Sygn. akt: KIO 470/16

WYROK
z dnia 19 kwietnia 2016 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Beata Pakulska-Banach

Protokolant: Aneta Górniak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 kwietnia 2016 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 kwietnia 2016 roku przez wykonawcę: **Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie, ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów,** w postępowaniu prowadzonym przez: **Zakład Ubezpieczeń Społecznych, ul. Szamocka 3,5, 01—748 Warszawa,**

przy udziale:
wykonawcy: **Hewlett Packard Enterprise Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Szturmowa 2A, 02-678 Warszawa,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę: **Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie,** i:
2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy)** uiszczoną przez wykonawcę: **Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie,** tytułem wpisu od odwołania,
2.2. zasądza od wykonawcy: **Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie** na rzecz zamawiającego: **Zakładu Ubezpieczeń Społecznych,** kwotę **3 000 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące 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 (j.t. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164) 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 470/16

UZASADNIENIE

Zakład Ubezpieczeń Społecznych [zwany dalej: *„zamawiającym"]* prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego – w trybie przetargu ograniczonego - na realizację zadania pn.: „Rozbudowa *i wdrożenie nowych funkcjonalności oraz utrzymanie i rozwój systemu Elektronicznej Platformy Wymiany Danych (EPWD) oraz budowa Centralnego Rejestru Klientów Zakładu (CRKZ).* Postępowanie prowadzone jest na postawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych [t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164], zwanej dalej: „ustawą *Pzp".*

Wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem: 2013/S 022-034108 w dniu 31 stycznia 2013 roku.

Zamawiający przekazał wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu modyfikację

Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia [zwanej dalej: *„SIWZ"]* w dniach:

a) 22 marca 2016 roku - pismem procesowym zamawiającego z dnia 21 marca 2016 roku, które zostało przekazane odwołującym: Asseco Poland S.A. (KIO 337/16) i Hewlett Packard Enterprise Polska Sp. z o.o. (KIO 342/16) na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą w dniu 22 marca 2016 roku, a pozostałym wykonawcom nieobecnym na rozprawie – pocztą elektroniczną;
b) 29 marca 2016 roku – pismem zamawiającego z dnia 29 marca 2016 roku – pocztą elektroniczną.

W dniu 1 kwietnia 2016 roku wykonawca Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie [zwany dalej: *„odwołującym"]* wniósł odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego polegającej na sformułowaniu SIWZ z naruszeniem przepisów prawa.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, art. 29 ust. 1, 2 ustawy Pzp oraz innych przepisów wskazanych w uzasadnieniu odwołania. Podniósł również, iż naruszenie powyższych przepisów może doprowadzić w konsekwencji do naruszenia przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

W oparciu o powyższe odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu dokonania modyfikacji SIWZ w zakresie wskazanym w odwołaniu poprzez zmianę zapisów w sposób wskazany w odwołaniu.

Następnie odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania.

W uzasadnieniu odwołania podnosił, że w dniu 26 lutego 2016 roku otrzymał od zamawiającego SIWZ i po zapoznaniu się z treścią SIWZ stwierdził, iż szereg postanowień SIWZ narusza przepisy prawa, wobec czego wniósł odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 337/16. Podkreślił, że w wyniku tego odwołania zamawiający dokonał kilku zmian w SIWZ - odpowiedzią na odwołanie z dnia 21 marca 2016 roku (przekazaną na rozprawie w dniu 22 marca 2016 roku) oraz pismem z dnia 29 marca 2016 roku.

Zdaniem odwołującego, zmienione postanowienia SIWZ naruszają przepisy prawa, stąd też wniesienie odwołania w jego ocenie było konieczne.

Odnosząc się do Załącznika nr 2 do SIWZ *"Opis wymagań biznesowych i architektonicznych CRKZ",* pkt 5.2 *„Wymagania w zakresie infrastruktury techniczno-systemowej",* ppkt 8, odwołujący stwierdził, iż w odwołaniu z dnia 7 marca 2016 roku w zarzutach 27 i 68 wskazywał na konieczność określenia w SIWZ definicji dla pojęć: Incydent niski, Incydent średni i Incydent krytyczny.

Następnie odwołujący wskazał, że w odpowiedzi na odwołanie z dnia 21 marca 2016 roku (odpowiedź na zarzut 27) zamawiający wykreślił z SIWZ szczątkowe regulacje w tym zakresie, a jednocześnie zarówno w piśmie, jak i na rozprawie wyraźnie podkreślił, że jego zamiarem jest jednostronne, arbitralne przyporządkowywanie występujących Incydentów do poszczególnych kategorii, stąd świadomie nie zamieszcza nawet definicji kategorii Incydentów w SIWZ. W ocenie odwołującego, takie stanowisko narusza art. 29 ust. 1 i 2 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Stwierdził, że bez odpowiednich definicji w SIWZ wykonawca nie wie, jaki jest zakres jego obowiązków oraz jakie są ryzyka związane z realizacją umowy. Według odwołującego, zmiana polegająca na wykreśleniu z Załącznika nr 2 definicji kategorii Incydentów, określających wymagany poziom świadczenia usług narusza w/w przepisy ustawy Pzp i jako taka nie powinna się ostać. Odwołujący podał, że zamawiający wprawdzie ma wyłączne prawo do decydowania co jest dla niego Incydentem krytycznym, średnim czy niskim, ale powinien to określić w SIWZ przed złożeniem ofert, a nie decydować o tym według własnego uznania dopiero w trakcie realizacji umowy, tym bardziej, że samo wystąpienie Incydentu krytycznego powoduje naliczenie kar umownych. Zdaniem odwołującego, w konsekwencji, zamawiający doprowadził do sytuacji, w której jednostronnie, według swobodnego uznania, będzie decydował o naliczeniu kary umownej.

Mając powyższe na uwadze odwołujący wnosił o nakazanie zamawiającemu wprowadzenia do SIWZ jednoznacznych i nie budzących wątpliwości definicji Incydentu krytycznego, Incydentu średniego i Incydentu niskiego.

Odnosząc się do Załącznika nr 4 do SIWZ „Wzór umowy", Artykuł 4. „Ramowy Harmonogram realizacji przedmiotu umowy" ust. 1 pkt 3) odwołujący wskazywał, że w swoim odwołaniu z dnia 7 marca 2016 roku w zarzucie 35 wskazywał na wadliwość postanowienia art. 4 ust. 1 pkt 3 umowy, który w jego ocenie był niejasny, gdyż wynikało z niego, że zamawiający dopuszcza, aby system EPWD przez 2 miesiące w ogóle nie funkcjonował.

Następnie podniósł, że przedmiotowy zapis SIWZ był też objęty odwołaniem wniesionym przez Hewlett Packard Enterprise Sp. z o.o. Odwołujący zauważył, że zamawiający w odpowiedzi na to odwołanie (pismem doręczonym odwołującemu w dniu 22 marca 2016 roku) dokonał zmiany SIWZ, zgodnie z którą wydłużył okres przejęcia do 6 miesięcy, wskazując, iż przez cały okres 6 miesięcy wykonawca nie będzie obciążany karami umownymi, ale jednocześnie wprowadził regulację, że przez ten okres wykonawca będzie otrzymywał wynagrodzenie w wysokości 40% wynagrodzenia miesięcznego za utrzymanie Systemu EPWD - w myśl tych regulacji również wtedy, kiedy system nie będzie działał. Wskazał, że wprawdzie zamawiający przewidział, że wykonawca może skrócić okres przejściowy i zgłosić gotowość do świadczenia usług utrzymania EPWD, a wtedy będzie otrzymywał 100% wynagrodzenia, jednakże nastąpi to dopiero od miesiąca następnego po takim zgłoszeniu, a zatem, jeśli odwołujący zgłosi taką gotowość nawet w dniu zawarcia umowy, to i tak za pierwszy miesiąc świadczenia usługi utrzymania EPWD otrzyma 40% wynagrodzenia, nawet w sytuacji, gdy dochowa SLA i usługa będzie świadczona należycie. Zdaniem odwołującego, obecne brzmienie przedmiotowego punktu narusza przepis art. 29 ust. 2 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż odwołujący będzie karany nawet wtedy, kiedy należycie będzie świadczył usługi utrzymania EPWD.

Mając powyższe na uwadze odwołujący wnosił o wykreślenie obecnego brzmienia art. 4 ust. 1 pkt 3) Umowy i wprowadzenie w to miejsce zapisów, na podstawie których wykonawca w przypadku zgłoszenia gotowości do należytego świadczenia Usługi EPWD będzie otrzymywał całość miesięcznego wynagrodzenia za tą usługę od początku wykonywania umowy, zaś ewentualne obniżenia wynagrodzenia będą wyłącznie skutkiem niedochowania poziomu SLA.

Z kolei odnosząc się do Załącznika nr 1 do Umowy „Definicje pojęć oraz rozwinięcie skrótów używanych w Umowie", Okres stabilizacji oraz Załącznika nr 3 do Umowy „Procedury projektowe i utrzymaniowe, standardy produkcyjne", pkt II, ppkt 5.15.1. odwołujący wskazał, że w zakresie obydwu zapisów wniósł odwołanie w dniu 7 marca 2016 roku domagając się uniezależnienia końca Okresu Stabilizacji dla Modyfikacji od naprawy Błędów, które nie są Błędem Modyfikacji oraz o ujednoznacznienie zapisów poprzez zmianę treści SIWZ. Natomiast, zamawiający w odpowiedzi na odwołanie dokonał zmiany

SIWZ, jednakże w sposób niezgodny z żądaniem odwołania, w szczególności zaś zamawiający w miejsce zdefiniowanego pojęcia „Błąd" użył niezdefiniowanego pojęcia „zastrzeżenia".

W ocenie odwołującego obecnie zakres zobowiązania wykonawcy opisany jest w sposób nieostry, gdyż nie jest wiadome, co mieści się pod pojęciem „zastrzeżenia". Odwołujący stwierdził, że przyjmując, iż działanie zamawiającego jest racjonalne i świadomie użył innego pojęcia - należy przyjąć, że zastrzeżenie z całą pewnością nie jest Błędem, ale jest czymś innym. Zauważył, że w szczególności obecne zapisy dopuszczają sytuację, kiedy zamawiający zgłosi „zastrzeżenie" związane z oczekiwaniem wprowadzenia zmiany, która nie została wcześniej wyspecyfikowana w dokumentacji projektowej Modyfikacji, co jest niedopuszczalne i nie może warunkować Odbioru Końcowego Modyfikacji. Zdaniem odwołującego narusza to art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż wykonawca nie wie, co właściwie ma usuwać w Okresie stabilizacji, ani też nie wie, kiedy Okres stabilizacji się zakończy, co uniemożliwia sporządzenie oferty.

Mając powyższe na uwadze odwołujący wnosił o zastąpienie pojęcia „zastrzeżenie" zdefiniowanym w SIWZ pojęciem „Błąd Modyfikacji". Alternatywnie, wnosił o zdefiniowanie pojęcia „Zastrzeżenie" oraz używanie tego pojęcia w obydwu w/w wskazanych postanowieniach pisanego z wielkiej litery, w sytuacji, gdy wolą zamawiającego jest, aby zakres obowiązków wykonawcy w Okresie stabilizacji był uzależniony od usuwania zastrzeżeń, które nie są Błędami.

W toku posiedzenia niejawnego z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego w dniu 14 kwietnia 2016 roku zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie,

w której wnosił o oddalenie odwołania, zaś wykonawca zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego - Hewlett Packard Enterprise Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – złożył pismo, w którym wnosił o uwzględnienie odwołania.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności, Izba dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawcę: Hewlett Packard Enterprise Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego.

Zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp *wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w formie*

pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie.

Izba ustaliła, że zamawiający w dniu 4 kwietnia 2016 roku przekazał wykonawcom, biorącym udział w postępowaniu, zawiadomienie o wniesieniu odwołania wraz z jego kopią za pośrednictwem poczty elektronicznej.

Pismo, zawierające zgłoszenie przystąpienia wykonawcy, o którym mowa powyżej, doręczone zostało - w formie pisemnej - Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w ustawowo określonym terminie, tj. w dniu 6 kwietnia 2016 roku, przy czym zgłaszający przystąpienie wskazał stronę, do której zgłosił przystąpienie i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść tej strony oraz załączył dowody potwierdzające przekazanie stronom kopii zgłoszenia przystąpienia.

Wobec powyższego należało uznać, że zostały spełnione przesłanki, o których mowa w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, a wykonawca Hewlett Packard Enterprise Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie skutecznie dokonał zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego.

Następnie Izba ustaliła, że nie ma podstaw do odrzucenia odwołania w oparciu o przesłanki, określone w art.189 ust. 2 ustawy Pzp.

Ponadto, Izba ustaliła, że odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, stanowiącego, że: Środki *ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy,* przysługiwało uprawnienie do wniesienia odwołania.

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania w tym z: ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ wraz z załącznikami, modyfikacji SIWZ dokonanej przez zamawiającego w dniach 22 marca 2016 roku oraz 29 marca 2016 roku, a nadto Izba dopuściła z urzędu dowody z akt sprawy o sygn. akt: KIO 337/16 i KIO 342/16.

Nadto, Izba rozważyła stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone w pismach procesowych, tj.: w pisemnej odpowiedzi na odwołanie zamawiającego z dnia 14 kwietnia 2016 roku oraz w piśmie przystępującego – wykonawcy Hewlett Packard Enterprise Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie z dnia 13 kwietnia 2016 roku, złożonych w trakcie posiedzenia niejawnego z udziałem stron i uczestnika postępowania

odwoławczego w dniu 14 kwietnia 2016 roku, a także stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone ustnie do protokołu rozprawy z dnia 14 kwietnia 2016 roku.

Rozpatrując odwołanie w granicach podnoszonych zarzutów – stosownie

do art. 192 ust. 7 ustawy Pzp - Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie podlega oddaleniu.

Zarzut dotyczący: modyfikacji Załącznika nr 2 do SIWZ *"Opis wymagań biznesowych i architektonicznych CRKZ",* pkt 5.2 *„Wymagania w zakresie infrastruktury techniczno-systemowej",* ppkt 8.

W odpowiedzi na odwołanie (na zarzut nr 27 dotyczący: Załącznika nr 2 do SIWZ *„Opis wymagań biznesowych i architektonicznych CRKZ",* pkt 5.2. *„Wymagania w zakresie infrastruktury techniczno-systemowej" ppkt 8)* wniesione przez wykonawcę Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie w sprawie o sygn. akt: KIO 337/16 w dniu 7 marca 2016 roku zamawiający wskazał, iż:
„Zamawiający wykreśla z załącznika nr 2 definicje dotyczące poziomu świadczenia *usługi serwisowej. Jednocześnie wyjaśnia, że określenie poziomu* świadczenia *usługi serwisowej na jakim oczekuje on obsługi incydentu leży jedynie w gestii Zamawiającego i nie ma* żadnego *uzasadnienia wysuwana przez Odwołującego konieczność dokonywania obiektywnej oceny krytyczności Zgłoszenia Incydentu przez obie Strony Umowy, a w szczególności przez Wykonawcę. Wprawdzie zakwalifikowanie incydentu do określonego poziomu krytyczności wpływa na zakres prac stron, jednakże to Zamawiający „płaci" za wykonaną usługę i to on powinien samodzielnie decydować na jakim poziomie usługa powinna zostać zrealizowana przez Wykonawcę. Z dotychczasowych doświadczeń Zamawiającego wynika, że dopuszczenie Wykonawców do ustalania krytyczności Zgłoszenia Incydentu powoduje odrzucanie przez Wykonawców zgłoszeń, z powodu niewłaściwej jego zdaniem kategoryzacji zgłoszenia, lub zwlekanie z ich obsługą z powodu niekończących się dyskusji dotyczących kategoryzacji Zgłoszenia. Taka sytuacja jest niedopuszczalna z punktu widzenia Zamawiającego.*
Jednocześnie sytuacja, gdy to Zamawiający decyduje o poziomie Zgłoszenia Incydentu nie uniemożliwia ustalenia przez Wykonawcę ryzyk oraz zakresu odpowiedzialności dla świadczonych *usług, które określono w przedmiocie umowy z uwagi na fakt,* że *Zamawiający określił maksymalne limity obsługi zgłoszeń* średnich *i krytycznych co spowoduje,* że *Zamawiający nie będzie mógł bezpodstawnie* żądać *obsługi incydentów na najwyższym poziomie w liczbie przekraczającej ustalone limity.".*

Odwołujący, w ramach odwołania, będącego przedmiotem niniejszego rozstrzygnięcia, podnosił, iż w odwołaniu z dnia 7 marca 2016 roku w zarzutach nr 27 i 68 wskazywał na konieczność określenia w SIWZ definicji dla pojęć: Incydent niski, Incydent średni i Incydent krytyczny, natomiast w odpowiedzi na odwołanie z dnia 21 marca 2016 roku (na zarzut 27) zamawiający wykreślił z SIWZ szczątkowe regulacje w tym zakresie.

W pierwszej kolejności wskazać należy, że Izba w wyroku z dnia 4 kwietnia 2016 roku wydanym w sprawach o sygn. akt: KIO 337/16 i KIO 342/16 oddaliła oba zarzuty co bezpośrednio wynika z brzmienia pkt 2 sentencji tego wyroku.

Izba nie uznała zatem za zasadne nakazania zamawiającemu wprowadzenia definicji Incydentów w kontekście Systemu EPWD, co było objęte zarzutem nr 68 odwołania wykonawcy Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie z dnia 7 marca 2016 roku, gdzie wykonawca wskazywał, że: *„Zamawiający nie definiuje używanych w SIWZ i Umowie w kontekście Systemu EPWD pojęć:*
„Incydent niski",
„Incydent średni",
„Incydent krytyczny", …".

Izba nie uwzględniła również zarzutu nr 27, w ramach którego odwołujący wnosił o nakazanie zamawiającemu zmiany wymagań dla Incydentu niskiego dla ITS CRKZ.

Przede wszystkim należy zauważyć, że Izba rozstrzygając o odwołaniach wniesionych w sprawach o sygn. akt: KIO 337/16 i KIO 342/16, uwzględniła również odpowiedź zamawiającego na odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 337/16 datowaną na dzień 21 marca 2016 roku w zakresie odpowiedzi na zarzut nr 27 wskazując, iż: zamawiający wykreślił z Załącznika nr 2 definicje dotyczące poziomu świadczenia usługi serwisowej.

Izba w tym wyroku przychyliła się do stanowiska zamawiającego, że określenie

poziomu świadczenia usługi serwisowej na jakim oczekuje on obsługi Incydentu leży jedynie w gestii zamawiającego. Dopuszczenie wykonawców do ustalenia krytyczności zgłoszenia Incydentu powoduje odrzucanie przez wykonawców zgłoszeń z powodu niewłaściwej jego kategoryzacji, w co w ocenie Izby doprowadziło zamawiającego do przyjęcia takiego rozwiązania.

Zatem, Izba w tym zakresie już się wypowiedziała, uznając stanowisko zamawiającego za zasadne również względem zmian treści SIWZ dokonanych w zakresie Załącznika nr 2 do SIWZ i wykreślenia z nich definicji dotyczących poziomu świadczenia usługi serwisowej, co było przedmiotem zarzutu w ramach niniejszego odwołania.

Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp *Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi,* że: *odwołujący powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego się.*

Wobec powyższego, jako, że nie ustawa Pzp nie przewiduje możliwości częściowego odrzucenia odwołania, zarzut, o którym mowa powyżej, Izba pozostawiła bez rozpoznania.

Ponadto, należy wskazać, że kwestia możliwości odkodowania postanowień SIWZ w zakresie treści Załącznika nr 2 do SIWZ, po dokonanej zmianie, a podnoszona przez przystępującego w piśmie z dnia 13 kwietnia 2016 roku, jak i przez odwołującego w toku rozprawy, nie była objęta zarzutami odwołania.

Zarzut dotyczący: modyfikacji Załącznika nr 4 do SIWZ „Wzór *umowy",* Artykuł 4. *„Ramowy Harmonogram realizacji przedmiotu umowy"* ust. 1 pkt 3)

W ocenie Izby zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wykonawcy Hewlett Packard Enterprise Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, wniesione w dniu 7 marca 2016 roku w sprawie o sygn. akt: KIO 342/16, zmienił treść SIWZ nadając art. 4 ust. 1 pkt 3 Wzoru umowy, stanowiącego Załącznik nr 4 do SIWZ, następujące brzmienie:

„3) przejęcie przez Wykonawcę utrzymania systemu EPWD wytworzonego i modyfikowanego na podstawie dotychczas realizowanych umów nastąpi od dnia podpisania Umowy, przy czym:

a) przez okres 6 miesięcy liczonych od daty podpisania Umowy Wykonawca nie będzie obciążany karami umownymi z tytułu niedotrzymania parametrów określonych w Metrykach utrzymania usług. W tym okresie wykonawca będzie otrzymywał 40% wartości miesięcznego wynagrodzenia z tytułu utrzymania EPWD, o którym mowa w art. 13 ust. 2 lit. b)

b) Wykonawca przed upływem 6 miesiąca od daty zawarcia umowy może zgłosić gotowość do świadczenia *usług utrzymania systemu EPWD. Od miesiąca następującego po miesiącu, w którym Wykonawca zgłosił gotowość do* świadczenia *usług utrzymania systemu EPWD zachowaniem parametrów określonych w metrykach lub od 7 miesiąca od daty zawarcia umowy Wykonawca będzie otrzymywał 100% wynagrodzenia miesięcznego wynagrodzenia z tytułu utrzymania EPWD, o którym mowa w art. 13 ust. 2 lit. b)".*

Pierwotnie art. 4 ust.1 pkt 3 Wzoru umowy miał następujące brzmienie:

„przejęcie przez Wykonawcę utrzymania systemu EPWD wytworzonego i modyfikowanego na podstawie dotychczas realizowanych umów nastąpi od dnia podpisania Umowy, przy czym przez okres 2 miesięcy liczonych od daty podpisania Umowy Wykonawca nie będzie obciążany karami umownymi z tytułu niedotrzymania parametrów określonych w Metrykach utrzymania usług;".

Odwołujący - Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie - w niniejszym odwołaniu zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, stwierdzając, że nawet, jeśli odwołujący zgłosi gotowość do świadczenia usług utrzymania EPWD w dniu zawarcia umowy, to i tak za pierwszy miesiąc świadczenia tej usługi otrzyma 40% wynagrodzenia, co oznacza, że będzie karany nawet wówczas, gdy należycie będzie świadczył usługi utrzymania EPWD.

Przede wszystkim należy zauważyć, że zgodnie z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp: *Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.* Z kolei przepis art. 7 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, iż: *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.*

Odwołujący nie wykazał, a nawet nie uprawdopodobnił, że przedmiotowa zmiana treści SIWZ, może w jakikolwiek sposób utrudniać uczciwą konkurencję. W toku rozprawy odwołujący podnosił, że to postanowienie umowy (art. 4 ust. 1 pkt 3 w szczególności lit. b), godzi w sytuację odwołującego, który obecnie realizuje w tym zakresie umowę na rzecz zamawiającego, utrzymując System EPWD i ma naturalną przewagę konkurencyjną nad pozostałymi wykonawcami.

W ocenie Izby, powyższe nie stanowi o tym, że zmienione postanowienie art. 4 ust. 1 pkt 3 Wzoru umowy, może utrudniać bądź naruszać uczciwą konkurencję w tym postępowaniu. Izba zauważa, że zamawiający ma pewną swobodę w kształtowaniu postanowień umów o udzielenie zamówienia publicznego. To on jest gospodarzem postępowania i musi również zabezpieczyć swoje interesy.

Ponadto, Izba przyjęła jako uzasadnioną, argumentację zamawiającego, że u niego rozliczenia dokonywane są w cyklu miesięcznym, a zatem przyjęte rozwiązanie wynika również z tego, że wynagrodzenie w pełnej wysokości będzie wypłacane od miesiąca następującego po miesiącu, w którym wykonawca zgłosi gotowość do świadczenia usługi utrzymania Systemu EPWD w pełnym zakresie, tj. z zachowaniem parametrów określonych w Metrykach utrzymania usług. Zamawiający podnosił w trakcie rozprawy, że takie rozwiązanie zabezpiecza jego interes, ponieważ w sytuacji, gdy wykonawca nie jest w stanie przejąć pełnej odpowiedzialności za utrzymanie systemu, wówczas zamawiający

może zlecić innemu wykonawcy świadczenie pewnego zakresu usług, a w przypadku zgłoszenia gotowości przez wykonawcę do świadczenia usług utrzymania Systemu EPWD w pełnym zakresie, wówczas będzie mógł jednocześnie w ciągu miesiąca wypowiedzieć umowę temu innemu wykonawcy. Dodatkowo, zamawiający podkreślił, że okresem rozliczeniowym będzie miesiąc kalendarzowy, co wynika z art. 14 ust. 9 wzoru umowy.

Zarzut dotyczący: modyfikacji Załącznika nr 1 do Umowy „Definicje *pojęć oraz rozwinięcie skrótów używanych w Umowie", Okres stabilizacji* oraz Załącznika nr 3 do Umowy *„Procedury projektowe i utrzymaniowe, standardy produkcyjne",* pkt II, ppkt 5.15.1.

W ocenie Izby zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wykonawcy Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie, wniesione w dniu 7 marca 2016 roku w sprawie o sygn. akt: KIO 337/16 (zarzut nr 71), zmienił treść SIWZ, poprzez nadanie brzmienia:

a) w Załączniku nr 1 do Umowy definicji *Okres stabilizacji:*
„Okres stabilizacji – Okres następujący po Starcie produkcyjnym Modyfikacji, nie wcześniej niż w pierwszy dzień roboczy po wdrożeniu produkcyjnym, nie krótszy jednak niż 3 miesiące. Okres stabilizacji ulega przedłużeniu o czas, w którym usuwane były zastrzeżenia zgłoszone w tym okresie".

b) w Załączniku nr 3 do Umowy ppkt 5.15.1:
„Zakończenie Okresu stabilizacji następuje po usunięciu wszystkich zastrzeżeń dotyczących wdrożonej funkcjonalności w ramach modyfikacji i zgłoszonych w tym okresie".

Przed wprowadzeniem zmiany w/w postanowienia SIWZ brzmiały w sposób następujący:

- Załącznik nr 1 do Umowy – *Okres stabilizacji:*
„Okres stabilizacji – Okres następujący po Starcie produkcyjnym Modyfikacji, którego długość określa Zlecenie, nie krótszy jednak niż 3 miesiące. Okres stabilizacji ulega przedłużeniu o czas, w którym usuwane były Błędy zgłoszone w tym okresie".
- Załącznik nr 3 do Umowy ppkt 5.15.1:
„Zakończenie Okresu stabilizacji możliwe jest po usunięciu wszystkich Błędów ujawnionych w tym Okresie".

W ramach przedmiotowego zarzutu odwołujący podnosił, że w zakresie obydwu zapisów wniósł odwołanie w dniu 7 marca 2016 roku (w sprawie o sygn. akt KIO: 337/16) domagając się uniezależnienia końca Okresu Stabilizacji dla Modyfikacji od naprawy

Błędów, które nie są Błędem Modyfikacji oraz o ujednoznacznienie zapisów poprzez zmianę treści SIWZ. Ponadto, wskazał, że w odpowiedzi na odwołanie zamawiający dokonał zmiany SIWZ, jednakże w sposób niezgodny z żądaniem odwołania, bowiem

zamawiający w miejsce zdefiniowanego pojęcia „Błąd" użył niezdefiniowanego pojęcia „zastrzeżenia".

Dodatkowo, na rozprawie odwołujący podkreślał, że odpowiedź zamawiającego na odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 470/16, która została złożona na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego w dniu 14 kwietnia 2016 roku, stanowi uwzględnienie odwołania w zakresie przedmiotowego zarzutu, bowiem zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wyjaśnia co rozumie pod pojęciem *„zastrzeżenie”,* zaś żądanie odwołującego było sformułowane w sposób alternatywny i brzmiało: „Mając *powyższe na uwadze Odwołujący wnosi o zastąpienie pojęcia „zastrzeżenie" zdefiniowanym w SIWZ pojęciem „Błąd Modyfikacji". Jeśli zaś wolą Zamawiającego jest, aby zakres obowiązków Wykonawcy w Okresie stabilizacji był uzależniony od usuwania zastrzeżeń, które nie są Błędami - Odwołujący wnosi o zdefiniowanie oraz używanie pojęcia w obydwu pojęcia „Zastrzeżenie" tego w/w wskazanych postanowieniach pisanego z wielkiej litery.”.* Odwołujący podnosił, że stanowisko zamawiającego powinno być jawne dla wszystkich wykonawców, a zmiana lub wyjaśnienie treści SIWZ powinna zostać dokonana zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, wobec czego wnosił o nakazanie zamawiającemu określenia definicji *„zastrzeżenia”* zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w oparciu o wyjaśnienia przedstawione przez zamawiającego w treści odpowiedzi na odwołanie.

W ocenie Izby, wbrew temu co twierdzi odwołujący, zamawiający nie uwzględnił żądania odwołującego. Nie uznał, że pojęcie *„zastrzeżenie”* wymaga dodatkowego wyjaśnienia czy zdefiniowania. Wynika to bezpośrednio ze stanowiska zamawiającego przedstawionego w toku rozprawy. Zamawiający w swojej odpowiedzi na odwołanie z dnia 14 kwietnia 2016 roku, zaprezentował jedynie swoje stanowisko w odpowiedzi na zarzuty podniesione w odwołaniu. Zamawiający m.in. wskazał na związki treściowe występujące pomiędzy różnymi postanowieniami SIWZ, w tym wskazał na interpretację terminu „zastrzeżenia” użytego w pkt II ppkt 5.15.1 Załącznika nr 3 do Umowy również w kontekście postanowienia pkt II ppkt 5.14.2 Załącznika Nr 3 do Umowy, w którym to użyto pojęcia „odbiór *bez zastrzeżeń”.*

Ponadto, Izba uznała za przekonujące stanowisko zamawiającego, że termin *„zastrzeżenie”,* jest terminem używanym powszechnie w praktyce i nie wymaga odrębnego zdefiniowania.

Natomiast, Izba nie podzieliła argumentacji zamawiającego, że przedmiotowy zarzut został zgłoszony po terminie, tj. po upływie 10 dni od dnia przesłania SIWZ odwołującemu (26 luty 2016 r.). Zamawiający wskazywał, że termin *„zastrzeżenie”* nie był zdefiniowany

również na gruncie pierwotnego brzmienia SIWZ. Niemniej jednak, należy wskazać, że zarzut dotyczył modyfikacji Załącznika nr 1 do Umowy *„Definicje pojęć oraz rozwinięcie skrótów używanych w Umowie"* oraz Załącznika nr 3 do Umowy (ppkt 5.15.1), dokonanej przez zamawiającego w dniu 22 marca 2016 roku, kiedy to zamawiający przekazał wykonawcom odpowiedź na odwołanie w sprawie KIO 337/16 (datowaną na dzień 21 marca 2016 roku), zawierającą zmiany treści SIWZ, a zatem odwołanie w tym zakresie zostało wniesione w terminie.

Mając powyższe na uwadze Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b), § 5 ust. 3 pkt 1 i ust. 4 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz uznała za zasadne koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3 000 zł, zgodnie ze złożonym na rozprawie rachunkiem.

Przewodniczący: ……