

WYROK
z dnia 10 czerwca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 czerwca 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 maja 2015 r. przez wykonawcę **Integrated Solutions Sp. z o.o., 01-230 Warszawa, ul. Skierniewicka 10a** w postępowaniu prowadzonym przez **Komendę Główną Ochotniczych Hufców Pracy, 00-349 Warszawa, ul. Tamka 1**

orzeka:

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Integrated Solutions Sp. z o.o., 01-230 Warszawa, ul. Skierniewicka 10a i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Integrated Solutions Sp. z o.o., 01-230 Warszawa, ul. Skierniewicka 10a tytułem wpisu od odwołania.**

KIO 1122/15 1

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

KIO 1122/15 2

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Komendę Główną Ochotniczych Hufców Pracy (dalej „zamawiający”) na „Zapewnienie działania na zasobach CPD MPiPS Systemu "Zielona Linia" (CIKSZ ZŁ) oraz Elektronicznego Centrum Aktywizacji Młodzieży (ECAM)” wykonawca Integrated Solutions Sp. z o.o. (dalej „odwołujący”) złożył odwołanie wobec treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”) oraz zmiany treści SIWZ wraz z załącznikami z dnia 18 maja 2015 r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.) [dalej „ustawa Pzp”]:

1. art. 29 ust. 1, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i nieprecyzyjny, tj. niejednoznaczne i nieprecyzyjne określenie zasad odpowiedzialności wykonawcy za działania oraz zaniechania Ministerstwa Pracy i Polityki Społecznej (dalej „MPiPS”), w sposób nie wykluczający przyjęcia zasady, że wykonawca jest odpowiedzialny za działania oraz zaniechania MPiPS (tj. podmiotu trzeciego, niezależnego od wykonawcy, przy czym należyte wykonywanie umowy w sprawie zamówienia publicznego przez wykonawcę jest uzależnione np. od dotrzymania parametrów usługi świadczonej przez MPiPS na rzecz zamawiającego),
2. art. 186 ust. 2, poprzez zaniechanie zmiany treści SIWZ wraz z załącznikami, zgodnie z żądaniem odwołującego zawartym w odwołaniu z dnia 5 maja 2015 r., pomimo uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w tamtym

odwołaniu (dalej „odwołanie nr 1”),

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu zmiany treści SIWZ wraz z załącznikami (w brzmieniu po zmianie dokonanej przez zamawiającego pismem z dnia 18 maja 2015 r. pn. Modyfikacja SIWZ wraz z załącznikami), poprzez nadanie treści odpowiednim postanowieniom SIWZ wraz z załącznikami (OPZ, wzór umowy) następującego brzmienia: „Wykonawca nie ponosi odpowiedzialności za działania oraz zaniechania MPiPS. Odpowiedzialność za działania oraz zaniechania MPiPS ponosi Zamawiający” lub ewentualnie „System ZL i ECAM będzie działał w oparciu o zasoby serwerowe udostępnione przez Wykonawcę.”.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z następujących

KIO 1122/15 3

dokumentów znajdujących się w aktach sprawy o sygnaturze KIO 929/15:

1. odwołanie z dnia 5 maja 2015 r.,
2. odpowiedź na odwołanie z dnia 18.05.2015 r.,
3. wniosek zamawiającego o umorzenie postępowania z dnia 19.05.2015 r.,
4. postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej o umorzeniu postępowania o sygnaturze KIO 929/15.

Odwołujący podał, że 5 maja 2015 r. wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie nr 1 podnosząc m.in., że zamawiający zgodnie z rozdz. 2.2 lit. d) OPZ: „Zamawiający wymaga odtworzenia i zapewnienia działania systemu ZL i ECAM i jego wszystkich funkcjonalności w CPD MPiPS z wykorzystaniem istniejących zasobów Zamawiającego i niezbędnych dostarczonych przez Wykonawcę”, co oznacza, że System „Zielona Linia” (dalej „ZL”) i ECAM ma działać w oparciu o zasoby serwerowe udostępnione przez MPiPS. Odwołujący wskazał wówczas, że MPiPS nie jest stroną umowy (są nimi zamawiający i wykonawca), natomiast wywiązanie się przez wykonawcę z umowy uzależnione będzie zarówno od prawidłowego działania zasobów serwerowych oprogramowania udostępnionych przez MPiPS, jak również od działań lub zaniechań pracowników zatrudnionych przez MPiPS. Podniósł, że w przypadku niedochowania parametrów SLA, czy też awarii sprzętu lub oprogramowania, konsekwencje będzie ponosił wykonawca, pomimo, iż są to zdarzenia od niego niezależne.

Odwołujący wskazał wówczas także, że odpowiedzialność za działania MPiPS nie ogranicza się jedynie do świadczenia usług Systemu ZL i ECAM, lecz także do ochrony danych osobowych, ponieważ Systemy ZL i ECAM będą działały w oparciu o infrastrukturę MPiPS, jednak to na wykonawcy spoczywa odpowiedzialność za zachowanie wymagań dotyczących ochrony danych osobowych w ramach tych systemów (zgodnie z § 3 ust. 1 Umowy przetwarzania danych osobowych – zał. nr 9 do SIWZ).

Odwołujący doszedł do wniosku, że prowadzi to do sytuacji, w której wykonawca będzie odpowiedzialny za ochronę danych osobowych w infrastrukturze, która do niego nie należy, a co za tym idzie, do której będą mieć dostęp osoby postronne, których nie może kontrolować wykonawca – również w tym zakresie prowadzi to do odpowiedzialności wykonawcy za działania osób, na które nie ma on wpływu, co uniemożliwia wykonawcy prawidłowe skalkulowanie oferty, wykonawca nie jest bowiem w stanie określić zakresu swojego świadczenia w odniesieniu do odpowiedzialności za należyte wykonanie umowy; będzie ono bowiem zależne również od czynników niezależnych od wykonawcy, co oznacza w praktyce, że na zasadzie ryzyka wykonawca będzie odpowiadał za usługi świadczone na rzecz zamawiającego przez MPiPS.

Odwołujący podał, że z powyższych przyczyn wnosił o dokonanie następujących

KIO 1122/15 4

zmian treści SIWZ wraz z załącznikami (Opis Przedmiotu Zamówienia, Wzór umowy):

- 1) System ZL i ECAM będzie działał w oparciu o zasoby serwerowe udostępnione przez wykonawcę. Zapewni to faktyczną kontrolę wykonawcy nad usługami świadczonymi przez niego w ramach umowy z zamawiającym, lub ewentualnie

2) System ZL i ECAM będzie działać w oparciu o zasoby serwerowe udostępnione przez MPiPS, przy czym odpowiedzialność wykonawcy za niedotrzymanie warunków Umowy z przyczyn leżących po stronie MPiPS będzie przeniesiona na zasadzie jeden do jednego na MPiPS – powinno to dotyczyć w szczególności wszystkich przypadków, w których nieprawidłowe działanie infrastruktury i oprogramowania udostępnionego przez MPiPS, jak również działania lub zaniechania osób zatrudnionych przez MPiPS będą miały wpływ na prawidłowe świadczenie usług przez Wykonawcę. Przeniesienie pełnej odpowiedzialności na MPiPS powinno w szczególności dotyczyć następujących przypadków:

- a) niedotrzymania parametrów dostępności Systemu ZL i ECAM,
- b) występowania ograniczeń dla wykonawcy w fizycznym lub zdalnym dostępie do komponentów Systemu ZL i ECAM, znajdujących się w dyspozycji MPiPS,
- c) Umowa powinna nakładać na zamawiającego zobowiązanie do zawarcia przez MPiPS z wykonawcą umowy przetwarzania danych osobowych o treści analogicznej do umowy, którą podpisze wykonawca z zamawiającym,
- d) wyłączenie odpowiedzialności wykonawcy za przypadki, w których nieprawidłowe działanie infrastruktury i oprogramowania udostępnionego przez MPiPS, jak również działania lub zaniechania osób zatrudnionych przez MPiPS będą miały wpływ na prawidłowe świadczenie usług przez wykonawcę.

Odwołujący wskazał, że 18 maja 2015 r. zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, a następnie 19 maja 2015 r. we Wniosku o umorzenie postępowania odwoławczego uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu nr 1 i zapowiedział dokonanie zmiany treści SIWZ wraz z załącznikami zgodnie z żądaniami zawartymi w odwołaniu nr 1, w wyniku czego Krajowa Izba Odwoławcza wydała postanowienie o umorzeniu postępowania. (Dowód: pisma wskazane we wniosku dowodowym w petitum odwołania).

Odwołujący podał, że 18 maja 2015 r. zamawiający dokonał zmiany treści SIWZ wraz z załącznikami (Dowód: pismo Zamawiającego z dnia 18 maja 2015 r. pn. Modyfikacja SIWZ wraz z załącznikami), jednak – podniósł odwołujący – wbrew żądaniom zawartym w odwołaniu nr 1, pozostawił po stronie wykonawcy odpowiedzialność za działania i zaniechania MPiPS, a przynajmniej pozostawienia tej odpowiedzialności po stronie wykonawcy, przy takiej redakcji dokumentu, nie da się wykluczyć, ponieważ dokument ten

KIO 1122/15 5

jest niejednoznaczny i nieprecyzyjny (Dowód: pismo Zamawiającego z dnia 18 maja 2015 r. pn. Modyfikacja SIWZ wraz z załącznikami, np. lit. d): „Odpowiedzialność Wykonawcy za niedotrzymanie warunków umowy z przyczyn leżących po stronie MPiPS będzie przeniesiona na Wykonawcę tylko w uzasadnionych i potwierdzonych przypadkach – dotyczyć to będzie w szczególności wszystkich przypadków, w których nieprawidłowe działania infrastruktury i oprogramowania udostępnionego przez MPiPS, jak również działania lub zaniechania osób zatrudnionych przez MPiPS będą miały wpływ na prawidłowe świadczenie usług przez Wykonawcę.”.

Odwołujący stanął na stanowisku, że wskutek tego zamawiający w istocie nie zmienił zasad odpowiedzialności w stosunku do pierwotnego brzmienia SIWZ, ponieważ po zmianie wykonawca w dalszym ciągu pozostał odpowiedzialny za wszelkie nieprawidłowości, jakie zaistnieją po stronie MPiPS.

Uznał, że zamawiający wprawdzie ograniczył odpowiedzialność wykonawcy za nienależyte wykonanie usług przez MPiPS jedynie do „uzasadnionych i potwierdzonych przypadków”, jednakże w przykładowym wyliczeniu tych przypadków stwierdził, że „dotyczyć to będzie w szczególności wszystkich przypadków, w których nieprawidłowe działania infrastruktury i oprogramowania udostępnionego przez MPiPS, jak również działania lub zaniechania osób zatrudnionych przez MPiPS będą miały wpływ na prawidłowe świadczenie usług przez Wykonawcę”, co – wedle odwołującego – oznacza, że wykonawca w szczególności będzie odpowiedzialny za wszystkie najbardziej prawdopodobne przypadki naruszeń po stronie MPiPS, nie wykluczając innych przypadków nienależytego wykonania zamówienia przez MPiPS.

Podsumował, że zmianę dokonaną przez zamawiającego należy uznać za co najmniej pozorną, o ile nie sprzeczną z żądaniami odwołującego zgłoszonymi w pierwszym, uwzględnionym przez zamawiającego odwołaniu.

Na powyższej podstawie odwołujący wniósł o nakazanie zmiany treści SIWZ wraz z załącznikami, poprzez nadanie treści odpowiednim postanowieniom SIWZ wraz z załącznikami (OPZ, wzór umowy) następującego brzmienia:

„Wykonawca nie ponosi odpowiedzialności za działania oraz zaniechania MPiPS. Odpowiedzialność za działania oraz zaniechania MPiPS ponosi Zamawiający.”

Odwołujący uznał, że innym sposobem skorygowania zasad odpowiedzialności wykonawcy za działania oraz zaniechania MPiPS może być zapewnienie faktycznej kontroli wykonawcy nad usługami świadczonymi przez niego w ramach umowy z zamawiającym, co wiązałoby się z tym, iż System ZL i ECAM będzie działać w oparciu o zasoby serwerowe udostępnione przez wykonawcę.

Odwołujący, alternatywnie do wyżej opisanego żądania, wniósł o nakazanie zmiany

KIO 1122/15 6

treści SIWZ wraz z załącznikami, poprzez nadanie treści odpowiednim postanowieniom SIWZ wraz z załącznikami (OPZ, wzór umowy) następującego brzmienia: „System ZL i ECAM będzie działać w oparciu o zasoby serwerowe udostępnione przez Wykonawcę.”.

Odwołujący stwierdził, że w związku z tym, iż zamawiający w swych pismach (w tym kierowanych do KIO) wskazywał, że jego intencją nie jest obciążanie wykonawcy odpowiedzialnością za działania i zaniechania MPiPS (Dowód: pisma wskazane we wniosku dowodowym w petitum odwołania) oraz w związku z tym, iż dokument z 18 maja 2015 r. pn. Modyfikacja SIWZ wraz z załącznikami, jest dokumentem niejednoznacznym i nieprecyzyjnym, odwołujący pismem z dnia 19 maja 2015 r. zwrócił się do zamawiającego z prośbą o dokonanie weryfikacji wspomnianej Modyfikacji oraz wskazanie jej jednoznacznego brzmienia (Dowód: pismo Odwołującego z dnia 19 maja 2015 r.), jednak zamawiający nie udzielił odpowiedzi na pismo odwołującego, wobec czego uznał wniesienie odwołania za konieczne.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przedłożonej Izbie przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przy pismach z dnia 2 czerwca 2015 r., akt sprawy o sygn. akt KIO 929/15, odpowiedzi zamawiającego na odwołanie (pismo z dnia 8 czerwca 2015 r.), a także stanowisk: zamawiającego i odwołującego, zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Zarzut zaniechania zmiany treści SIWZ wraz z załącznikami, zgodnie z żądaniem odwołującego zawartym w odwołaniu z dnia 5 maja 2015 r., pomimo uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu z dnia 5 maja 2015 r., czym zamawiający naruszył przepis art. 186 ust. 2 nie potwierdził się.

W odwołaniu z dnia 5 maja 2015 r. odwołujący zażądał zmiany SIWZ, OPZ i Wzoru Umowy w następujący sposób:

- „a) System ZL i ECAM będzie działać w oparciu o zasoby serwerowe udostępnione przez Wykonawcę. Zapewni to faktyczną kontrolę Wykonawcy nad usługami świadczonymi przez niego w ramach umowy z Zamawiającym, lub ewentualnie
- b) System ZL i ECAM będzie działać w oparciu o zasoby udostępnione przez MPiPS,

KIO 1122/15 7

przy czym odpowiedzialność Wykonawcy za niedotrzymanie warunków Umowy będzie przeniesiona na zasadzie jeden do jednego na MPiPS – powinno to dotyczyć w szczególności wszystkich przypadków, w których nieprawidłowe działanie infrastruktury i oprogramowania udostępnionego przez MPiPS, jak również działania lub zaniechania osób zatrudnionych przez MPiPS będą miały wpływ na prawidłowe świadczenie usług przez Wykonawcę. Przeniesienie pełnej odpowiedzialności powinno w szczególności dotyczyć następujących przypadków:

- a. Niedotrzymania parametrów dostępności Systemu ZL i ECAM.
- b. Występowania ograniczeń dla Wykonawcy w fizycznym lub zdalnym dostępie do

- komponentów Systemu ZL i ECAM, znajdujących się w dyspozycji MPiPS,
- c. Umowa powinna nakładać na Zamawiającego zobowiązanie do zawarcia przez MPiPS z Wykonawcą umowy przetwarzania danych osobowych o treści analogicznej do umowy, którą podpisze Wykonawca z Zamawiającym,
 - d. Wyłączenie odpowiedzialności wykonawcy za przypadki, w których nieprawidłowe działanie infrastruktury i oprogramowania udostępnionego przez MPiPS będą miały wpływ na prawidłowe świadczenie usług przez Wykonawcę”.

W wyniku złożonego przez odwołującego odwołania z dnia 5 maja 2015 r. zamawiający, pismem z dnia 18 maja 2015 r. (ZZP-27/39/2015), dokonał modyfikacji SIWZ wraz z załącznikami (OPZ, Wzór Umowy) w następujący sposób:

„System ZL i ECAM będzie działał w oparciu o zasoby serwerowe udostępnione przez MPiPS, przy czym odpowiedzialność Wykonawcy za niedotrzymanie warunków umowy z przyczyn leżących po stronie MPiPS będzie przeniesiona na Wykonawcę tylko w uzasadnionych i potwierdzonych przypadkach – powinno to dotyczyć w szczególności wszystkich przypadków, w których nieprawidłowe działania infrastruktury i oprogramowania udostępnionego przez MPiPS, jak również działania lub zaniechania osób zatrudnionych przez MPiPS będą miały wpływ na prawidłowe świadczenie usług przez Wykonawcę. Wykonawca będzie zgłaszał do Zamawiającego wszystkie przypadki nieprawidłowego działania systemu, które będą po stronie MPiPS.

Przeniesienie pełnej odpowiedzialności z Wykonawcy dotyczy w szczególności następujących przypadków:

- a) Niedotrzymania parametrów dostępności Systemu ZL i ECAM,
- b) Występowania ograniczeń dla Wykonawcy w fizycznym lub zdalnym dostępie do komponentów Systemu ZL i ECAM, znajdujących się w dyspozycji MPiPS,
- c) Wyłączenie odpowiedzialności Wykonawcy za przypadki, w których nieprawidłowe działanie infrastruktury i oprogramowania udostępnionego przez MPiPS, jak również działania lub zaniechania osób zatrudnionych przez

KIO 1122/15 8

MPiPS będą miały wpływ na prawidłowe świadczenie usług przez Wykonawcę”.

Ponadto, pismem z dnia 19 maja 2015 r. (ZZP-27/39/2015/840), zamawiający złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wnioski o umorzenie postępowania odwoławczego – sygn. akt KIO 929/15 – wywołanego odwołaniem z dnia 5 maja 2015 r., składając oświadczenie, że uwzględnił w całości zarzuty odwołującego. Postanowieniem z dnia 20 maja 2015 r. Krajowa Izba Odwoławcza umorzyła postępowania odwoławcze w sprawie o sygn. akt KIO 929/15.

Porównanie żądań odwołującego zawartych w odwołaniu z dnia 5 maja 2015 r. z treścią zmodyfikowanej treści SIWZ w zakresie zasad odpowiedzialności wykonawcy za niedotrzymanie warunków umowy prowadzić musi do wniosku, że zamawiający – pomimo złożenia oświadczenia o uwzględnieniu w całości zarzutów odwołującego zawartych w odwołaniu z dnia 5 maja 2015 r. i wbrew wynikającemu z przepisu art. 186 ust. 3 ustawy Pzp obowiązki wykonania czynności (tu: modyfikacji SIWZ) zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu, dokonał takiej zmiany treści SIWZ, która nie jest zgodna z żądaniem odwołującego zawartym w odwołaniu z dnia 5 maja 2015 r. – jedynie tytułem przykładu wskazać należy, że zmodyfikowana treść SIWZ nie przewiduje nałożenia na zamawiającego obowiązku zawarcia przez Ministerstwo Pracy i Polityki Społecznej z wykonawcą umowy przetwarzania danych osobowych o treści analogicznej do umowy, którą podpisze wykonawca z zamawiającym.

Powyższe stanowi wystarczającą podstawę do stwierdzenia, że zamawiający nie dokonał czynności, polegającej na modyfikacji treści SIWZ zgodnie z żądaniem odwołującego, co z kolei przesądza o uznaniu braku podstaw do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 5 ustawy Pzp (Izba nie odrzuca odwołania, które dotyczy czynności, którą zamawiający nie wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w uprzednio złożonym odwołaniu).

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 186 ust. 2 ustawy Pzp

skład orzekający Izby stwierdził, że zarzut ten nie potwierdził się.

Zgodnie z przepisem art. 186 ust. 2 ustawy Pzp – w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów odwołania Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden

KIO 1122/15 9

wykonawca – co oznacza, że Izba umarza postępowanie odwoławcze, jeśli do postępowania tego po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca. Nadto przepis ten stanowi, że w takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważniana czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Podkreślenia wymaga, że art. 186 ust. 2 ustawy Pzp znajduje się w dziale VI ustawy Pzp – Środki *ochrony prawnej* – i jako taki ma charakter procesowy, tj. odnosi się do postępowania związanego z wnoszeniem i rozpoznawaniem środków ochrony prawnej przewidzianych w przepisach ustawy Pzp.

Regulacja ta wskazuje, jak należy postąpić z odwołaniem, którego zarzuty w całości uwzględnił zamawiający w sytuacji, gdy żaden z wykonawców nie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego – w takiej mianowicie sytuacji Izba umarza postępowanie odwoławcze, nie rozpoznając zarzutów odwołania, zaś zamawiający powinien wykonać, bądź powtórzyć określone czynności w postępowaniu, ewentualnie je unieważnić, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Fakt, że ww. regulacja ma charakter procesowy (nie zaś materialny) oznacza, że zamawiający, wykonując czynności, których dokonania wykonawca domagał się w uwzględnionym odwołaniu może liczyć na określony skutek procesowy przewidziany w dziale VI ustawy Pzp, tj. że ewentualne odwołanie wniesione na czynności wykonane przez niego zgodnie z żądaniem odwołania nie będzie rozpoznawane przez Izbę, gdyż – stosownie do art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp – będzie ono podlegało odrzuceniu.

Jednak to, że zamawiający nie wykonał czynności zgodnie z żądaniem uwzględnionego przez siebie odwołania wiąże się dla zamawiającego z negatywnym skutkiem w postaci przedłużenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ czynności zamawiającego podjęte wbrew zobowiązaniu wynikającemu z uwzględnienia w całości zarzutów odwołania podlegają merytorycznej weryfikacji w trybie odwoławczym. Innymi słowy, jeśli podjęte w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego czynności zamawiającego są sprzeczne z żądaniem zawartym w uwzględnionym przez niego odwołaniu, wykonawca pierwotnie składający odwołanie posiada uprawnienie do zaskarżenia tych czynności i ich weryfikacji przez Izbę w ramach postępowania odwoławczego.

Wskazać należy, że u podstaw takiej interpretacji art. 186 ust. 2 ustawy Pzp leży przede wszystkim okoliczność, iż obowiązujące przepisy ustawy Pzp nie wskazują na obowiązek badania przez Izbę prawidłowości – zgodności z materialnymi przepisami ustawy Pzp – czynności zamawiającego polegającej na uwzględnieniu odwołania. Izba w przypadku uwzględnienia w całości zarzutów odwołania jedynie umarza postępowanie odwoławcze, nie oceniając ani zasadności podniesionych w odwołaniu zarzutów, ani zasadności ich

KIO 1122/15 10

uwzględnienia przez zamawiającego.

Reasumując powyższe, skład orzekający Izby stwierdził, że zamawiający, uwzględniając odwołanie z dnia 5 maja 2015 r. nie miał materialnoprawnego obowiązku dokonania czynności modyfikacji SIWZ wedle treści żądania zawartego w tymże odwołaniu.

Jednocześnie jednak powyższe skutkuje koniecznością oceny prawidłowości dokonania nowej czynności w postępowaniu (zmiany treści SIWZ pismem z dnia 18 maja 2015 r.) przez Izbę w trybie wniesionego aktualnie przez odwołującego odwołania, tj. odwołania z dnia 28 maja 2015 r.

Samo formalne jedynie potwierdzenie się, że zamawiający nie wykonał czynności

w postępowaniu zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu z dnia 5 maja 2015 r. nie może skutkować uwzględnieniem odwołania, a jedynie wywołuje skutek formalnoprawny w postaci możliwości merytorycznego rozpoznania przez Izbę zarzutów nowego odwołania dotyczącego czynności wykonanych przez zamawiającego po uwzględnieniu pierwotnego odwołania.

Odnosząc się w tym miejscu do wniosku zamawiającego o odrzucenie odwołania z dnia 28 maja 2015 r. na podstawie art. 189 ust. 4 ustawy Pzp, skład orzekający Izby wskazuje – o czym była mowa powyżej – że okoliczności podnoszone w odwołaniu z dnia 5 maja 2015 r. nie były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę – Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt KIO 929/15 (wywołane odwołaniem z dnia 5 maja 2015 r.) bez merytorycznego rozpoznania sprawy.

Z powyższych względów skład orzekający Izby uznał, że zarzut nie potwierdził się.

Zarzut opisanego przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i nieprecyzyjny, tj. niejednoznaczne i nieprecyzyjne określenie zasad odpowiedzialności wykonawcy za działania oraz zaniechania Ministerstwa Pracy i Polityki Społecznej w sposób nie wykluczający przyjęcia zasady, że wykonawca jest odpowiedzialny za działania oraz zaniechania MPiPS, czym zamawiający naruszył przepis art. 29 ust. 1 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Zwraca uwagę fakt, że argumentacja dotycząca kwestionowanej obecnie przez odwołującego modyfikacji treści SIWZ z dnia 18 maja 2015 r. została zaprezentowana przez

KIO 1122/15 11

odwołującego na niespełna dwóch stronach odwołania (z pięciu). Nadto w części argumentacja ta odnosi się w istocie do zarzutu poprzedniego (nawiązania: „wbrew żądaniom zawartym w odwołaniu nr 1”, „Zamawiający w istocie nie zmienił zasad odpowiedzialności w stosunku do pierwotnego brzmienia SIWZ”, „należy uznać zmianę dokonaną przez Zamawiającego za co najmniej pozorną, o ile nie sprzeczną z żądaniami Odwołującego zgłoszonymi w pierwszym, uwzględnionym przez Zamawiającego odwołaniu”).

Zarzucając niejednoznaczność zmodyfikowanej treści SIWZ, odwołujący nie wskazał jednak, na czym niejednoznaczność tej treści polega, co stanowi przeszkodę w złożeniu przez odwołującego oferty w przedmiotowym postępowaniu.

W ocenie składu orzekającego Izby zmodyfikowana treść SIWZ była przez odwołującego postrzegana jako niejednoznaczna ze względu na niezgodność pomiędzy spodziewaną – ze względu na uwzględnienie przez zamawiającego odwołania – treścią SIWZ w zakresie zasad odpowiedzialności wykonawcy za niedotrzymanie warunków umowy a treścią SIWZ nadaną przez zamawiającego pismem z dnia 18 maja 2015 r. (Odwołujący stwierdził: „Wobec powyższego, należy uznać zmianę dokonaną przez Zamawiającego za co najmniej pozorną, o ile nie sprzeczną z żądaniami Odwołującego zgłoszonymi w pierwszym, uwzględnionym przez Zamawiającego odwołaniu”).

Jednoznaczny opis przedmiotu zamówienia w zakresie odpowiedzialności wykonawcy za niedotrzymanie warunków umowy to innymi słowy – wedle odwołującego – opis powielający zasady odpowiedzialności wykonawcy za niedotrzymanie warunków umowy wskazane w odwołaniu z dnia 5 maja 2015 r.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 29 ust. 1 ustawy Pzp odwołujący w istocie kontestował narzucone przez zamawiającego zasady odpowiedzialności wykonawcy za niedotrzymanie warunków umowy.

Z powyższych względów skład orzekający Izby uznał, że zarzut nie potwierdził się.

Ponieważ nie potwierdził się żaden z zarzutów odwołania orzeczono jak w sentencji.

KIO 1122/15 12

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący:

KIO 1122/15 13