Sygn. akt KIO 4039/24

WYROK

Warszawa, dnia 2 grudnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący:Maksym Smorczewski
Robert Skrzeszewski
Bartosz Stankiewicz
Protokolant:Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 października 2024 r. przez wykonawcę Comarch Polska spółka akcyjna z siedzibą w Krakowie
w postępowaniu prowadzonym przez Kasę Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego
przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy Asseco Data Systems spółka akcyjna z siedzibą w Gdańsku

orzeka:

1.umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów oznaczonych w odwołaniu jako „Zarzut 2 – brak danych statystycznych", „Zarzut 3 – brak historii modyfikacji systemu", „Zarzut 4– wadliwy opis przedmiotu zamówienia", „Zarzut 5 – brak tzw. okresu przejściowego", „Zarzut 6 zbyt krótki (nierealistyczny) termin wykonania Etapów 1 i 2", „Zarzut 7– wadliwe postanowienia Załącznika nr 10 do SWZ – PPU", „Zarzut 8 – wadliwe kryterium oceny ofert – Zadanie próbne (p)", „Zarzut 9 – wadliwe kryterium oceny ofert – Cena raty miesięcznej" oraz „Zarzut 10 – wadliwe warunki udziału w postępowaniu",

2.oddala odwołanie w pozostałym zakresie,

3.kosztami postępowania obciąża wykonawcę Comarch Polska spółka akcyjna z siedzibą w Krakowie i:

3.1.zalicza do kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł (piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez wykonawcę Comarch Polska spółka akcyjna z siedzibą w Krakowietytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 617 zł (trzy tysiące sześćset siedemnaście złotych) poniesioną przez wykonawcę Comarch Polska spółka akcyjna z siedzibą w Krakowie tytułem wynagrodzenia pełnomocnika i innych uzasadnionych wydatków oraz kwotę 3 617 zł (trzy tysiące sześćset siedemnaście złotych) poniesioną przez zamawiającego Kasę Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika i innych uzasadnionych wydatków,

3.2.zasądza od Comarch Polska spółka akcyjna z siedzibą w Krakowie na rzecz Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego kwotę 3 617 zł (trzy tysiące sześćset siedemnaście złotych) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika i innych uzasadnionych wydatków.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący:……..……
……..……
……..……

Sygn. akt KIO 4039/24

UZASADNIENIE

31 października 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Comarch Polska spółka akcyjna z siedzibą w Krakowie (dalej jako „Odwołujący") w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na usługi o tytule „Usługi kompleksowej obsługi i rozwoju Systemu informatycznego wspomagającego obsługę świadczeń emerytalno-rentowych" (dalej jako „Postępowanie"), prowadzonym przez zamawiającego Kasę Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego (dalej jako „Zamawiający") wobec treści dokumentów zamówienia.

Odwołujący zarzucił naruszenie:

„1)[Zarzut 1 – brak udostępnienia aktualnej i kompletnej dokumentacji oraz aktualnych i kompletnych kodów źródłowych Systemu FARMER] art. 134 ust. 1 pkt. 4 PZP, art. 99 ust. 1 i 4 PZP oraz art. 353[1] kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust 1 PZP oraz art. 16 i 17 PZP – poprzez zaniechanie udostępnienia wykonawcom na etapie postępowania przetargowego aktualnej i kompletnej dokumentacji Systemu FARMER oraz aktualnych i kompletnych kodów źródłowych Systemu FARMER w sposób umożliwiający na swobodne i nieograniczone czasowo korzystanie z nich na potrzeby przygotowania oferty w przedmiotowym postępowaniu oraz zaniechanie zapewnienia wykonawcom odpowiedniej ilości czasu na zapoznanie się z dokumentacją Systemu FARMER oraz kodami źródłowymi systemu FARMER (nie mniej niż 40 dni od dnia ich udostępnienia) poprzez zbyt krótki termin składania ofert, a także poprzez niejasne zapisy umowy w zakresie przekazania posiadanej dokumentacji / kodów źródłowych na etapie realizacji umowy (zwłaszcza bez jakiegokolwiek wyszczególnienia,

co Zamawiający posiada) – co narusza także art. 433 ust. 3 PZP;

2)[Zarzut 2 – brak danych statystycznych] art. 134 ust. 1 pkt. 4 PZP, art. 99 ust. 1 i 4 PZP w zw. z art. 16 i 17 PZP w zw. z art. 353[1] k.c. w zw. z art. 8 ust 1 PZP – poprzez brak udostępnienia w ramach OPZ informacji dotyczących dotychczasowej charakterystyki/danych statystycznych świadczenia usług utrzymania Systemu FARMER, w wyniku czego nie ma możliwości oszacowania pracochłonności, a zatem i ceny oferty w oparciu o rzeczywiste dane dotyczące przedmiotu zamówienia;

3)[Zarzut 3 – brak historii modyfikacji systemu] art. 134 ust. 1 pkt. 4 PZP, art. 99 ust. 1 i 4 PZP oraz art. 353[1] k.c. w zw. z art. 8 ust 1 PZP oraz art. 16 i 17 PZP – poprzez zaniechanie udostępnienia wykonawcom na etapie postępowania przetargowego aktualnych i pełnych informacji dotyczących dotychczasowych modyfikacji Systemu FARMER, w wyniku czego nie ma możliwości oszacowania ich liczby, wielkości i zakresu merytorycznego – czyli dynamiki rozwoju Systemu FARMER, a w efekcie przewidywanej pracochłonności, liczebności i struktury kompetencyjnej personelu, a zatem i ceny oferty w oparciu o rzeczywiste dane dotyczące przedmiotu zamówienia;

4)[Zarzut 4 – wadliwy opis przedmiotu zamówienia] art. 134 ust. 1 pkt. 4 PZP, art. 99 ust. 1 i 4 PZP oraz art. 353[1] k.c. w zw. z art. 8 ust 1 PZP oraz art. 16 i 17 PZP w zw. z art. 433 ust. 3 PZP – poprzez „poglądowy" opis przedmiotu zamówienia, przeniesienie na wykonawcę kosztów i odpowiedzialności w zakresie zmian w tym opisie, które nastąpiły po „udostępnieniu SIWZ", niepełny opis przedmiotu zamówienia, w tym zaniechanie podania parametrów wszystkich urządzeń niezbędnych do niezawodnego działania Systemu FARMER wraz z ich minimalną ilością per ośrodek przetwarzania, wraz z podziałem na wymagane środowiska;

5)[Zarzut 5 – brak tzw. okresu przejściowego] art. 134 ust. 1 pkt. 4 PZP, art. 99 ust. 1 i 4 PZP w zw. z art. 16 i 17 PZP w zw. z art. 353[1] k.c. w zw. z art. 8 ust 1 PZP – poprzez zaniechanie wprowadzenia 3-miesięcznego okresu przejściowego na przejęcie utrzymania Systemu FARMER przez innego wykonawcę innego niż dotychczasowy wykonawca usług utrzymania, co może utrudniać uczciwe i równe konkurowanie o zamówienie z dotychczasowym wykonawcą przedmiotu zamówienia;

6)[Zarzut 6 zbyt krótki (nierealistyczny) termin wykonania Etapów 1 i 2] art. 134 ust. 1 pkt. 4 PZP, art. 99 ust. 1 i 4 PZP w zw. z art. 16 i 17 PZP w zw. z art. 353[1] k.c. w zw. z art. 8 ust 1 PZP w zw. z art. 433 pkt 3 PZP – poprzez

7)[Zarzut 7 – wadliwe postanowienia Załącznika nr 10 do SWZ – PPU] art. 134 ust. 1 pkt. 4 PZP, art. 99 ust. 1 i 4 PZP w zw. z art. 16 i 17 PZP w zw. z art. 353[1] k.c. w zw. z art. 8 ust 1 PZP poprzez wadliwie skonstruowane postanowienia w zakresie płatności wynagrodzenia za Etap I i II, które to wynagrodzenie Zamawiający nakazuje Wykonawcy połączyć z wynagrodzeniem za Etap III – i które następnie jest płatne w miesięcznych częściach – przez okres 46 miesięcy, co stanowi także naruszenie art. 106i ustawy o podatku od towarów i usług.

8)[Zarzut 8 – wadliwe kryterium oceny ofert – Zadanie próbne (p)] art. 99 ust. 1 i 4, art. 16 i 17 PZP w związku z art. 134 PZP ust. 1 pkt 4 i 18 PZP w zw. z art. 239 – 241 PZP – poprzez sformułowanie w ramach kryterium oceny ofert kryterium pn. „Zadanie próbne (p)", którego przedmiotem jest wykonanie analizy i zaprojektowanie zmian w systemie FARMER wynikających z prowadzonych obecnie przez Sejm prac legislacyjnych, co prowadzi do nierównego traktowania wykonawców i ogranicza konkurencję i rażąco foruje dotychczasowego wykonawcę usług utrzymania i rozwoju Systemu FARMER;

9)[Zarzut 9 – wadliwe kryterium oceny ofert – Cena raty miesięcznej)] art. 99 ust. 1 i 4, art. 16 i 17 PZP w związku z art. 134 PZP ust. 1 pkt 4 i 18 PZP w zw. z art. 239 – 241 PZP – poprzez sformułowanie w ramach kryterium oceny ofert kryterium pn. „Cena raty miesięcznej", która obejmuje koszty wejścia (Etap I i II), których de facto nie ponosi dotychczasowy wykonawca umowy oraz cenę za Etap III, co prowadzi do porównania nieporównywalnych stanów faktycznych, nierównego traktowania wykonawców, ogranicza konkurencję i rażąco foruje dotychczasowego wykonawcę usług utrzymania i rozwoju Systemu FARMER;

10)[Zarzut 10] – wadliwe warunki udziału w postępowaniu] art. 112 i art. 116 PZP w zw. z art. 16 i 17 PZP w zakresie usług referencyjnych, o których mowa w Rozdziale VIII ust. 2 pkt. 1-3 SWZ oraz w zakresie wymagań co do certyfikatów dla zespołu dedykowanego, o którym mowa w Rozdziale VIII ust. 2 pkt 4 SWZ poprzez nieproporcjonalne i niekonkurencyjne określenie rzeczonych warunków oraz poprzez określenie ich w sposób, który foruje dotychczasowego wykonawcę usług utrzymania i rozwoju Systemu FARMER.".

Odwołujący wniósł o „uwzględnienie odwołania" oraz „zasądzenie kosztów postępowania, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika zastępującego Odwołującego w postępowaniu odwoławczym", ponadto wskazał, że „żąda nakazania Zamawiającemu przez Krajową Izbę Odwoławczą dokonania zmian SWZ w sposób określony w uzasadnieniu odwołania".

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania „w całości jako bezzasadnego" oraz „o zasądzenie na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego".

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Asseco Data

Systems spółka akcyjna z siedzibą w Gdańsku (dalej jako „Przystępujący"). Przystępujący wskazał, że „przystępuje do odwołania w zakresie zarzutów 4, 5, 7, 8, 9" oraz że odwołanie – w zakresie zarzutów nr 4, 5, 7, 8, 9 – powinno zostać oddalone.

Izba ustaliła w zakresie mającym istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy i zważyła, co następuje:

Zamawiający prowadzi Postępowanie z zastosowaniem przepisów Pzp w trybie przetargu nieograniczonego. Wartość zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 21 października 2024 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 635812-2024.

W świetle art. 505 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym „środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy", Odwołującemu przysługiwało prawo do wniesienia odwołania. Izba nie stwierdziła przy tym, aby zachodziła którakolwiek z określonych w art. 528 Pzp okoliczności skutkujących odrzuceniem odwołania.

27 listopada 2024 r. w trakcie posiedzenia Odwołujący oświadczył, że „cofa odwołanie w zakresie zarzutów oznaczonych jako Zarzut 2 - Zarzut 10, co należało rozumieć jako wycofanie odwołania w zakresie zarzutów naruszenia:

-„art. 134 ust. 1 pkt. 4 PZP, art. 99 ust. 1 i 4 PZP w zw. z art. 16 i 17 PZP w zw. z art. 353[1] k.c. w zw. z art. 8 ust 1 PZP – poprzez brak udostępnienia w ramach OPZ informacji dotyczących dotychczasowej charakterystyki/danych statystycznych świadczenia usług utrzymania Systemu FARMER, w wyniku czego nie ma możliwości oszacowania pracochłonności, a zatem i ceny oferty w oparciu o rzeczywiste dane dotyczące przedmiotu zamówienia",

-„art. 134 ust. 1 pkt. 4 PZP, art. 99 ust. 1 i 4 PZP oraz art. 353[1] k.c. w zw. z art. 8 ust 1 PZP oraz art. 16 i 17 PZP – poprzez zaniechanie udostępnienia wykonawcom na etapie postępowania przetargowego aktualnych i pełnych informacji dotyczących dotychczasowych modyfikacji Systemu FARMER, w wyniku czego nie ma możliwości oszacowania ich liczby, wielkości i zakresu merytorycznego – czyli dynamiki rozwoju Systemu FARMER, a w efekcie przewidywanej pracochłonności, liczebności i struktury kompetencyjnej personelu, a zatem i ceny oferty w oparciu o rzeczywiste dane dotyczące przedmiotu zamówienia",

-„art. 134 ust. 1 pkt. 4 PZP, art. 99 ust. 1 i 4 PZP oraz art. 353[1] k.c. w zw. z art. 8 ust 1 PZP oraz art. 16 i 17 PZP w zw. z art. 433 ust. 3 PZP – poprzez „poglądowy" opis przedmiotu zamówienia, przeniesienie na wykonawcę kosztów i odpowiedzialności w zakresie zmian w tym opisie, które nastąpiły po „udostępnieniu SIWZ", niepełny opis przedmiotu zamówienia, w tym zaniechanie podania parametrów wszystkich urządzeń niezbędnych do niezawodnego działania Systemu FARMER wraz z ich minimalną ilością per ośrodek przetwarzania, wraz z podziałem na wymagane środowiska",

-„art. 134 ust. 1 pkt. 4 PZP, art. 99 ust. 1 i 4 PZP w zw. z art. 16 i 17 PZP w zw. z art. 353[1] k.c. w zw. z art. 8 ust 1 PZP – poprzez zaniechanie wprowadzenia 3-miesięcznego okresu przejściowego na przejęcie utrzymania Systemu FARMER przez innego wykonawcę innego niż dotychczasowy wykonawca usług utrzymania, co może utrudniać uczciwe i równe konkurowanie o zamówienie z dotychczasowym wykonawcą przedmiotu zamówienia",

-„art. 134 ust. 1 pkt. 4 PZP, art. 99 ust. 1 i 4 PZP w zw. z art. 16 i 17 PZP w zw. z art. 353[1] k.c. w zw. z art. 8 ust 1 PZP w zw. z art. 433 pkt 3 PZP – poprzez",

-„art. 134 ust. 1 pkt. 4 PZP, art. 99 ust. 1 i 4 PZP w zw. z art. 16 i 17 PZP w zw. z art. 353[1] k.c. w zw. z art. 8 ust 1 PZP poprzez wadliwie skonstruowane postanowienia w zakresie płatności wynagrodzenia za Etap I i II, które to wynagrodzenie Zamawiający nakazuje Wykonawcy połączyć z wynagrodzeniem za Etap III – i które następnie jest płatne w miesięcznych częściach – przez okres 46 miesięcy, co stanowi także naruszenie art. 106i ustawy o podatku od towarów i usług",

-„art. 99 ust. 1 i 4, art. 16 i 17 PZP w związku z art. 134 PZP ust. 1 pkt 4 i 18 PZP w zw. z art. 239 – 241 PZP – poprzez sformułowanie w ramach kryterium oceny ofert kryterium pn. „Zadanie próbne (p)", którego przedmiotem jest wykonanie analizy i zaprojektowanie zmian w systemie FARMER wynikających z prowadzonych obecnie przez Sejm prac legislacyjnych, co prowadzi do nierównego traktowania wykonawców i ogranicza konkurencję i rażąco faworyzuje dotychczasowego wykonawcę usług utrzymania i rozwoju Systemu FARMER",

-„art. 99 ust. 1 i 4, art. 16 i 17 PZP w związku z art. 134 PZP ust. 1 pkt 4 i 18 PZP w zw. z art. 239 – 241 PZP – poprzez sformułowanie w ramach kryterium oceny ofert kryterium pn. „Cena raty miesięcznej", która obejmuje koszty wejścia (Etap I i II), których de facto nie ponosi dotychczasowy wykonawca umowy oraz cenę za Etap III, co prowadzi do porównania nieporównywalnych stanów faktycznych, nierównego traktowania wykonawców, ogranicza konkurencję i rażąco faworyzuje dotychczasowego wykonawcę usług utrzymania i rozwoju Systemu FARMER",

-„art. 112 i art. 116 PZP w zw. z art. 16 i 17 PZP w zakresie usług referencyjnych, o których mowa w Rozdziale VIII ust. 2 pkt. 1-3 SWZ oraz w zakresie wymagań co do certyfikatów dla zespołu dedykowanego, o którym mowa w

Rozdziale VIII ust. 2 pkt 4 SWZ poprzez nieproporcjonalne i niekonkurencyjne określenie rzeczonych warunków oraz poprzez określenie ich w sposób, który foruje dotychczasowego wykonawcę usług utrzymania i rozwoju Systemu FARMER"

- czyli zarzutów oznaczonych w odwołaniu jako „Zarzut 2 – brak danych statystycznych", „Zarzut 3 – brak historii modyfikacji systemu", „Zarzut 4– wadliwy opis przedmiotu zamówienia", „Zarzut 5 – brak tzw. okresu przejściowego", „Zarzut 6 zbyt krótki (nierealistyczny) termin wykonania Etapów 1 i 2", „Zarzut 7– wadliwe postanowienia Załącznika nr 10 do SWZ – PPU", „Zarzut 8 – wadliwe kryterium oceny ofert – Zadanie próbne (p)", „Zarzut 9 – wadliwe kryterium oceny ofert – Cena raty miesięcznej" oraz „Zarzut 10 – wadliwe warunki udziału w postępowaniu".

Zgodnie z art. 520 ust. 1 Pzp „odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy", zaś stosownie do art. 568 pkt 1) Pzp, „Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku cofnięcia odwołania". Mając na względzie, że art. 520 ust. 1 Pzp uprawnia odwołującego do cofnięcia odwołania w całości, wnioskowanie na zasadzie a maiori ad minus (z większego na mniejsze) uzasadnia przyjęcie, że odwołujący może cofnąć odwołanie jedynie w części. Potwierdza to art. 522 ust. 3 Pzp, w którym jest mowa o „wycofaniu pozostałych zarzutów" (nie uwzględnionych przez zamawiającego) – co również stanowi wycofanie odwołania w części. Z treści art. 568 pkt 1) Pzp wynika, że Izba związana jest oświadczeniem odwołującego o cofnięciu odwołania.

W takim stanie rzeczy hipoteza normy wynikającej z tego przepisu była spełniona, co zobowiązywało Izbę do umorzenia postępowania odwoławczego w zakresie, w jakim Odwołujący cofnął odwołanie.

Wobec powyższego Izba w punkcie 1. wyroku umorzyła postępowanie w zakresie zarzutów oznaczonych w odwołaniu jako „Zarzut 2 – brak danych statystycznych", „Zarzut 3 – brak historii modyfikacji systemu", „Zarzut 4– wadliwy opis przedmiotu zamówienia", „Zarzut 5 – brak tzw. okresu przejściowego", „Zarzut 6 zbyt krótki (nierealistyczny) termin wykonania Etapów 1 i 2", „Zarzut 7– wadliwe postanowienia Załącznika nr 10 do SWZ – PPU", „Zarzut 8 – wadliwe kryterium oceny ofert – Zadanie próbne (p)", „Zarzut 9 – wadliwe kryterium oceny ofert – Cena raty miesięcznej" oraz „Zarzut 10 – wadliwe warunki udziału w postępowaniu".

W konsekwencji merytorycznemu rozpoznaniu przez Izbę podlegał wyłącznie zarzut oznaczony w odwołaniu jako „Zarzut 1 – brak udostępnienia aktualnej i kompletnej dokumentacji oraz aktualnych i kompletnych kodów źródłowych Systemu FARMER" -naruszenia art. 134 ust. 1 pkt 4 Pzp, art. 99 ust. 1 i 4 Pzp oraz art. 353[1] ustawy Kodeks cywilny z dnia 23 kwietnia 1964 r. w związku z art. 8 ust. 1 Pzp oraz art. 16 i 17 Pzp „poprzez zaniechanie udostępnienia wykonawcom na etapie postępowania przetargowego aktualnej i kompletnej dokumentacji Systemu FARMER oraz aktualnych i kompletnych kodów źródłowych Systemu FARMER w sposób umożliwiający na swobodne i nieograniczone czasowo korzystanie z nich na potrzeby przygotowania oferty w przedmiotowym postępowaniu oraz zaniechanie zapewnienia wykonawcom odpowiedniej ilości czasu na zapoznanie się z dokumentacją Systemu FARMER oraz kodami źródłowymi systemu FARMER (nie mniej niż 40 dni od dnia ich udostępnienia) poprzez zbyt krótki termin składania ofert, a także poprzez niejasne zapisy umowy w zakresie przekazania posiadanej dokumentacji / kodów źródłowych na etapie realizacji umowy (zwłaszcza bez jakiegokolwiek wyszczególnienia, co Zamawiający posiada) – co narusza także art. 433 ust. 3 PZP".

W zakresie tego zarzutu Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1)„modyfikacji SWZ poprzez zobowiązanie Zamawiającego doudostępnienia wykonawcom na etapie postępowania przetargowego aktualnej i kompletnej dokumentacji Systemu FARMER, w tym: a. dokumentacji użytkownika, b. dokumentacji administratora, c. szczegółowego opisu struktur danych, d. dokumentacji analitycznej AOM, oraz aktualnych i kompletnych kodów źródłowych Systemu FARMER wraz z zapewnieniem, że kody te poprawnie się kompilują oraz ze szczegółową specyfikacją środowiska ich kompilacji; udostępnienie ww. materiałów powinno nastąpić w sposób umożliwiający na swobodne i nieograniczone czasowo korzystanie z nich na potrzeby przygotowania oferty w przedmiotowym postępowaniu oraz zapewnienie wykonawcom odpowiedniej ilości czasu na zapoznanie się z dokumentacją i kodami źródłowymi Systemu FARMER (nie mniej niż 40 dni od dnia udostępnienia) poprzez adekwatne przesunięcie terminu składania ofert (o nie mniej niż 40 dni od dnia udostępnienia dokumentacji i kodów źródłowych Systemu FARMER wykonawcom ubiegającym się o zamówienie) oraz wprowadzenie do dokumentacji postępowania informacji o planowanych zmianach w środowisku eksploatacji oraz w zakresie funkcjonalnym Systemu FARMER w okresie min. 6 miesięcy po terminie składania ofert",

2)„modyfikacji SWZ poprzez zmianę postanowienia umowy § 2 ust. 4 pkt 3 na następujące: „Zamawiający w terminie do 2 Dni Roboczych od dnia zawarcia Umowy przekaże Wykonawcy kompletne i aktualne na dzień zawarcia Umowy dokumentację Systemu FARMER, w tym: a. dokumentacji użytkownika, b. dokumentacji administratora, c. szczegółowego opisu struktur danych, d. dokumentacji analitycznej AOM, oraz aktualne i kompletne kody źródłowe Systemu FARMER w sposób umożliwiający na swobodne i nieograniczone czasowo korzystanie z nich na potrzeby realizacji umowy (w szczególności poprzez ich kompilację). Przyjęcie dokumentacji oraz

kodów źródłowych FARMER potwierdzone zostanie przez Wykonawcę protokołem odbioru. Dokumentacja i kody źródłowe będą aktualne na dzień podpisania Umowy. Zamawiający gwarantuje, iż przekazane kody źródłowe Systemu FARMER kompilują się prawidłowo.”.

Zarzut ten nie był uzasadniony.

Zgodnie z art. 134 ust. 1 pkt 4 Pzp „SWZ zawiera co najmniej opis przedmiotu zamówienia”. Stosownie do 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”, zaś art. 99 ust. 4 Pzp stanowi, że „przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów”. W art. 353^1 ustawy Kodeks cywilny z dnia 23 kwietnia 1964 r. określono, że „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”, zaś w art. 8 ust. 1 Pzp iż „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 2024 r. poz. 1061), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej”. Zgodnie z art. 16 Pzp „zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny”. Stosownie do art. 17 Pzp „1. Zamawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający: 1) najlepszą jakość dostaw, usług, oraz robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, oraz 2) uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów. 2. Zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. 3. Czynności związane z przygotowaniem oraz przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia wykonują osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm.”. Art. 433 pkt 3 Pzp stanowi, iż „projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający”.

Konieczne jest wskazanie, że aczkolwiek z art. 516 Pzp, określającego, co zawiera (czy co powinno zawierać) odwołanie, nie wynika obowiązek podania przepisów, które zdaniem odwołującego zostały naruszone czynnością lub zaniechaniem czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, to zgodnie z art. 516 pkt 10 Pzp odwołanie musi zawierać zwięzłe wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania. Izba, stosownie do art. 555 Pzp orzekając wyłącznie co do zarzutów, które były zawarte w odwołaniu, rozpoznaje odwołanie w zakresie okoliczności faktycznych i prawnych wskazanych w odwołaniu.

Należy stwierdzić, że w ocenie Izby w odwołaniu nie przedstawiono okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołanie w zakresie ww. zarzutu w zakresie naruszenia: art. 134 ust. 1 pkt 4 Pzp, art. 353^1 ustawy Kodeks cywilny z dnia 23 kwietnia 1964 r. w związku z art. 8 ust. 1 Pzp, art. 16 pkt 2 i 3 Pzp, art. 17 Pzp oraz art. 433 pkt 3 Pzp. Nie sposób doszukać się w nim wskazania, dlaczego zdaniem Odwołującego Zamawiający naruszył wynikające z tych przepisów obowiązek zawarcia opisu przedmiotu zamówienia w SWZ, uprawnienie do ułożenia przez strony stosunku prawnego wynikającego z umowy w sprawie zamówienia publicznego według swego uznania, obowiązek przygotowania i prowadzenia Postępowania w sposób proporcjonalny czy zakaz przewidzenia w projektowanych postanowieniach umowy odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający.

W zakresie naruszenia art. 17 Pzp, który składa się z trzech odrębnych jednostek redakcyjnych (ustępów), w odwołaniu nie określono, której z nich dotyczy zarzut ani dlaczego zdaniem Odwołującego norma prawa wynikająca z danego ustępu art. 17 Pzp została przez Zamawiającego naruszona.

Nie ulega ponadto wątpliwości, że art. 99 ust. 4 Pzp jest przepisem określającym wyłącznie to, w jaki sposób zamawiający nie może opisywać przedmiotu zamówienia. Przedstawione w odwołaniu okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołanie w zakresie ww. zarzutu nie dotyczyły zaś opisu przedmiotu zamówienia w Postępowaniu, lecz nieudostępnienia wykonawcom na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dokumentacji i kodów źródłowych systemu Farmer oraz postanowienia projektowanych postanowień umowy, stanowiących załącznik nr 13 do specyfikacji warunków zamówienia w Postępowaniu (dalej jako „SWZ”), dotyczącego udostępnienia ww. dokumentacji i kodów źródłowych po zawarciu umowy. Nie mogły one prowadzić do stwierdzenia naruszenia tego przepisu.

Wobec powyższego brak było podstaw do stwierdzenia naruszenia przepisów art. 134 ust. 1 pkt 4 Pzp, art. 3531 ustawy Kodeks cywilny z dnia 23 kwietnia 1964 r. w związku z art. 8 ust. 1 Pzp, art. 16 pkt 2 i 3 Pzp, art. 17 Pzp, art. 433 pkt 3 Pzp oraz art. 99 ust. 4 Pzp.

Należy stwierdzić, że 18 listopada 2024 r. Zamawiający na stronie internetowej prowadzonego postępowania opublikował pismo o treści „Zamawiający, działając na podstawie art. 135 ust. 2 ww. ustawy Pzp, informuje, że udziela odpowiedzi na trzy pytania, natomiast odpowiedzi na pozostałe pytania zostaną udzielone w późniejszym terminie. Pytanie: Dotyczy: Dokumentacja systemu FARMER Pytanie: Prosimy Zamawiającego o udostępnienie na etapie postępowania przetargowego (np. poprzez dedykowany zasób) aktualnej i kompletnej dokumentacji Systemu Farmer, w tym: a) dokumentacji użytkownika, b) dokumentacji administratora, c) szczegółowego opisu struktur danych, d) dokumentacji analitycznej AOM, e) kodów źródłowych Systemu Farmer wraz z zapewnieniem, że kody te poprawnie się kompilują oraz ze szczegółową specyfikacją środowiska ich kompilacji. Prosimy o udostępnienie ww. materiałów w sposób umożliwiający swobodne i nieograniczone czasowo korzystanie z nich na potrzeby przygotowania oferty w przedmiotowym postępowaniu oraz zapewnienie odpowiedniej ilości czasu na zapoznanie się z dokumentacją i kodami źródłowymi Systemu FARMER (nie mniej niż 40 dni od dnia udostępnienia). Odpowiedź: Zamawiający udostępnił na zasobie sieciowym, w chmurze KRUS pod adresem: https://nubo.krus.gov.pl/index.php/s/W4aKNMXHUKizvO6 jedyną posiadaną i aktualną dokumentację systemu FARMER. Wraz z posiadaną dokumentacją systemu FARMER udostępniona została dokumentacja analityczna systemu WORKFLOW, w ramach którego znajduje się silnik procesów biznesowych i warstwa interfejsu użytkownika. Indywidualne hasło umożliwiające dostęp do zasobu sieciowego zostanie przekazane do pełnomocnika Wykonawcy, który skierował przedmiotowe pytanie do Zamawiającego. Zamawiający wyjaśnia, że do dnia zakończenia postępowania i zawarcia umowy z Wykonawcą, którego oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą, w ramach której uregulowane zostaną zagadnienia związane z prawem autorskim i prawami zależnymi, nie istnieje możliwość udostępnienia kodów źródłowych systemu FARMER. Zamawiający informuje, że każdy Wykonawca, który zwróci się z wnioskiem do Zamawiającego otrzyma indywidualne hasło umożliwiające dostęp do ww. zasobu sieciowego.(…)”.

Nie było przy tym sporne pomiędzy stronami i uczestnikiem postępowania odwoławczego, że w dniu 18 listopada 2024 r. Zamawiający udostępnił „na zasobie sieciowym, w chmurze KRUS pod adresem: https://nubo.krus.gov.pl/index.php/s/W4aKNMXHUKizvO6” jedyną posiadaną i aktualną dokumentację systemu FARMER”, przy czym – jak wskazano w odpowiedzi na odwołanie – „dla systemu FARMER w pierwszej wersji, istnieje jedynie szczątkowa dokumentacja, sprowadzająca się w praktyce do dokumentacji użytkownika (…) Dopiero dla modyfikacji aktualnej wersji systemu Zamawiający dysponuje kompletną dokumentacją, opisującą jednak jedynie nowe i modyfikowane elementy systemu.”.

Brak było podstaw do kwestionowania prawdziwości twierdzenia Zamawiającego, że udostępnił on całą posiadaną i aktualną dokumentację systemu Farmer.

Nawet jeżeli przedmiotowa dokumentacja nie zawiera wszystkich „elementów” wymienionych w odwołaniu - to jest „dokumentacji użytkownika”, „dokumentacji administratora”, „szczegółowego opisu struktur danych” i „dokumentacji analitycznej AOM” – to nie sposób uznać, że Zamawiający zobowiązany jest udostępnić wykonawcom na etapie postępowania przetargowego dokumentację systemu Farmer w zakresie, w jakiej on jej w ogóle nie posiada, a w konsekwencji nakazać Zamawiającemu „udostępnienia wykonawcom na etapie postępowania przetargowego aktualnej i kompletnej dokumentacji systemu FARMER, w tym” ww. „elementów” - o wnosił Odwołujący. Z kolei w zakresie, w jakim Zamawiający posiada dokumentację systemu Farmer i w jakim została ona udostępniona wykonawcom 18 listopada 2024 r. dokonanie tej czynności powoduje, że biorąc przy wydaniu wyroku, zgodnie z art. 552 ust. 1 Pzp za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego, Izba nie ma podstaw do stwierdzenia naruszenia przepisu Pzp poprzez nieudostępnienie dokumentacji systemu Farmer, a w konsekwencji nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności, która została już dokonana.

Należy stwierdzić, że dla stwierdzenia naruszenia art. 99 ust. 1 Pzp konieczne jest wskazanie okoliczności uzasadniających uznanie, że przedmiot zamówienia został opisany w sposób niejednoznaczny lub niewyczerpujący, określenia za pomocą został opisany nie są dostatecznie dokładne lub zrozumiałe, bądź że dokonując tego opisu nie uwzględniono wymagań lub okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty”, zaś dla stwierdzenia naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 Pzp, że zamawiający przygotował lub przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji lub równego traktowania wykonawców bądź nieprzejrzysty, oraz wykazanie tych okoliczności.

W zakresie tych przepisów w świetle treści odwołania, a także stanowiska przedstawionego przez Odwołującego na rozprawie, należało przyjąć, że okolicznością uzasadniającą wniesienie odwołania w zakresie udostępnienia na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego kodów źródłowych systemu Farmer było to, że brak dostępu do nich i brak wiedzy o ich stanie uniemożliwia Odwołującemu złożenie oferty. Zamawiający w trakcie

postępowania odwoławczego temu zaprzeczał, co nie pozwala uznać jej za okoliczność niesporną, a w konsekwencji niewymagającą dowodu. Odwołujący nie przedstawił zaś jakichkolwiek dowodów w tym zakresie, a tym samym nie wykazał, że nieudostępnienie na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego kodów źródłowych systemu Farmer (i wynikający z tego brak wiedzy o ich stanie) uniemożliwia mu złożenie oferty.

Wymaga przy tym zauważenia, że w przypadku, gdy przedmiotem zamówienia obejmuje świadczenie usługi o charakterze ciągłym, to, że określony wykonawca świadczy tą usługę w czasie, gdy jest prowadzone postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, może oznaczać, że wykonawca ten posiada pewną przewagę konkurencyjną w odniesieniu do tego postępowania. Przewaga ta, wynikając z okoliczności faktycznych, ma jednak charakter naturalny, i nie świadczy „samo przez się" o naruszeniu przez zamawiającego prowadzącego to postępowanie przepisów Pzp.

Nie sposób było więc uznać, że nieudostępnienie wykonawcom na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego kodów źródłowych systemu Farmer naruszało przepisy art. 16 pkt 1 i 2 oraz art. 99 ust. 1 Pzp.

Nie znajdowało także uzasadnienia uznanie, że § 2 ust. 4 pkt 3) projektowanych postanowień umowy, stanowiących załącznik nr 13 do SWZ, jest niejasny. W ocenie Izby ze sformułowania „Zamawiający w terminie do 5 Dni Roboczych od dnia zawarcia Umowy przekaże Wykonawcy posiadaną dokumentację oraz kody źródłowe FARMER" jednoznacznie wynika, że Zamawiający przekaże wykonawcy dokumentację oraz kody źródłowe systemu Farmer, które posiada w dniu ich przekazania, a także termin ich przekazania. Powoływane w odwołaniu sformułowanie „dostępnej dokumentacji" dotyczy zaś potwierdzenia przyjęcia dokumentacji przez wykonawcę.

W tym stanie rzeczy brak było podstaw do stwierdzenia naruszenia ww. przepisów przez Zamawiającego, wobec czego odwołanie należało oddalić.

Ustalając stan faktyczny Izba oparła się na dokumentach znajdujących się w dokumentacji Postępowania oraz załączonego do odpowiedzi na odwołanie datowanego na 18 listopada 2024 r. pisma zatytułowanego „Wyjaśnienia treści Specyfikacji warunków zamówienia".

Mając na względzie, że zgodnie z art. 531 Pzp „przedmiotem dowodu są fakty mające dla rozstrzygnięcia sprawy istotne znaczenie", Izba pominęła załączoną do odpowiedzi na odwołanie „opinię biegłego Marcina Molskiego". Zamawiający wnosił o dopuszczenie dowodu z tej opinii „jako dokumentu prywatnego w zakresie wiadomości specjalnych dotyczących zarzutów wskazanych w odwołaniu".

Dokument prywatny - jak określono w art. 245 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego - stanowi dowód tego, że osoba, która go podpisała, złożyła oświadczenie zawarte w dokumencie. Rzeczona opinia jako dokument prywatny nie może więc stanowić dowodu „w zakresie wiadomości specjalnych dotyczących zarzutów wskazanych w odwołaniu", zwłaszcza że jej przedmiotem jest „ocena zasadności zarzutów znajdujących się w odwołaniu" wniesionym w niniejszej sprawie, a nie ustalenie faktów, w szczególności takich, których ustalenie wymaga wiadomości specjalnych. Mogłaby ona stanowić wyłącznie dowód tego, że osoba, która ją podpisała, złożyła oświadczenie zawarte w dokumencie – co nie jest faktem mającym dla rozstrzygnięcia sprawy istotne znaczenie.

W zakresie złożonego do akt postępowania odwoławczego wydruku umowy nr 49/2023 należy zauważyć że miał on służyć ustaleniu, że Zamawiający jest właścicielem kodów źródłowych systemu Farmer. Okoliczność ta nie była sporna pomiędzy stronami i uczestnikiem postępowania odwoławczego; ponadto podstawą do jej ustalenia był dokument znajdujący się w dokumentacji Postępowania - projektowane postanowienia umowy, stanowiące załącznik nr 13 do SWZ, w których § 5 ust. 1 zawarte jest oświadczenie Zamawiającego, „że jest właścicielem kodów źródłowych, dokumentacji FARMER".

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 Pzp oraz § 2 ust. 1 pkt 2, § 5 pkt 1 i 2, § 8 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.

Zgodnie z art. 557 Pzp „w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego", stosownie zaś do art. 575 Pzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. W § 2 ust. 1 pkt 2 ww. rozporządzenia określono, że wysokość wpisu wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia na usługi o wartości przekraczającej progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 Pzp, wynosi 15.000 złotych. Stosownie do § 5 pkt 1 i 2 ww. rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się wpis oraz „uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego, (…) w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy, obejmujące: (…) b) wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3600 złotych, (…) d) inne uzasadnione wydatki, w tym koszty przeprowadzenia innych dowodów w postępowaniu odwoławczym niż dowód z opinii biegłego, dopuszczonych przez Izbę na wniosek strony lub uczestnika postępowania odwoławczego". Zgodnie z § 8 ust. 2 pkt 1 ww. rozporządzenia „W przypadku oddalenia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi odwołujący. Izba zasądza koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, od odwołującego na rzecz zamawiającego

(…)".

Stosownie do § 5 pkt 1 ww. rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego zaliczono wpis w wysokości 15.000 złotych.

Odwołujący na rozprawie był reprezentowany przez czterech pełnomocników. Jak wynika ze złożonych do akt sprawy spisu faktury i dokumentów „potwierdzenie wykonania operacji", koszty postępowania odwoławczego Odwołującego obejmują wynagrodzenie pełnomocnika w wysokości 4.428 złotych oraz wydatki na opłatę skarbową od pełnomocnictw w wysokości 68 złotych.

Zgodnie z § 5 pkt 2 lit. b ww. rozporządzenia, do uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego Zamawiającego wynagrodzenie i wydatki pełnomocnika mogą być zaliczone wyłącznie do kwoty 3.600 złotych. W konsekwencji do uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego Odwołującego wynagrodzenie pełnomocnika go reprezentującego mogło być zaliczone w kwocie 3.600 złotych.

Mając na uwadze treść ww. przepisu, z którego wynika, że w aspekcie ponoszenia kosztów postępowania za uzasadnione uznawać należy reprezentowanie przez jednego pełnomocnika, Izba nie uznała wydatku na opłatę skarbową od złożenia pełnomocnictwa przez więcej niż jednego pełnomocnika za uzasadniony koszt Odwołującego, wobec czego do uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego Odwołującego zaliczono stanowiący „inny uzasadniony wydatek" strony wydatek na opłatę skarbową od złożenia jednego pełnomocnictwa w kwocie 17 złotych.

Stosownie więc do § 5 pkt 2 ww. rozporządzenia do uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego Odwołującego zaliczono zatem wynagrodzenie pełnomocnika go reprezentującego w wysokości 3.600 złotych oraz wydatek na opłatę skarbową od złożenia pełnomocnictwa w kwocie 17 złotych.

Zamawiający na rozprawie był reprezentowany przez czterech pełnomocników. Jak wynika ze złożonych do akt sprawy spisu faktury i dokumentu „przelew z rachunku", koszty postępowania odwoławczego Zamawiającego obejmują wynagrodzenie pełnomocnika w wysokości 3.600 złotych oraz wydatek na opłatę skarbową od pełnomocnictwa w wysokości 17 złotych.

Stosownie więc do § 5 pkt 2 ww. rozporządzenia do uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego Zamawiającego zaliczono wynagrodzenie pełnomocnika go reprezentującego w wysokości 3.600 złotych oraz wydatek na opłatę skarbową od złożenia pełnomocnictwa w kwocie 17 złotych.

Zważywszy, że dziewięć zarzutów przedstawionych w odwołaniu Odwołujący cofnął przed otwarciem rozprawy w dniu, na który został wyznaczony termin rozprawy, zaś w zakresie pozostałego zarzutu odwołanie zostało oddalone, o kosztach postępowania odwoławczego należało orzec jak w przypadku oddalenia odwołania w całości na podstawie § 8 ust. 2 pkt 1 ww. rozporządzenia, stosownie do którego w punkcie 3. wyroku Izba kosztami tego postępowania odwoławczego obciążyła Odwołującego i zasądziła od Odwołującego na rzecz Zamawiającego uzasadnione koszty postępowania odwoławczego Zamawiającego w wysokości 3.617 złotych.

Przewodniczący:……..……

……..……

……..……