także ile z terminu przewidzianego

na realizację danego świadczenia pozostanie mu do „wykorzystania” po odjęciu od tego czasu trwania procedury odbioru. Tym samym wprowadzenie powyższej zasady przez zamawiającego prowadzi do naruszenia art. 29 ust. 1 Pzp w zakresie obowiązku opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący. Z powyższego względu uznał za zasadne zmodyfikowanie tego zapisu w ten sposób, iż terminem wykonania przez wykonawcę danego zobowiązania będzie data przedstawienia danego świadczenia do odbioru (pod warunkiem, że świadczenie to „przejdzie” następnie określoną w umowie procedurę odbioru i zostanie w odniesieniu do niego podpisany protokół odbioru).

Do zarzutu III. 4. zamawiający odniósł się w następujący sposób:

Zamawiający powołał się na te same postanowienia co już wyżej omówione tj. Zał. nr 3 procedury odbiorowe systemu ISOK, zawierające wytyczne do procedur odbiorowych, które powinny być uszczegółowione przez wykonawcę o ramy czasowe, a uszczegółowienie to zostanie opracowane przy tworzeniu planu podprojektu i zaakceptowane, gdyż ma to związek z rozwiązaniami zaoferowanymi.

Stanowisko Izby: Izba uwzględniła argumentację zamawiającego. Odwołujący nie zaprzeczył, że po stronie wykonawcy zostało pozostawione uszczegółowienie ram czasowych procedur odbiorowych, jeżeli nawet przy akceptacji ze strony zamawiającego, to jednak nie uzasadnia stawianego zarzutu opisu przedmiotu zamówienia dokonanego z naruszeniem art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 i 2 Pzp, gdyż procedury odbiorowe zostały dokładnie opisane w Zał. nr 3 do umowy. Zamawiający nie mógł ścisłych terminów odbiorów narzucić wykonawcy zamówienia, gdyż jest to zależne także od czynników pozostających po stronie wykonawcy.

Zarzut III.5. W Załączniku B do SIWZ Projekt umowy, w § 4 w punkcie 4.7. zamawiający określił że: „Wykonawca oświadcza, że znana jest mu treść umowy o dofinansowanie nr POIG.07.01.00-00-025/09-00 w ramach 7 osi priorytetowej „Społeczeństwo informacyjne - budowa elektronicznej administracji” Programu Operacyjnego Innowacyjna Gospodarka 2007 - 2013, zawartej w Warszawie w dniu 30 lipca 2010 r. pomiędzy Władzą Wdrażającą Projekty Europejskie a Instytutem Meteorologii i Gospodarki Wodnej, wraz z późniejszymi zmianami oraz umowy nr 16/2012/Wn50/NZ-LZ/D o realizację zadania państwowej jednostki budżetowej zakwalifikowanego do dofinansowania, zawartej w dniu 12 stycznia 2012 r. pomiędzy Narodowym Funduszem Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej a Skarbem Państwa - Krajowym Zarządem Gospodarki Wodnej. Wykonawca oświadcza, że znane mu są wytyczne Ministra Rozwoju Regionalnego, dotyczące 7 osi priorytetowej Programu Operacyjnego Innowacyjna Gospodarka 2007 - 2013 i zobowiązuje się stosować się w

koniecznym zakresie do powołanych umów oraz wytycznych." Wprowadzając powyższy zapis do SIWZ zamawiający nie udostępnił wykonawcom dokumentów, na które się powołuje, czyniąc je elementem zobowiązania wykonawcy. Takie postępowanie narusza art. 29 ust. 1 Pzp. To do zamawiającego należy bowiem opisanie przedmiotu zamówienia i dotyczących go wymagań w SIWZ i zamawiający nie może przerzucić na wykonawcę obowiązku „poszukiwania” danych niezbędnych do przygotowania oferty. Powyższą interpretację potwierdza wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 grudnia 2010 r. o sygn. akt KIO 2710/10: *„Nałożenie na wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia obowiązku dokonania wizji lokalnej narusza wynikającą z przepisów p.z.p. zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców poprzez zaniechanie prawidłowego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia. Zamawiający obciąża bowiem w ten sposób wykonawców wykonaniem swego ustawowego obowiązku wymagając, aby informacje niezbędne do przygotowania oferty uzyskali w czasie wizji lokalnej.”* Powyższy wyrok, choć dotyczy wymagania od wykonawcy dokonywania wizji lokalnej nieruchomości, uznał odwołujący za adekwatny do stawianego zarzutu. Te same argumenty można bowiem podnieść w przypadku próby przerzucenia na wykonawcę obowiązku poszukiwania informacji niezbędnych do przygotowania oferty w innych wskazanych przez zamawiającego dokumentach, których zamawiający nie udostępnił wraz z SIWZ.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o wykreślenie powyższego wymagania lub doprecyzowanie go poprzez udostępnienie treści dokumentów wskazanych w przedmiotowym punkcie 4.7. Projektu umowy, w § 4.

Do zarzutu III. 5. zamawiający odniósł się w następujący sposób:

Zamawiający oświadczył, iż wymieniona umowa o dofinansowanie w pkt 2.1 SIWZ jest dokumentem powszechnie dostępnym, chociaż nie wchodzących stricte w skład SIWZ. Zamawiający dokonał odesłania do tej umowy - w odpowiedziach na pytania, które pojawiły się w tej kwestii - poprzez podanie dokładnego adresu strony internetowej, gdzie dokument ten jest dostępny. Zamawiający stwierdził, iż będzie to odesłanie, a nie załącznik do SIWZ.

Stanowisko Izby: Izba uwzględniła argumentację zamawiającego. Na wymieniony dokument zamawiający powoływał się wcześniej w treści ogłoszenia o zamówieniu. Nie wszystkie odesłania znajdujące się w SIWZ, np. do odrębnych aktów prawnych i innych dokumentów, wymagają ich dołączenia do SIWZ. Akty i dokumenty ogłaszane i publicznie dostępne, mogą być wskazane w SIWZ za pomocą stosownego odesłania, gdzie wykonawca mógłby zapoznać się z treścią dokumentu. Odwołujący nie zaprzeczył, iż rzeczona umowa jest ogólnie dostępna.

Zarzut III.6. W Załączniku B do SIWZ Projekt umowy, w § 11 zamawiający przewidział procedurę zarządzania zmianami, która w projektach informatycznych charakteryzuje się tym, iż strony przewidują możliwość dokonywania pewnych korekt związanych z realizacją przedmiotu umowy - na etapie jej wykonania. W znacznej części decyzje w sprawie tych korekt w celu usprawnienia koordynacji wykonania umowy są delegowane na poziom kierowników projektu lub Komitetu Sterującego. Tymczasem w punkcie 4.11 Projektu umowy, w § 4, załącznika do SIWZ zamawiający wprowadził zasadę stojącą w sprzeczności z tak rozumianą procedurą zarządzania zmianami, wymagając by wszystkie zmiany ustaleń zawartych w umowie miały formę aneksu i uchylając w tym zakresie ustalenia dokonywane przez Kierowników Projektu i Komitet Sterujący.

W związku z powyższym odwołujący wnosil o dostosowanie postanowień punktu 4.11 w Załączniku B do SIWZ w sposób uwzględniający możliwość dokonywania pewnych korekt sposobu realizacji umowy w drodze procedury zarządzania zmianami na podstawie decyzji podejmowanych na poziomie Kierowników Projektu i Komitetu Sterującego. Dodatkowo zwracał uwagę, iż obecne zapisy SIWZ nie określają zasad podejmowania decyzji w ramach Komitetu Sterującego, co może prowadzić do sytuacji, w której na etapie akceptacji przygotowanej przez wykonawcę procedury zmian, zamawiający będzie próbował wymusić zastosowanie korzystniejszej dla siebie metody decydowania w ramach Komitetu Sterującego. W związku z powyższym odwołujący wnosil również o modyfikację treści SIWZ w ten sposób, iż decyzje w ramach Komitetu Sterującego są podejmowane jednogłośnie przez obie Strony.

Do zarzutu III. 6. zamawiający odniósł się w następujący sposób:

Zamawiający podnosił, że wszelkie zmiany do umowy muszą mieć postać aneksu podpisanego przez osoby uprawnione. Ust. 4 pkt 11 umowy – wymienia zmiany istotne, a nieistotne mogą być wprowadzane w procedurze zmian określonej w ust. 11.4 umowy. Jedna ścieżka jest dla zmian istotnych – z aneksem. Druga ścieżka jest dla zmian nieistotnych. Gremium zwane Komitetem Sterującym ma wypracowywać konkretne rozwiązania zmian, jeżeli takie potrzeby pojawią się w procesie realizowania poszczególnych etapów tego systemu. Postanowienie to nie narusza ustawy Pzp, przywołanego art. 29 ust. 2 ustawy Pzp i jest tzw. zmianą przewidzianą w umowie, którą ustawa Pzp dopuszcza na zasadach przewidzianych w umowie.

Stanowisko Izby: Izba uwzględniła argumentację zamawiającego. Zamawiający przewidział możliwość wprowadzenia zmian do umowy. Kwestionowany zapis nie uchyla żadnych postanowień owego Komitetu Sterującego, ale stanowi o legalizacji zmian do umowy, które aby były wiążące muszą mieć postać aneksu, z wyłączeniem zmian nieistotnych

zdefiniowanych w tej umowie. Izba nie ma kompetencji do określania zasad funkcjonowania gremium zwanego Komitetem Sterującym. Ponadto odwołujący i zamawiający pozostawali zgodni co do tego, że ustalenia Komitetu Sterującego kierowników podprojektów mają charakter roboczy, są to ustalenia dwustronne, a charakteru wiążącego nabierają wtedy kiedy zostaną zaakceptowane aneksem do umowy i ile te ustalenia doprowadzają do tego, że następują zmiany umowy.

Zarzut III. 7. W Załączniku B do SIWZ Projekt umowy, w § 5 w punkcie 5.5 lit b) zamawiający wymagał „dostarczenia Zamawiającemu kompletnego, poprawnie działającego, zgodnego z postanowieniami Umowy i wymogami Zamawiającego, Systemu ISOK w terminach opisanych harmonogramie szczegółowym opracowanym zgodnie z § 3 ust. 3.2. Umowy. ”W przedmiotowym zapisie pojawiło się zdaniem odwołującego wymaganie realizacji zadań zgodnie z bliżej nieokreślonymi „wymaganiami Zamawiającego”. Wymagania te we wskazanym zapisie zostały wymienione odrębnie od „zgodności z postanowieniami Umowy,” co oznacza iż chodziło tu o inne niż wynikające z samej umowy wymagania zamawiającego. Takie zaś określenie przedmiotu zamówienia nie spełnia wymagań określonych w art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż wskazanie wymagań bez ich precyzyjnego wymienienia i opisanie nie może być uznane za opis jednoznaczny i wyczerpujący. Mając na uwadze powyższe odwołujący wnosił o wykreślenie z powyższego zapisu odwołania do „wymogów Zamawiającego”.

Do zarzutu III. 7. zamawiający odniósł się w następujący sposób:

Zamawiający stwierdził, iż w pkt 5.5 lit b określenie dostarczenia systemu ISOK w terminach opisanych w harmonogramie zgodnymi z wymogami zamawiającego odnosi się do OPZ stanowiącego zał. nr 1 do niniejszej umowy – Załącznika B do SIWZ. Od początku zamawiający tak to interpretował, że używając określeń ogólnych odnosiły się one do tej części załączników i specyfikacji, które regulowały dane kwestie w sposób szczegółowy, a zarzutów w zakresie uregulowań części szczegółowej nie przedstawiono w tym zakresie.

Stanowisko Izby: Izba uwzględniła argumentację zamawiającego. Szczegółowe wymagania zamawiającego zostały zdaniem Izby dostatecznie wyartykułowane w dokumentacji SIWZ, udostępnionej wykonawcom, a składającej się z Instrukcji dla wykonawców, której załączniki stanowią:

1. Zał. A Formularz ofertowy,
2. Zał. B Projekt umowy dotyczącej projektu, budowy i wdrożenia informatycznego systemu osłony kraju przed nadzwyczajnymi zagrożeniami (ISOK) oraz świadczenie usługi gwarancyjnej po wdrożeniu tego systemu:

- d) Zał. nr 1 Opis przedmiotu zamówienia (zał. 3-y projekty techniczne),
 - e) Zał. nr 2. Harmonogram rzeczowo - finansowy,
 - f) Zał. nr 3. Procedury odbiorowe,
3. Zał. C. Szczegółowy opis sposobu oceny ofert.
4. Zał. D. Opis próbki,

W świetle obszerności i dokładności tego opisu, Izba uznała zarzut odwołującego oraz związane z nim żądanie sprecyzowania bliżej nieokreślonych „wymagań Zamawiającego” za co najmniej niepoważne. Ilekroć pojawia się bowiem określenie ogólne „wymagań Zamawiającego” należy je odnosić do szczegółowych opisów w danej kwestii. Zarzut nie znalazł potwierdzenia.

Zarzut III.8. W Załączniku B do SIWZ Projekt umowy, w § 5 w punkcie 5.8 zamawiający określił że: „ Wykonawca zobowiązuje się do zapewnienia, że cały personel wchodzący w skład Zespołu Projektowego oraz personel podwykonawców będzie przestrzegać wszelkich regulaminów, polityk i innych wewnętrznych regulacji obowiązujących u Zamawiającego w szczególności o charakterze porządkowym, kodeksów etycznych lub dotyczących bezpieczeństwa (oraz zmian wprowadzonych w ww. aktach), udostępnionych Wykonawcy przez Zamawiającego.” Zgodnie z powyższym elementem zobowiązania wykonawcy składającego się na opis przedmiotu zamówienia jest zobowiązanie się do stosowania bliżej nieokreślonych postanowień, które nie zostały udostępnione wykonawcy wraz z SIWZ i nie są mu znane na etapie opracowywania oferty. Tym samym zamawiający nie wywiązał się z obowiązku określonego w art. 29 ust 1 Pzp, gdyż wykonawca na etapie kształtowania oferty nie ma wszystkich danych niezbędnych do jej przygotowania i przygotowania rzetelnej wyceny swojej oferty. Mając powyższe na uwadze wnosil o wykreślenie z SIWZ powyższego punktu 5.8 lub udostępnienie wykonawcy na etapie przygotowania oferty wszystkich dokumentów objętych dyspozycją wskazanego postanowienia. Odwołujący dopowiedział na rozprawie, iż nie wie czy będą wymagane przepustki do siedziby zamawiającego, ile będzie to wymagało czasu na uzyskanie tych dokumentów i będzie to miało wpływ na termin wykonania zamówienia.

Do zarzutu III. 8. zamawiający odniósł się w następujący sposób:

Zamawiający zapowiedział, że udostępni wykonawcy wybranemu dokumentację np. dotyczącą ewakuacji z budynku, zasady bhp, wydawania przepustek, ale nie widzi potrzeby załączania tych dokumentów do SIWZ, w kontekście umożliwienia prawidłowego przygotowania oferty i jej wyceny.

Stanowisko Izby: Izba uwzględniła argumentację zamawiającego.

Tego rodzaju wymóg ma charakter porządkowy, nie wpływa na możliwość przygotowania oferty. Standardowo jest wprowadzany dla obcych ekip operujących w obszarze działalności zlecającego usługi. Regulaminy porządkowe mają zostać udostępnione wybranemu wykonawcy i jest to wystarczające. Zarzut bezprzedmiotowy, brak związku z możliwością prawidłowego przygotowania oferty.

Zarzut III.9. W Załączniku B do SIWZ, w szczególności w Projekcie umowy, w § 13 zamawiający określił zasady dotyczące udzielania licencji i przenoszenia praw autorskich. W tych zapisach zamawiający określa, że przeniesienie praw autorskich/udzielenie licencji następuje w momencie podpisania odpowiednio protokołu odbioru częściowego, protokołu odbioru danej wersji Systemu oraz protokołu odbioru końcowego.

W punkcie w Załączniku B Projekt umowy, w § 10 pkt 10.2 zamawiający określił iż: „Dany Etap lub Produkt uznaje się ostatecznie za wykonany zgodnie z Umową dopiero z chwilą stwierdzenia przez Zamawiającego w protokole odbioru końcowego należytego wykonania Wdrożenia Systemu ISOK jako całości.” Powyższe oznacza, według odwołującego, że w ramach umowy będzie w odniesieniu do Produktu lub Etapu prowadzonych kilka odbiorów i podpisywanych kilka protokołów ich dotyczących. To zaś w połączeniu z określonym w rozdziale 13 momentem przeniesienia praw/udzielenia licencji powoduje, iż nie wiadomo jest czy wykonawca w ramach zobowiązania umownego ma przenieść prawa autorskie/udzielić licencji już w momencie odbioru danego Produktu, czy też z wykonaniem tego zobowiązania ma się wstrzymać aż do momentu odbioru końcowego Systemu. Tak opisany przedmiot zamówienia nie spełnia wymagań określonych w art. 29 ust. 1 Pzp.

W związku z powyższym odwołujący wnosil o doprecyzowanie powyższych zapisów poprzez wskazanie jednego, precyzyjnego momentu wykonania przez wykonawcę zobowiązania do udzielenia licencji i przeniesienia majątkowych praw autorskich, którym może być w ocenie odwołującego moment odbioru końcowego.

Do zarzutu III. 9. zamawiający odniósł się w następujący sposób:

Zamawiający zaznaczał, że przedmiotem zamówienia jest również opracowanie dokumentacji tego systemu, zatem pewne rozwiązania na etapie dokumentacji będą znaczące dla realizacji systemu oddawania jego etapów - tak aby zamawiający mógł korzystać z odebranych części elementów systemu. Zamawiający powołał się na zapis § 13.14 gdzie moment przeniesienia autorskich praw majątkowych został określony w akapicie głównym z dniem podpisania odpowiednio protokołu odbioru częściowego, protokołu odbioru danej wersji oraz protokołu odbioru końcowego. Jest to elastyczne

podejście pozwalające na uwzględnienie koncepcji jaka będzie opracowana w projekcie technicznym przez wykonawcę. Przejęcie praw autorskich jest regulowane w Prawie autorskim i są one potrzebne zamawiającemu aby mógł legalnie korzystać z zamawianych produktów. Płatność mimo, że określona ryczałtowo co do formuły wynagrodzenia - będzie realizowana po odbiorze poszczególnych etapów. Jeżeli nawet przeniesienie praw autorskich i praw do licencji nastąpi po odbiorze pewnych etapów to wiązała się z tym będzie płatność na rzecz wykonawcy te koszty obejmująca. Płatności będą realizowane w procentowym stosunku do całości ceny ofertowej i stopnia zaawansowania prac. Procenty zostały podane przez zamawiającego. Zamawiający podnosił, że Prawo autorskie w art. 64 przewiduje taką sytuację gdzie podmiot jest uprawniony do wcześniejszego nabycia praw zanim korzysta z utworu. Przejęcie utworu można utożsamiać z odbiorem częściowym etapu realizacji systemu. Zamawiający podnosił, że w przypadku odbiorów częściowych wymaga przekazania mu praw autorskich nie do całości systemu, a co do sukcesywnie odbieranych produktów. Zamawiający podkreślił, że w kontekście stawianego zarzutu rozbudowana argumentacja odwołującego do niego nie nawiązuje.

Stanowisko Izby: Izba uwzględniła argumentację zamawiającego. Zamawiający określił moment przeniesienia licencji i praw autorskich, stanowi o tym zapis § 13.14 gdzie moment przeniesienia autorskich praw majątkowych został określony w akapicie głównym z dniem podpisania odpowiednio protokołu odbioru częściowego, protokołu odbioru danej wersji oraz protokołu odbioru końcowego. Jest to elastyczne podejście pozwalające na uwzględnienie koncepcji jaka będzie opracowana w projekcie technicznym przez wykonawcę. Przejęcie praw autorskich jest regulowane w Prawie autorskim i są one potrzebne zamawiającemu aby mógł legalnie korzystać z zamawianych produktów. W przypadku odbiorów częściowych wymaganie przekazania praw autorskich nie dotyczy całości systemu, a jedynie sukcesywnie odbieranych produktów, za wynagrodzeniem obejmującym dany etap.

Zarzut III.10. W Załączniku B do SIWZ w Projekcie umowy, w § 13 punkcie 13.10. zamawiający wprowadził zasadę, zgodnie z którą licencja na oprogramowanie będzie obejmowała także uprawnienie dla Użytkowników Systemu. Biorąc pod uwagę zawartą w Załączniku B definicję Oprogramowania oraz zawartą w tym załączniku definicję Użytkowników Systemu uzupełnioną określonymi w Załączniku 1 do umowy zakresami Użytkowników wewnętrznych i zewnętrznych, odwołujący stwierdził, iż tak określona licencja na oprogramowanie, w tym także oprogramowania standardowe, uprawniała będzie niedookreślony bliżej krąg podmiotów do korzystania ze wskazanego oprogramowania, co w ocenie odwołującego narusza art. 29 ust 1 Pzp poprzez niejednoznaczne i nieprecyzyjne sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia w zakresie tej licencji. Powyższy sposób

sformułowania opisu przedmiotu zamówienia nie pozwala wykonawcy na prawidłową ocenę zakresu podmiotowego udzielanej licencji a tym samym wpływa na możliwość rzetelnego przygotowania oferty i jej wyceny.

Do zarzutu III. 10. zamawiający odniósł się w następujący sposób:

Zamawiający podnosił, że krąg użytkowników zewnętrznych i wewnętrznych został przez niego precyzyjnie przywołany w pkt 1.29 projektu Umowy, a z kolei określenia w słowniczku odsyłają do załączników do OPZ gdzie są ci użytkownicy wymienieni, pkt 2.2, pkt 2.3 i pkt 8.4 OPZ. Ponadto krąg tych użytkowników jest zdefiniowany w przepisach mówiących kto jest adresatem tego systemu i komu ma on służyć. Zamawiający uważa, że wykonawca będzie zobowiązany udzielić licencji dla takiego kręgu użytkowników jak został sprecyzowany w umowie. Prawo sublicencjonowania też jest zwarte w umowie odnosi się do niego § 13.6 lit I. Zamawiający zaznaczał, że sprecyzował zakres użytkowników, którzy będą korzystać z systemu aby umożliwić wykonawcy wybranemu weryfikację uprawnień do korzystania z systemu i do udzielania sublicencji.

Stanowisko Izby: Izba uwzględniła argumentację zamawiającego. Liczący jest charakter tego Systemu dostępnego w oznaczonych zakresach dla użytkowników wewnętrznych i zewnętrznych, a także dla ludności. Wykonawca będzie zobowiązany udzielić licencji dla takiego kręgu użytkowników jak został sprecyzowany w Umowie. Prawo sublicencjonowania też jest zwarte w umowie odnosi się do niego § 13.6 lit I. Tak sprecyzowany zakres użytkowników, którzy będą korzystać z systemu umożliwia wykonawcy wybranemu weryfikację uprawnień do korzystania z systemu i do udzielania sublicencji.

IV. Zarzuty dotyczące ograniczenia w korzystaniu z podwykonawców wprowadzone z naruszeniem art. 36 ust 5 Pzp, w tym:

Zarzut 1. Zamawiający poprzez zapis w brzmieniu określonym w Załączniku B projekt Umowy, w § 4 w punkcie 4.2. przypisał sobie uprawnienie do wyrażania zgody na korzystanie bądź nie ze świadczeń podwykonawców. Ponadto zamawiający w sposób nieuprawniony przyznał sobie uprawnienie do oceny kompetencji personelu i doświadczenia podwykonawców, z których zamierza skorzystać wykonawca. Działania takie są nieuprawnione oraz naruszają przepisy prawa zamówień publicznych oraz Kodeksu cywilnego. Odwołujący wskazał, że przepisy art. 36 ust. 5 Pzp jako zasadę obowiązującą w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego określają uprawnienie wykonawcy do korzystania z podwykonawców. Od powyższego prawa art. 36 ust 5 Pp przewiduje wyłącznie jeden wyjątek polegający na tym, iż zamawiający może określić, że niektóre części

przedmiotu zamówienia nie mogą być wykonane przy pomocy podwykonawców. Zamawiający korzystając z uprawnienia objętego powyższym wyjątkiem jest zobowiązany do wskazania podstaw do wprowadzenia zakazu wykonania zamówienia podyktowanych specyfiką zamówienia. Poza wspomnianym wyjątkiem przepisy Pzp nie przyznają zamawiającemu dalszych uprawnień do ograniczania udziału podwykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie z regułami obowiązującymi w prawie każdy wyjątek musi być interpretowany wąsko. Wskazane powyżej stanowisko potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w następujących wyrokach z dnia 2 listopada 2011 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2274/11: *„W zamówieniach publicznych ograniczenie możliwości podwykonawstwa traktowane jest jako wyjątek od zasady. Ponadto, jak wskazuje przepis, ograniczenie podwykonawstwa może nastąpić jedynie w uzasadnionych okolicznościach wynikających ze specyfiki przedmiotu zamówienia. Należy zwrócić przy tym uwagę, iż ograniczenie podwykonawstwa w zamówieniach publicznych wpływa na ograniczenie możliwości ubiegania się o zamówienie publiczne przez wykonawców, a tym samym na ograniczenie konkurencyjności postępowań o zamówienie publiczne. W związku z powyższym, nieuzasadnione ograniczenie podwykonawstwa stanowi naruszenie w postępowaniu zasady uczciwej konkurencji”*; z dnia 11 maja 2011 r. w sprawie o sygn. akt KIO 878/11, KIO 901/11: *„Jeżeli zamawiający chciał wprowadzić zakaz podwykonawstwa w ramach jego zamówienia, powinien to wyrazić wprost za pomocą precyzyjnych przyjętych w ustawie i adekwatnych określeń, a nie domagać się wyinterpretowania powyższego z postanowień SIWZ, które do tego się nie odnoszą. Wskazać przy tym należy, iż co do zasady w świetle art. 36 ust. 5 ustawy podwykonawstwo jest dopuszczalne zawsze i w pełnym zakresie. Jedynie w szczególnych sytuacjach w ww. przepisie wskazanych (specyfika przedmiotu zamówienia) zamawiający może je ograniczyć. Tym samym niedopuszczalne jest rozszerzające interpretowanie postanowień SIWZ, z których takie ograniczenie ma wynikać”*; z dnia 18 maja 2010 r. w sprawie o sygn. akt KIO 786/10: *„[...] ograniczenie podwykonawstwa ma charakter szczególny i może nastąpić, jedynie w okolicznościach wskazanych w art. 36 ust. 5 ustawy, a więc ze względu na specyfikę zamówienia. Orzecznictwo ETS wskazuje, iż dyrektywy nie zabraniają wykluczenia lub ograniczenia możliwości wykorzystania podwykonawców do wykonania zasadniczych części zamówienia w sytuacji, kiedy zamawiający nie jest w stanie ocenić ich technicznych i finansowych możliwości na etapie postępowania, kiedy dokonuje wyboru wykonawcy, który przedstawił najkorzystniejszą ofertę.”* W niniejszym przetargu zamawiający ani w ogłoszeniu ani w SIWZ nie zawarł zakazu wykonania części lub całości przedmiotu zamówienia przy pomocy podwykonawców. Zgodnie zatem z literalnym brzmieniem art. 36 ust. 5 Pzp wykonawcy przysługuje uprawnienie do wykonania przedmiotu zamówienia przy pomocy podwykonawców. W tym kontekście podjęcie przez zamawiającego próby wprowadzania

ograniczenia w zakresie korzystania z podwykonawców, a za takie uznał przyznanie sobie przez zamawiającego prawa do decydowania o możliwości korzystania z konkretnych podwykonawców, potraktował jako naruszające artykuł 36 ust 5 Pzp.

Wobec powyższego odwołujący wnosił o wykreślenie z projektu Umowy, w § 4 punktu 4.2. z Załącznika B do SIWZ, jako sprzecznego z celem oraz brzmieniem art. 36 ust 5 ustawy Pzp.

Do zarzutu IV. 1. zamawiający odniósł się w następujący sposób:

Zamawiający oświadczył, że dopuszcza podwykonawców i nie narusza art. 36 ust. 5 Pzp w postanowieniach ust. 4.2 projektu Umowy obowiązującym wykonawcę po podpisaniu umowy. Zamawiający oświadczył, że odwołujący źle zrozumiał pkt 4.2 umowy gdyż nie będzie się „wtrącał” do tych podwykonawców, których wykonawca wskaże w ofercie, a warunek postawiony w pkt 4.2 umowy dotyczy podwykonawców, których wykonawca zatrudni, a którzy uprzednio nie byli związani z tym zakresem zamówienia, który wykonawca wskazał w formularzu oferty. Zatem dotyczy to jedynie ustanowienia nowych podwykonawców na zakres zamówienia nie podany uprzednio w ofercie. Zamawiający uważa, że osoby, które wykonawca wskazał do realizacji zamówienia zostały zweryfikowane na etapie wniosków.

Odwołujący podtrzymał zarzut z punktu widzenia czysto formalnego przepisu art. 36 ust. 5 Pzp, że przepis ten dozwala na wskazanie rzeczowego zakresu powierzonego podwykonawstwa, a nie na wskazanie podwykonawcy.

Stanowisko Izby: Izba uwzględniła argumentację zamawiającego. Zamawiający dopuścił podwykonawców, pkt 2.4 formularza oferty. Skoro na etapie wniosków wykonawcy wykazywali kompetencje osób, które będą wykonywać zamówienie, to odnosi się to również do kompetencji osób po stronie podwykonawców, jeżeli w trakcie trwania umowy dojdzie do ich zmiany, bowiem takiej sytuacji dotyczy kwestionowane przez odwołującego postanowienie SIWZ. Brak podstaw, aby wykonawca mógł obchodzić wymóg stosownych kwalifikacji osób, przy pomocy których będzie wykonywał zamówienie, deklarowanych we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i zweryfikowanych w oparciu o te dokumenty, poprzez zmianę realizacji zamówienia przez innych podwykonawców, których kompetencje osób przeznaczonych do wykonywania zamówienia – pozostałyby poza wiedzą i kontrolą zamawiającego. Wymóg jest zasadny i nie podlega wzruszeniu, nie dotyczy ograniczania podwykonawstwa.

V. Zarzuty dotyczące określenia zasad jawności oferty z naruszeniem art. 8 ust 3 Pzp, w tym:

Zarzut 1. W pkt 4.6 SIWZ zamawiający wskazał iż oferta po jej otwarciu w terminie wyznaczonym na termin otwarcia ofert, jest jawna. Wprowadzając powyższą regułę zamawiający wprost naruszył art. 8 ust 3 Pzp, zgodnie z którym wykonawca jest uprawniony do odpowiedniego zastrzeżenia części swojej oferty w zakresie w jakim stanowi ona tajemnicę przedsiębiorstwa. W przypadku poczynienia takiego zastrzeżenia oferta nie jest udostępniana innym osobom w zakresie objętym takim zastrzeżeniem. Zamawiający tu pomylił jawność oferty z jawnością samej czynności otwarcia ofert wynikającą z art. 86 ust 2 Pzp. Określona w punkcie 4.6 SIWZ zasada stoi w jawnej sprzeczności również z pozostałymi zapisami SIWZ, w tym w szczególności z punktem 4.19 SIWZ, w którym zamawiający definiuje sposób oznaczenia informacji zastrzeganych przez wykonawcę i sposób ich dołączenia do oferty.

Mając na uwadze powyższe, odwołujący wnosil o usunięcie z SIWZ punktu 4.6 lub taką jego modyfikację, iż uwzględniał on będzie wyłączenie jawności oferty w zakresie zastrzeżonym przez wykonawcę.

Do zarzutu V. 1. zamawiający odniósł się w następujący sposób:

Zamawiający powołał się na zasadę jawności postępowania, w tym mieści się jawność ofert chyba, że zostanie ta jawność zastrzeżona na podstawie art. 8 ust. 3 Pzp. Art. 96 ust. 3 Pzp wskazuje, iż oferty są jawne w chwili ich otwarcia. Zamawiający nie uwzględnił zarzutu, gdyż postanowienia kwestionowane - stanowią powtórzenie przepisów ustawy.

Przy takim oświadczeniu zamawiającego odwołujący oświadczył, że nie dostrzega sporu odnośnie tego zarzutu, co czyniło stanowisko Izby w tej kwestii bezprzedmiotowe.

VI. Zarzuty dotyczące umieszczenia w treści SIWZ postanowień pozostających w sprzeczności z właściwością stosunku cywilnoprawnego i zasadami współżycia społecznego, a więc wykraczających poza dopuszczoną przez ustawodawcę granicę swobody umów i tym samym naruszających art. 353¹ K.c. w związku z art. 14 Pzp i art. 139 ust. 1 Pzp, a także naruszających art. 5 K.c., art. 58 K.c., art. 387 k.c., art. 640 K.c. w związku z art. 14 Pzp i art. 139 ust. 1 Pzp i stanowiących dodatkowo naruszenie art. 41 ust. 2 ustawy o Prawie autorskim i prawach pokrewnych, w tym:

We wstępie odwołujący podał, że zarówno zgodnie z poglądem doktryny jak i orzecznictwem w zakresie Prawa zamówień publicznych, wykonawca jest uprawniony do wniesienia odwołania na treść specyfikacji, w tym także na będące jej częścią postanowienia umowy. Odwołanie takie może być oparte zarówno na bezpośrednim naruszeniu przepisów Pzp jak i na naruszeniu przepisów Kodeksu cywilnego w związku z brzmieniem art. 14 i art. 139 ust 1 Pzp. W niniejszym postępowaniu zamawiający umieścił w SIWZ szereg postanowień, które

naruszają zasady równości stron umowy, kształtując ich prawa i obowiązki w sposób niesymetryczny. Takie zaś określenie przedmiotu zamówienia narusza zasady współzycia społecznego, pozostaje w sprzeczności z właściwością stosunku cywilnoprawnego, a co za tym idzie prowadzi do naruszenia art. 5 K.c., art. 58 K.c. i art. 353¹ K.c. Przywołał orzecznictwo sądów jak i wyroki Krajowej Izby Odwoławczej w następujących sprawach: z dnia 27 grudnia 2011 r. sygn. akt KIO 2649/11, z dnia 18 października 2010 r. sygn. akt KIO 2175/10: *„Zamawiający jest gospodarzem postępowania i autorem specyfikacji istotnych warunków, która w swej treści zawierać powinna istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy lub jej wzór. Tak więc to Zamawiający jest autorem sformułowań zawartych we wzorze umowy. Nie oznacza to jednak, że postanowienia takiej umowy mogą być korzystne tylko dla jednej strony lub nakładać tylko na jedną stronę odpowiednio same obowiązki lub przyznawać jej same przywileje,“* z dnia 22 marca 2011 r. sygn. akt KIO 475/11: *„Zamawiającemu przyznane zostało uprawnienie do ukształtowania postanowień umownych. Wskazuje na to wyraźnie brzmienie przepisu art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy P.z.p.: jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach. Zamawiający może, o ile nie wykracza poza unormowanie art. 3531 Kodeksu cywilnego, dowolnie sformułować postanowienia umowne w zakresie kar umownych, zależnie od sytuacji faktycznej i swoich potrzeb.”* Jednakże zgodnie z ogólnymi zasadami prawa cywilnego, którego ustawa Pzp jest częścią, nie można prawa podmiotowego nadużywać. Wynika to m.in. z brzmienia jednej z najważniejszych zasad prawa cywilnego wyrażonej w art. 5 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współzycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony. W ocenie odwołującego, zamawiający w przedmiotowym przetargu naruszył wskazane powyżej przepisy poprzez następujące sformułowanie treści SIWZ:

Zarzut VI. 1. W Załączniku B do SIWZ Projekt umowy, w § 2 w punkcie 2.8. zamawiający wskazał że: „Wykonawca oświadcza, że jest profesjonalistą w zakresie działalności związanej z przedmiotem Umowy. Zamawiający nie będzie uważany za profesjonalistę w tej dziedzinie, niezależnie od faktycznie posiadanej przez niego wiedzy Wykonawca ponosi wyłączną odpowiedzialność za przebieg prac w ramach realizacji Przedmiotu Umowy oraz ostateczny kształt i prawidłowość działania Systemu ISOK. Żadne oświadczenie, akceptacja lub zalecenie prowadzenia prac, ich zakresu lub kształtu Systemu, nie ogranicza odpowiedzialności Wykonawcy w tym zakresie, chyba że Wykonawca poinformuje pisemnie Zamawiającego o możliwych skutkach ww. oświadczeń, akceptacji lub zaleceń dla sposobu

realizacji Przedmiotu Umowy, swoich zaleceniach dotyczących takich skutków i ryzyku związanym z niezastosowaniem się do nich, a Zamawiający mimo to podejmie decyzję pozostającą w sprzeczności z tymi zaleceniami i przekaże ją Wykonawcy na piśmie.” Zdaniem odwołującego, zaproponowany przez zamawiającego zapis prowadzi do przyjęcia fikcji, iż zamawiający nawet mając określoną wiedzę, którą może przecież posiadać lub pozyskać od swoich pracowników bądź osób trzecich, traktowany będzie jakby tej wiedzy nie posiadał. Tak określona zasada ma zaś prowadzić do przerzucenia na wykonawcę całkowitego ryzyka związanego w realizacją zamówienia i zwolnienia się przez zamawiającego z konsekwencji wszystkich decyzji i wyborów podejmowanych w toku realizacji umowy. Tak ukształtowana zasada rażąco narusza zarówno art. 5 jak i art. 353¹ K.c. w związku z art. 14 Pzp i art. 139 ust 1 Pzp. Dodatkowo podkreślał, iż wbrew literalnemu brzmieniu punktu 2.8., wyrażona w tym zapisie reguła, zwalniająca zamawiającego z odpowiedzialności, jest w zasadzie regułą bezwzględną, gdyż wykonawca nigdy nie będzie w stanie określić wszystkich konsekwencji, skutków i ryzyk określonych działań czy decyzji podejmowanych przez zamawiającego, a tym samym nie będzie miał skutecznego mechanizmu zwolnienia się z wynikającej z tego zapisu odpowiedzialności. W ocenie odwołującego wskazany zapis powinien zostać usunięty z SIWZ.

Do zarzutu VI. 1. zamawiający odniósł się w następujący sposób:

Zamawiający wyjaśniał, że w sytuacji kiedy zamawiający wbrew pisemnym uwagom wykonawcy będzie domagał się realizacji zamówienia w określony sposób - będzie to zwalniało od odpowiedzialności wykonawcę za realizację umowy zgodnie z wytycznymi zamawiającego.

Stanowisko Izby: Izba uwzględniła argumentację zamawiającego. Odwołujący ubiegając się o zamówienie wykazywał swoją wysoką wiedzę i doświadczenie nabyte przy realizacji porównywalnych zamówień oraz wysokie kwalifikacje personelu, którym zamierza się posługiwać w razie otrzymania zamówienia. Przedmiotowa umowa nosi charakter umowy o dzieło, czyli jest umową rezultatu. Zgodnie z art. 634 K.c. przyjmujący zamówienie w przypadku ujawnienia okoliczności, które mogą przeszkodzić w prawidłowemu wykonaniu dzieła, powinien zawiadomić o tym niezwłocznie zamawiającego. Kwestionowane postanowienie SIWZ wpisuje się w treść art. 634 K.c. jest więc poprawne, tak ze względu na celowość jak i zgodność z przepisami. W sytuacji kiedy zamawiający wbrew pisemnym uwagom wykonawcy będzie domagał się realizacji zamówienia w określony sposób, będzie to zwalniało od odpowiedzialności wykonawcę za realizację umowy zgodnie z wytycznymi zamawiającego.

Zarzut VI. 2. W Załączniku B Projekt umowy, w § 2 do SIWZ w punkcie 2.9. zamawiający określił regułę, zgodnie z którą jego obowiązek współdziałania jest ograniczony do zakresu wskazanego w Umowie. Jako wypełnienie tej reguły zamawiający w § 7 Załącznika B do SIWZ Projekt umowy, w § 7 określił zamknięty katalog czynności do jakich będzie zobowiązany. Tym samym w ocenie odwołującego, zamawiający naruszył art. 640 k.c. (w związku z art. 14 Pzp i art. 139 ust 1 Pzp), zgodnie z którym to przepisem obowiązek współdziałania zamawiającego rozciąga się na wszystkie działania potrzebne do wykonania dzieła. Proponowane w SIWZ ograniczenie obowiązków zamawiającego, przekłada całe ryzyko wykonania umowy na wykonawcę, nawet w tych elementach których spełnienie z uwagi na charakter umowy i wynikających z niej zobowiązań, powinno leżeć po stronie zamawiającego. W związku z powyższym dodatkowo można przypisać zamawiającemu naruszenie art. 5 K.c. oraz art. 353¹ K.c. związku z art. 14 Pzp i art. 139 ust 1 Pzp.

Do zarzutu VI. 2. zamawiający odniósł się w następujący sposób:

Zamawiający uznał zarzut za bezzasadny, katalog obowiązków współdziałania przez zamawiającego nie jest niczym nieograniczony, a ponadto w zakresie nieuregulowanym w umowie mają zastosowanie przepisy K.c., a zamawiający zobowiązał się do współdziałania w sposób ogólny i niezwłocznego ustosunkowywania się do problemu. Zdaniem zamawiającego wyczerpuje to obowiązek współdziałania wpisujący się w art. 640 K.c. i nie odmówi on współdziałania w sytuacji tego wymagającej.

Stanowisko Izby: Izba uwzględniła argumentację zamawiającego. Kwestionowane określenie nie ma charakteru wyczerpującego, zgodnie z regułami ogólnymi w zakresie nieoznaczonym w umowie i przy braku wprowadzonych innych ograniczeń np. w ustawie Pzp, zastosowanie znajduje art. 640 K. c., art. 486 § 2 K.c. w innych przypadkach wprost nie wymienionych w umowie. Skarżone postanowienia SIWZ są poprawne, tak ze względu na celowość jak i zgodność z przepisami. W umowie nie da się sprecyzować wszystkich sytuacji wymagających współdziałania zamawiającego. W końcu, także wykonawca może od umowy odstąpić lub zgłaszać inne roszczenia, jeżeli doznaje przeszkód w realizacji zamówienia leżących po stronie zamawiającego. W zakresie nieuregulowanym w umowie, zastosowanie znajdują na etapie jej realizacji postanowienia K.c., a więc nawet, jeżeli w umowie sytuacja nie jest wyraźnie uregulowana, nie oznacza to, iż wykonawca pozostaje zupełnie bez ochrony. Skoro odwołujący powołuje się inne uregulowania K.c. przekroczenie granic swobody stron przy kształtowaniu umowy, 353¹ K.c., asymetryczność umowy wzajemnej, to winien także uwzględnić inne regulacje K.c., do których może się odwoływać w trakcie realizacji zamówienia.

Zarzut. VI. 3. W Załączniku B do SIWZ Projekt Umowy, w § 4 , w punkcie 4.5. zamawiający wskazał że: „Zamawiającemu przysługuje prawo do skorzystania w trakcie wykonywania Przedmiotu Umowy z usług osób trzecich w celu kontroli jakości i sposobu wykonywania Przedmiotu Umowy lub poszczególnych prac objętych Umową. Osobie takiej Wykonawca zobowiązany będzie udzielić niezwłocznie wszelkich informacji, danych i wyjaśnień w żądanym zakresie, jak również zapewnić możliwość osobistej kontroli prowadzonych prac. Zamawiający oświadcza, że będzie korzystał z wyżej opisanego prawa do kontroli sposobu prowadzenia prac z poszanowaniem zasad zachowania poufności.” Tak określone uprawnienie realizowane na etapie wykonania Umowy może prowadzić wprost do naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawcy. To wykonawca mając określoną wiedzę i doświadczenie wie jak zrealizować objęty przetargiem przedmiot zamówienia, oraz wie jak zrealizować poszczególne produkty nim objęte. Dopuszczanie do tej wiedzy zamawiającego, lub co gorsza osoby trzeciej, która może być konkurentem wykonawcy, na etapie na którym nawet odbiór danego produktu nie jest przesądzony w rażący sposób naruszać będzie prawa wykonawcy i jego tajemnicę przedsiębiorstwa. Tak określone prawo kontroli może prowadzić do nieuprawnionego pozyskania przez zamawiającego wiedzy bez jednoczesnego ekwiwalentu w postaci wynagrodzenia przysługującego wykonawcy, gdyż obowiązek zapłaty wynagrodzenia będzie realizowany dopiero po odpowiednich odbiorach dokonanych zgodnie z zapisami umowy. Tym samym w ocenie odwołującego wskazany zapis narusza art. 5 K.c. oraz art. 353¹ k.c. w związku z art. 14 Pzp i art. 139 ust 1 Pzp.

Mając na uwadze powyższe odwołujący wnosił o wykreślenie powyższego zapisu z treści SIWZ. Odwołujący dodał, że praktyką rynkową standardową jest to, że zamawiający ma prawo do kontroli jakości prac, gdy wykonawca przestaje spełniać zobowiązania kontraktowe np. zwłoka. Odwołujący oświadczył, że realizują politykę bezpieczeństwa zatem nie jest zainteresowany dopuszczeniem osób postronnych do chronionych danych.

Do zarzutu VI. 3. zamawiający odniósł się w następujący sposób:

Zamawiający oświadczył, iż z kontekstu tego postanowienia można wprost wywieść, iż zachowanie zasad poufności dotyczy wykonawcy zamówienia przy prowadzeniu tej kontroli ze strony zamawiającego przez osoby, które do tej kontroli wyznaczy i przez pojęcie „poufność” rozumie tajemnice przedsiębiorstwa zdefiniowaną w art. 11 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Stanowisko Izby: Izba uwzględniła argumentację zamawiającego. Zamawiający przy każdej czynności może posłużyć się pełnomocnikiem, którego zobowiąże do zachowania poufności informacji, uzyskanych w trakcie wykonywania czynności dla zamawiającego. Naruszenie zaś tajemnicy przedsiębiorstwa zdefiniowanej w art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia

1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U Nr 153, poz. 1503 z 2003 r.), powoduje odpowiedzialność przewidzianą w art. 18 tej ustawy.

Zarzut VI. 4. Zgodnie z zapisami Załącznika B do SIWZ Projekt Umowy, w § 4 i 5 punktów 4.9., 5.5 lit c), a także w ramach punktu 16.4. zamawiający przekłada na wykonawcę ryzyko dokonywania zmian w Systemie wynikających ze zmieniających się przepisów prawa. Co ciekawe w każdym z tych punktów zamawiający określa inny zakres czasowy zobowiązania „do nadążania za prawem”. Tak określone zobowiązanie oznacza, iż wykonawca w chwili przygotowywania oferty musiałby uwzględnić wszystkie potencjalne zmiany prawa jakie mogą wystąpić, co z przyczyn obiektywnych nie jest możliwe z uwagi na dosyć długi okres realizacji umowy. Tym samym, wskazane w tych punktach postanowienie dotyczące wprowadzania poprawek wynikających ze zmian prawa należy uznać za zbyt daleko idące i prowadzące do rażącego naruszenia art. 5 K.c. oraz art. 353¹ K.c. w związku z art. 14 Pzp i art. 139 ust 1 Pzp. Tak opisanemu zakresowi świadczeń objętych przedmiotem zamówienia zarzucił także naruszenie art. 29 ust 1 Pzp w związku z brakiem jednoznaczności i kompletności opisu konkretnych świadczeń, jakich zamawiający oczekuje od wykonawcy, a który to opis pozwoliłby wykonawcy na rzetelne przygotowanie i wycenienie składanej oferty. Mając na uwadze powyższe odwołujący wnosil o wykreślenie powyższych zapisów z SIWZ i wprowadzenie w ich miejsce postanowień, zgodnie z którymi w przypadku zmian przepisów prawa powodujących zmiany Systemu zamawiający będzie mógł zamówić u wykonawcy świadczenia polegające na dostosowaniu Systemu do zaistniałych zmian.

Do zarzutu VI. 4. zamawiający odniósł się w następujący sposób:

Zamawiający podtrzymał stanowisko wyrażone przy omawianiu odwołania KIO 1476/12, iż zakres przepisów, który wybrany wykonawca ma uwzględnić przy budowie Systemu i w okresie gwarancyjnym został zdefiniowany w rozdziale 11 Zał. nr 1 do umowy OPZ. KIO wcześniej wypowiedziała się w tej kwestii i uznała, że formułowanie tego rodzaju wymogu jest dopuszczalne, wyrok sygn. akt KIO 256/12.

Stanowisko Izby: Izba uwzględniła argumentację zamawiającego. Zamawiający w załączniku nr 1 do umowy Opis przedmiotu zamówienia rozdział 11 Wymagania prawne - zdefiniował zakres przepisów, których postanowienia w wersji aktualnej ma uwzględnić zamawiany system ISOK. Weryfikacja pod względem zgodności z przepisami ma następować wg terminów odbioru określonych elementów systemu łącznie z odbiorem końcowym. Odrębne zasady odpłatności zostały ustalone dla okresu gwarancyjnego.

Zarzut VI. 5. W załączniku B do SIWZ Projekt umowy, w § 6 w punkcie 6.10. zamawiający wskazał że: „Dostawa, montaż, konfiguracja i uruchomienie Sprzętu odbędzie się na koszt i ryzyko Wykonawcy. Niebezpieczeństwo przypadkowej utraty lub uszkodzenia jakiegokolwiek elementu Infrastruktury Sprzętowej przechodzi na Zamawiającego w chwili podpisania przez Strony protokołu odbioru danego Produktu. Z tą samą chwilą przechodzi na Zamawiającego własność Sprzętu oraz korzyści i ciężary z nim związane.” Zgodnie z opisanymi w Załączniku B do SIWZ Projekt umowy, w § 6.1 zasadami odbioru oraz ich rozwinięciem zawartym w załączniku nr 3 do wzoru umowy, pomiędzy fizycznym dostarczeniem Sprzętu do Zamawiającego a podpisaniem protokołu odbioru Sprzętu upłynie pewien okres czasu. W okresie tym Sprzęt znajduje się już w lokalizacji zamawiającego, poza kontrolą wykonawcy, jednakże zgodnie z powyższym zapisem punktu 6.1 całe ryzyko związane z jego przypadkową utratą lub uszkodzeniem nadal pozostaje po stronie wykonawcy. Dzieje się tak nawet mimo tego, że wykonawca nie ma żadnej faktycznej możliwości zabezpieczenia Sprzętu czy sprawowania nad nim pieczy. W związku z powyższym tak określona zasada prowadzi do rażącej dysproporcji stron umowy i naruszenia art. 5 K.c. oraz art. 353¹ K.c. w związku z art. 14 Pzp i art. 139 ust 1 Pzp.

Odwołujący wnosił o zmodyfikowanie powyższego postanowienia w ten sposób, że ryzyko przypadkowej utraty i uszkodzenia Sprzętu przechodzi na zamawiającego w momencie jego dostarczenia do zamawiającego.

Do zarzutu VI. 5. zamawiający odniósł się w następujący sposób:

Stwierdził, że nie może przejąć odpowiedzialności od momentu fizycznego pozostawienia sprzętu w jego siedzibie przed protokolem jego odbioru, natomiast ryzyko z tego tytułu wykonawca może zrównoważyć asekuracją w ramach umowy ubezpieczenie, której koszt może ująć w cenie oferty.

Stanowisko Izby: Izba uwzględniła argumentację zamawiającego. Przejście ryzyka utraty lub uszkodzenia przedmiotu, strony mogą ustalić w umowie. Zamawiający nie ma obowiązku dozorować sprzętu wykonawcy. Wykonawca może zminimalizować omawiane ryzyko ubezpieczeniem, którego koszty ujmie w cenie oferty. Własność rzeczy przechodzi po odbiorze, zatem ryzyko utraty rzeczy obciąża wykonawcę.

Zarzut VI.6. W załączniku B do SIWZ Projekt umowy, w § 11 w punkcie 11.1. zamawiający wskazał że: „ W przypadku, gdy którakolwiek ze Stron wyrazi chęć wprowadzenia zmiany w realizacji Przedmiotu Umowy, ta Strona przedłoży drugiej Stronie pisemną prośbę takiej zmiany wraz z uzasadnieniem, każda ze Stron będzie zobowiązana do rozważenia wniosku o zmianę, z tym zastrzeżeniem, że Wykonawca nie może odmówić zgody na wprowadzenie

zmiany, bez podania na piśmie szczególnie istotnego powodu.” Tak określona zasada oznacza, iż wykonawca podpisując umowę z automatu i bez zastrzeżeń przyjmuje niektóre z wniosków o zmianę jakie będą zaproponowane przez zamawiającego. Tym samym zamawiający powyższym zapisem dąży do jednostronnego narzucenia wykonawcy pewnych zmian umowy. Takie działanie stanowi naruszenie art. 5 K.c. oraz 353¹ K.c. w związku z art. 14 Pzp i art. 139 ust 1 Pzp. W związku z powyższym odwołujący wnosił o wykreślenie z SIWZ podkreślonej części zapisu.

Do zarzutu VI. 6. zamawiający odniósł się w następujący sposób:

Zamawiający stwierdził, że cytowany zapis dotyczy zmian nieistotnych bo wszystkie istotne muszą być aneksowane. Zmiana, która powodowałaby zmianę kosztów po stronie wykonawcy byłaby zmianą istotną, wymagającą obustronnej zgody na jej wprowadzenie.

Stanowisko Izby: Izba uwzględniła argumentację zamawiającego. Zamawiający nie może jednostronnie narzucić wykonawcy zmiany umowy, której ten by nie akceptował, uznając istotny charakter wnioskowanych zmian. Zamawiający wymaga jedynie, aby odmowa wykonawcy została umotywowana, co nie narusza żadnego prawa wykonawcy.

Zarzut VI. 7. W załączniku B do SIWZ Projekt Umowy, w § 13 w punkcie 13.11 zamawiający wprowadził zasadę niewypowiadalności licencji poza przypadkami określonymi w Umowie. Jednocześnie w Umowie zamawiający nie określił żadnych przypadków, w których takie prawo by przysługiwało wykonawcy lub osobie trzeciej. Takie ukształtowanie warunków przyszłej umowy poprzez odebranie wykonawcy i osobom trzecim możliwości wypowiedzenia umowy licencyjnej w przypadku naruszenia jej warunków lub w przypadku braku płatności ze strony zamawiającego wykracza dalece poza ramy zasady swobody umów i jako takie narusza art. 5 K.c. oraz art. 353¹ K.c. w związku z art. 14 Pzp i art. 139 ust 1 Pzp, w szczególności poprzez naruszenie zasad współżycia społecznego. W związku z powyższym odwołujący wnosił o wykreślenie z zapisu części dotyczącej niewypowiadalności licencji lub uzupełnienie zapisu postanowieniami dającymi możliwość wypowiedzenia udzielonych licencji w przypadku braku płatności, naruszenia warunków licencyjnych czy zaistnienia innych okoliczności wskazanych w warunkach licencyjnych na oprogramowanie standardowe lub oprogramowanie osób trzecich.

Do zarzutu VI. 7. zamawiający odniósł się w następujący sposób:

Zamawiający podkreślił, że umową cywilno-prawną nie można wyłączyć przepisów bezwzględnie obowiązujących w tym wypowiedzenia licencji, a w sytuacji nieuiszczenia opłat licencyjnych należności będą mogły być dochodzone na drodze cywilno – prawnej. Ponadto

są przepisy w Prawie autorskim zabezpieczające licencjonodawcę - wykonywania umowy przez licencjobiorcę wbrew warunkom udzielenia licencji.

Stanowisko Izby: Izba uwzględniła argumentację zamawiającego. Przypadki i skutki łamania praw autorskich i sankcje określa ustawa, zatem bez względu na regulacje Umowy wykonawca nie będzie pozbawiony ochrony w sytuacji, której się obawia, o czym stanowi art. 78, 79 a także przepisy karne ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz. U. Nr 90, poz. 631 z 2006 r.)

Zarzut VI. 8. W Załączniku B do SIWZ Projekt umowy, w § 13 punktach 13.6 i 13.14 zamawiający wskazał, iż przedmiotem zamówienia objęte jest odpowiednio udzielenie licencji na „wszystkich dostępnych polach eksploatacji” i przeniesienie praw autorskich na „wszystkich istniejących w dniu zawarcia Umowy polach eksploatacji”. Powyższy sposób określenia pól eksploatacji nie wyczerpuje dyspozycji określonej w art. 41 ust. 2 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych, zgodnie z którym: „Umowa o przeniesienie autorskich praw majątkowych lub umowa o korzystanie z utworu, zwana dalej "licencją", obejmuje pola eksploatacji wyraźnie w niej wymienione.” Powyższy opis zaproponowany przez zamawiającego w treści SIWZ, jak ocenił odwołujący, nie spełnia wymagania wyraźnego wymienienia pól eksploatacji co powoduje, że umowa może zostać uznana za nieważną, nie ujętym w polach eksploatacji wyraźnie wymienionych w Załączniku B do SIWZ Projektu Umowy.

W związku z powyższym odwołujący wnioskował o wykreślenie ze wskazanych punktów odniesień do „wszystkich pól eksploatacji”.

Do zarzutu VI. 8. zamawiający odniósł się w następujący sposób:

Zamawiający wyjaśniał, że w ust. 13.6 i 13.14 odnoszącym się do § 13 Umowy - praw autorskich literalnie i enumeratywnie zostały wskazane pola eksploatacji, na których licencja będzie wykorzystywana bądź autorskie prawa majątkowe w zależności od obszaru określonego w tych punktach. Zatem przywoływane postanowienia wzoru Umowy stanowią literalne odniesienie się do art. 41 ustawy Prawo autorskie. W rekomendacjach UZP dla zamówień na systemy informatyczne zaleca się aby umowa z wykonawcą obejmowała obowiązek przeniesienia praw autorskich do całego zakupionego systemu. Tego rodzaju klauzule - jak posłużył się zamawiający we wzorze umowy są powszechnie obowiązujące.

Stanowisko Izby: Izba uwzględniła argumentację zamawiającego. w ust. 13.6 i 13.14 odnoszącym się do § 13 umowy - praw autorskich literalnie i enumeratywnie zostały wskazane pola eksploatacji, na których licencja będzie wykorzystywana w zależności od

obszaru określonego w tych punktach. Czyli sformułowanie odnosi się do treści art. 41 ust. 2 ustawy Prawo autorskie i jest poprawne.

Zarzut VI.9. W załączniku B do SIWZ Projekt Umowy, w § 13 w punkcie 13.26 zamawiający określił że: „Wykonawca zobowiązuje się (bezwzględnie i nieodwołalnie), na wypadek zgłoszenia przez zamawiającego potrzeby uzyskania licencji lub nabycia praw autorskich do jakichkolwiek utworów na innych/nowych polach eksploatacji niż określone w Umowie, do zawarcia, w terminie 14 dni od dnia otrzymania żądania przez Wykonawcę, odpowiedniej umowy w odniesieniu do tych pól eksploatacji.” Powyższe postanowienie oznacza, iż na etapie składania oferty wykonawca ma przyjąć na siebie zobowiązanie do udzielenia przyszłych licencji na bliżej nieokreślone utwory oraz na bliżej nieokreślonych polach eksploatacji. Tak określone zobowiązanie wykracza poza zasady swobody umów określonej w art. 353¹ K.c. w związku z art. 14 Pzp i art. 139 ust 1 Pzp i stanowi także naruszenie art. 5 K.c. w związku z art. 14 Pzp i art. 139 ust. 1 Pzp. Szczególnie podkreślił, iż co do oprogramowania osób trzecich wykonawca może nie mieć nawet uprawnienia do dokonywania wskazanego w punkcie 13.26 rozporządzenia, tym samym wykonanie takiego zobowiązania może nie być możliwe co prowadzi do stwierdzenia iż wskazany zapis SIWZ narusza także art. 387 K.c. w związku z art. 14 i art. 139 ust. 1 Pzp.

Do zarzutu VI. 9. zamawiający odniósł się w następujący sposób:

Zamawiający podnosił, że chodzi o te same utwory i te same prawa autorskie czy prawa licencyjne ale jedynie dotyczy to nowych pól eksploatacji np. mógłby się pojawić jakiś nowy nośnik, nowy sposób rozpowszechniania informacji, do których zamawiający chciałaby mieć dostęp. Podpisując przy tym odrębną umowę z odrębną odpłatnością z wykonawcą. To postanowienie ma charakter umowy przyrzeczenia albowiem na moment podpisania umowy takie nowe pole eksploatacji nie są znane.

Stanowisko Izby: Izba uwzględniła argumentację zamawiającego. Wymóg zawarty w § 13.26 objęty zarzutem VI.9 ma charakter promesy a nie realnego zobowiązania w stosunku do programów i licencji, do których służą prawa własne wykonawcy, czy do utworów z których korzysta na prawach licencji. Dotyczy to nowych pól eksploatacji tych samych dostarczonych utworów, gdyż nie jest wykluczone pojawienie się np. nowego nośnika, nowego sposobu rozpowszechniania informacji, do których zamawiający chciałaby mieć dostęp uzasadniony celami zamawianego Systemu -podpisując przy tym odrębną umowę z odrębną odpłatnością z wykonawcą.

Zarzut VI. 10. Wskazany w załączniku B do SIWZ Projekt umowy, w § 14 w punkcie 14.1 zakres informacji objętych poufnością obejmuje także treść Umowy, która na gruncie

przepisów Pzp jest jawna. Zamawiający w punkcie 17.9 w Załączniku B do SIWZ wprowadził karę umowną z tytułu naruszenia tak określonej poufności w wysokości 100.000,00 PLN. Powyższe postanowienia wykraczają poza zasadę swobody umów i tym samym naruszają art. 353¹ K.c. w związku z art. 14 Pzp i art. 139 ust 1 Pzp i stanowią także naruszenie art. 5 K.c. w związku z art. 14 Pzp i art. 139 ust. 1 Pzp a także naruszają art. 8 ust. 1 Pzp, który stanowi o jawności postępowania oraz art. 139 ust 3 Pzp, który stanowi o jawności umów w sprawach zamówień publicznych. Powyższą interpretację potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, w tym wyrok z dnia 19 września 2011 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1918/11: *„Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest jawne, a w tym i sama umowa jest jawna, co wynika z art. 8 ust. 1 p.z.p. W związku z tym nakładanie przez zamawiającego na wykonawcę, obowiązku zachowania poufności jest naruszeniem tego przepisu. Również postanowienia umowy o nakładaniu kar umownych za naruszenie klauzuli poufności kontraktu nie mogą być uznane za realizację praw zamawiającego. ”*

W związku z powyższym odwołujący wnosił o wykreślenie punktu 17.9 z Załącznika B do SIWZ oraz odpowiednie dostosowanie zakresu poufności, tak by nie obejmował on informacji jawnych na podstawie art. 8 ust. 1 Pzp oraz art. 139 ust 3 Pzp

Do zarzutu VI. 10. zamawiający odniósł się w następujący sposób:

Zamawiający podnosił, że kwestionowany przez odwołującego zapis odnosi się do informacji związanych z realizacją umowy. Niektóre dane są wrażliwe i objęte regulacją ustawy o ochronie danych niejawnych, a osoby mające dostęp do tych danych muszą mieć certyfikaty bezpieczeństwa co było zaznaczane na etapie wniosków i było zamieszczone w ogłoszeniu. Zamawiający potwierdził, że umowa jest jawna i będzie jawna. Została podana definicja informacji chronionych i zamawiający podtrzymał, że treść umowy jest jawna i będzie jawna natomiast inną kwestią jest ochrona danych, które wykonawca może powziąć przy wykonywaniu umowy. Zamawiający potwierdził, że za ujawnienie treści umowy nie stosuje się kary w wysokości 100 tys. zł podanej w pkt 17 Zał. B.

Stanowisko Izby: Izba uwzględniła argumentację zamawiającego, który poufnością obejmuje inne informacje uzyskane przy wykonywaniu umowy. Zachowanie poufności nie dotyczy samej umowy, a informacji nie mających charakteru jawnego, o których wykonawca powziął wiadomość w związku z wykonywaniem Umowy. Zarzut bezpodstawny.

Zarzut VI.11. W załączniku B do SIWZ w § 17 zamawiający określił szereg kar umownych. Wysokość tych kar jest bardzo wysoka, oraz ich wartość jest określana w oparciu o łączną wartość wszystkich świadczeń, co powoduje że brak jakiegokolwiek adekwatności pomiędzy naruszeniem a wysokością kary. W tym kontekście, odwołujący stwierdził, iż stosowanie

przez zamawiającego kar za jednostkowe naruszenie rzędu 30% całkowitej wartości umowy jest rażącym naruszeniem art. 353¹ K.c. w związku z art. 14 Pzp i art. 139 ust 1 Pzp i stanowi także naruszenie art. 5 K.c. w związku z art. 14 Pzp i art. 139 ust. 1 Pzp. Na nieadekwatność podobnych zapisów wskazał orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, wyrok z dnia z dnia 22 marca 2011 r. Krajowa Izba Odwoławcza w sprawie o sygn. akt KIO 475/11 stwierdziła: *„Opisany przez Zamawiającego mechanizm naliczania kar umownych przewidywał naliczanie kar umownych od wartości całej umowy. Izba podzieliła stanowisko Odwołującego, że kara umowna to surogat odszkodowania i zasadniczo powinna być ustalana na poziomie odzwierciedlającym wysokość ewentualnej szkody. Tymczasem zastosowany przez Zamawiającego mechanizm naliczania kar umownych od całej wartości umowy mógłby znaleźć zastosowanie także w przypadku zwłoki w dostawie urządzeń o małej wartości, które również wchodzą w skład przedmiotu zamówienia. Takie ukształtowanie stosunku prawnego w ocenie Izby stanowi nadużycie przyznanego Zamawiającemu prawa podmiotowego. Za uzasadnione należy uznać żądanie Odwołującego, aby kary umowne za zwłokę w dostawie poszczególnych urządzeń obliczane były w stosunku procentowym nie do wartości całego zamówienia, lecz w stosunku do tego elementu zamówienia, z dostawą którego wykonawca popadł w zwłokę.”*

W związku z powyższym odwołujący wnioskował o modyfikację zapisów SIWZ dotyczących kar umownych poprzez proporcjonalne odniesienie wysokości konkretnych kar do wysokości wynagrodzenia z tytułu świadczeń jakich kary te dotyczą.

Do zarzutu VI. 11. zamawiający odniósł się w następujący sposób:

Zamawiający podnosił, że odwołujący nie konkretyzuje jakie zapisy umowy, paragrafu dotyczącego kar umownych kwestionuje. Zamawiający określił maksymalną sumaryczną kwotę kar wynoszącą nie więcej niż kwota netto umowy, ale to wówczas gdy nie doszłoby do konsumpcji Systemu i zamawiający musiałby zwrócić środki z odsetkami. Niektóre kary zostały kwotowo określone np. 20 tys. za zwłokę ponad limit czasowy przewidziany na usunięcie usterki. Zamawiający zaprzeczał aby taki sposób liczenia kar był niezgodny z przepisami K.c.

Stanowisko Izby: Izba uwzględniła argumentację zamawiającego. Podstawą do naliczenia kary może być wartość umowy, jak i wartość części prac, które np. zostały wykonane ze zwłoką. Pozostaje to kwestią umowną, co prawo dopuszcza, tzn. zarówno jeden jak i drugi sposób liczenia kar. Kara aby mogła być dolegliwa w stopniu dopingującym wykonawcę do dotrzymania warunków umowy – musi stanowić taką uciążliwość finansową, której wykonawcy nie będzie opłacało się ponosić, np. opóźniając prace, czy usunięcie usterki. Przekonanie odwołującego, że kara umowna powinna być liczona od wartości tej części

umowy której kara dotyczy, nie miało znaczenia. Odwołujący w zarzucie 11 odnosił się do § 17 natomiast w trakcie rozprawy odwołał się do postanowień § 19 umowy, który nie był objęty zarzutem odwołania.

VII. Zarzuty dotyczące żądania próbki polegającej na wykonaniu prototypu systemu, co stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp, art. 25 Pzp oraz przepisów Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. z 2009 r. Nr 226 poz. 1817) dalej zwanego „rozporządzeniem”.

Zarzut. VII. 1. Zgodnie z przepisami rozporządzenia zamawiający jest uprawniony do żądania od wykonawcy próbki. Próbką w rozumieniu wskazanego rozporządzenia jest jakiś egzemplarz istniejącego już produktu. Tym samym w oparciu o przepisy ustawy Pzp i przepisy rozporządzenia nieuprawnione, w ocenie odwołującego jest wymaganie przedstawienia próbki, którą wykonawca miałby dopiero wykonać, tym bardziej gdy wymagania dotyczące próbki i jej rozmiaru nakładają na potencjalnego wykonawcę wytworzenia jako próbki prototypu danego rozwiązania informatycznego. W przedmiotowym przetargu zamawiający w rozdziale 5 punkt 4 SIWZ wymagał dołączenia do oferty próbki przygotowanej i przekazanej zgodnie z procedurą określoną w załączniku D do SIWZ. Zakres wymaganej przez zamawiającego próbki powoduje, iż wykonawca chcąc przedstawić próbkę jest zmuszony do przygotowania na własny koszt i ryzyko prototypu systemu jaki chce zaoferować. Dodatkowo wskazał, że wyznaczony przez zamawiającego czas na przedstawienie próbki nie zapewnia wykonawcy możliwości jej opracowania w zakresie wskazanym w SIWZ i w sposób nieuzasadniony może promować wykonawców, którzy już dysponują podobnymi rozwiązaniami. Postanowienia SIWZ w zakresie dotyczącym próbki w ocenie odwołującego naruszają art. 7 ust. 1 Pzp, gdyż mogą prowadzić do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, oraz naruszenie art. 25 Pzp i przepisów rozporządzenia poprzez żądanie w ramach próbki produktu, który wykracza poza pojęcie próbki. Przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 lutego 2008 r. w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 70/08 w którym skład orzekający izby stwierdził: *„Zamawiający zażądał w sekcji II. 1.5 ogłoszenia przedstawienia próbki w postaci nośnika elektronicznego CD lub DVD przygotowanego zgodnie z opisem w rozdziale VI specyfikacji. Film ma pokazywać funkcjonalność systemu, który ma być dopiero wykonany w ramach realizacji zamówienia. Krajowa Izba Odwoławcza przychyliła się do stanowiska Odwołującego, że takie postanowienie jest sprzeczne z pojęciem słowa „próbka”. Próbką może być jeden egzemplarz towaru produkowany w większych ilościach np. cegła. Celem takiej próbki jest*

zapoznanie się Zamawiającego z tym co ma być przedmiotem wykonania zamówienia. Dostarczenie filmu nie pozwala na zapoznanie się z systemem, który zostanie wykonany dla Zamawiającego, a pozwala tylko pokazać, że wykonawca wykonał jakiś system. Żądanie takiej próbki byłoby dopuszczalne, gdyby przedmiotem zamówienia było istniejące oprogramowanie, a w szczególności oprogramowane standardowe, powtarzalne, np. system operacyjny Windows. Natomiast przedmiotem zamówienia jest budowa prototypu. Dostarczenie próbki zobowiązywałoby wykonawcę do sporządzenia fragmentu funkcjonalności prototypu jeszcze przed złożeniem oferty. Wykonawca może zaprezentować system informatyczny, ale tylko gdy on już istnieje np. system obiegu dokumentów. Postawienie takiego warunku może być zasadne w już istniejących systemach, a nie w przypadku opracowania prototypu nowego systemu. ”

W związku z powyższym odwołujący wnosil o usunięcie wymagań dotyczących próbki i konieczności jej przedstawienia wraz z ofertą lub zmianę wymagań i scenariuszy testowych w sposób umożliwiający złożenie próbki w oparciu o produkty standardowe w sposób zapewniający spełnienie technologicznych kryteriów równoważności.

Do zarzutu VII. 1. zamawiający odniósł się w następujący sposób:

Zamawiający podał, iż w OPZ jest ponad 800 wymagań w ogóle, a 120 dotyczących danych przestrzennych. Próbka dotyczy 2 obszarów danych przestrzennych i przetwarzania procesami. Do próbki wytypowano 7 scenariuszy, które dadzą się zrealizować na etapie złożenia oferty. Zamawiający oświadczył, że możliwość wykonania takiej próbki przetestował na kilku istniejących na rynku rozwiązaniach, zarówno komercyjnych jak i na oprogramowaniach otwartych. Używał standardowych rozwiązań nie dokonując ich modyfikacji i uważa, że jest możliwe wykonanie próbki na etapie złożenia oferty i nie wymaga to przygotowania prototypu systemu. Zamawiający stwierdził, iż na przygotowanie takiej próbki nie jest wymagane dużo czasu, jest to czas rzędu godzin. Wykonawca będzie zobowiązany dostarczyć zamawiającemu notebook z oprogramowaniem pozwalającym na prezentację próbki z wgranym scenariuszem.

Stanowisko Izby: Izba uwzględniła argumentację zamawiającego. To co wykonawca powinien przedstawić w postaci próbki jest oparte na standardowych komponentach. Wszyscy wykonawcy, którzy ubiegali się o dopuszczenie do tego postępowania musieli legitymować się rozwiązaniami informatycznymi geoprzestrzennymi, zatem zamawiający mógł założyć, że wykonawcy posiadają takie rozwiązania, gdyż próbka dotyczy 2 obszarów danych przestrzennych i przetwarzania procesami, według wytypowanych 7 scenariuszy, które dadzą się zrealizować na etapie złożenia oferty. Odnośnie próbki, tylko odwołujący zakwestionował to wymaganie, pozostałych trzech wykonawców nie wnosilo uwag. Próbka

nie stanowi opracowania prototypu, gdyż wersja pilotażowa jest przewidziana w projekcie. Odwołujący nie zaprzeczył, iż wykonanie tej próbki jest możliwe. Stanowisko, że wykonawca musi wytworzyć gotowy produkt, aby zaprezentować próbkę nie znajduje uzasadnienia, ma bowiem zaprezentować ściśle opisane funkcjonalności.

Powyższe stanowisko w odniesieniu do poszczególnych zarzutów odwołania Izba podjęła w oparciu o ocenę przeprowadzonych dowodów: z ogłoszenia o zamówieniu, z protokołu postępowania z załączonymi dokumentami, specyfikacji istotnych warunków zamówienia z załącznikami. Nadto Izba rozważyła argumenty pełnomocników stron, przedstawione do protokołu rozprawy.

Izba zważyła, co następuje.

Odwołujący, Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o. wykazał legitymację do wniesienia odwołania jako podmiot zaproszony do złożenia oferty, skoro wskazywał, że sprzeczne z przepisami ustawy Pzp sformułowania zawarte w SIWZ godzą w jego interes i mogą spowodować, iż nie będzie on w stanie albo w ogóle złożyć oferty, albo też nie będzie w stanie zaproponować konkurencyjnej ceny i w konsekwencji pozbawiony zostanie możliwości uzyskania zamówienia – i może ponieść szkodę majątkową.

Przechodząc do podstaw rozstrzygnięcia sprawy, przy dokonanych wyżej ustaleniach na podstawie dopuszczonego materiału dowodowego sprawy, opisanego również w uzasadnieniu wyroku w sprawie KIO 1476/12, w tym odnoszącego się do skarżonych postanowień SIWZ, Izba uznała, że brak podstaw, aby przypisać zamawiającemu naruszenie wskazywanych przez odwołującego przepisów ustawy Pzp, tj. art. 7, art. 8, art. 29 ust. 1 i 2, art. 36 ust. 5, art. 38 ust. 4b, art. 91. W szczególności dokonany opis przedmiotu zamówienia należało uznać za pełny i skonkretyzowany. Izba nie stwierdziła, aby opis ten stwarzał dla oznaczonego kręgu wykonawców jakiegokolwiek niedopuszczalne preferencje. Postępowanie dowodowe nie wykazało również, aby któregokolwiek z kwestionowanych odwołaniem wymogów, zamawiający nie potrafił wytłumaczyć swymi uzasadnionymi potrzebami. Przywoływane przez odwołującego naruszenie oznaczonych przepisów Kodeksu cywilnego – nie zostało również wykazane. Dokonany opis przedmiotu zamówienia wynika z odrębnych opracowań analitycznych wytworzonych na potrzeby niniejszego postępowania na opracowanie i wytworzenie systemu ISOK, w szczególności z uwagi na konieczność zachowania komplementarności wymiany danych i kompatybilności rozwiązań z odrębnymi systemami, z którymi będzie współpracował i w swych założeniach ogólnych podanych w ogłoszeniu, nie był kwestionowany. Izba uznała

zatem, że wymagania zamawiającego nie są nadmierne i wynikają z uzasadnionych potrzeb. Odwołanie na postanowienia SIWZ złożyło 2 wykonawców spośród 4 zaproszonych. Zarzuty obydwu odwołań jedynie w pewnej części są zbieżne i to z odmiennym uzasadnieniem. W części interesy obydwu odwołujących, prezentowane w odwołaniach i ich żądania były sprzeczne – w odniesieniu do producentów sprzętu i oprogramowania. Z powyższego wynika, że w oparciu o SIWZ w obecnym kształcie złożenie oferty jest możliwe. Ryzyko natomiast jest immanentną cechą każdej działalności gospodarczej. W tym przypadku, ze względu na złożony charakter zamówienia, długotrwały okres realizacji, ryczałtowy charakter wynagrodzenia - istotnie ma charakter znaczący. Izba wzięła jednak pod uwagę, że do etapu składania ofert dostali się wykonawcy, którzy w największym stopniu wykazali się wiedzą i doświadczeniem w realizacji tego typu zamówień, jak na system informatyczny ISOK. Biorąc zatem pod uwagę pewną zbieżność uwarunkowań, przy realizacji referencyjnych kontraktów, były podstawy do założeń, iż wykonawcy będą wiedzieli jak skalkulować cenę oferty, aby była ona konkurencyjna.

Zamawiający w piśmie datowanym na 18 lipca 2012 r., złożonym na rozprawie częściowo uwzględnił wprawdzie zarzuty odwołania, uznając za celowe przeprowadzenie pewnych modyfikacji SIWZ – w sposób jaki sam uznawał za stosowny i nieodpowiadający w pełni żądaniom wykonawcy Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o., przedstawionym w odwołaniu. Finalnie odwołujący oświadczył jednak, że nie uwzględnia żadnych zarzutów i żądań odwołującego Hewlett-Packard oraz wnosił o oddalenie odwołania w całości. Oświadczenia zamawiającego kierowane były do Izby. Izba za ostateczne stanowisko zamawiającego, przyjęła przedstawione do protokołu, iż nie uwzględnił on zarzutów wykonawcy Hewlett-Packard i wnosi o oddalenie odwołania. Strona postępowania odwoławczego jest uprawniona, aby konkretyzować swoje stanowisko w toku rozprawy, wyłączając jednak rozszerzanie zarzutów i przedstawianie nowych zarzutów przez odwołującego. Ponadto, za uwzględnienie zarzutu należy przyjmować takie oświadczenie zamawiającego, w którym uwzględnia on w całości zarzut przedstawiony w odwołaniu i zobowiązuje się wykonać czynność w żądany przez wykonawcę sposób, a nie w inny sposób - poczytywany przez zamawiającego za właściwy.

W tym stanie rzeczy, skoro dokonana jak wyżej ocena Izby, nie potwierdziła naruszenia żadnego ze wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy Pzp, oraz wyszczególnionych przepisów K.c. w związku z art. 14 i 139 Pzp - nie było podstaw do uwzględnienia odwołania i nakazania zamawiającemu wprowadzenie żądanych przez odwołującego zmian we wskazanych postanowieniach SIWZ, mających ułatwić wykonawcy Hewlett-Packard złożenie oferty, które w większym stopniu uwzględniałaby jego interesy, niż

wynika to obecnego brzmienia SIWZ. Izba nie stwierdziła również, aby kwestionowane wymagania nie wynikały z uzasadnionych potrzeb zamawiającego, podyktowanych ogólnymi założeniami systemu ISOK, warunkami realizacji, znajdującymi wsparcie w odnośnych aktach prawnych i umowach dotyczących finansowania projektu.

Wobec kontrydiktoryjności postępowania odwoławczego, stanowisko Izby było wypadkową oceny dowodów oraz argumentacji stron. Sprowadzało się do ustaleń, że opis przedmiotu zamówienia był pełny i konkretny, a wymagania wynikają z uzasadnionych potrzeb zamawiającego i nie naruszają równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Natomiast rozpatrzenie pełnego zrównoważenia interesów stron, pozostaje poza kognicją Izby, bowiem Izba nie pełni funkcji mediacyjnej, a jedynie weryfikuje czynności zamawiającego pod względem przestrzegania obowiązującego wzorca postępowania o udzielenie zamówienia publicznego opisanego w ustawie Pzp. Stanowisko Izby, nie zwalnia zamawiającego od zrewidowania postanowień SIWZ, w odniesieniu do zgłaszanych przez wykonawców pytań i postulatów, aby w rezultacie - ostatecznie ukształtowane postanowienia SIWZ, przyniosły skutek w postaci złożenia kilku konkurencyjnych ofert. Szkodliwa dla interesu publicznego byłaby sytuacja unieważnienia postępowania, gdy żaden z wykonawców zaproszonych nie zdecydowałby się na złożenie oferty, lub cena przewyższała możliwości zamawiającego. Informatyczny system osłony kraju przed nadzwyczajnymi zagrożeniami (ISOK) jest bowiem istotny z punktu widzenia zaspakajania potrzeb społecznych.

W tym stanie rzeczy Izba oddaliła odwołanie, o czym orzekła na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp. Odwołanie został oddalone, kosztami postępowania należało więc obciążyć odwołującego. Izba zasądziła od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3 600,00zł tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, na podstawie § 3 pkt 2b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....

