

Sygn. akt: KIO 3517/21

WYROK

z dnia 15 grudnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 grudnia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 grudnia 2021 r. przez wykonawcę GISPartner Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu przy ul. Długosza 60 (51-162 Wrocław) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Skarb Państwa – Urząd Komunikacji Elektronicznej z siedzibą w Warszawie przy ul. Giełdowej 7/9 (01-211 Warszawa)

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w części dotyczącej zarzutu odnoszącego się do treści pkt 3.4 załącznika nr 10 do specyfikacji warunków zamówienia – tj. wzoru umowy i nakazuje zamawiającemu modyfikację treści ww. punktu oraz w razie potrzeby innych postanowień wzoru umowy, która dopuści zmianę wysokości wynagrodzenia w sytuacji, gdy zakres zobowiązań wykonawcy i specyfikacja systemu ulegną zmianie w wyniku prac nad Analizą Przedwdrożeniową, jeśli wykonawca wykaże zamawiającemu, że zmiany przyjęte w Analizie Przedwdrożeniowej okażą się niezbędne i jednocześnie nie mogły być przewidziane na etapie opracowywania oferty, a uzasadniać będą podwyższenie wynagrodzenia.
2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.
3. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę GISPartner Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu w części 3/4 oraz zamawiającego Skarb Państwa – Urząd Komunikacji Elektronicznej z siedzibą w Warszawie w części 1/4 i:
 - 3.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę GISPartner Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną tytułem wynagrodzenia pełnomocnika ww. wykonawcy;
 - 3.2. zasądza od zamawiającego Skarbu Państwa – Urzędu Komunikacji Elektronicznej z siedzibą w Warszawie na rzecz wykonawcy GISPartner Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu kwotę w wysokości 4 650 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćset pięćdziesiąt złotych zero groszy) stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami postępowania odwoławczego poniesionymi dotychczas przez ww. wykonawcę, a kosztami postępowania za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:.....

Syqn. akt:KIO 3517/21

Uzasadnienie

Skarb Państwa – Urząd Komunikacji Elektronicznej z siedzibą w Warszawie zwany dalej: „zamawiającym”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej: „Pzp” pn.: *Zaprojektowanie, budowa, dostarczenie i wdrożenie Rozbudowy Systemu informatycznego pn. Punkt Informacyjny ds. Telekomunikacji oraz świadczenie usług wsparcia, asysty przy zbieraniu danych i rozwoju o numerze: BA.WZP.26.46.2021*, zwane dalej: „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 23 listopada 2021 r., pod numerem: 2021/S 277-597886.

Spadunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są usługi, jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.

W dniu 3 grudnia 2021 r. wykonawca GISPartner Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (zwany dalej: „odwołującym”) wniósł odwołanie od:

- 1) specyfikacji warunków zamówienia, a to ust. 3 pkt 3.4 oraz ust. 26 pkt 26.2 ppkt 26.2.1-26.2.7 i 26.2.12 w związku z punktem 26.3 Załącznika nr 10 do SWZ Wzór Umowy, zgodnie z którymi:

- a) zamawiający założył, że zakres zobowiązań wykonawcy i specyfikacja systemu mogą ulec zmianie w wyniku prac nad Analizą Przedwdrożeniową, przy jednoczesnym nałożeniu na wykonawcę zobowiązania do wykazania zamawiającemu, że zmiany zakresu ww. zobowiązań przyjęte w Analizie Przedwdrożeniowej, są niezbędne i nie mogły być przewidziane na etapie opracowywania oferty oraz do przedstawienia ich uzasadnionej i rzetelnej wyceny, przyjmując jednocześnie, że zmiany te nie mogą wpływać na wysokość wynagrodzenia, co oznacza, że wykonawca zrealizuje powyższe zmiany w ramach wynagrodzenia przyjętego w dniu podpisania umowy;

- b) zamawiający zgodnie z pkt 26.3 Wzoru Umowy określił, że jedynie zmiana przewidziana w podpunktach 26.2.8-26.2.11 może skutkować zwiększeniem wysokości wynagrodzenia wykonawcy wskazując jednocześnie wprost, że pozostałe zmiany nie mogą w żadnym przypadku stanowić podstawy do zwiększenia wysokości wynagrodzenia wykonawcy, podczas gdy te przesłanki to między innymi zmiana warunków technicznych, czy wzrost ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją Umowy (ppkt 26.2.12.);

- 2) specyfikacji warunków zamówienia, a to ust. 10 pkt 10.1 i 10.2 Wzoru umowy w związku z ust. 9 Opisu przedmiotu zamówienia, w zakresie w jakim zamawiający narzuca wykonawcom wykonanie przedmiotu zamówienia przy wykorzystaniu oprogramowania Open Source, bez możliwości realizacji zamówienia przy wykorzystaniu

oprogramowania standardowego, licencjonowanego na standardowych zasadach określonych przez producentów tego oprogramowania, lub opisanych przez zamawiającego jednak bez obowiązku udzielania licencji otwartej;
3) specyfikacji warunków zamówienia, a to ust. 12 pkt 12.9-12.11 Wzoru Umowy, w których zamawiający przewidział możliwość narzucenia wykonawcy zobowiązania do wykonania zamówienia w liczbie godzin oraz czasie określonym przez biegłego powołanego przez zamawiającego.

Odwolujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 99 ust. 1 Pzp przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, a przez to uniemożliwiający wykonawcom należyte skalkulowanie ceny oferty;
- 2) art. 16 pkt 1-3 Pzp przez opisanie przedmiotu zamówienia bez dopuszczenia realizacji zamówienia przy wykorzystaniu oprogramowania standardowego licencjonowanego przez producentów tego oprogramowania na zasadach innych niż oprogramowanie Open Source, narzucając wykonawcom wykonanie zamówienia przy wykorzystaniu oprogramowania Open Source, a tym samym w sposób utrudniający uczciwą konkurencję i naruszający równe traktowanie wykonawców;
- 3) art. 99 ust. 1 Pzp oraz art. 353¹ Kodeksu cywilnego w związku z art. 8 ust. 1 Pzp przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący w zakresie:
 - a) Prawa Opcji/Usług Rozwoju, przewidując możliwość narzucenia wykonawcy zobowiązania do wykonania zamówienia w liczbie godzin oraz czasie określonym przez biegłego, czyli przy ograniczeniu swobody wykonawcy co do wyceny przedmiotu zamówienia, czyli w sposób wyłączający możliwość ułożenia przez wykonawcę stosunku prawnego według uznania wykonawcy, w tym w szczególności w zakresie *essentialia negotii* Prawa Opcji/Usług Rozwoju, czyli określenia pracochłonności, a co za tym idzie wynagrodzenia wykonawcy i terminu realizacji zamówienia;
 - b) braku możliwości podwyższenia wysokości wynagrodzenia wykonawcy w przypadkach opisanych w punktach 26.2.1-26.2.7 i 26.1.12;
- 4) art. 439 Pzp przez niewprowadzenie do Wzoru Umowy w przedmiotowym postępowaniu, obejmującym usługi, zawieranej na okres dłuższy niż 12 miesięcy, postanowień dotyczących zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, wobec wprowadzenia postanowienia ust. 26 pkt 26.3 Wzoru Umowy, który przewiduje, że zmiany przewidziane w pkt 26.2 (z wyjątkiem ppkt 26.2.8-26.2.11) w żadnym przypadku nie mogą stanowić podstawy do zwiększenia wysokości wynagrodzenia wykonawcy, co stoi wprost w sprzeczności z ww. przepisem art. 439 Pzp.

W związku z postawionymi zarzutami odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu modyfikacji treści specyfikacji warunków zamówienia poprzez doprowadzenie ich postanowień do zgodności z ustawą, w tym przez:

- 1) usunięcie w ust. 3 pkt 3.4 Wzoru umowy, względnie takiej jego zmiany, która dopuści zmianę wysokości wynagrodzenia w sytuacji, gdy zakres zobowiązań wykonawcy i specyfikacja systemu ulegną zmianie w wyniku prac nad Analizą Przedwdrożeniową, jeśli zmiany przyjęte w Analizie Przedwdrożeniowej, które są niezbędne i które nie mogły być przewidziane na etapie opracowywania oferty, uzasadniać będą podwyższenie wynagrodzenia;
- 2) modyfikację Wzoru Umowy i Opisu Przedmiotu Zamówienia w sposób dopuszczający wykonanie przedmiotu zamówienia przy wykorzystaniu oprogramowania standardowego (tzw. COTS) licencjonowanego na standardowych zasadach określonych przez producentów tego oprogramowania, lub opisanych przez zamawiającego jednak bez obowiązku udzielania licencji otwartej, w tym w szczególności poprzez modyfikację ust. 10 Wzoru Umowy i ust. 9 Opisu Przedmiotu Zamówienia, w sposób dopuszczający realizację przedmiotu zamówienia przy wykorzystaniu oprogramowania standardowego, licencjonowanego na standardowych zasadach określonych przez producentów tego oprogramowania, lub opisanych przez zamawiającego jednak bez obowiązku udzielania licencji otwartej;
- 3) usunięcie w ust. 12 pkt 12.9-12.11 Wzoru umowy;
- 4) modyfikację postanowień Wzoru Umowy przez wykreślenie w ust. 26 pkt 26.3 Wzoru umowy zdania *Zmiany nie mogą w żadnym przypadku stanowić podstawy do zwiększenia wysokości Wynagrodzenia Wykonawcy, z zastrzeżeniem Artykułu 26.2.8, 26.2.9, 26.2.10 i 26.2.11.*, przy wprowadzeniu postanowienia Umowy, zgodnie z którym zmiany Umowy będą mogły skutkować zwiększeniem wysokości wynagrodzenia wykonawcy, w szczególności w okolicznościach przewidzianych w podpunkcie 26.2.12 i 26.1.

Odwolujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, bowiem jest podmiotem uprawnionym i zdolnym do wykonania przedmiotu zamówienia. Uchybienia zamawiającego naruszające przepisy ustawy – zdaniem odwołującego – uniemożliwiają mu złożenie oferty. W konsekwencji może on ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego powołanych przepisów ustawy, wynikającą z braku możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Odnosnie pierwszego zarzutu odwołujący wskazał, że zamawiający w przygotowanym Wzorze Umowy, w ust. 3 pkt 3.4 Załącznika nr 10 do specyfikacji warunków zamówienia (zwanej dalej: „SWZ”) Wzór Umowy, założył, że zakres zobowiązań wykonawcy i specyfikacja systemu mogą ulec zmianie w wyniku prac nad Analizą Przedwdrożeniową, przy jednoczesnym nałożeniu na wykonawcę zobowiązania do wykazania zamawiającemu, że zmiany zakresu ww. zobowiązań przyjęte w Analizie Przedwdrożeniowej, są niezbędne i nie mogły być przewidziane na etapie opracowywania oferty oraz do przedstawienia ich uzasadnionej i rzetelnej wyceny, przyjmując jednocześnie, że zmiany te nie mogą wpływać na wysokość wynagrodzenia, co oznacza że wykonawca zrealizuje powyższe zmiany w ramach wynagrodzenia przyjętego w dniu podpisania umowy. Zdaniem odwołującego, wykonawca kalkulując cenę oferty nie jest w stanie przewidzieć jakie skutki przyniesie przeprowadzenie Analizy Przedwdrożeniowej, przyjęcie jednak przez zamawiającego z góry, że zakres zobowiązań wykonawcy i specyfikacja systemu mogą się zwiększyć/ulec rozszerzeniu bez jednoczesnej zmiany wynagrodzenia nie pozwala wykonawcom na należyte skalkulowanie ceny oferty. Tym samym uznać należy, że przedmiot zamówienia został opisany przez zamawiającego niejednoznacznie i niewyczerpująco, co narusza wskazane na wstępie odwołania przepisy.

W zakresie zarzutu z pkt 2, odwołujący wyjaśnił, że w ust. 10 pkt 10.1 i 10.2 Wzoru umowy w związku z ust. 9 Opisu przedmiotu zamówienia zamawiający narzuca wykonawcom wykonanie przedmiotu zamówienia przy wykorzystaniu oprogramowania Open Source, bez możliwości realizacji zamówienia przy wykorzystaniu oprogramowania standardowego, licencjonowanego na standardowych zasadach określonych przez producentów tego oprogramowania, lub opisanych przez zamawiającego jednak bez obowiązku udzielania licencji otwartej. Powyższe w sposób istotny utrudnia uczciwą konkurencję i narusza równe traktowanie wykonawców, którzy dysponują odpowiednim doświadczeniem i zasobami w postaci oprogramowania standardowego (tzw. COTS – commercial off-the-shelf), pozwalającego na należyte wykonanie zobowiązań, jednak bez obowiązku udzielania licencji otwartej przewidzianej w Oprogramowaniu Open Source.

Odwolujący wskazał, że zamawiający w definicjach we Wzorze Umowy przewidział definicję „Standardowego Oprogramowania Systemowego” i „Standardowego Oprogramowania Aplikacyjnego”, jednak w całym Wzorze Umowy i w Opisie Przedmiotu Zamówienia w żaden sposób zamawiający nie określił możliwości jego wykorzystania, co więcej zamawiający w ogóle wykluczył możliwość zastosowania oprogramowania standardowego.

Jeśli chodzi o kolejny zarzut odwołujący uzasadnił, że w SWZ, a to ust. 12 pkt 12.9-12.11 Wzoru Umowy, zamawiający przewidział możliwość narzucenia wykonawcy zobowiązania do wykonania zamówienia w liczbie godzin oraz czasie określonym przez biegłego powołanego przez zamawiającego, czym zamawiający naruszył art. 99 ust. 1 Pzp oraz art. 353¹ Kodeksu cywilnego w związku z art. 8 ust. 1 Pzp przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący w zakresie Prawa Opcji/Usług Rozwoju, przewidując możliwość narzucenia wykonawcy zobowiązania do wykonania zamówienia w liczbie godzin oraz czasie określonym przez biegłego, czyli przy ograniczeniu swobody wykonawcy co do wyceny przedmiotu zamówienia, czyli w sposób wyłączający możliwość ułożenia przez wykonawcę stosunku prawnego według uznania wykonawcy, w tym w szczególności w zakresie *essentialia negotii* Prawa Opcji/Usług Rozwoju, czyli określenia pracochłonności, a co za tym idzie wynagrodzenia wykonawcy i terminu realizacji zamówienia.

W ocenie odwołującego zaproponowane przez zamawiającego rozwiązanie nie może być zaakceptowane, albowiem rodzi istotne ryzyko narzucenia wykonawcy zobowiązania do wykonania części przedmiotu zamówienia w sposób zupełnie oderwany od woli wykonawcy, a być może nawet w skrajnym przypadku do wykonania zobowiązania niemożliwego do realizacji przez wykonawcę w określonym przez biegłego terminie, lub w sposób powodujący istotne szkody u wykonawcy, ze względu na obniżenie liczby godzin niezbędnej do wykonania zamówienia. Zdaniem odwołującego najlepszy nawet biegły nie zna specyfiki pracy wykonawcy, dostępnych wykonawcy zasobów, modelu pracy czy możliwego podejścia do realizacji zamówienia – tym samym wprowadzenie możliwości narzucenia wykonawcy przez biegłego ww. parametrów świadczeń w zakresie Prawa Opcji/Usług Rozwoju nie może zostać zaakceptowane.

W przypadku ostatniego z podniesionych zarzutów odwołujący wyjaśnił, że zamawiający zgodnie z pkt 26.3 Wzoru Umowy określił, że jedynie zmiana przewidziana w podpunktach 26.2.8-26.2.11 może skutkować zwiększeniem wysokości wynagrodzenia wykonawcy wskazując jednocześnie wprost, że pozostałe zmiany nie mogą w żadnym przypadku stanowić podstawy do zwiększenia wysokości wynagrodzenia wykonawcy, podczas gdy te przesłanki to między innymi zmiana warunków technicznych, czy wzrost ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją Umowy (ppkt 26.2.12.). W ocenie odwołującego nieuwzględnienie możliwości zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy w okolicznościach przewidzianych w ust. 26 ppkt 26.2.12 i 26.10 Wzoru Umowy stanowi błąd, albowiem z jednej strony zamawiający nie przewiduje możliwości podwyższenia wynagrodzenia (art. 26.3) przewidując możliwość tej zmiany w art. 26.10.

Ponadto odwołujący wskazał, że zamawiający prowadził już kilka postępowań dotyczących przedmiotu zamówienia analogicznego, jak w przypadku przedmiotowego postępowania, jednak bez pozytywnego skutku, wskazując w szczególności na:

1) fakt rozwiązania przez zamawiającego umowy na wykonanie zamówienia zawartej z e-point S.A. w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Zaprojektowanie, budowa, dostarczenie i wdrożenie rozbudowy systemu informatycznego pn. Punkt Informatyczny ds. Telekomunikacji oraz świadczenie usług wsparcia, asysty przy zbieraniu danych i rozwoju* – sprawa BA.WZP.26.15.2020;

2) unieważnienie w maju 2021 r. postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego w trybie negocjacji bez ogłoszenia pn. *Zaprojektowanie, budowa, dostarczenie i wdrożenie Rozbudowy Systemu informatycznego pn. Punkt Informatyczny ds. Telekomunikacji oraz świadczenie usług wsparcia, asysty przy zbieraniu danych i rozwoju*, sprawa nr BA.WZP.26.12.2021;

3) unieważnienie w październiku 2021 r. postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego w trybie negocjacji bez ogłoszenia pn. *Zaprojektowanie, budowa, dostarczenie i wdrożenie Rozbudowy Systemu informatycznego pn. Punkt Informatyczny ds. Telekomunikacji oraz świadczenie usług wsparcia, asysty przy zbieraniu danych i rozwoju*, sprawa nr BA.WZP.26.13.2021.

Zdaniem odwołującego działania zamawiającego (w szczególności nieprecyzyjne określenie przedmiotu zamówienia powodujące ryzyko niemożliwe do oszacowania) oraz wyłączenie możliwości zastosowania oprogramowania standardowego, przy jednoczesnej konieczności utrzymania funkcjonalności istniejącego rozwiązania (co de facto też przekłada się na niemożliwe do oszacowania ryzyko) były powodem fiaska poprzednich prób realizacji zamówienia.

W ramach przedmiotowego postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

W dniu 14 grudnia 2021 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie. W odpowiedzi zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W argumentacji dotyczącej pierwszego zarzutu zamawiający wyjaśnił, że zakłada, iż potencjalny wykonawca jako profesjonalny podmiot prowadzący działalność w zakresie obejmującym przedmiot umowy sporządzi swoją ofertę w sposób profesjonalny, która będzie odpowiadała opisowi przedmiotu zamówienia. Mając na uwadze stopień komplikacji budowy czy też rozbudowy systemów informatycznych, zamawiający stwierdził, że wyszedł naprzeciw potencjalnym wykonawcom pozwalając na możliwość modyfikacji zawartej umowy z wykonawcą w okolicznościach przewidzianych we wzorze umowy. Przytoczony przez odwołującego zapis art. 3.4. wzoru umowy zezwala stronom umowy na dokonanie zmiany umowy, w związku z art. 26.2.6 w przypadku, kiedy wykonawca w wyniku prac nad Analizą Przedwdrożeńową uzna, iż założenia odnośnie określonych w ofercie zobowiązań wykonawcy i specyfikacji systemu okazały się niewłaściwe i powinny ulec zmianie w celu umożliwienia prawidłowej realizacji umowy. Zamawiający wskazał, że w takim przypadku nie może przejąć odpowiedzialności wykonawcy jako profesjonalisty w zakresie rzetelnego opracowania Analizy Przedwdrożeńowej, a jednocześnie umożliwia wykonawcy kontynuowanie realizacji umowy bez ponoszenia konsekwencji rozwiązania umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy lub naliczenia kar umownych z tytułu nienależytego wykonania przedmiotu umowy. Zamawiający wyjaśnił, że powyższy zapis wprowadził pomimo przedstawienia wykonawcom w SWZ obecnego systemu oraz możliwością zapoznania się z całą dokumentacją, w tym kodami źródłowymi, co zdaniem zamawiającego jest wystarczające do sporządzenia prawidłowej oferty przez podmiot profesjonalnie prowadzący działalność gospodarczą. Idąc dalej zamawiający wyjaśnił, że stawiany powyżej zarzut z uwzględnieniem treści całości SWZ, w tym projektu umowy budził jego wątpliwości co do właściwego zrozumienia przedmiotu umowy przez odwołującego, a co za tym idzie możliwości sporządzenia profesjonalnej oferty i potencjalnego wykonania zamówienia przez odwołującego. Rozbudowa systemu wynika z rozporządzenia Ministra Administracji i

Cyfryzacji z dnia 24 lutego 2014 r. w sprawie inwentaryzacji infrastruktury i usług telekomunikacyjnych (Dz.U. z 2014 r. poz. 276). Mając na uwadze konieczność implementacji do polskiego porządku prawnego Europejskiego Kodeksu Łączności (EKŁE), który rozszerza zakres sprawozdawczości, zamawiający przewidział w postępowaniu prawa opcji oraz możliwość udzielenia zamówienia dodatkowego. Takie rozwiązanie pozwoli na Rozbudowę Systemu bezpośrednio po implementacji EKŁE i możliwość niezwłocznego wykorzystania posiadanych danych w celu gospodarnego wydatkowania środków unijnych w ramach nowej perspektywy. Zamawiający stwierdził, że na możliwość zmiany przedmiotu zamówienia przez niego, w tym Analizy Przedwdrożeniowej wskazał wprost w prawie opcji (art. 12.43 oraz 12.54). Okoliczności zmiany umowy i jej wartości stanowią zatem zabezpieczenie interesów zarówno zamawiającego jak i wykonawcy. Podobnym zabezpieczeniem jest możliwość realizacji prac rozwojowych.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba uznała, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołań, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp. Ponadto Izbastwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała odwołanie na rozprawę w zakresie podniesionych zarzutów.

Izba zaliczyła na poczet materiału dowodowego:

- 1) dokumentację przekazaną w postaci elektronicznej, zapisaną na płycie CD, przesłaną do akt sprawy przez zamawiającego w dniu 9 grudnia 2021 r., w tym w szczególności:
 - specyfikację warunków zamówienia (zwaną dalej nadal: „SWZ”);
 - ogłoszenie o zamówieniu;
- 2) załączony do odpowiedzi na odwołanie zmodyfikowany załącznik nr 10 do SWZ – wzór umowy.

Izba ustaliła co następuje

Kwestionowane przez odwołującego postanowienia załącznika nr 10 do SWZ – wzór umowy, posiadały następującą treść:

- pkt 3.4 – *Strony są świadome, że zakres zobowiązań Wykonawcy i specyfikacja Systemu mogą ulec zmianie w wyniku prac nad Analizą Przedwdrożeniową. Wykonawca jest zobowiązany wykazać Zamawiającemu, zmiany zakresu ww. zobowiązań przyjęte w Analizie Przedwdrożeniowej, które są niezbędne i które nie mogły być przewidziane na etapie opracowywania Oferty wraz z ich uzasadnioną i rzetelną wyceną. Powyższe zmiany nie mogą wpływać na wysokość Wynagrodzenia, co oznacza że Wykonawca zrealizuje powyższe zmiany w ramach Wynagrodzenia przyjętego w dniu podpisania Umowy. Proponowane przez Wykonawcę zmiany nie mogą wpłynąć na datę realizacji poszczególnych Etapów. Zmiany o których mowa nie mogą polegać na ograniczeniu wymagań określonych w SWZ i Ofercie **Załącznik Nr 1 i Nr 2 do Umowy**;*

- pkt 10.1. i 10.2. – *10.1. Z zastrzeżeniem postanowień ustępów następnych Wykonawca musi do realizacji Przedmiotu Umowy wykorzystać Oprogramowanie Open Source zgodnie z jego definicją podaną przez Zamawiającego w OPZ.*

10.2. Wykaz Oprogramowania Open Source, z którego korzysta Wykonawca, wraz z warunkami licencyjnymi jest zawarty w Ofercie. W razie ewentualnych sprzeczności warunków licencyjnych i Umowy, stosuje się postanowienia Umowy. Wykorzystanie innego Oprogramowania Open Source, tj. jego uzupełnienie, wymaga uprzedniej pisemnej zgody Zamawiającego. Wykonawca nie może wymienić zaoferowanego Oprogramowania Open Source na inne.

- pkt 12.9-12.11 – *12.9. W przypadku kiedy Zamawiający i Wykonawca nie będą w stanie porozumieć się co do oceny pracochłonności danego zamówienia oraz terminu jego realizacji, Zamawiający może powołać biegłego z zakresu informatyki, wpisanego na listę biegłych sądowych przy sądzie powszechnym, w celu wyceny pracochłonności oraz określenia czasu niezbędnego do realizacji wnioskowanych prac.*

12.10. Wykonawca będzie zobowiązany pokryć koszty wynagrodzenia biegłego w przypadku, kiedy liczba roboczogodzin ustalona przez biegłego będzie mniejsza niż ilość wskazana przez Wykonawcę o 15% i więcej. W przypadku gdy różnica wyniesie mniej niż 15% koszty wynagrodzenia biegłego poniesie Zamawiający.

12.11. Wykonawca jest zobowiązany do wykonania zamówienia w liczbie godzin oraz czasie określonym przez biegłego.

- pkt 26.2. i 26.3. – *26.2. Na podstawie art. 455 ust. 1 PZP, Strony dopuszczają możliwość zmiany Umowy, która nie stanowi istotnej zmiany jej przedmiotu, a także w przypadku wystąpienia następujących okoliczności:*

26.2.1. [usunięty];

26.2.2. zmiany warunków technicznych wdrażanej Rozbudowy Systemu, gdy wystąpi niedostępność na rynku materiałów lub urządzeń, spowodowana zaprzestaniem produkcji lub wycofaniem z rynku tych materiałów lub urządzeń - przy czym zmiana ta nie może skutkować obniżeniem parametrów technicznych oferowanego rozwiązania;

26.2.3. zmiany warunków technicznych wdrażanej Rozbudowy Systemu w przypadku pojawienia się na rynku części, materiałów lub urządzeń nowszej generacji pozwalających na zaoszczędzenie przez Zamawiającego kosztów realizacji przedmiotu Umowy lub kosztów eksploatacji wykonanego przedmiotu Umowy - przy czym zmiana ta nie może skutkować obniżeniem parametrów technicznych oferowanego rozwiązania;

26.2.4. zmiany warunków technicznych wdrażanej Rozbudowy Systemu w przypadku konieczności zrealizowania Umowy przy zastosowaniu innych rozwiązań technicznych/technologicznych w sytuacji, gdyby zastosowanie przewidzianych rozwiązań groziło niewykonaniem lub wadliwym wykonaniem Umowy - przy czym zmiana ta nie może skutkować obniżeniem parametrów technicznych oferowanego rozwiązania;

26.2.5. [usunięty];

26.2.6. zmiany warunków technicznych wdrażanej Rozbudowy Systemu jeżeli po opracowaniu Analizy Przedwdrożeniowej będzie to niezbędne dla zapewnienia prawidłowego i efektywnego funkcjonowania Rozbudowanego Systemu, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego zawartymi w OPZ - przy czym zmiana ta nie może skutkować obniżeniem parametrów technicznych Rozbudowanego Systemu;

26.2.7. zaistnienia Siły Wyższej, która ma wpływ na zmiany terminów Odbiorów/przedstawienia do Odbioru Produktów;

26.2.8. zmiany stawki podatku od towarów i usług VAT;

26.2.9. zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (t.j. Dz.

U. z 2018 r., poz. 2177 z późn. zm.) jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez Wykonawcę;

26.2.10. zmiany zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez Wykonawcę;

26.2.11. zmiany zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez Wykonawcę

26.2.12. zmiany (wzrostów lub spadków) ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją Umowy.

26.3. Zmiany, o których mowa w niniejszym Artykule wprowadzane będą w zakresie niezbędnym do dostosowania Umowy do zaistniałych okoliczności. Zmiany nie mogą w żadnym przypadku stanowić podstawy do zwiększenia wysokości Wynagrodzenia Wykonawcy, z zastrzeżeniem Artykułu , , i . Każda ze zmian, o których mowa w niniejszym Artykule, może natomiast skutkować obniżeniem wysokości Wynagrodzenia Wykonawcy.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

- art. 99 ust. 1 Pzp – Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty;

- art. 16 pkt 1 Pzp – Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;

2) przejrzysty;

3) proporcjonalny.

- art. 353¹ k.c. – Strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.;

- art. 8 ust. 1 Pzp – Do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. z 2020 r. poz. 1740 i 2320), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.;

- art. 439 Pzp – 1. Umowa, której przedmiotem są roboty budowlane lub usługi, zawarta na okres dłuższy niż 12 miesięcy, zawiera postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.

2. W umowie określa się:

1) poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, o których mowa w ust. 1, uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia oraz początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia;

2) sposób ustalania zmiany wynagrodzenia:

a) z użyciem odesłania do wskaźnika zmiany ceny materiałów lub kosztów, w szczególności wskaźnika ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego lub

b) przez wskazanie innej podstawy, w szczególności wykazu rodzajów materiałów lub kosztów, w przypadku których zmiana ceny uprawnia strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia;

3) sposób określenia wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia oraz określenie okresów, w których może następować zmiana wynagrodzenia wykonawcy;

4) maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia.

3. Jeżeli umowa została zawarta po upływie 180 dni od dnia upływu terminu składania ofert, początkowym terminem ustalenia zmiany wynagrodzenia jest dzień otwarcia ofert, chyba że zamawiający określi termin wcześniejszy.

4. Przez zmianę ceny materiałów lub kosztów rozumie się wzrost odpowiednio cen lub kosztów, jak i ich obniżenie, względem ceny lub kosztu przyjętych w celu ustalenia wynagrodzenia wykonawcy zawartego w ofercie.

5. Wykonawca, którego wynagrodzenie zostało zmienione zgodnie z ust. 1–3, zobowiązany jest do zmiany wynagrodzenia przysługującego podwykonawcy, z którym zawarł umowę, w zakresie odpowiadającym zmianom cen materiałów lub kosztów dotyczącym zobowiązania podwykonawcy, jeżeli łącznie spełnione są następujące warunki:

1) przedmiotem umowy są roboty budowlane lub usługi;

2) okres obowiązywania umowy przekracza 12 miesięcy.

Izba zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron Izba uznała, że odwołanie częściowo zasługiwało na uwzględnienie.

W ocenie składu orzekającego potwierdził się zarzut oznaczony w *petitum* odwołania pkt 1. Konfrontując stanowiska stron w ramach przedmiotowego zarzutu Izba doszła do przekonania, że jakkolwiek słuszną była argumentacja zamawiającego wskazująca na intencję wprowadzenia pkt 3.4 wzoru umowy, która koncentrowała się na podkreśleniu odpowiedzialności wykonawcy za rzetelne przygotowanie oferty, to zupełnie niezrozumiałym okazał się brak wprowadzenia mechanizmu dopuszczającego zmianę wysokości wynagrodzenia wykonawcy w sytuacji, gdy zakres zobowiązań tego wykonawcy i specyfikacja systemu ulegną zmianie w wyniku prac nad Analizą Przedwdrożeniową, jeśli zmiany przyjęte w tej Analizie, które okazały się niezbędne i – przede wszystkim – nie mogły być przewidziane na etapie opracowania oferty i które uzasadniać będą podwyższenie tego wynagrodzenia. Zamawiający nie był w stanie przy tym potwierdzić swojej argumentacji wskazującej na korelację treści pkt 3.4 wzoru umowy z postanowieniami odnoszącymi się do prawa opcji. W związku z tym o ile zasadne było stanowisko zamawiającego wskazujące, że wykonawca, który nierzetelnie przygotował swoją ofertę, ponieważ nie zapoznał się dokumentacją niezbędną dla jej sporządzenia, nie może domagać się zwiększenia wynagrodzenia na etapie realizacji zamówienia w związku z wykonaniem prac koniecznych do zrealizowania przedmiotu zamówienia i możliwych do przewidzenia w momencie przygotowania oferty, to pozbawianie przez zamawiającego wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany zakresu zobowiązań wykonawcy i specyfikacji systemu przyjętej w Analizie Przedwdrożeniowej, które okazały się niezbędne i jednocześnie nie mogły być przewidziane na etapie opracowywania oferty, należało uznać za niedopuszczalne. Skoro zmiany zakresu zobowiązań wykonawcy i specyfikacji systemu nie mogły być przewidziane na etapie opracowania oferty, to nie można takiej sytuacji traktować jako nierzetelności wykonawcy przy sporządzeniu oferty. Ponadto zamawiający nie był w stanie określić potencjalnej

wielkości lub zakresu takich zmian, których nie można będzie przewidzieć na etapie opracowywania oferty, a mogą wynikać z pojawienia się nowych okoliczności na etapie realizacji zamówienia np. w wyniku zmian legislacyjnych, przez co może się okazać, że zakres tych zmian będzie na tyle duży, że może wpłynąć na opłacalność realizacji całego zamówienia dla wykonawcy. Taka okoliczność może mieć wpływ na wynik postępowania choćby z tego względu, że wykonawcy obawiając się ryzyka znacznego zwiększenia prac w trakcie realizacji zamówienia, za które nie będzie przysługiwać im wynagrodzenie, mogą zdecydować się na niezłożenie oferty w postępowaniu.

W związku z tym Izba uznała, że przedmiotowy zarzut należało uwzględnić. Jednocześnie mając świadomość znaczenia pkt 3.4 wzoru umowy skład orzekający doszedł do przekonania, że nie było konieczności nakazania usunięcia ww. punktu z treści dokumentu, ponieważ wystarczającym okazała się jego modyfikacja przez wprowadzenie mechanizmu dopuszczającego zmianę wysokości wynagrodzenia w sytuacji, gdy zakres zobowiązań wykonawcy i specyfikacja systemu ulegną zmianie w wyniku prac nad Analizą Przedwdrożeniową, jeśli wykonawca wykaże zamawiającemu, że zmiany przyjęte w Analizie Przedwdrożeniowej okażą się niezbędne i jednocześnie nie mogły być przewidziane na etapie opracowywania oferty, a uzasadnić będą podwyższenie wynagrodzenia. Ponadto mając na uwadze dyspozycje zawartą w art. 554 ust. 6 Pzp, Izba w kontekście przedmiotowej modyfikacji nie nakazywała wprowadzenia do wzoru umowy postanowienia o określonej treści, skupiając się na podaniu wytycznych, według których te postanowienia powinny przez zamawiającego zostać zmienione.

W zakresie zarzutu oznaczonego pkt 2 w *petitum* odwołania, Izba w znacznej mierze przyjęła za własną argumentację zamawiającego i uznała, że istotne znaczenie miało to, że zamawiający ma prawo określić przedmiot zamówienia w taki sposób, aby uzyskać oczekiwany efekt, bowiem przepisy Pzp pozostawiają właśnie zamawiającemu możliwość precyzowania cech przedmiotu zamówienia w sposób, który chroni jego obiektywny interes. W orzecznictwie istnieje ugruntowane stanowisko, zgodnie z którym fakt, że nie wszystkie podmioty z danej branży mogą wziąć udział w postępowaniu z powodu niespełnienia wszystkich wymaganych parametrów nie przesądza o tym, że postępowanie narusza zasady uczciwej konkurencji. Sama okoliczność, że odwołujący nie spełnia wszystkich wymagań określonych przez zamawiającego, w tym przypadku dotyczących typu oprogramowania, nie świadczy jeszcze o tym, że została naruszona zasada uczciwej konkurencji. Aby udowodnić naruszenie zasad systemu zamówień publicznych w opisie przedmiotu zamówienia, należy wykazać, że wymagania określone przez zamawiającego nie wynikają z jego zobiektywizowanych potrzeb, a oczekiwania co do określonych parametrów są na tyle wygórowane, że utrudniają lub uniemożliwiają dostęp do zamówienia. W tym wypadku jednak trudno założyć, że warunek wykorzystania oprogramowania Open Source utrudnia wykonawcy pozyskania zamówienia, gdyż ma on – podobnie jak pozostali wykonawcy – dostęp do tego oprogramowania.

W dalszej kolejności skład orzekający uwzględnił fakt, że dotychczasowy system został zbudowany na bazie oprogramowania typu Open Source, także należało przyjąć, że przedmiotowe postępowanie stanowi kontynuację koncepcji oraz działań zamawiającego w związku realizacją systemu objętego zamówieniem, co potwierdza uzasadnione potrzeby zamawiającego w tym zakresie.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba uznała, że zamawiający dokonując wyboru w postaci oprogramowania Open Source kierował się obiektywnymi potrzebami, w tym zapewnieniem sobie swobodnego doboru wykonawców w przypadku ewentualnej potrzeby rozbudowy systemu, a także usług serwisowych tego oprogramowania. Ponadto w załączniku nr 2 do opisu przedmiotu zamówienia zamawiający wskazał zakres wykorzystywania w obecnym systemie oprogramowania typu Open Source, tj.

1. PostgreSQL-Silnik relacyjnej bazy danych. Dzięki nakładce opisanej poniżej, silnik PostgreSQL może przechowywać także dane przestrzenne.
2. PostGIS-Nakładka na PostgreSQL pozwalająca na przechowywanie także danych przestrzennych. {+}<http://postgis.net>+
3. GeoServer - Oprogramowanie serwerowe pozwalające na przetwarzanie danych przestrzennych <http://www.geoserver.org>
4. QGIS - Oprogramowanie do tworzenia aplikacji desktopowych do przeglądania i analizy danych przestrzennych
5. OpenLayers - Oprogramowanie do publikowania aplikacji webowych służących do przeglądania danych przestrzennych i map <http://www.openlayers.org>
6. NGINX - Oprogramowanie serwera HTTP umożliwiające publikację zasobów statycznych, jak kod HTML portalu mapowego i panelu administracyjnego, oraz komunikację z serwerami zasobów dynamicznych, jak GeoServer i PIT API, integrujące wszystkie te komponenty. <http://www.nginx.org> Powered by TCPDF (www.tcpdf.org)
7. pgBouncer - Oprogramowanie do zarządzania połączeniami PIT API z bazą danych PostgreSQL, zabezpieczające przed wyczerpaniem dostępnej puli połączeń <https://pgbouncer.github.io>
8. Umbraco - Oprogramowanie służące do budowy Portalu Publikacji (CMS).
9. WSO2 Identity Server-Oprogramowanie do dostarczania tożsamości systemom zintegrowanym

Dodatkowo w okolicznościach przedmiotowej sprawy Izba nie znalazła powodów do kwestionowania argumentacji zamawiającego, który zwrócił uwagę, iż Standardowe Oprogramowanie Systemowe jak i Standardowe Oprogramowanie Aplikacyjne może być jednocześnie Oprogramowaniem Open Source. Przykładami Standardowego Oprogramowania Systemowego, będącego jednocześnie Oprogramowaniem Open Source są liczne dystrybucje systemu operacyjnego Linux, GNU/Linux, systemy FreeBSD, OpenBSD1. Przykłady Standardowego Oprogramowania Aplikacyjnego, będącego jednocześnie Oprogramowaniem Open Source są niewspółmiernie liczniejsze w porównaniu do Standardowego Oprogramowania Systemowego. W kontekście przedmiotowego zamówienia można wymienić PostgreSQL, MySQL Apache HTTP Server, NGINX, Docker, Kubernetes, Bootstrap wraz z licznymi rozszerzeniami, bibliotekami, zestawami narzędzi dedykowanymi do zastosowań specjalistycznych również wpisującymi się w definicję Standardowego Oprogramowania Aplikacyjnego, jednocześnie spełniając warunek Oprogramowania Open Source.

Mając powyższe na uwadze Izba stwierdziła, że przedmiotowy zarzut należało oddalić.

W odniesieniu do kolejnego zarzutu za punkt wyjścia Izba przyjęła stanowisko zamawiającego, który wyjaśnił, że mając na względzie możliwość zmiany zakresu inwentaryzacji w trakcie Rozbudowy Systemu na skutek zmian przepisów prawa, poszukiwał on możliwości zabezpieczenia swoich interesów z uwzględnieniem jak najdalszego zabezpieczenia interesów wykonawcy w przypadku konieczności zmian przedmiotu umowy. Zdaniem zamawiającego procedura określenia realizacji prawa opcji z udziałem biegłego jest rozwiązaniem zapewniającym ochronę interesów zarówno wykonawcy jak i zamawiającego.

W okolicznościach przedmiotowej sprawy, mając przede wszystkim na uwadze stanowisko odwołującego, Izba doszła do przekonania, że powyżej zaprezentowane wyjaśnienie zaproponowane przez zamawiającego, należało uznać za słuszne.

Skład orzekający stwierdził, że w przypadku odwołań dotyczących treści SWZ trafność zarzutu niejednokrotnie determinowana jest charakterem lub zakresem żądań. Nie dało się nie zauważyć, że kwestionowane w ramach przedmiotowego zarzutu fragmenty wzoru umowy tj. pkt 12.9.-12.11., stanowiły próbę rozwiązania ewentualnego impasu na etapie realizacji zamówienia, jaki może się pojawić pomiędzy stronami przy wykonywaniu usług rozwoju w ramach prawa opcji. Odwołujący tymczasem, w zakresie przedmiotowego zarzutu, skupił się wyłącznie na podważaniu zasadności wprowadzonego przez zamawiającego sposobu rozwiązania takiego impasu przez wprowadzenie instytucji bieglego, żądając przy tym usunięcia ww. fragmentów wzoru umowy. Izba miała świadomość, że rozwiązanie przyjęte przez zamawiającego może mieć pewne ograniczenia, jednakże odwołujący nie pokusił się o zaproponowanie alternatywnego rozwiązania mogącego doprowadzić do uzyskania tego samego efektu co sposób przyjęty przez zamawiającego. Tym samym Izba doszła do przekonania, że mechanizm wprowadzony przez zamawiającego był w okolicznościach przedmiotowej uzasadniony, a odwołujący nie wykazał słuszności swojej argumentacji, co skutkowało koniecznością oddalenia przedmiotowego zarzutu.

Jeśli chodziło o ostatni zarzut podniesiony w odwołaniu Izba w pierwszej kolejności ustaliła, że zamawiający zmienił kwestionowane postanowienia wzoru umowy przez usunięcie pkt. 26.2.1. oraz 26.2.5. oraz dokonał modyfikacji postanowień pkt 26.3. przez dodanie w nim pkt 26.2.12.

W dalszej kolejności Izba uznała, że przedmiotowy zarzut nie powinien zostać uwzględniony z uwagi na jego blankietowy charakter, przedstawiony w odwołaniu. Cała argumentacja podniesiona w odwołaniu w zakresie tego zarzutu skupiała się na podaniu jednostek redakcyjnych w ramach wzoru umowy ze wskazaniem, które z nich opisują sytuację, w których zamawiający przewidział zwiększenie wynagrodzenia, a w których nie przewidział zwiększenia wynagrodzenia. Odwołujący dopiero na rozprawie próbował doprecyzować swoje stanowisko w tym zakresie przez odniesienie się przede wszystkim do sytuacji przewidzianej w pkt 26.2.7. wzoru umowy, przy czym argumentacja ta była bardzo zdawkowa. Odwołujący nie może zakładać, że w odwołaniu zasygnalizuje tylko pewien problem przez wymienienie kwestionowanych fragmentów SWZ, a całość argumentacji na potwierdzenie zarzutu przedstawi na późniejszym etapie, ponieważ zarzuty powinny być precyzyjnie uzasadnione, tak aby nie było wątpliwości co do ich treści. Nieprecyzyjne, ogólne wskazanie przepisu lub okoliczności nie tworzy prawidłowego zarzutu. Tym samym Izba oddaliła przedmiotowy zarzut.

W związku z powyższym Izba uznała, że odwołanie podlegało uwzględnieniu w zakresie wskazanym powyżej i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp orzekła jak w sentencji. Zgodnie bowiem z treścią art. 554 ust. 2 pkt 1 Pzp, Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Potwierdzenie zarzutu wskazanego w odwołaniu spowodowało, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w ww. przepisie.

Zgodnie z art. 575 Pzp *Strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.* W przedmiotowej sprawie odwołujący podniósł cztery zarzuty. Odwołanie okazało się zasadne w zakresie jednego zarzutu i chybione pozostałym zakresie. W związku z tym kosztami postępowania w $\frac{3}{4}$ obciążono odwołującego oraz w $\frac{1}{4}$ zamawiającego.

Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez odwołującego (15 000 zł) oraz koszt wynagrodzenia jego pełnomocnika (3 600 zł), zatem łącznie 18 600 zł. Zamawiający nie poniósł dotychczas kosztów postępowania odwoławczego, tymczasem odpowiadał za nie do wysokości 4 650 zł (18 600 zł x $\frac{1}{4}$). Z kolei odwołujący podniósł do tej pory koszty w wysokości 18 600 zł (koszt wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika), a odpowiadał za te koszty w kwocie 13 950 zł (18 600 zł x $\frac{3}{4}$). Wobec powyższego Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 4 650 zł (18 600 zł – 13 950 zł), stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557, 574 i 575 Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 7 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:.....