

WYROK
z dnia 12 lipca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Członkowie: Robert Skrzyszewski

Małgorzata Stręciwilk

Protokolant: Cyprian Świś

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 lipca 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 czerwca 2013 r. przez wykonawcę **Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o., ul. Szturmowa 2A, 02-678 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, Al. Jana Pawła II 70, 00-175 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **Comarch S.A., Al. Jana Pawła II 39A, 31-864 Kraków**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu przekazać wykonawcom uczestniczącym w dialogu dokumentację analityczną, składającą się na Dokumentację, o której mowa w art. 1 pkt 21 Wzoru Umowy, stanowiącego Załącznik nr 2 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia,

KIO 1507/13

-
2. kosztami postępowania obciąża **Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, Al. Jana Pawła II 70, 00-175 Warszawa** i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy)** uiszczoną przez **Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o., ul. Szturmowa 2A, 02-678 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2 zasądza od **Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, Al. Jana Pawła II 70, 00-175 Warszawa** na rzecz **Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o., ul. Szturmowa 2A, 02-678 Warszawa** kwotę **18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy)**, stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczzonego wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego.
- Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 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:

Członkowie:

.....

KIO 1507/13

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na Utrzymanie i Rozwój Aplikacji SIA, PA, PZ SIP, FOTO SIP na lata 2013 – 2015 (dalej „postępowanie”), prowadzonym przez Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa (dalej „zamawiający”) w trybie dialogu konkurencyjnego (ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w dniu 14 grudnia 2011 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2011/S 240-389419) wykonawca **Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o.** (dalej „odwołujący”) wniósł odwołanie wobec zakończenia dialogu oraz czynności zamawiającego polegającej na ukształtowaniu treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”) w sposób sprzeczny z obowiązującymi przepisami prawa ponieważ:

1. zamawiający zakończył dialog konkurencyjny i zaprosił wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia do składania ofert w postępowaniu, przekazując im treść SIWZ z załącznikami (w szczególności załącznika nr 2 do SIWZ - „Wzór Umowy” oraz załączników do niego); o przedwczesnym zakończeniu dialogu świadczą, w ocenie odwołującego, braki w przekazanych wykonawcom dokumentach oraz konieczność doprecyzowania wielu pojęć na etapie realizacji umowy, a także liczne, przewidziane przez zamawiającego zmiany; odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisu art. 60a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) (dalej „ustawa PZP” albo ustawa Pzp), w zw. z art. 60e ust. 1 tej ustawy,
2. zamawiający ukształtował treść SIWZ wraz z załącznikami w sposób sprzeczny z przepisami ustawy PZP, tj.:

2a.

zgodnie z Rozdziałem II pkt 5 SIWZ zamawiający wskazał, iż „(...) nie przewiduje zwrotu kosztów udziału w postępowaniu”, pomimo, iż ustawa PZP jednoznacznie wskazuje na istnienie takiego obowiązku w niektórych przypadkach, czym zamawiający naruszył przepis art. 93 ust. 4 ustawy PZP,

2b.

zgodnie z Rozdziałem VII pkt 4 SIWZ Zamawiający wskazał, że „W przypadku wnoszenia wadium w innej formie niż pieniądź, kopię dokumentu należy dołączyć do oferty. Oryginał dokumentu stanowiącego wadium należy umieścić w osobnej kopercie. Koperta zawierająca oryginał dokumentu wadium powinna być umieszczona w kopercie z ofertą, albo opisana „wadium w postępowaniu na „UTRZYMANIE I ROZWÓJ APLIKACJI SIA, PA, PZ SIP, FOTO SIP NA LATA 2013 - 2015 i złożona odrębnie. Dokument musi wyraźnie wskazywać na wszystkie okoliczności jego utraty określone w art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy PZP”, co zdaniem odwołującego oznacza, iż zamawiający

KIO 1507/13

wymaga obligatoryjnego przedłożenia oryginału dokumentu wadium złożonego w formie innej niż pieniądź, pomimo iż ustawa PZP nie przewiduje takiego wymogu; odwołujący wskazał nadto na Rozdział VII pkt 6 SIWZ, w którym zamawiający podał, że „Wykonawca, który nie wniesie wadium, lub nie zabezpieczy oferty akceptowalną formą wadium zostanie wykluczony z postępowania, a jego oferta zostanie uznana za odrzuconą”, co - podniósł odwołujący, prowadzi do wniosku, że jeśli wykonawca nie przedłoży oryginału wadium (innego niż wadium w pieniądzu), to jego oferta zostanie odrzucona, czym zamawiający naruszył przepis art. 24 ust. 2 pkt 2) ustawy PZP w zw. z art. 60e ust. 4 i art. 46 ust. 1 ustawy PZP, 2c.

zgodnie z Rozdziałem IX pkt 5 SIWZ zamawiający podał, iż „(...) śladne z dokumentów wchodzących w skład oferty, także te złożone w formie oryginału nie podlegają zwrotowi”, co w konsekwencji oznacza, że zamawiający nie zamierza zwracać wykonawcom wadium złożonych w formie innej niż pieniądź, pomimo, iż ustawa PZP wskazuje na taki obowiązek, czym zamawiający naruszył przepis art. 60 e ust. 4 i art. 46 ust. 1 ustawy PZP, 2d.

zgodnie z Rozdziałem X pkt 1 i pkt 2 SIWZ, zamawiający przewidział, że „1. Każdy z Wykonawców zobowiązany jest do wykonania zadania próbnego zgodnie z wymogami SIWZ, którego wynik stanowić będzie element oferty. 2. Zadanie próbne polega na odtworzeniu Aplikacji SIA, w zakresie umożliwiającym przedstawienie wyniku, o którym mowa w pkt 3, na podstawie kodów i dokumentacji załączonej do SIWZ”; odwołujący podniósł, że *zamawiający* nie podał, którymi kodami, spośród dwóch dostarczonych na przekazanej wykonawcom płycie, podczas przeprowadzenia zadania próbnego mają posługiwać się wykonawcy - kodami źródłowymi, czy też wersją instalacyjną, tj. kodami skompilowanymi, co według odwołującego oznacza, że zamawiający nie dostarczył wykonawcom informacji niezbędnych do prawidłowego sporządzenia oferty, czym naruszył przepis art. 7 ust. 1 i ust. 3, art. 25 ust. 1 pkt 2) i art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy PZP, 2e.

zgodnie z Rozdziałem XI pkt 1, 3 i pkt 4 SIWZ zamawiający pierwotnie określił, iż termin składania ofert w postępowaniu zostaje wyznaczony na dzień 25 czerwca 2013 r., a następnie dnia 19 czerwca 2013 r. przesunął go na 9 lipca 2013 r., co - zdaniem odwołującego - wobec złożoności, niejasności i braku precyzji dokumentacji (w tym w szczególności Wzoru Umowy oraz załączników do niego zawierających opis przedmiotu

zamówienia) jest terminem niewystarczającym na przygotowanie i złożenie przez odwołującego oferty, czym zamawiający naruszył przepis art. 7 ust. 1 i ust. 3 oraz 60e ust. 4 ustawy PZP,

3. zamawiający ukształtował postanowienia załącznika nr 2 do SIWZ - Wzoru Umowy oraz załączników do niego w taki sposób, że zawierają niejednoznaczne,

KIO 1507/13

niekompletne, a miejscami wewnątrz sprzeczne zapisy, co - ocenił odwołujący, uniemożliwia mu dokładne określenie zakresu usług i warunków na jakich usługi miałyby być na rzecz zamawiającego świadczone, a w konsekwencji uniemożliwia sporządzenie oferty zgodnej z oczekiwaniami zamawiającego, a nadto uniemożliwia rzetelne skalkulowanie ceny, w sposób wskazany przez zamawiającego (poprzez określenie ceny w sposób ryczałtowy), tj.:

3a.

zgodnie z art. 1 Wzoru Umowy zamawiający nadał następujące znaczenie pojęciom:

„pkt 22) - Wada - oznacza Awarię, Błąd Krytyczny lub Błąd Niekrytyczny; Wada może dotyczyć zarówno Modyfikacji, w tym niezgodności z AOM, jak i całego Systemu Informatycznego, którego nieprawidłowe działanie jest spowodowane wprowadzeniem Modyfikacji”;

„pkt 23) - Incydent - oznacza każde nieprawidłowe działanie Systemu Informatycznego; Incydent może być spowodowany w szczególności Wadą”;

„pkt 24) - Awaria - oznacza Wadę powodującą brak możliwości wykorzystywania głównych funkcji Aplikacji SIA w danym momencie przez wszystkich użytkowników w przynajmniej jednej lokalizacji Zamawiającego (BP lub OR lub Centrala)”;

odwołujący podał, że pojęcia „Wady”, „Incydentu” i „Awarii” zostały zastosowane między innymi w pkt 2 załącznika nr 2A i w pkt 3 załącznika nr 9 do Wzoru Umowy, gdzie w sposób niezrozumiały został opisany proces, w toku którego należy zastosować te pojęcia;

„pkt 25) - Błąd Krytyczny - oznacza Wadę powodującą takie działanie lub brak działania funkcji użytkownika, które uniemożliwia użytkownikom Systemu Informatycznego realizację przynajmniej jednej funkcjonalności opisanej w analitycznym opisie Systemu Informatycznego lub minimum 5-krotne przekroczenie czasu odpowiedzi jednej z funkcji w stosunku do parametrów nie funkcjonalnych ustalonych dla tej funkcji; w przypadku Modyfikacji Błędem Krytycznym jest także:

- 1) działanie funkcji użytkownika niezgodne z AOM, które uniemożliwia wykonanie pełnego przebiegu tej funkcji opisanego w analitycznym opisie tej funkcji lub powoduje, że dane będące wynikiem działania tej funkcji są niezgodne z analitycznym opisem tej funkcji (przez dane będące wynikiem działania funkcji należy rozumieć dane, które w trakcie wykonywania funkcji zostały zapisane w bazie danych, utrwalone na dokumentach wyjściowych z systemu lub zmagazynowane w plikach zewnętrznych);
niedziałanie lub brak funkcji opisanej w AOM (w tym także za niedziałanie funkcji uważa się 2) sytuację, w której występuje brak możliwości zweryfikowania poprawności działania funkcji użytkownika w zakresie w jakim funkcja ta została zmodyfikowana w AOM, lub w całym zakresie jeśli zweryfikowana jest nowa funkcja użytkownika”;

„pkt 26) - Błąd Niekrytyczny - oznacza Wadę o niewielkim stopniu uciążliwości dla Zamawiającego, niebędącą Awarią ani Błędem Krytycznym”;

W ocenie odwołującego wskazane definicje są niejasne i nieprecyzyjne oraz

KIO 1507/13

zawierają błąd logiczny w definiowaniu (ignotum per ignotum), polegający na definiowaniu nieznanych pojęć za pomocą tych samych pojęć (tj. „Wada”, „Awaria”, „Błąd Krytyczny” oraz „Błąd Niekrytyczny”), co w konsekwencji spowodowało, że dokumentacja postępowania zawiera niejasny opis zakresu przedmiotu zamówienia i obowiązków wykonawcy, przy jednoczesnym wymogu świadczenia przez wykonawcę usług na oczekiwanym przez zamawiającego poziomie, pomimo iż zamawiający zobligowany jest do jasnego i precyzyjnego określenia przedmiotu zamówienia i związanych z jego realizacją obowiązków wykonawców w sposób umożliwiający przygotowanie ważnej (niepodlegającej odrzuceniu) i rzetelnej oferty; odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisu art. 29 ust. 1 i ust. 2 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt) 3 ustawy PZP,

3b.

zgodnie z Wzorem Umowy oraz załącznikami do niego zamawiający, opisując

przedmiot zamówienia oraz związane z jego realizacją obowiązki wykonawców, zastosował poniżej wymienione pojęcia, nie definiując ich, lub pozostawiając możliwość dowolnej interpretacji ich znaczenia wykonawcom:

1. „Zgłoszenie” - pojawia się w art. 1 pkt 5) i 6) Wzoru Umowy (w treści definicji innych pojęć), w pkt 2 załącznika nr 2A oraz w załączniku nr 9 do Wzoru Umowy,
- „Główne funkcje aplikacji” - pojawia się w art. 1 pkt 24) Wzoru Umowy (w treści 2. definicji innego pojęcia),
3. „Niewielki stopień uciążliwości Wady” - pojawia się w art. 1 pkt 26) Wzoru Umowy (w treści definicji innego pojęcia),
- „Baza konfiguracji” - pojawia się w pkt 1 załącznika nr 1 do Wzoru Umowy, 4.
- „Infrastruktura” - pojawia się w pkt 21 ppkt 17 załącznika nr 1A do Wzoru Umowy, 5.
- „Oprogramowanie wspomagające” - pojawia się w pkt 2 II pkt 4 załącznika nr 1A do 6. Wzoru Umowy,
- „Skutek Wady” - pojawia się w pkt 2 załącznika nr 2A do Wzoru Umowy, 7.
- „Systemy aplikacyjne” - pojawia się w załączniku nr 3A do Wzoru Umowy, 8.
- „Element dostarczony wykonawcy” - pojawia się w pkt 3.I.3 załącznika nr 4A do 9. Wzoru Umowy,
10. „Ulepszenie” - pojawia się w pkt 1 ppkt 2 załącznika nr 12 do Wzoru Umowy,
11. „Najważniejsze parametry utrzymywanych Środowisk” – pojawia się w pkt 1 załącznika nr 1 do Wzoru Umowy,
- „Kluczowe procesy systemów operacyjnych” - pojawia się w pkt 21 ppkt 5 12. załącznika nr 1A do Wzoru Umowy,
- „Awaria Infrastruktury” - pojawia się w pkt 21 ppkt 17 załącznika nr 1A do Wzoru 13. Umowy,
14. „Zestawienie Środowisk” - pojawia się w pkt 2.II ppkt 5 załącznika nr 1A do Wzoru

KIO 1507/13

-
- Umowy,
15. „Kluczowe zasoby baz danych, serwerów usług katalogowych, serwerów aplikacyjnych, łącznie z ich serwerami administracyjnymi” - pojawia się w pkt 2 załącznika nr IB do Wzoru Umowy,
 16. „Kluczowe procesy baz danych serwerów usług katalogowych, serwerów aplikacyjnych, łącznie z ich serwerami administracyjnymi” - pojawia się w pkt 2 załącznika nr IB do Wzoru Umowy,
 17. „Tura testów” - pojawia się w pkt 6 załącznika nr 18 do Wzoru Umowy,
 18. „Tura odbiorów” - pojawia się w pkt IV załącznika nr 18 Wzoru Umowy,
 19. „Ilości niezbędnej do należytej realizacji Umowy” - pojawia się w pkt 3 ppkt 3 załącznika nr 7 do Wzoru Umowy,
 20. „Wersje wymagań niefunkcjonalnych” - pojawia się w pkt 5 lit c. załącznika nr 1B do Wzoru Umowy,
 21. „Uzgodnienie” i „Implementacja funkcjonalności monitorujących” - pojawiają się w pkt 3.7. załącznika nr 7 do Wzoru Umowy.

Według odwołującego pojęcia te, których części zakres i znaczenie zamawiający zamierza ustalić dopiero w okresie przejściowym, są kluczowe dla świadczenia usług będących przedmiotem zamówienia, a tym samym dla zagwarantowania zamawiającemu oczekiwanego przez niego poziomu jakości dostarczanych usług. Dodał, że okoliczność niedoprecyzowania pojęć, niesprecyzowania ich szczegółowego zakresu oraz możliwość ich dowolnej interpretacji przez wykonawców (pomimo, że pytania o niektóre z nich były zgłaszane przez odwołującego podczas dialogu konkurencyjnego, a wymóg jasnego i precyzyjnego określenia przedmiotu zamówienia i związanych z jego realizacją obowiązków obciąża zamawiającego), powoduje, iż każdy z wykonawców może interpretować je w dowolny sposób, przyjmując w trakcie przygotowania oferty dowolne założenia dotyczące tych pojęć, co uniemożliwia odwołującemu złożenie precyzyjnej i odpowiadającej wymogom zamawiającego oferty; odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisu 29 ust. 1 i ust. 2 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt) 3 ustawy PZP, 3c.

odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 1 pkt 21) Wzoru Umowy zamawiający zdefiniował, że „Dokumentacja - oznacza kompletny zestaw poprawnych i czytelnych opisów, rysunków i innych informacji, koniecznych do użytkowania, instalacji, działania, utrzymania oraz odtworzenia

Systemu Informatycznego, w tym dokumentację techniczną, użytkownika, analityczną oraz administratora; wykonane w ramach Usług poszczególne dokumenty stanowią składowe Dokumentacji", a także, zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 3) Wzoru Umowy zamawiający podał:

„1. Wykonawca oświadcza, że:

(...) 3) zapoznał się z aktualną Dokumentacją, kodami źródłowymi, skryptami konfiguracyjnymi Systemu

KIO 1507/13

Informatycznego i na ich podstawie jest w stanie świadczyć wszystkie Usługi zgodnie z przewidzianym w Umowie zakresem SLA".

Odwolujący wskazał ponadto, że zgodnie z pkt 4) załącznika nr 1 do SIWZ (Formularz Ofertowy), zamawiający wymaga, aby wykonawca zadeklarował: „(...) zapoznaliśmy się z treścią specyfikacji (w tym ze wzorem umowy) i nie wnosimy do niej zastrzeżeń oraz przyjmujemy warunki w niej zawarte”;

Odwolujący podniósł, że zamawiający nie przekazał wykonawcom dokumentacji analitycznej wchodzącej w skład Dokumentacji, zaś bez znajomości dokumentacji analitycznej, z uwagi na brak precyzyjnego określenia zakresu przedmiotu zamówienia nie ma możliwości prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia, a złożenie wymaganych oświadczeń stanowiłoby poświadczenie nieprawdy, co uniemożliwia odwołującemu złożenie oferty;

Odwolujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisu art. 29 ust. 1 i ust. 2 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt) 3 ustawy PZP, a także art. 5 kc, art. 353 i kc i art. 387 § 1 kc w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy PZP;

3d.

Odwolujący wskazał, że zgodnie z art. 2 ust. 4 Wzoru Umowy zamawiający określił: „(...) Wykonawca nie otrzymuje wynagrodzenia za czynności wykonywane w Okresie Przejściowym. (...)”, z czego – w ocenie odwołującego, wynika, że zamawiający nie przewiduje żadnych opłat za usługi obejmujące okres przejściowy z tytułu zrealizowanych na rzecz zamawiającego następujących zadań:

- stworzenie i uruchomienie repozytorium kodu źródłowego, dokumentacji oraz konfiguracji i jego wstępne zasilenie na potrzeby Usługi G2U2,
- opracowanie skryptów budowania oprogramowania, które docelowo będą udostępniane w repozytorium kodu i wykorzystywane w ramach Usług,
- przygotowanie własnych środowisk testowych dla wszystkich utrzymywanych Aplikacji SIA w ilości niezbędnej do należytej realizacji Umowy,
- wykonanie, zainstalowanie i skonfigurowanie narzędzi gromadzących czasy odpowiedzi z funkcji monitorujących,
- opracowanie, w uzgodnieniu z zamawiającym, szczegółowych procedur utrzymaniowych i dokumentów z nimi powiązanych, w szczególności procedur zapewnienia ciągłości działania, określenia kanałów komunikacji, procedur awaryjnych,
- opracowanie szczegółowych procedur na potrzeby administracji użytkownikami SI oraz opracowanie formularzy z nimi powiązanych w oparciu o przekazane procedury zamawiającego,

KIO 1507/13

- opracowanie i przekazanie dokumentów Polityki Jakości, o których mowa w Załączniku nr 17,
- opracowanie, przy udziale zamawiającego, szczegółowej procedury tworzenia i odtwarzania kopii bezpieczeństwa.

Odwolujący podniósł, że w sytuacji, gdy wykonawcy nie zostanie powierzone świadczenie usługi „głównej”, brak jest procedury dotyczącej sposobu wycofania przez wykonawcę rezultatów poszczególnych zadań, zwłaszcza tych, które zostały zrealizowane na środowisku zamawiającego oraz sposobu ich rozliczenia, co prowadzi do ukształtowania stosunku zobowiązaniowego w sposób rażąco nierówny i krzywdzący wykonawców, a także sprzeczny z zasadami współżycia społecznego, czym zamawiający naruszył art. 2 pkt 13 ustawy PZP, a także art. 5 kc, art. 353 i kc i art. 387 § 1 kc w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy PZP;

3e.

Odwolujący wskazał, że zgodnie z art. 2 ust. 4, art. 3 ust. 5, art. 4 ust. 15 i art. 8

Wzoru Umowy, a także z załącznikiem nr 11 do Wzoru Umowy zamawiający przewidział szereg złożonych mechanizmów nakładania wysokich kar umownych (wielokrotnie z tego samego tytułu), bez jednoczesnego dokonania zastrzeżenia ich łącznych górnych limitów (określono jedynie limit miesięczny), mnożąc sytuacje, które mogą doprowadzić do nałożenia tych kar, a także wypowiedzenia umowy.

Wedle odwołującego działania zamawiającego są sprzeczne z przewidzianym przez ustawę z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (t.j. Dz. U. z 2009 r. Nr 157, poz. 1240 i 1241, ze zm.) (dalej „ustawa o finansach publicznych”) sposobem wydatkowania środków publicznych, ponieważ wprowadzony przez zamawiającego model dostarczania usług, a w szczególności przyjęte przez zamawiającego założenia dotyczące poziomu dostarczania usług, odbiegają w sposób znaczący od realnych warunków i możliwości dostarczenia tego typu usług, co prowadzi w konsekwencji do potrzeby uwzględniania i wyceniania przez wykonawców w swych ofertach ryzyk ponoszenia kar dla tak skonstruowanego modelu i prowadzi do złożenia w postępowaniu ofert zawierających ceny na wyjątkowo wysokim poziomie.

Odwołujący wskazał także, że poza ww. karami umownymi zamawiający zastrzegł (art. 8 ust. 4 Wzoru Umowy), że jednocześnie będzie mu przysługiwało prawo do dochodzenia odszkodowania uzupełniającego, co przy takim jak ustalony przez zamawiającego mechanizmie i wysokościach kar umownych narusza równość stron i z uwagi na konieczność przyjęcia wysokiego ryzyka finansowego uniemożliwia złożenie przez odwołującego oferty.

Ponadto – wskazał dalej odwołujący - w art. 12 ust. 2 Wzoru Umowy przewidziane są okoliczności pozwalające na wypowiedzenie umowy przez zamawiającego – ta część Wzoru Umowy zawiera liczne niejasności i wiele niedoprecyzowanych, niejednoznacznych pojęć,

KIO 1507/13

wpływających na nierówne ukształtowanie stosunku zobowiązaniowego, co zdaniem odwołującego prowadzi do tego, że odwołujący nie jest w stanie precyzyjnie określić, co może stać się przyczyną wypowiedzenia umowy przez zamawiającego. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 5 kc, art. 353 i kc, art. 471 kc, art. 483 ust. 1 kc i art. 484 ust. 1 kc w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy PZP, a także art. 44 ust. 3 pkt 1) ustawy o finansach publicznych; 3f.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 5 ust. 1 Wzoru Umowy zamawiający podał: „Wykonawca zapewnia, że korzystanie przez Zamawiającego z wszelkich utworów powstałych w wyniku realizacji Umowy nie będzie naruszało praw osób trzecich, w szczególności praw autorskich oraz praw własności przemysłowej. Wykonawca zapewnia, że osoby uprawnione z tytułu osobistych praw autorskich do utworów powstałych w wyniku realizacji Umowy nie będą wykonywać takich praw w stosunku do Zamawiającego. Na podstawie Umowy Wykonawca przeniesie na Zamawiającego autorskie prawa majątkowe w zakresie i w sposób opisany poniżej”.

Wyjaśnił, że realizacja przedmiotu zamówienia polega m.in. na modyfikacji utworów historycznych (np. dokumentacji, czy kodów źródłowych aplikacji), w wyniku której powstaną nowe utwory, a ponieważ nowe utwory będą wynikiem ww. modyfikacji, to zgodnie z ustawą z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz. U. Nr 24, poz. 83 ze zm.) (dalej „prawo autorskie”) osobiste prawa majątkowe do nich będą posiadać także twórcy historyczni.

Podniósł, że zamawiający nałożył na wykonawców obowiązek zapewnienia, że osoby uprawnione z tytułu osobistych praw autorskich do utworów powstałych w wyniku realizacji umowy (w tym właśnie twórcy historyczni) nie będą wykonywać takich praw w stosunku do zamawiającego, jednak nie wskazał, kim są wszyscy ww. twórcy historyczni / nie przekazał wykonawcom ich listy. Oceniał na tej podstawie, że wymóg zapewnienia, że wszystkie osoby uprawnione z tytułu osobistych praw majątkowych (w tym twórcy historyczni) nie będą wykonywać osobistych praw majątkowych w stosunku do zamawiającego jest niemożliwy do wypełnienia, a także powoduje, że świadczenie usług w tym zakresie staje się niemożliwe, co uniemożliwia złożenie przez odwołującego oferty.

Odwołujący oświadczył, że posiada wiedzę tylko na temat nielicznych twórców historycznych, którzy aktualnie są zatrudnieni / współpracują z innymi wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia.

W kontekście obowiązku uzyskania przez odwołującego ograniczenia osobistych praw majątkowych od pracowników konkurencyjnych wykonawców, wymóg art. 5 ust. 1

Wzoru Umowy, w ocenie odwołującego, prowadzi do rażącego naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, czym zamawiający naruszył przepis art. 7 ust. 1 i ust. 3, art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy PZP oraz art. 5 kc, art. 353 1 kc i art. 387 § 1 kc w zw. z art. 14 i art. 139 ust 1 ustawy PZP, a także art. 44 ust. 3 pkt 1) ustawy o finansach publicznych

KIO 1507/13

oraz art. 16 pkt 1) i pkt 2) prawa autorskiego w zw. z art. 77 prawa autorskiego;
3g.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 6 ust. 13 Wzoru Umowy zamawiający, w przypadku wystawienia przez wykonawcę błędnej faktury, określił niejasną i nieuzasadnioną procedurę wydłużenia terminu płatności o co najmniej 42 dni (28 dni płatności faktury liczone od dnia doręczenia skorygowanego dokumentu + 14 dodatkowych dni przewidzianych w przypadku konieczności poprawienia wystawionej faktury), co prowadzi do ukształtowania stosunku zobowiązaniowego w sposób rażąco nierówny i krzywdzący wykonawców, a także sprzeczny z zasadami współżycia społecznego oraz, z uwagi na wysokie zagrożenie braku przepływu finansowego, uniemożliwia odwołującemu złożenie oferty.

Podniósł dodatkowo, że działania zamawiającego są sprzeczne z przewidzianym przez ustawę o finansach publicznych sposobem wydatkowania środków, ponieważ doprowadzą do złożenia w postępowaniu ofert zawierających ceny na wyjątkowo wysokim poziomie. Zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisu art. 5 kc i art. 353 1 kc w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy PZP, a także art. 44 ust. 3 pkt 1) ustawy o finansach publicznych;
3h.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 4 ust. 8 i następne Wzoru Umowy, zamawiający przewidział określoną procedurę raportów miesięcznych, a zgodnie z art. 6 ust. 8 Wzoru Umowy podał, że „Wynagrodzenie za świadczenie Usług płatne będzie na podstawie faktur VAT wystawionych przez Wykonawcę po podpisaniu przez Strony Raportu miesięcznego”.

Odwołujący doszedł do wniosku, że faktura za poszczególne usługi ma zostać wystawiona dopiero po podpisaniu raportu miesięcznego, w skrajnych przypadkach procedura prowadząca do podpisania ww. raportu może trwać ponad 21 dni, podczas gdy zgodnie z art. 19 ust. 4 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (t.j. Dz. U. z 2011 r. Nr 177, poz. 1054, ze zm) (dalej „ustawa o VAT”): „Jeżeli dostawa towaru lub wykonanie usługi powinny być potwierdzone fakturą, obowiązek podatkowy powstaje z chwilą wystawienia faktury, nie później jednak niż w 7 dniu, licząc od dnia wydania towaru lub wykonania usługi”.

Powyższe okoliczności powodują, zdaniem odwołującego, że wykonawca każdorazowo (co miesiąc) zmuszony będzie do naruszenia przepisów ustawy o VAT oraz do ponoszenia wynikłych z tego konsekwencji (np. w postaci konieczności uiszczania odsetek lub ewentualnych kar nałożonych przez kontrolę skarbową), co prowadzi do ukształtowania stosunku zobowiązaniowego w sposób rażąco nierówny i krzywdzący wykonawców, a także sprzeczny z zasadami współżycia społecznego. Z uwagi na konieczność objęcia ceną wszystkich ww. ryzyk związanych z wystawieniem faktury po terminie niemożliwe jest złożenie przez odwołującego konkurencyjnej cenowo oferty.

KIO 1507/13

Działania zamawiającego pozostają także dla odwołującego w sprzeczności z przewidzianym przez ustawę o finansach publicznych sposobem wydatkowania środków publicznych, ponieważ doprowadzą do złożenia ofert zawierających ceny na wyjątkowo wysokim poziomie.

Zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 19 ust. 4 pkt 1) ustawy o VAT, art. 5 kc i art. 353 1 kc w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy PZP, a także art. 44 ust. 3 pkt 1) ustawy o finansach publicznych;
3i.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 12 ust. 1 Wzoru Umowy zamawiający nie przewidział możliwości wypowiedzenia przez wykonawcę umowy w przypadku opóźnienia w płatności wynagrodzenia o wartości nie mniejszej niż 10% wynagrodzenia całkowitego, ograniczając taką możliwość jedynie do zwłoki, co uwzględniając fakt, że przez pierwsze pięć miesięcy okresu przejściowego wykonawcy nie otrzymają wynagrodzenia, a następnie mogą

powstać opóźnienia w płatnościach trwające kolejne kilka miesięcy, prowadzi do ukształtowania stosunku zobowiązaniowego w sposób rażąco nierówny i krzywdzący wykonawców, a także sprzeczny z zasadami współżycia społecznego oraz z uwagi na wysokie zagrożenie braku przepływu finansowego uniemożliwia złożenie przez odwołującego oferty.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 5 kc i art. 353 1 kc w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy PZP, a także art. 44 ust. 3 pkt 1) ustawy o finansach publicznych;

3j.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z Rozdziałem 16 ust. 2 pkt 5) lit. b) Wzoru Umowy zamawiający podał: „2. Zamawiający przewiduje możliwość zmiany Umowy w szczególności w następujących przypadkach: (...) 5) zmiany dotyczące sposobu wykonania Umowy lub zakresu prac, spowodowane: (...) b) opracowaniem, zgodnie z procedurami określonymi w Umowie, dokumentu zawierającego szczegółowe zasady jej wykonywania (...)", zgodnie z art. 16 ust. 4 pkt 1) Wzoru Umowy zamawiający podał, że „Za zmiany istotne w rozumieniu ustępu 3 powyżej uważa się w szczególności zmiany dotyczące: 1) SLA", zaś zgodnie z art. 4 ust. 15 Wzoru Umowy zamawiający podał, że „Brak osiągnięcia parametrów SLA w danym miesiącu stanowi podstawę do naliczenia kar umownych (...)”.

Odwołujący podniósł, że pomimo ww. regulacji dopuszczających zmiany w SLA, zamawiający nie opisał w sposób obiektywny i precyzyjny, na czym mogą takie zmiany polegać (w szczególności, w jakim zakresie mogą być dokonane), co może doprowadzić do sytuacji, w której zakres świadczenia wykonawców zawarty w ofercie nie będzie tożsamy z wynikającym z umowy, a także może doprowadzić do sytuacji, w której pomimo złożenia oferty zgodnej z treścią SIWZ i należytego w rozumieniu obecnej treści SIWZ wykonywania zamówienia, zamawiający naliczy kary umowne, co jest sprzeczne z przepisami ustawy PZP

KIO 1507/13

i uniemożliwia złożenie przez odwołującego oferty.

Odwołujący ocenił, że są to działania sprzeczne z przewidzianym przez ustawę o finansach publicznych sposobem wydatkowania środków publicznych, ponieważ prowadzą do złożenia ofert zawierających ceny na wyjątkowo wysokim poziomie.

Zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 i ust. 3, art. 140 ust. 1, art. 144 ust. 1 ustawy PZP oraz art. 5 kc i art. 353 1 kc w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy PZP, a także art. 44 ust. 3 pkt 1) ustawy o finansach publicznych;

3k.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z treścią załącznika nr 6 do Wzoru Umowy, zamawiający opisał Usługę Konsultacji, jednak nie wskazał żadnych limitów dla jej świadczenia, z czego wynika, iż jest ona nieograniczona ilościowo i czasowo, a tym samym niemożliwa do wycenienia w sposób ryczałtowy, co uniemożliwia złożenie przez odwołującego oferty. Oceniał, że są to działania sprzeczne z przewidzianym przez ustawę o finansach publicznych sposobem wydatkowania środków publicznych, ponieważ prowadzą do złożenia ofert zawierających ceny na wyjątkowo wysokim poziomie.

Zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy PZP, a także art. 44 ust. 3 pkt 1) ustawy o finansach publicznych.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, poprzez (1) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności zakończenia dialogu konkurencyjnego, czynności przekazania SIWZ i zaproszenia do składania ofert, a w konsekwencji nakazanie ponownego otwarcia dialogu konkurencyjnego, który będzie miał na celu doprecyzowanie wszelkich niewyjaśnionych kwestii w procesie dalszego dialogu zamawiającego z wykonawcami, a w razie nieuwzględnienia ww. wniosku, z ostrożności, odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania poprzez:

2. nakazanie zamawiającemu zmiany treści Rozdziału II pkt 5 SIWZ w brzmieniu:

„Zamawiający nie przewiduje zwrotu kosztów udziału w postępowaniu”, poprzez jego wykreślenie lub modyfikację zgodnie z regulacjami ustawy PZP,

3. nakazanie zamawiającemu zmiany treści Rozdziału VII pkt 4 SIWZ w brzmieniu:

„W przypadku wnoszenia wadium w innej formie niż pieniądź, kopię dokumentu należy dołączyć do oferty. Oryginał dokumentu stanowiącego wadium należy umieścić w osobnej kopercie. Koperta zawierająca oryginał dokumentu wadium powinna być umieszczona w kopercie z ofertą, albo opisana „wadium w postępowaniu na „UTRZYMANIE

I ROZWÓJ APLIKACJI SIA, PA, PZ SIP, FOTO SIP NA LATA 2013 - 2015" i złożona odrębnie. Dokument musi wyraźnie wskazywać na wszystkie okoliczności jego utraty określone w art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy PZP", poprzez nadanie mu następującej treści: „W przypadku wnoszenia wadium w innej formie niż pieniądź, kopię dokumentu należy

KIO 1507/13

dodać do oferty. Zamawiający wskazuje, że przypadku, gdy z treści dokumentu wynika, że zwrot jego oryginału powoduje wygaśnięcie zobowiązania gwaranta, wymaga się przedłożenia oryginału. Gdy Wykonawca przedkłada oryginał dokumentu stanowiącego wadium, dokument ten należy umieścić w osobnej kopercie. Koperta zawierająca oryginał dokumentu wadium powinna być umieszczona w kopercie z ofertą, albo opisana „wadium w postępowaniu na „UTRZYMANIE I ROZWÓJ APLIKACJI SIA, PA, PZ SIP, FOTO SIP NA LATA 2013 - 2015" i złożona odrębnie. Dokument musi wyraźnie wskazywać na wszystkie okoliczności jego utraty określone w art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy PZP"

4. nakazanie zamawiającemu zmiany treści Rozdziału VII pkt 6 SIWZ w brzmieniu:
„Wykonawca, który nie wnieśli wadium lub nie zabezpieczy oferty akceptowalną formą wadium zostanie wykluczony z postępowania, a jego oferta zostanie uznana za odrzuconą”, poprzez nadanie mu następującej treści: *„Wykonawca, który nie wnieśli wadium lub nie zabezpieczy oferty akceptowalną formą wadium zostanie wykluczony z postępowania, a jego oferta zostanie uznana za odrzuconą. Za akceptowalną formę wadium Zamawiający uzna wadium wniesione w jednej z form, o których mowa w ust. 2 powyżej, z zastrzeżeniem że wadium wniesione w formie innej niż pieniądź powinno być przedstawione w formie oryginału w każdym przypadku, gdy z treści dokumentu wynika, że zwrot jego oryginału powoduje wygaśnięcie zobowiązania gwaranta”,*
5. nakazanie zamawiającemu zmiany treści Rozdziału IX pkt 5 SIWZ w brzmieniu:
„Wykonawca poniesie wszelkie koszty związane z przygotowaniem i złożeniem oferty. Śadne z dokumentów wchodzących w skład oferty, także te złożone w formie oryginału nie podlegają zwrotowi”, poprzez jego zmianę i nadanie mu treści: *„Wykonawca poniesie wszelkie koszty związane z przygotowaniem i złożeniem oferty. Śadne z dokumentów wchodzących w skład oferty, także te złożone w formie oryginału nie podlegają zwrotowi, za wyjątkiem zwrotu dokumentów których zwrot przewiduje ustawa PZP”,*
6. nakazanie zamawiającemu zmiany treści Rozdziału X ust. 2 SIWZ, poprzez precyzyjne wskazanie, czy zadanie próbne polega na odtworzeniu Aplikacji SIA w zakresie umożliwiającym przedstawienie wyniku, o którym mowa w ust. 3: *„na podstawie kodów skompilowanych (wersji instalacyjnej) i dokumentacji załączonej do SIWZ”,* czy też: *„na podstawie kodów źródłowych i dokumentacji załączonej do SIWZ”,*
7. nakazanie zamawiającemu zmiany treści Rozdziału XI pkt 1, pkt 3 i pkt 4 SIWZ, poprzez wydłużenie terminu składania ofert nie mniej niż do dnia 16 lipca 2013 r.,
8. nakazanie zamawiającemu zmiany treści art. 1 załącznika nr 2 do SIWZ - Wzór Umowy, poprzez doprecyzowanie (ustalenie za pomocą jednoznacznych, jasnych i zrozumiałych określeń) użytych tam definicji, tj. „Wada”, „Incydent”, „Awaria”, „Błąd Krytyczny”, „Błąd Niekrytyczny”,
9. nakazanie zamawiającemu zmiany następujących postanowień, poprzez

KIO 1507/13

wyczerpujące i jednoznaczne zdefiniowanie pojęć:

- a. zawartego w art. 1 pkt 5) i 6) Wzoru Umowy oraz w pkt 2 załącznika nr 2A do Wzoru Umowy - „Zgłoszenie”,
- b. zawartego w art. 1 pkt 24) Wzoru Umowy - „Główne funkcje aplikacji”,
- c. zawartego w art. 1 pkt 26) Wzoru Umowy - „Niewielki stopień uciążliwości Wady”,
- d. zawartego w pkt 1 załącznika nr 1 do Wzoru Umowy - „Baza konfiguracji”,
- e. zawartego w pkt 21 ppkt 17 załącznika nr 1A do Wzoru Umowy - „Infrastruktura”,
- f. zawartego w pkt 2 II pkt 4 załącznika nr 1A do Wzoru Umowy - „Oprogramowanie wspomagające”,
- g. zawartego w pkt 2 załącznika nr 2A do Wzoru Umowy - „Skutek Wady”,
- h. zawartego w załączniku nr 3A do Wzoru Umowy - „Systemy aplikacyjne”,
- i. zawartego w pkt 3 I 3 załącznika nr 4A do Wzoru Umowy - „Element dostarczony wykonawcy”,

- j. zawartego w pkt 1 ppkt 2 załącznika nr 12 do Wzoru Umowy - „Ulepszenie”,
 - k. zawartego w pkt 1 załącznika nr 1 do Wzoru Umowy - „Najważniejsze parametry utrzymywanych Środowisk”,
 - l. zawartego w pkt 21 ppkt 5 załącznika nr 1A do Wzoru Umowy - „Kluczowe procesy systemów operacyjnych”,
 - m. zawartego w pkt 21 ppkt 17 załącznika nr 1A do Wzoru Umowy - „Awaria Infrastruktury”,
 - n. zawartego w pkt 2II ppkt 5 załącznika nr 1A do Wzoru Umowy - „Zestawienie Środowisk”,
 - o. zawartego w pkt 2 załącznika nr 1B do Wzoru Umowy - „Kluczowe zasoby baz danych, serwerów usług katalogowych, serwerów aplikacyjnych, łącznie z ich serwerami administracyjnymi”,
 - p. zawartego w pkt 2 załącznika nr 1B do Wzoru Umowy - „Kluczowe procesy baz danych serwerów usług katalogowych, serwerów aplikacyjnych, łącznie z ich serwerami administracyjnymi”,
 - q. zawartego w pkt 6 załącznika nr 18 do Wzoru Umowy - „Tura testów”,
 - r. zawartego w pkt IV załącznika nr 18 Wzoru Umowy - „Tura odbiorów”,
 - s. zawartego w pkt 3 ppkt 3 załącznika nr 7 do Wzoru Umowy - „ilości niezbędnej do należytej realizacji Umowy”,
 - t. zawartego w pkt 5 lit c. załącznika nr 1B do Wzoru Umowy - „Wersje wymagań niefunkcjonalnych”,
 - u. zawartego w pkt 3.7. załącznika nr 7 do Wzoru Umowy - „Uzgodnienie” i „Implementacja funkcjonalności monitorujących”;
10. nakazanie zamawiającemu przekazania wykonawcom ubiegającym się o udzielenie

KIO 1507/13

-
- zamówienia treści składającej się na Dokumentację dokumentacji analitycznej;
11. nakazanie zamawiającemu zmiany art. 2 ust. 4 załącznika nr 2 do SIWZ – Wzoru Umowy w brzmieniu: *„Pierwsze pięć miesięcy obowiązywania Umowy stanowi Okres Przejściowy, szczegółowo opisany w Załączniku nr 7 do Umowy. Wykonawca nie otrzymuje wynagrodzenia za czynności wykonywane w Okresie Przejściowym. Okres Przejściowy trwa do momentu osiągnięcia przez Wykonawcę gotowości do świadczenia Usług zgodnie z kryteriami określonymi w Załączniku nr 7 do Umowy i potwierdzenia tej okoliczności przez Zamawiającego poprzez podpisanie Protokołu Uruchomienia Usług, którego wzór stanowi Załącznik nr 7A do Umowy, przy czym skrócenie Okresu Przejściowego wymaga uprzedniej pisemnej zgody Zamawiającego. W przypadku nieosiągnięcia przez Wykonawcę gotowości do świadczenia Usług w terminie pięciu miesięcy od dnia zawarcia Umowy, Zamawiający ma prawo wypowiedzieć Umowę zgodnie z art. 12 ust. 2 pkt 1 Umowy i dochodzić od Wykonawcy kary umownej w wysokości 15% łącznego wynagrodzenia brutto, o którym mowa w art. 6 ust. 1 Umowy”,* poprzez wprowadzenie do jego treści postanowień ustalających płatność za Okres Przejściowy w sytuacji, gdy zamawiający nie podpisze Protokołu Uruchomienia Usługi i wykonawca nie będzie mógł przystąpić do realizacji dalszych etapów zamówienia,
12. nakazanie zamawiającemu zmiany art. 8 Wzoru Umowy, poprzez dodanie ust. 9 o treści: *„9. Zamawiający ustala górną granicę odpowiedzialności Wykonawcy z tytułu wszelkich przewidzianych Umową oraz Załącznikiem nr 11 do Umowy kar umownych w wysokości 20 % wynagrodzenia netto, o którym mowa w Artykule 6 ust. 1 Umowy”,*
13. nakazanie zamawiającemu zmiany art. 5 ust. 1 Wzoru Umowy w brzmieniu: *„Wykonawca zapewnia, że korzystanie przez Zamawiającego z wszelkich utworów powstałych w wyniku realizacji Umowy nie będzie naruszało praw osób trzecich, w szczególności praw autorskich oraz praw własności przemysłowej. Wykonawca zapewnia, że osoby uprawnione z tytułu osobistych praw autorskich do utworów powstałych w wyniku realizacji Umowy nie będą wykonywać takich praw w stosunku do Zamawiającego. Na podstawie Umowy Wykonawca przeniesie na Zamawiającego autorskie prawa majątkowe w zakresie i w sposób opisany poniżej”,* poprzez wykreślenie wymogu: *„Wykonawca zapewnia, że osoby uprawnione z tytułu osobistych praw autorskich do utworów powstałych w wyniku realizacji Umowy nie będą wykonywać takich praw w stosunku do Zamawiającego”* lub poprzez nakazanie zamawiającemu przekazania wykonawcom pełnej listy (enumeratywnie wymienionych) innych (historycznych) twórców tworzących w przeszłości utwory,

które zamawiający przekaze / udostępni wykonawcom w celu realizacji zamówienia lub poprzez nakazanie zamawiającemu przekazania wykonawcom ofert wszystkich innych (historycznych) twórców tworzących w przeszłości utwory, które zamawiający przekaze / udostępni wykonawcom w celu realizacji Zamówienia, w których to

KIO 1507/13

ofertach twórcy ci przedstawia warunki na jakich warunkach godzą się na ograniczenie osobistych praw autorskich do ww. utworów,

14. nakazanie zamawiającemu zmiany art. 6 ust. 13 Wzoru Umowy w brzmieniu: *„Błędnie wystawiona faktura VAT lub brak wymaganych protokołów lub raportów stanowiących podstawę do wystawienia faktury, spowoduje wydłużenie terminu płatności, o którym mowa w ust. 12 o kolejne 14 dni, przy czym termin płatności będzie liczony od momentu dostarczenia poprawionych lub brakujących dokumentów.”*, poprzez nadanie mu brzmienia: *„Błędnie wystawiona faktura VAT lub brak wymaganych protokołów lub raportów stanowiących podstawę do wystawienia faktury, spowoduje wydłużenie terminu płatności, o którym mowa w ust. 12 o kolejne 14 dni. Faktura będzie płatna w terminie 14 dni od dnia otrzymania przez Zamawiającego poprawionej faktury”*,
15. nakazanie zamawiającemu zmiany art. 6 ust. 8 Wzoru Umowy w brzmieniu: *„Wynagrodzenie za świadczenie Usług płatne będzie na podstawie faktur VAT wystawionych przez Wykonawcę po podpisaniu przez Strony Raportu miesięcznego”*, poprzez nadanie mu treści: *„Wynagrodzenie za świadczenie Usług płatne będzie na podstawie faktur VAT wystawionych przez Wykonawcę w terminie 7 dni od dnia zakończenia każdego miesiąca w którym świadczona była usługa”*,
16. nakazanie zamawiającemu zmiany art. 12 ust. 1 Wzoru Umowy w brzmieniu: *„Wykonawca ma prawo wypowiedzieć Umowę w przypadku zwłoki Zamawiającego w zapłacie wymagalnego wynagrodzenia w kwocie wyższej niż 10% (dziesięć procent) kwoty wskazanej w art. 6 ust. 1 Umowy, a także w przypadku nieuzasadnionej odmowy podpisania Umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych przez Zamawiającego z podwykonawcą wskazanym zgodnie z art. 3 ust. 7 Umowy, jeżeli Zamawiający nie dokona zapłaty lub nie podpisze Umowy mimo wystosowania dodatkowego wezwania do zapłaty lub podpisania umowy z wyznaczeniem terminu, który nie może być krótszy niż 30 (trzydzieści) dni, z zagrożeniem, że w przeciwnym wypadku Wykonawca wypowie Umowę. Wykonawca zobowiązuje się do niewypowiadania Umowy z innych powodów”*, poprzez nadanie mu brzmienia: *„Wykonawca ma prawo wypowiedzieć Umowę w przypadku opóźnienia Zamawiającego w zapłacie wymagalnego wynagrodzenia w kwocie wyższej niż 5% (pięć procent) kwoty wskazanej w art. 6 ust. 1 Umowy a także w przypadku nieuzasadnionej odmowy podpisania Umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych przez Zamawiającego z podwykonawcą wskazanym zgodnie z art. 3 ust. 7 Umowy, jeżeli Zamawiający nie dokona zapłaty lub nie podpisze Umowy mimo wystosowania dodatkowego wezwania do zapłaty lub podpisania umowy z wyznaczeniem terminu, który nie może być krótszy niż 30 (trzydzieści) dni, z zagrożeniem, że w przeciwnym wypadku Wykonawca wypowie Umowę. Wykonawca zobowiązuje się do niewypowiadania Umowy z innych powodów”*,

KIO 1507/13

17. nakazanie zamawiającemu zmiany Rozdziału 16 ust. 4 pkt 1) Wzoru Umowy, poprzez określenie, w jakim zakresie mogą być dokonywane zmiany SLA oraz czego konkretnie mogą one dotyczyć, tj. poprzez sprecyzowanie szczegółów tych zmian,
18. nakazanie zamawiającemu zmiany załącznika nr 6 do SIWZ - Opis Usług Konsultacji, poprzez wprowadzenie limitów na konsultacje,
19. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego w postępowaniu.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł:

odnośnie do zakończenia dialogu

Dialog konkurencyjny trwał kilkanaście miesięcy podczas, których odbyły się liczne spotkania z wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia, uczestnicy zadali szereg pytań, zgłaszając swoje wątpliwości i wskazując na niejasności, wymagające

sprecyzowania w celu uniknięcia problemów na etapie realizacji zamówienia. Zamawiający odpowiadając na te wątpliwości nie doprecyzował wielu istotnych kwestii. Pomimo podnoszonych wątpliwości, zamawiający zdecydował się na zakończenie dialogu, przekazał wykonawcom dokumentację postępowania, która w ocenie odwołującego nie jest jednoznaczna i zawiera wiele nieprecyzyjnych regulacji. Świadomość braków w SIWZ i załącznikach do niej ma także sam zamawiający, czego wyrazem – w przekonaniu odwołującego – jest art. 16 Wzoru Umowy przewidujący liczne sytuacje, w których dokumentacja będzie zmieniona i uszczegółowiona na etapie realizacji zamówienia, co jest niedopuszczalne w świetle przepisów ustawy PZP, w tym w szczególności art. 60a i 60e ust. 1 tej ustawy.

odnośnie do postanowień SIWZ

Brak zwrotu kosztów udziału w postępowaniu 1.1.

Zgodnie z Rozdziałem III pkt 2 SIWZ zamawiający wskazał, iż w żadnym wypadku nie przewiduje zwrotu wykonawcom kosztów udziału w postępowaniu, co jest sprzeczne z bezwzględnie obowiązującą normą art. 93 ust. 4 ustawy PZP.

Odwołujący podkreślił, że przedmiotowe postępowanie ma dużą wartość, co bezpośrednio przekłada się na wysokie koszty przygotowania ważnej i niepodlegającej odrzuceniu oferty, a także generuje szereg wydatków.

1.2. Konieczność przedłożenia oryginału dokumentu wadium wniesionego w formie niepieniężnej

Zamawiający pod rygorem wykluczenia z postępowania żąda od wykonawców

KIO 1507/13

każdorazowego złożenia oryginału dokumentu wadium wniesionego w formie innej niż pieniądź (Rozdział VII pkt 4 i pkt 6 SIWZ), co w ocenie odwołującego jest nieuprawnione na gruncie ustawy PZP. Odwołujący podał, że z Rozdziału VII pkt 5 SIWZ wynika, że: „Z treści gwarancji (poręczenia) winno wynikać bezwarunkowe, na każde pisemne żądanie zgłoszone przez Zamawiającego w terminie związania ofertą, zobowiązanie Gwaranta (Poręczyciela) do wypłaty Zamawiającemu pełnej kwoty wadium w okolicznościach określonych w art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy PZP”, co oznacza, że zamawiający oczekuje, że ewentualna gwarancja (poręczenie) musi być bezwarunkowa, płatna na każde pisemne żądanie zgłoszone przez zamawiającego, musi obejmować pełną kwotę oraz musi przewidywać przypadki wypłaty wadium określone w art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy PZP.

Zaznaczył, zamawiający nie wymagał, aby gwarancja (poręczenie) zawierała adnotację, że wypłata wadium nastąpi jedynie po okazaniu oryginału dokumentu, wskazał że ma ona być bezwarunkowa.

W ocenie odwołującego posiadanie przez zamawiającego oryginału dokumentu wadium wnoszonego w formie innej niż pieniądź nie wpływa na możliwość skutecznego zaspokojenia się zamawiającego z wadium wykonawcy tak długo, jak długo sama treść gwarancji (poręczenia) nie przewiduje, że zwrot oryginału powoduje wygaśnięcie zobowiązania gwaranta (poręczyciela). Powołał się na wyrok KIO z dnia 5 grudnia 2008 r. o sygn. akt KIO/UZP 1376/08 oraz z dnia 6 kwietnia 2011 r. o sygn. akt KIO 628/11.

1.3. odmowa zwrotu oryginałów dokumentów przedłożonych w postępowaniu - w tym dokumentu wadium

Zgodnie z Rozdziałem IX pkt 5 SIWZ zamawiający nie przewidział możliwości zwrotu żadnych dokumentów wchodzących w skład oferty, także tych złożonych w formie oryginałów, co oznacza, że zamawiający, wbrew obowiązkom wynikającym z ustawy PZP, nie zamierza zwrócić wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia złożonych w postępowaniu (a zgodnie z Rozdziałem VII pkt 4 i pkt 6 SIWZ bezwzględnie wymaganych przez zamawiającego) oryginałów dokumentów wadium wnoszonych w formie innej niż pieniądź, co jest niezgodne z powszechnie obowiązującą normą art. 46 ust. 1 ustawy PZP. Z treści powyższego przepisu jednoznacznie wynika, iż „Zamawiający zwraca wadium (...)”, tak więc czynność zwrotu wadium w przypadku, gdy istnieją ku temu jednoznaczne przesłanki, nie jest zależna od uznania zamawiającego, a jest jego obowiązkiem.

Odwołujący zaznaczył, że przedmiotowe postanowienia SIWZ będą również miały bezpośredni wpływ na cenę oferty odwołującego (i mogą wygenerować dodatkowe,

nieuzasadnione koszty), ponieważ brak zwrotu dokumentu gwarancji wystawcy w przypadku rozstrzygnięcia postępowania i wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez innego niż odwołujący wykonawcy przed upływem terminu związania ofertą powoduje niczym

KIO 1507/13

nieuzasadnioną konieczności utrzymywania wadium w postaci gwarancji (poręczenia).

Podał, że wadium w tym postępowaniu wynosi 5.000.000,00 złotych, co oznacza bardzo wysoki koszt uzyskania i utrzymywania wadium w postaci gwarancji (poręczenia).

1.4. Brak informacji niezbędnych do wykonania zadania próbnego

Zamawiający wymagał, aby wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia zrealizowali zadanie próbne, a następnie przedstawili wraz z ofertą jego wynik (Rozdział X pkt 1 SIWZ) oraz określił, że zadanie próbne ma być wykonane na podstawie kodów i dokumentacji załączonej do SIWZ (Rozdział X pkt 2 SIWZ), nie doprecyzował jednak, o jakie kody chodzi, tj. czy zadanie ma być wykonane na podstawie wersji instalacyjnej (kody skompilowane), czy też na podstawie kodów źródłowych.

Odwołujący podkreślił, że zadanie wykonane z użyciem ww. kodów daje różne wyniki oraz podał, że zgodnie z Rozdziałem II pkt 2 SIWZ zamawiający nie dopuścił możliwości składania ofert wariantowych w rozumieniu art. 83 ust. 1 ustawy PZP.

Zauważył, że nie precyzując informacji na temat rodzajów kodów z jakich mają korzystać wykonawcy podczas realizacji zadania próbnego powoduje, że zamawiający nie będzie w stanie w sposób rzetelny porównać złożonych ofert i stwierdzić, czy oferowane usługi potwierdzają spełnianie wymagań określonych przez zamawiającego, a tym samym nie jest w stanie dokonać oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

1.5. Termin składania ofert

Zamawiający w dniu 10 czerwca 2013 r. przekazał wykonawcom SIWZ (wraz z załącznikami), wyznaczając termin składania ofert na dzień 25 czerwca 2013 r., a następnie w dniu 19 czerwca 2013 r. przesunął go na dzień 9 lipca 2013 r.. W ocenie odwołującego pomimo ww. przesunięcia także wydłużony termin nie stwarza możliwości przygotowania i złożenia rzetelnie opracowanej i wycenionej, a co za tym idzie konkurencyjnej oferty, która pozwoli na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Podkreślił, że postępowanie prowadzone jest w trybie dialogu konkurencyjnego, który został przewidziany dla postępowań szczególnie zawiłych i złożonych. Zawiłość przedmiotowego postępowania w przekonaniu odwołującego wyraża się m.in. w ilości dokumentacji, którą zamawiający przekazał odwołującemu wraz z zaproszeniem do składania ofert (6 płyt CD zawierających 26 Gb danych) oraz w złożoności i obszerności opisu przedmiotu zamówienia.

Odwołujący przyznał, że zamawiający nie skrócił minimalnego terminu, przewidzianego treścią art. 60e ust. 4 ustawy, podkreślając jednocześnie, że racjonalny ustawodawca założył, że tryb dialogu konkurencyjnego będzie stosowany wyłącznie do projektów złożonych o niestandardowych wymaganiach. Podkreślił, że wyznaczenie terminu

KIO 1507/13

niewiele dłuższego, niż minimalny dopuszczalny jest sprzeczne z normą wyrażoną w ww. przepisie oraz wpływa na nierówne traktowanie wykonawców i naruszenie uczciwej konkurencji - zamawiający powinien dać wykonawcom ubiegającym się o udzielenie przedmiotowego zamówienia czas niezbędny do przygotowania i złożenia oferty, zaś zwrot „niezbędny” oznacza „taki, bez którego nie można przetrwać, normalnie funkcjonować; taki, który jest bardzo potrzebny.”

Zdaniem odwołującego zamawiający wyznaczając pierwotnie 14 dniowy termin składania ofert, a następnie przedłużając go o kolejne 14 dni uczynił zadość wyłącznie drugiej części art. 60e ust. 4 ustawy PZP, nie uwzględniając tym samym czasu niezbędnego do przygotowania i złożenia oferty.

odnośnie do wzoru umowy wraz z załącznikami

Odwołujący przyjął, że ustalanie SIWZ wraz z załącznikami (w tym w szczególności ustalenie projektu umowy w sprawie zamówienia) jest uprawnieniem zamawiającego wynikającym z art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy PZP, jednak podniósł, że zamawiający nie może

czynić z tego uprawnienia użytku, który byłby sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego - takie działanie nie może być uznane za wykonywanie prawa i nie powinno korzystać z ochrony.

W ocenie odwołującego wskazane w odwołaniu postanowienia Wzoru Umowy poza licznymi naruszeniami przepisów ustawy PZP, naruszają także podstawowe zasady prawa cywilnego takie jak zasadę swobody umów i zasadę równości stron stosunku cywilnoprawnego, a także stanowią nadużycie prawa podmiotowego.

Podkreślił, że poprzez brak sprecyzowania opisu przedmiotu zamówienia oraz obowiązków związanych z jego realizacją, zamawiający doprowadził do sytuacji, w której wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia nie posiadają precyzyjnych informacji, na podstawie których mogliby dokonać rzetelnej wyceny ofert, wobec czego będą zmuszeni do podania znacznie zawyżonych cen, czego konsekwencją będzie uzyskanie przez zamawiającego zamówienia za kwotę znacznie wyższą (ponieważ obejmującą wiele niesprecyzowanych elementów i ryzyk wymagających podwyższenia ceny oferty) niż ta, za którą mógłby uzyskać zamówienie przeprowadzając w sposób wyczerpujący dialog konkurencyjny, a następnie przygotowując jednoznaczną i pozbawioną nieдомówień dokumentację postępowania.

Odwołujący wskazał, że zamawiający (pomimo, iż jest dysponentem postępowania o udzielenie zamówienia) nie został przez ustawodawcę wyposażony w kompetencję stosowania pełnej dowolności przy ustalaniu treści dokumentacji postępowania, w tym w szczególności istotnych postanowień umowy, które to powinny być zgodne z ustawą PZP, ale również z innym powszechnie obowiązującymi przepisami prawa, jak np. z kc.

KIO 1507/13

Powołał się na wyrok KIO z dnia 27 grudnia 2011 r. o sygn. akt KIO 2649/11), wyrok KIO z dnia 31 sierpnia 2011 r. o sygn. akt KIO 1758/11 oraz wyrok KIO z dnia 4 października 2010 r. o sygn. akt KIO 2036/10.

W przekonaniu odwołującego przedstawione w odwołaniu postanowienia Wzoru Umowy obciążają wykonawców rażąco niewspółmiernymi i niekorzystnymi obowiązkami, co jest bezpośrednim wynikiem jednostronnego ustanawiania przez zamawiającego bardzo uciążliwych wymagań.

nieprecyzyjne definicje oraz niezdefiniowane pojęcia niejednoznaczne

Zamawiający we Wzorze Umowy podjął próbę zdefiniowania szeregu niedookreślonych pojęć, takich jak „Wada”, „Incydent”, „Awaria”, „Błąd Krytyczny” i „Błąd niekrytyczny” posługując się w celu wyjaśnienia ich znaczenia tymi samymi niedookreślonymi pojęciami, co stanowi istotny błąd logiczny w definiowaniu (ignotum per ignotum) i podczas realizacji umowy w sprawie zamówienia może budzić liczne wątpliwości interpretacyjne.

Odwołujący wskazał, że w dokumentacji postępowania zawarto szereg innych niejasnych sformułowań, pozwalających na niejednołą interpretację ich treści, tj. pojęć: „Zgłoszenie”, „Główne funkcje aplikacji”, „Niewielki stopień uciążliwości Wady”, „Baza konfiguracji”, „Infrastruktura”, „Oprogramowanie wspomagające”, „Skutek Wady”, „Systemy aplikacyjne”, „Element dostarczony wykonawcy”, „Ulepszenie”, „Najważniejsze parametry utrzymywanych Środowisk”, „Kluczowe procesy systemów operacyjnych”, „Awaria Infrastruktury”, „Zestawienie Środowisk”, „Kluczowe zasoby baz danych, serwerów usług katalogowych, serwerów aplikacyjnych, łącznie z ich serwerami administracyjnymi”, „Kluczowe procesy baz danych serwerów usług katalogowych, serwerów aplikacyjnych, łącznie z ich serwerami administracyjnymi”, „Tura testów”, „Tura odbiorów”, „Ilości niezbędnej do należytej realizacji Umowy”, „Wersje wymagań niefunkcjonalnych”, „Uzgodnienie” i „Implementacja funkcjonalności monitorujących”.

Odwołujący podniósł, że przy obecnym brzmieniu Wzoru Umowy i niedookreśleniu (błędnym określeniu) pojęć istotnych dla prawidłowej realizacji zamówienia uznać należy, że zamawiający ukształtował dokumentację postępowania w sposób, który pozwala mu na żądanie od wykonawców świadczenia usług innych niż wskazane wprost w dokumentacji, co doprowadza de facto do konkluzji, zgodnie z którą zamawiający nie dookreślił przedmiotu zamówienia, a tym samym odwołujący nie jest w stanie przewidzieć, jaką odpowiedzialność ma ponieść (w tym, czy nie zostanie mu naliczona kara umowna), w jakim dokładnie zakresie ma zrealizować zamówienie i jakie dokładnie obowiązki będą na nim spoczywały w razie uzyskania zamówienia.

Odwołujący podkreślił, że w przypadku dokładnego i jednoznacznego zdefiniowania / opisanie uprzednio pojęć mógłby zabezpieczyć się wskazanymi

KIO 1507/13

odpowiednio do przewidzianych przez Wzór Umowy ryzyk i rzetelnie skalkulować cenę oferty, która byłaby racjonalna i ukształtowana na poziomie dającym odwołującemu możliwość dokonania wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej.

Opisując przedmiot zamówienia zamawiający zobligowany jest przestrzegać podstawowych reguł przewidzianych w ustawie PZP. Powołał się na wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 23 czerwca 2008 r., sygn. akt XIX Ga 214/08 oraz Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 27 listopada 2006 r., sygn. akt III Ca 1019/06.

brak przekazania niezbędnej dokumentacji

Zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 3) Wzoru Umowy, a także z pkt 4) załącznika nr 1 do SIWZ (Formularz ofertowy) zamawiający zobowiązał wykonawcę do złożenia oświadczenia, że zapoznał się z aktualną dokumentacją, a także z wszelkimi dokumentami i nie wnosi do nich żadnych zastrzeżeń, zamawiający nie przekazał jednak wykonawcom dokumentacji analitycznej wchodzącej w skład całej Dokumentacji, której definicję zawiera art. 1 pkt 21 Wzoru Umowy, co oznacza, że nie jest możliwe uczynienie zadość przedstawionym żądaniom, a ewentualne złożenie oświadczeń o ww. treści może być uznane jako poświadczenie nieprawdy.

Odwołujący zauważył, że zaniechanie udostępnienia dokumentacji analitycznej ma bezpośredni wpływ na niemożność świadczenia usług będących przedmiotem zamówienia, ponieważ Dokumentacja nakłada na wykonawców liczne obowiązki związane bezpośrednio z koniecznością tworzenia dokumentacji analitycznej, takie jak np. konieczność stosowania standardów określonych w załączniku 4B pkt 3 i 4. Dlatego też dla realnego oszacowania kosztów takiego zadania oraz czasu niezbędnego na jego wykonanie niezbędne jest zapoznanie się z dokumentacją analityczną, która pozwoli np. na oszacowanie, czy istnieje potrzeba zmiany formatu prototypów (będących częścią dokumentacji analitycznej), a jeśli tak to w jakim zakresie (czy nie trzeba będzie ich tworzyć od nowa) i z jakim kosztem będzie się to łączyło.

Odwołujący podniósł nadto, że dokumentacja analityczna ma również na celu wykrycie błędów systemu, który aktualnie działa u zamawiającego, a jej brak oznacza brak możliwości zweryfikowania jaki jest stan przekazywanego wykonawcom systemu, ile błędów system posiada, a tym samym jaka jest jakość systemu i ile czasu i jaki nakład pracy będzie potrzebny na jego naprawę (modyfikację) oraz w związku z tym, z jakimi kosztami będzie się to łączyło. Dodatkowo brak dokumentacji analitycznej powoduje, że wykonawcy nie mają możliwości określenia jaka jest jakość dokumentacji analitycznej, co skutkuje brakiem możliwości określenia nakładu pracy potrzebnego na usuwanie błędów.

W konsekwencji powoduje to brak możliwości określenia przez wykonawców aktualnego stanu oprogramowania i systemu zamawiającego, a także zakresu prac jakie

KIO 1507/13

mają być wykonane, a w konsekwencji powodują niemożność dokonania rzetelnej wyceny prac.

Jako szczególnie ważną okoliczność wskazał to, że zgodnie z postanowieniami Wzoru Umowy (art. 2 ust. 4), w przypadku nieosiągnięcia przez wykonawcę gotowości do świadczenia usług w terminie pięciu miesięcy od dnia zawarcia umowy, wykonawcy grozi utrata możliwości realizacji zamówienia oraz konieczność zapłaty wysokich kar umownych.

Odwołujący wskazał nadto, że zamawiający nałożył na wykonawcę obowiązek ujednolicenia dokumentacji (Załącznik 2E pkt 2 Wzoru Umowy), której nie przekazano mu w całości, co powoduje, że we wskazanym zakresie zawarta umowa stanowić będzie umowę o świadczenie niemożliwe.

brak odpłatności za usługi świadczone w okresie przejściowym

Zamawiający wprowadził w postanowieniach Wzoru Umowy obowiązek nieodpłatnego świadczenia usług w Okresie Przejściowym (5 miesięcy), co wobec przewidzianej zgodnie z art. 2 ust. 4 Wzoru Umowy możliwości pozbawienia wykonawcy świadczącego usługę w Okresie Przejściowym dalszego (płatnego) realizowania umowy stoi

w jawnej sprzeczności z definicją legalną zamówienia publicznego określoną w art. 2 ust. 13 ustawy PZP. Oceniał, że ustawodawca postawił duży nacisk na kwestię odpłatności umów w sprawie zamówienia publicznego, co wobec okoliczności, że wykonawcy, który będzie świadczył usługi w Okresie Przejściowym nie zostanie powierzone świadczenie przedmiotu zamówienia poza przejściowym okresem, a wykonawca taki nie otrzyma żadnego wynagrodzenia i dodatkowo będzie zobowiązany do zapłaty kary umownej, powoduje, że treść przewidzianego przez zamawiającego stosunku zobowiązaniowego stoi w sprzeczności z ideą „zamówienia publicznego”, które ze swojej natury jest odpłatne.

Odwołujący zaznaczył, iż co prawda ustawa PZP nie nakłada wymogu, by uzyskanie korzyści majątkowej następowało w formie pieniężnej, jednakże wykonawca w ramach przedmiotowego postępowania w Okresie Przejściowym nie uzyskuje żadnej korzyści, co powoduje, iż jego pozycja wobec zamawiającego ulega znacznemu osłabieniu.

wysokość kar umownych

Zamawiający przewidział we Wzorze Umowy kary umowne, jednakże nie wprowadził ich łącznych górnych limitów (określono jedynie limit miesięczny), a dodatkowo zastrzegł możliwość dochodzenia odszkodowania uzupełniającego, czym całkowicie zachwiał prawa i obowiązki stron przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Odwołujący wskazał, iż kara umowna stanowi surogat odszkodowania wobec czego możliwość dochodzenia odszkodowania uzupełniającego nie znajduje uzasadnienia w szczególności w sytuacji, gdy interes zamawiającego został należycie zabezpieczony. Takie działanie zamawiającego

KIO 1507/13

stanowi rażące naruszenie zasady swobody umów, która na gruncie ustawy PZP zostaje co prawda zachwiana, jednakże umowa w sprawie zamówienia publicznego stanowi przykład stosunków cywilnoprawnych, co podnosi również orzecznictwo między innymi w poniższym orzeczeniu. Powołał się na wyrok KIO z dnia 31 stycznia 2013 r. o sygn. akt KIO 109/13.

W ocenie odwołującego zamawiający nie jest władny do przeniesienia na wykonawcę całości ryzyka związanego z realizacją przedmiotu zamówienia, podczas gdy w tym postępowaniu zamawiający formułując istotne postanowienia umowy doprowadził do sytuacji, w której to wykonawca zobowiązany jest świadczyć przedmiot zamówienia przez okres 5 miesięcy nieodpłatnie, a dodatkowo jego błędy mogą skutkować naliczeniem wielu niezależnych od siebie kar umownych, a dodatkowo zamawiający może jeszcze dochodzić od wykonawcy odszkodowania uzupełniającego, a nawet rozwiązać umowę.

Podniósł ponadto, że art. 12 Wzoru Umowy (w szczególności w ust. 2) zawiera wyliczenie okoliczności pozwalających na wypowiedzenie umowy przez zamawiającego. Pojęcia, którymi posługuje się tam zamawiający są nieprecyzyjne i wieloznaczne, powodując faktyczny brak możliwości określenia, co faktycznie może stać się podstawą do wypowiedzenia umowy przez zamawiającego, co zdaniem odwołującego jest sprzeczne z naturą stosunku zobowiązaniowego i wykracza poza zasadę swobody umów wyrażoną w art. 5 kc. Jest to rażąco niekorzystne dla wykonawcy i generuje dodatkowe ryzyka, które muszą zostać przez wykonawcę uwzględnione w cenie, którą przedstawi w swojej ofercie.

Odwołujący wskazał, iż zgodnie z art. 354 ust. 1 i 2 kc wykonanie przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego wymaga współdziałania zamawiającego z wykonawcą, jednakże postanowienia umowy w obecnym brzmieniu przerzucają de facto całkowicie odpowiedzialność za wykonanie zamówienia na wykonawcę. Przyznał, że zamawiający zastrzegł w art. 9 Wzoru Umowy, iż jej wykonanie będzie wymagało współdziałania wykonawcy z zamawiającym, jednak w ocenie odwołującego wszystkie pozostałe postanowienia Wzoru Umowy świadczą, o tym że art. 9 nie wzmacnia pozycji wykonawcy wobec zamawiającego.

Zamawiający nie wprowadził ograniczenia odpowiedzialności wykonawcy na gruncie umowy do wartości netto umowy, co jest typową praktyką przyjętą na rynku IT i pozwala na ograniczenie ryzyka wynikającego z zawarcia umowy. Z perspektywy zamawiającego umożliwiała to także uzyskanie bardziej konkurencyjnych ofert.

Dodał, że uczestnikami postępowania są wyłącznie spółki kapitałowe prawa handlowego, których członkowie zarządu zgodnie z art. 293 § 2 oraz 483 § 2 ustawy z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych (Dz. U. 2000 nr 94 poz. 1037), zobowiązani są przy wykonywaniu swoich obowiązków do dołożenia staranności wynikającej z zawodowego charakteru swojej działalności. Przy obecnych postanowieniach Wzoru

szkodę spółki w tym do odpowiedzialności karnej, dlatego żeby zabezpieczyć interes spółek (w tym odwołującego), ceny ofert zostaną ustalone na poziomie znacznie wyższym, niż w sytuacji gdyby zamawiający wprowadził górny (łączny) limit odpowiedzialności z tytułu kar umownych.

prawa autorskie

Zamawiający zobowiązał wykonawcę do zapewnienia, iż osoby uprawnione z tytułu osobistych praw majątkowych do utworów powstałych w wyniku realizacji umowy nie będą wykonywać takich praw w stosunku do zamawiającego. Odwołujący podniósł, iż takie postanowienie SIWZ narusza zasadę swobodę umów. Wyjaśnił, że przedmiotem zamówienia jest stworzenie kompleksowych, jednocześnie bardzo skomplikowanych technicznie rozwiązań informatycznych dedykowanych dla zamawiającego, wobec czego nie jest możliwe zapewnienie przez wykonawcę, iż osoby uprawnione z tytułu osobistych prawa autorskich do utworów powstałych w wyniku realizacji umowy nie będą wykonywać takich prawa w stosunku do zamawiającego. Zamawiający nie wskazał bowiem kim są ww. twórcy historyczni oraz nie przekazał wykonawcom ich listy, w konsekwencji czego świadczenie wykonawcy jest w tym zakresie niemożliwe do spełnienia.

Zgodnie z art. 16 prawa autorskiego: „Jeżeli ustawa nie stanowi inaczej, autorskie prawa osobiste chronią nieograniczoną w czasie i niepodlegającą zrzeczeniu się lub zbyciu więź twórcy z utworem, a w szczególności prawo do:

1. autorstwa utworu;
2. oznaczenia utworu swoim nazwiskiem lub pseudonimem albo do udostępniania go anonimowo;
3. nienaruszalności treści i formy utworu oraz jego rzetelnego wykorzystania;
4. decydowania o pierwszym udostępnieniu utworu publiczności;
5. nadzoru nad sposobem korzystania z utworu."

Jednocześnie do programów komputerowych zgodnie z art. 77 prawa autorskiego nie stosuje się art. 16 pkt 3 - 5, w o b e c czego autorskie prawa osobiste nigdy nie wygasają, nie mogą zostać przeniesione oraz nie można się ich zrzec, co oznacza, że wykonawca nie może złożyć oświadczenia o treści zawartej we Wzorze Umowy, gdyż nie posiada wiedzy o wszystkich twórcach. Oświadczenie takie będzie obarczone wadą oświadczenia woli. Na przysługujące twórcy autorskie prawa osobiste wskazał także Sąd Apelacyjny w Gdańsku w wyroku z 19 grudnia 1996 r., sygn. akt I ACA 24/96, w którym stwierdził: „Ochrona autorskich praw osobistych do utworu pierwotnego (art. 2 ust. 1 oraz art. 16 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych, Dz. U. 1994 r. Nr 90, poz. 83 ze zm.) przysługuje twórcom niezależnie od tego, czy prawa autorskie zostaną przeniesione (art. 41 ustawy)"

termin płatności faktury

Zamawiający wprowadził niejasną i nieuzasadnioną procedurę płatności błędnie wystawionej faktury, której skutkiem może być wydłużenie terminu wypłaty należnego wykonawcy wynagrodzenia o 42 dni. Jednocześnie w sytuacji, gdy wartość przedmiotowego zamówienia jest znaczna może to istotnie wpłynąć na sytuację finansową wykonawcy.

Zdaniem odwołującego obecne brzmienie zaskarżonego postanowienia jest niczym nieuzasadnione, a także narusza zasady współżycia społecznego, stanowiąc nadużycie prawa podmiotowego zamawiającego, który jako strona silniejsza narzuca wykonawcy postanowienia umowne w przedmiotowym postępowaniu.

Wykonawca ma świadczyć przedmiot zamówienia przez okres pierwszych 5 miesięcy nieodpłatnie, wobec czego dodatkowe wydłużenie terminu płatności faktury może wpłynąć na kondycję finansową wykonawcy, który musi ponosić znaczne koszty świadczenia usługi, jednocześnie zapłata należnego wynagrodzenia została maksymalnie obostrzona. Zdaniem odwołującego wykonawca nie powinien być obciążany takim zobowiązaniem, gdyż stanowi to nadużycie prawa podmiotowego przez zamawiającego.

termin wystawienia faktury

Zamawiający wprowadził do Wzoru Umowy postanowienia przewidujące, że faktura

za poszczególne usługi powinna zostać wystawiona dopiero po podpisaniu raportu miesięcznego, czego następstwem jest to, że procedura prowadząca do podpisania raportu miesięcznego może potrwać nawet ponad 21 dni, podczas gdy ustawa o VAT nakazuje wystawienie faktury w terminie 7 dni od dnia wydania towaru lub wydania usługi. Wykonawca, który uzyska zamówienie i będzie świadczył usługi będzie każdorazowo (co miesiąc od podpisania Protokołu Uruchomienia Usług) zmuszony do naruszenia przepisów ustawy o VAT oraz do ponoszenia wynikłych z tego konsekwencji takich jak konieczność składania korekt zeznań podatkowych, zapłaty ewentualnych odsetek oraz ponoszenia konsekwencji ewentualnych kontroli podatkowych. Prowadzi to do ukształtowania stosunku zobowiązaniowego w sposób rażąco nierówny i krzywdzący wykonawców, a także sprzeczny z prawem i zasadami współżycia społecznego, oraz uniemożliwia złożenie przez odwołującego oferty. Konieczność przewidzenia przez wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia dodatkowych kosztów związanych z ww. konsekwencjami naruszeń ustawy o VAT spowoduje znaczne podniesienie cen ofert, a w efekcie doprowadzi do udzielenia zamówienia za cenę wyższą niż możliwa do osiągnięcia przy założeniu, że zamawiający dostosuje Wzór Umowy do obowiązujących przepisów podatkowych.

KIO 1507/13

wypowiedzenie umowy

Zamawiający przewidział możliwość wypowiedzenia umowy przez wykonawcę wyłącznie w przypadku zwłoki zamawiającego w płatności wynagrodzenia o wartości nie mniejszej niż 10% wynagrodzenia całkowitego oraz możliwość jej wypowiedzenia przez zamawiającego w 11 przypadkach.

W ocenie odwołującego możliwość wypowiedzenia umowy przez wykonawcę jest czynnością pozorną, gdyż została zastrzeżona wyłącznie w przypadku zwłoki w zapłacie wymagalnego wynagrodzenia w kwocie wyższej niż 10%. Odwołujący wskazał, iż na gruncie przepisów prawa cywilnego zwłoka jest okolicznością zawinioną, co powoduje, iż samo opóźnienie po stronie zamawiającego nie daje możliwości wypowiedzenia umowy przez wykonawcę. Fakt, że dodatkowo zwłoka w zapłacie wynagrodzenia musi przekroczyć 10% łącznego wynagrodzenia wykonawcy, oznacza de facto, iż wykonawca może nawet przez 6 miesięcy świadczyć przedmiot zamówienia nieodpłatnie na rzecz zamawiającego bez możliwości wypowiedzenia umowy, jednocześnie ponosząc wszystkie koszty własne, które przy złożonym i skomplikowanym projekcie informatycznym są znaczne.

zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego

Zamawiający dopuścił możliwość zmian w umowie w sprawie zamówienia publicznego w zakresie SLA, co zdaniem odwołującego może istotnie wpłynąć na wynagrodzenie należne wykonawcy i zakres jego świadczenia. Zamawiający naruszył art. 144 ust. 1 Ustawy PZP w związku z art. 353 i kc, art. 7 ust. 1 ustawy PZP oraz art. 140 ust. 1 ustawy PZP, poprzez sformułowanie w art. 16 ust. 4 w związku z art. 16 ust. 2 pkt) 5 lit. b) Wzoru Umowy możliwości wprowadzania zmian do zawartej umowy przez zamawiającego bez określenia wymaganych przez art. 144 PZP warunków zmiany umowy. Zmiany do umowy mogą być przy tym wprowadzane w sposób subiektywny i nieprecyzyjny, co stoi w sprzeczności z zasadami prawa zamówień publicznych, przewidującymi, iż zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców.

Odwołujący wskazał, iż dopiero na etapie okresu przejściowego następuje ustalenie istotnych warunków zamówienia w postaci określenia między innymi ilości środowisk testowych (na infrastrukturze wykonawcy), funkcjonalności Systemu Informatycznego podlegającego SLA oraz parametrów infrastruktury podlegających SLA. Jednocześnie wykonawca musi wcześniej składając ofertę wycenić te elementy samodzielnie, przyjmując na siebie odpowiednie ryzyko. Zamawiający jest zarazem uprawniony do naliczenia kary umownej w przypadku braku osiągnięcia parametrów SLA, zgodnie z art. 8 Wzoru Umowy.

W ocenie odwołującego możliwość zmiany w zakresie SLA powinna być doprecyzowana oraz winna określać szczegóły tej zmiany. W przeciwnym bowiem przypadku

KIO 1507/13

wykonawca składając ofertę w postępowaniu i nie znając przedmiotu zamówienia może zostać narażony na dowolną jego zmianę przez zamawiającego na etapie realizacji zamówienia bez możliwości zwiększenia należnego wykonawcy wynagrodzenia z tego tytułu. Swoboda decyzyjna zamawiającego dotycząca zmiany postanowień zawartej już umowy stoi w sprzeczności z art. 144 ust. 1 ustawy PZP. Powołał się na wyrok KIO z dnia 1 września 2010 r. o sygn. akt KIO 1756/10.

brak limitów konsultacji

Zamawiający w załączniku nr 6 do Wzoru Umowy opisał Usługę Konsultacji, której świadczenie stanowi jeden z obowiązków wykonawców. Zamawiający nie wprowadził jednak żadnych limitów w tym zakresie, co zdaniem odwołującego nie daje możliwości wyceny tych usług ryczałtowo przez wykonawcę, a dodatkowo osłabia pozycję wykonawcy w postępowaniu w nieuprawniony sposób przerzucając na niego całe ryzyko realizacji przedmiotu zamówienia.

Zamawiający, pomimo iż jest dysponentem postępowania nie ma nieograniczonej swobody w kształtowaniu postanowień dokumentacji. Powołał się na wyrok KIO z dnia 13 marca 2012 r. o sygn. akt KIO 436/12 oraz wyrok KIO z dnia 28 grudnia 2012 r. o sygn. akt: KIO 2741/12.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przedłożonej Izbie przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, odwołania z dnia 20 czerwca 2013 r., odpowiedzi zamawiającego na odwołanie z dnia 9 lipca 2013 r., wskazanych poniżej dowodów złożonych przez odwołującego na rozprawie, a także stanowisk stron, zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Izba dopuściła następujące dowody złożone przez odwołującego na rozprawie:

1. materiał „Zakres, który powinien zostać doprecyzowany w trakcie trwania dialogu” wraz z pismami odwołującego skierowanymi do zamawiającego z dnia 8 i 23 października 2012 r., 14 grudnia 2012 r. oraz 12 marca 2013 r.,
1. materiał „Lista funkcji aplikacji pozyskana z przekazanej z SIWZ wersji instalacyjnej aplikacji SIA”,
2. materiał „Przebieg uzgadniania raportu miesięcznego w oparciu o zapisy wzoru umowy stanowiącego Załącznik nr 2 do SIWZ oraz w oparciu o Załącznik nr 13 do Załącznika nr 2 do SIWZ”.

KIO 1507/13

Skład orzekający Izby, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu (art. 192 ust. 7 ustawy Pzp), doszedł do przekonania, iż jeden ze sformułowanych przez odwołującego zarzutów, tj. zarzut zaniechania przez zamawiającego przekazania wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia dokumentacji analitycznej wchodzącej w skład Dokumentacji znajduje oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie, jako takie, zasługuje na uwzględnienie.

W odniesieniu do pozostałych zarzutów zawartych w odwołaniu skład orzekający Izby uznał, iż nie pozwalają one na uznanie ich za zasadne.

Zarzut zakończenia dialogu konkurencyjnego i zaproszenia wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia do składania ofert oraz przekazania treści SIWZ w sytuacji wystąpienia braków w przekazanych dokumentach, konieczności doprecyzowania wielu pojęć w nich zawartych oraz przewidywania przez zamawiającego licznych ich zmian, czym zamawiający naruszył przepis art. 60a ustawy Pzp w zw. z art. 60e ust. 1 ustawy Pzp

Skład orzekający Izby zarzut pozostawił bez rozpoznania, ponieważ został zgłoszony z uchybieniem terminu.

Wskazać należy, że obowiązek informowania wykonawców uczestniczących w dialogu o jego zakończeniu wynika wprost z art. 60e ust. 1 ustawy Pzp zdanie ostatnie, zgodnie z którym: „O zakończeniu dialogu zamawiający niezwłocznie informuje uczestniczących w nim wykonawców”.

Wykonawca, otrzymując informacje o zakończeniu dialogu jest uprawniony do kwestionowania np. prowadzenia dialogu z danym wykonawcą z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców.

Bezsporny między stronami był fakt, że informację o zakończeniu dialogu odwołujący otrzymał w dniu 14 maja 2013 r. (informacja ta, co skład orzekający Izby ustalił na podstawie dokumentacji postępowania, przekazanej przez zamawiającego, została przesłana odwołującemu faksem w dniu 14 maja 2013 r. o godz. 11.51).

W świetle przepisu art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, oznacza to, że odwołujący, wnosząc odwołanie w dniu 20 czerwca 2013 r., uchybił 10-cio dniowemu terminowi na wniesienie odwołania na czynność zakończenia dialogu, ponieważ termin ten upłynął 24 maja 2013 r.

Odnosząc się do argumentu odwołującego, zaprezentowanego na rozprawie, że dopiero otrzymanie SIWZ pozwoliło odwołującemu poznać, jaki jest efekt tego dialogu skład orzekający Izby wskazuje, że w dalszej części odwołania odwołujący podniósł szereg zarzutów co do samej treści SIWZ, tj. „efektu dialogu” i zarzuty, z wyjątkiem dwóch zarzutów

KIO 1507/13

cofniętych przez odwołującego, zostały przez skład orzekający Izby rozpoznane.

Zarzut ukształtowania treści SIWZ w ten sposób, że w postanowieniu zawartym w Rozdziale II pkt 5 SIWZ zamawiający wskazał, że nie przewiduje zwrotu kosztów udziału w postępowaniu, czym zamawiający naruszył przepis art. 93 ust. 4 ustawy Pzp nie zasługuje na uwzględnienie.

W Rozdziale II – „Informacje ogólne dla wykonawców” zamawiający podał: „Zamawiający nie przewiduje zwrotu kosztów udziału w postępowaniu”.

Przedmiotowe postępowanie zostało wszczęte na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm.) - wskazuje na to wprost informacja zawarta na stronie tytułowej SIWZ. Kwestia ta nie była zresztą sporna. Nie budzi także wątpliwości skład orzekający Izby, że w sprawie tej mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp. W konsekwencji uznać należy, że do postępowania znajduje zastosowanie przepis art. 93 ust. 4 ustawy Pzp w brzmieniu: „W przypadku unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, wykonawcom, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, przysługuje roszczenie o zwrot uzasadnionych kosztów uczestnictwa w postępowaniu, w szczególności kosztów przygotowania oferty”.

Wskazać należy, że nawet wprowadzenie do SIWZ postanowień niezgodnych z ustawą powoduje, że postanowienie takie jest nieważne jako sprzeczne z prawem, a zatem postanowienie takie nie może zastąpić, czy modyfikować regulacji ustawowej. Zwracał na to uwagę sam odwołujący w treści odwołania, podnosząc: „Zamawiający jako dysponent Postępowania uprawniony jest do jego kształtowania, jednak należy pamiętać, że jednocześnie jest zobligowany do jego prowadzenia zgodnie z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa. Odwołujący podkreśla, że dyspozycja wyrażona w art. 93 ust. 4 ustawy Pzp bezwzględnie wskazuje na obligatoryjny charakter zawartej w przepisie normy oraz na brak możliwości wyłączenia jej stosowania przez zamawiających”.

W ocenie składu orzekającego Izby ww. postanowienie Rozdziału II pkt 5 SIWZ nie jest jednak sprzeczne z ustawą Pzp, tj. wskazanym przez odwołującego art. 93 ust. 4 ustawy Pzp, ponieważ to, że zamawiający nie przewiduje zwrotu kosztów udziału w postępowaniu nie jest tożsame z zanegowaniem roszczenia zwrotu uzasadnionych kosztów uczestnictwa w postępowaniu w sytuacji unieważnienia postępowania z przyczyn leżących po stronie zamawiającego. Zwrócenia uwagi wymaga, że w języku polskim „przewidzieć” oznacza „przeczuć, odgadnąć, domyślić się co będzie, wziąć coś w rachubę, licząc się ze spodziewanym rozwojem wypadków”, „określić, oznaczyć coś z góry, zaplanować, założyć”. Uwzględniając wskazane rozumienie słowa „przewidzieć” można

KIO 1507/13

jedynie stwierdzić, że zamawiający zakłada, że nie będzie potrzeby / konieczności zwrotu wykonawcom kosztów udziału w postępowaniu, nie odnosząc wszelako powyższego do szczególnej sytuacji związanej z unieważnieniem postępowania z przyczyn leżących po

stronie zamawiającego.

Z tych względów skład orzekający Izby uznał, że zarzut nie zasługuje na uwzględnienie – odwołujący nie wykazał, że zamawiający naruszył wskazany przepis ustawy Pzp.

Zarzut ukształtowania treści SIWZ w ten sposób, że z postanowień zawartych w Rozdziale IV pkt 4 i Rozdziale VII pkt 6 SIWZ wynika, że zamawiający wykluczy z postępowania wykonawcę i uzna złożoną przez tego wykonawcę ofertę za odrzuconą, jeśli wykonawca nie przedłoży oryginału dokumentu stanowiącego wadium (innego niż pieniądź), czym zamawiający naruszył przepis art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 60e ust. 4 i art. 46 ust. 1 ustawy Pzp nie zasługuje na uwzględnienie.

Śądaniem odwołującego było nakazanie zamawiającemu zmiany treści Rozdziału VII pkt 4 SIWZ, która sprowadza się do nałożenia na wykonawców obowiązku złożenia oryginału dokumentu, w formie którego złożono wadium jedynie w przypadku, gdy z treści tego dokumentu (np. gwarancji, poręczenia) wynika, że zwrot jego oryginału powoduje wygaśnięcie zobowiązania gwaranta. Zdaniem odwołującego: „(...) posiadanie przez Zamawiającego oryginału dokumentu wadium wnoszonego w formie innej niż pieniężna nie wpływa na możliwość skutecznego zaspokojenia się Zamawiającego z wadium Wykonawcy tak długo, jak długo sama treść gwarancji (poręczenia) nie przewiduje, że zwrot oryginału powoduje wygaśnięcie zobowiązania gwaranta (poręczyciela)” - str. 22 odwołania.

Wskazania wymaga, że zamawiający żądając w Rozdziale VII pkt 5 SIWZ, iż „Z treści gwarancji (poręczenia) winno wynikać bezwarunkowe, na każde pisemne żądanie zgłoszone przez Zamawiającego w terminie związania ofertą zobowiązanie Gwaranta (poręczyciela) do wypłaty Zamawiającemu pełnej kwoty wadium w okolicznościach wskazanych w art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Pzp” określił niezbędne elementy treści gwarancji (poręczenia). Jednocześnie jednak zamawiający nie zakazał wprowadzania do treści gwarancji (poręczenia) konkretnych postanowień, w tym co do skutku zwrotu oryginału gwarancji (poręczenia), co oznacza, że na podstawie aktualnego brzmienia SIWZ wykonawcy mogą złożyć gwarancję zawierającą zastrzeżenie odnoszące się do skutku zwrotu oryginału. Stąd też dla zapewnienia realnego, skutecznego dochodzenia uprawnień z tytułu gwarancji (poręczenia) wynika konieczność żądania oryginału jako dokumentu niezbędnego.

Podkreślenia wymaga, że o ile ustawa Pzp zawiera szczegółowe regulacje natury

KIO 1507/13

technicznej dotyczące wadium w pieniądzu (co do sposobu wnoszenia: przelewem na rachunek bankowy wskazany przez zamawiającego – art. 45 ust. 7 ustawy Pzp, co do sposobu przechowywania: na rachunku bankowym – art. 45 ust. 8 ustawy Pzp, co do sposobu zwrotu: wraz z odsetkami wynikającymi z umowy rachunku bankowego, na którym było ono przechowywane, pomniejszonymi o koszty prowadzenia rachunku bankowego oraz prowizji bankowej za przelew pieniędzy na rachunek bankowy wskazany przez wykonawcę – art. 46 ust. 4 ustawy Pzp, co do sposobu zatrzymania: wraz z odsetkami – art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Pzp), o tyle nie reguluje tych kwestii w przypadku wadium wnoszonego w innej niż pieniądź formie. Prowadzi to do wniosku, że zamawiający jest uprawniony (z respektowaniem ustawowo określonych zasad) do regulowania tych kwestii – wymagań w ramach treści SIWZ (art. 36 pkt 8 ustawy Pzp). Śądanie oryginału gwarancji (poręczenia) nie pozostaje zatem w sprzeczności z przepisami ustawy Pzp, które nie stanowią o możliwości składania określonych dokumentów w formie kserokopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem. O takiej możliwości mowa natomiast w przepisach rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich dokumenty te mogą być składane (Dz. U. z 2009 r., Nr 226, poz. 1817).

Śądanie złożenia oryginału gwarancji (poręczenia) nie jest jednocześnie wymogiem w jakimkolwiek stopniu uciążliwym dla wykonawców, który mógłby ograniczać ich udział w postępowaniu.

Zapewnić ma realną możliwość zaspokojenia się zamawiającego (w ustawowo wskazanych przypadkach) z gwarancji (poręczenia), czemu wadium przecież służy.

Z tych względów skład orzekający Izby uznał, że zarzut nie zasługuje na uwzględnienie – odwołujący nie wykazał, że zamawiający naruszył wskazane przepisy

ustawy Pzp.

Zarzut ukształtowania treści SIWZ w ten sposób, że z postanowienia Rozdziału IX pkt 5 SIWZ wynika, że zamawiający nie zamierza zwracać wykonawcom wadium złożonych w formie innej niż pieniądź, czym zamawiający naruszył przepis art. 60e i art. 46 ust. 1 ustawy Pzp nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ponownie wskazuje, że nawet wprowadzenie do SIWZ postanowień niezgodnych z ustawą powoduje, że postanowienie takie jest nieważne jako sprzeczne z prawem, a zatem postanowienie takie nie może zastąpić, czy modyfikować regulacji ustawowej.

W ocenie składu orzekającego Izby ww. postanowienie Rozdziału IX pkt 5 SIWZ nie jest jednak sprzeczne z ustawą Pzp, tj. wskazanymi przez odwołującego art. 60e i art. 46

KIO 1507/13

ust. 1 ustawy Pzp, ponieważ dokument wadium, stanowiąc zabezpieczenie oferty i warunkujący jej badanie i ocenę przez zamawiającego nie stanowi jej treści. W wymiarze praktycznym potwierdza to powszechnie wprowadzane do treści SIWZ żądanie umieszczania gwarancji (poręczenia) w odrębnej od samej oferty kopercie.

Podkreślić należy, że forma dokumentu wadium (gwarancji, poręczenia), o czym była mowa w zarzucie poprzednim, nie została wskazana w ustawie Pzp (ani przepisach wykonawczych). Sama zaś ustawa Pzp w art. 25 ust. 1, wskazując prawo zamawiającego do żądania dokumentów potwierdzających spełnianie przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu oraz dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, odsyła – w zakresie formy tych właśnie dokumentów do przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich dokumenty te mogą być składane (Dz. U. z 2009 r., Nr 226, poz. 1817).

Rozporządzenie to przesądza (par. 6 ust. 1), że dokumenty mogą być składane przez wykonawców zarówno w oryginale, jak i kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem. W sytuacji zatem, gdy wykonawca zdecyduje się na złożenie oryginału dokumentu (do czego nie jest zobowiązany, wystarczające jest bowiem złożenie potwierdzonej kopii) zamawiający w przedmiotowym postępowaniu zastrzegł, że dokumentów tych zwracać nie będzie, co jest uzasadnione obowiązkami zamawiającego dotyczącymi przechowywania protokołu wraz z załącznikami (art. 97 ust. 1 ustawy Pzp). Kwestionowane postanowienie dotyczy dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, nie dotyczy zaś dokumentu wadialnego, o którego zwrocie przez zamawiającego przesądzają przepisy art. 46 ustawy Pzp.

Z tych względów skład orzekający Izby uznał, że zarzut nie zasługuje na uwzględnienie – odwołujący nie wykazał, że zamawiający naruszył wskazane przepisy ustawy Pzp.

Zarzut ukształtowania treści SIWZ w ten sposób, że zamawiający nie dostarczył informacji niezbędnych do prawidłowego sporządzenia oferty, nie precyzując czy zadanie próbne wykonawcy mają wykonać na podstawie kodów źródłowych, czy skompilowanych (Rozdział X pkt 1 i 2 SIWZ), czym zamawiający naruszył przepis art. 7 ust. 1 i 3, art. 25 ust. 1 pkt 2 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp skład orzekający Izby pozostawił bez rozpoznania.

Na rozprawie, po zapoznaniu się z treścią odpowiedzi na odwołanie, odwołujący oświadczył, że cofa ten zarzut, ponieważ zamawiający wskazał, że zadanie ma zostać

KIO 1507/13

wykonane na podstawie kodów źródłowych.

Wobec powyższego skład orzekający Izby pozostawił zarzut bez rozpoznania.

Zarzut ukształtowania treści SIWZ w ten sposób, że zamawiający wyznaczył niewystarczający na przygotowanie i złożenie oferty przez odwołującego termin składania

ofert, czym zamawiający naruszył przepis art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 60e ust. 4 ustawy Pzp skład orzekający Izby pozostawił bez rozpoznania.

Na rozprawie, po zapoznaniu się z treścią odpowiedzi na odwołanie, odwołujący oświadczył, że cofa ten zarzut, ponieważ zamawiający przesunął termin składania ofert do dnia 25 lipca 2013 r. w sytuacji, gdy żądaniem odwołującego było przedłużenie tego terminu co najmniej do 16 lipca 2013 r.

Wobec powyższego skład orzekający Izby pozostawił zarzut bez rozpoznania.

Zarzut ukształtowania Wzoru Umowy w ten sposób, że zawiera niejednoznaczne, niekompletne, a miejscami wewnętrznie sprzeczne zapisy oraz w ten sposób, że zamawiający zastosował szereg pojęć, nie definiując ich lub pozostawiając możliwość dowolnej interpretacji ich znaczenia wykonawcom, czym zamawiający naruszył przepis art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu niejednoznaczność, niekompletność, a także wewnętrzną sprzeczność definicji wskazanych w art. 1 Wzoru Umowy, tj. definicjom: „Wada”, „Incident”, „Awaria”, „Błąd Krytyczny” oraz „Błąd Niekrytyczny”.

Odwołujący zarzucił także zamawiającemu zastosowanie szeregu pojęć (21), które poddają się dowolnej interpretacji lub w ogóle nie zostały przez zamawiającego zdefiniowane.

Wskazać należy, że odwołujący zarzut o niejednoznaczności i niekompletności pojęć, a także możliwości ich dowolnej interpretacji pozostawił całkowicie gołosłownym. Odwołujący nie wskazał bowiem w odniesieniu do żadnego z nich, jakież to różne interpretacje wskazanych pojęć są możliwe i że takie odmienne rozumienie występuje wśród profesjonalistów branży informatycznej.

Odwołujący nie wykazał także, w odniesieniu do żadnego z 21 wybranych przez siebie pojęć, że dla zrozumienia opisu przedmiotu zamówienia konieczne jest odrębne definiowanie tych pojęć, tj. nadawanie im znaczenia odmiennego niż pojęciom tym przypisują profesjonalści branży informatycznej.

Skład orzekający Izby stanął także na stanowisku, że w przypadku zdefiniowania pojęć „Wada”, „Incident”, „Awaria”, „Błąd Krytyczny” oraz „Błąd Niekrytyczny” nie można

KIO 1507/13

zamawiającemu przypisać błędu logicznego *ignotum per ignotum*, ponieważ wskazanie, że awaria, błąd krytyczny i błąd niekrytyczny to wada oznacza tyle tylko, że wszystkie te pojęcia zamawiający zaliczył do jednej kategorii – kategorii wad, których jednak rozróżnienie jest jak najbardziej możliwe, poprzez dalszy opis tych pojęć.

Z tych względów skład orzekający Izby uznał, że zarzut nie zasługuje na uwzględnienie – odwołujący nie wykazał, że zamawiający naruszył wskazane przepisy ustawy Pzp.

Zarzut zaniechania przez zamawiającego przekazania wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia dokumentacji analitycznej wchodzącej w skład Dokumentacji, czym zamawiający naruszył przepis art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, a także art. 5, art. 353 ¹, art. 387 § 1 kc w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający w art. 1 pkt 21 Wzoru Umowy zdefiniował pojęcie „Dokumentacja” następująco: „oznacza kompletny zestaw poprawnych i czytelnych opisów, rysunków i innych informacji, koniecznych do użytkowania, instalacji, działania, utrzymania oraz odtworzenia Systemu Informatycznego, w tym dokumentację techniczną, użytkownika, analityczną oraz administratora; wykonane w ramach Usług poszczególne dokumenty stanowią składowe Dokumentacji”.

Zgodnie zaś z art. 3 ust. 1 pkt 3 Wzoru Umowy zamawiający zobowiązał wykonawców do złożenia oświadczenia o treści: „Wykonawca oświadcza, że (...) zapoznał się z aktualną Dokumentacją (...) i na ich podstawie jest w stanie świadczyć wszystkie Usługi zgodnie z przewidzianymi w Umowie zakresem i SLA”

W odpowiedzi na odwołanie zamawiający oświadczył, że „w dniu 8 lipca 2013 r. przekazał wykonawcom dokumentację analityczną”.

Na rozprawie odwołujący zaprzeczył doręczeniu przez zamawiającego dokumentacji analitycznej. Potwierdził jedynie, że otrzymał zapowiedź jej przekazania.

Na rozprawie zamawiający oświadczył, że nie kwestionuje niezbędności dokumentacji analitycznej do przygotowania oferty, a także wyjaśnił, że dokumentacja analityczna została wysłana odwołującemu 8 lipca 2013 r., a także że ma podpisaną umowę z Poczta Polska i w ramach usługi „pocztex” przesyłka powinna dotrzeć najpóźniej do końca dnia następnego, tj. 9 lipca 2013 r.

Na podstawie powyższego skład orzekający Izby uznał, że w toku postępowania odwoławczego, zakończono zamknięciem rozprawy w dniu 9 lipca 2013 r. o godzinie 16⁰³ (Protokół posiedzenia i rozprawy z dnia 9 lipca 2013 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1507/13) zamawiający nie wykazał, że doręczył odwołującemu dokumentację analityczną, co

KIO 1507/13

pozwoliłoby uznać, że odwołujący dysponuje już kompletną, niezbędną do sporządzenia oferty Dokumentacją, o której mowa w art. 1 pkt 21 Wzoru Umowy.

Odnosząc się do zawartego w odpowiedzi na odwołanie stanowiska zamawiającego, że dokumentacja analityczna powinna być znana odwołującemu, gdyż jest to wykonawca obecnie realizujący usługi objęte niniejszym zamówieniem, skład orzekający Izby przypomina, że obowiązkiem zamawiającego wynikającym z art. 60e ustawy Pzp jest przekazanie wykonawcom wraz z zaproszeniem do składania ofert specyfikacji istotnych warunków zamówienia, obejmującej opis przedmiotu zamówienia (brak wyłączenia stosowania przepisu art. 36 pkt 3 ustawy Pzp dotyczącego opisu przedmiotu zamówienia). Obowiązek ten obciąża zamawiającego bez względu na stan wiedzy i sposób jej pozyskania przez poszczególnych wykonawców w tym wiedzy co do systemów aplikacyjnych, które w ramach przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia, mają podlegać rozwojowi, utrzymaniu i administrowaniu. Ma to znaczenie dla precyzyjności i jednoznaczności opisu przedmiotu zamówienia, a także równego wykonawców przestrzegania zasady traktowania w postępowaniu.

Z tych względów skład orzekający Izby zarzut uwzględnił, uznając że zamawiający naruszył art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Co do naruszenia przez zamawiającego art. 5, art. 353¹, art. 387 § 1 kc w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp skład orzekający Izby wskazuje, że stosownie do art. 179 ust. 1 ustawy Pzp wykonawca korzystający ze środków ochrony prawnej musi wykazać, że zamawiający swoim określonym działaniem, bądź zaniechaniem działania, do którego był zobowiązany, dopuścił się naruszenia określonych przepisów ustawy, przy czym podkreślenia wymaga, że chodzi tu o przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych zdefiniowanej w art. 1 tej ustawy, a nie jakiegokolwiek innej ustawy. Wykazywanie przez odwołującego naruszenia przepisów Kodeksu cywilnego, czy też wskazanie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych o charakterze odsyłającym (art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp) nie uzasadniało uznania, iż naruszone zostały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zarzut ukształtowania Wzoru Umowy w ten sposób, że zamawiający nie przewiduje żadnych opłat obejmujących okres przejściowy z tytułu zrealizowania na rzecz zamawiającego wskazanych zadań, czym zamawiający naruszył przepis art. 2 pkt 13 ustawy Pzp, a także art. 5, art. 353¹, 387 § 1 kc w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp nie zasługuje na uwzględnienie.

Art. 2 pkt 13 ustawy Pzp definiuje zamówienie publiczne jako umowę odpłatną zawieraną między zamawiającym a wykonawcą, której przedmiotem są usługi, dostawy lub

KIO 1507/13

roboty budowlane.

Przedmiotem niniejszego zamówienia jest zapewnienie rozwoju, utrzymanie i administrowanie wyspecyfikowanymi systemami aplikacyjnymi zainstalowanymi na infrastrukturze zamawiającego (Rozdział I pkt 2 SIWZ) i w ich ramach świadczenie wyspecyfikowanych przez zamawiającego w Rozdziale I pkt 4 usług, za co przysługiwać ma wykonawcy wynagrodzenie w wysokości nie wyższej niż wskazane w art. 6 ust. 1 Wzoru Umowy. Wykonawcy mają zaś podać łączną cenę brutto w Formularzu ofertowym.

Przywołany przez odwołującego art. 2 pkt 13 ustawy Pzp jako naruszony przez zamawiającego nie nakłada na zamawiającego żadnych obowiązków czy ograniczeń co do sposobu regulowania kwestii wynagrodzenia dla wykonawcy, wskazując jedynie, że umowa ma być odpłatna w odniesieniu do przedmiotu zamówienia.

W art. 2 ust. 4 Wzory Umowy zamawiający wskazał: „Pierwsze pięć miesięcy obowiązywania Umowy stanowi Okres Przejściowy, szczegółowo opisany w Załączniku nr 7 do Umowy. Wykonawca nie otrzymuje wynagrodzenia za czynności wykonywane w Okresie Przejściowym. Okres Przejściowy trwa do momentu osiągnięcia przez Wykonawcę gotowości do świadczenia Usług (...)”. Definiując pojęcie „Okres Przejściowy” w art. 1 pkt 8 Wzoru Umowy zamawiający podał: „Okres Przejściowy – oznacza okres, w trakcie którego Wykonawca ma obowiązek osiągnąć gotowość do rozpoczęcia wykonywania Usług; czynności wykonywane w Okresie Przejściowym oraz kryteria jego pomyślnego zakończenia są w załączniku nr 7 do Umowy”.

W załączniku nr 7 do Wzoru Umowy zamawiający wskazał: „Wykonawca podczas Okresu Przejściowego będzie wykonywał prace przygotowujące go do pełnego i sprawnego świadczenia wszystkich Usług objętych umową. W tym czasie dotychczasowy wykonawca będzie świadczył swoje usługi na podstawie aktualnej umowy”. W załączniku nr 7 zamawiający wyspecyfikował zakresy prac dla Wykonawcy oraz kryteria weryfikacji gotowości.

Odwołujący nie kwestionował, że aby wybrany wykonawca mógł przystąpić do świadczenia usług objętych umową konieczne jest przygotowanie się w zakresach wskazanych przez zamawiającego, nie kwestionował także opisanych przez zamawiającego kryteriów weryfikacji gotowości. Kwestionował natomiast brak odpłatności za Okres Przejściowy w sytuacji, gdy zamawiający nie podpisze Protokołu Uruchomienia Usługi i wykonawca nie będzie mógł przystąpić do realizacji - jak określi to odwołujący – „dalszych etapów zamówienia”.

Brak negacji przez odwołującego Okresu Przejściowego jako niezbędnego okresu przygotowawczego do właściwego świadczenia usług jest nie do pogodzenia z twierdzeniem odwołującego, że Okres Przejściowy jest „dalszym etapem zamówienia”, skoro przystąpienie do realizacji zamówienia i świadczenia usług będących przedmiotem zamówienia warunkuje

KIO 1507/13

pozytywny wynik weryfikacji gotowości wykonawcy.

W sytuacji zatem, gdy odwołujący nie podważa niezbędności czynności przygotowawczych w Okresie Przejściowym, ani kryteriów weryfikacji gotowości, skład orzekający Izby, uznając za w pełni uzasadnioną zapłatę przez zamawiającego jedynie za te usługi, które stanowią przedmiot zamówienia stanął na stanowisku, że takie ukształtowanie odpłatności umowy nie narusza art. 2 pkt 13 ustawy Pzp.

Co do naruszenia art. 5, art. 353 ¹, 387 § 1 kc w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp aktualna pozostaje argumentacja zawartej w zdaniu ostatnim poprzedniego zarzutu.

Z tych względów skład orzekający Izby uznał, że zarzut nie zasługuje na uwzględnienie – odwołujący nie wykazał, że zamawiający naruszył wskazany przepis ustawy Pzp.

Zarzuty ukształtowania Wzoru Umowy w ten sposób, że:

- zamawiający nie zastrzegł łącznego, górnego limitu kar umownych, a jednocześnie zastrzegł dla siebie prawo do dochodzenia odszkodowania uzupełniającego oraz wskazał okoliczności pozwalające na wypowiedzenie umowy przez zamawiającego, które zawierają niejasne, niedoprecyzowane i niejednoznaczne pojęcia, czym zamawiający naruszył przepis art. 5, art. 353 ¹, art. 471, art. 483 ust. 1 i art. 484 ust. 1 kc w zw. z art. 14 i 139 ust. 1 ustawy Pzp, a także art. 44 ust. 3 pkt 1 ustawy o finansach publicznych,

- zamawiający określił niejasną i nieuzasadnioną procedurę wydłużenia terminu płatności o co najmniej 42 dni, czym zamawiający naruszył przepis art. 5, art. 353 ¹ w zw. z art. 14 i 139 ust. 1 ustawy Pzp, a także art. 44 ust. 3 pkt 1 ustawy o finansach publicznych,

- faktura za poszczególne usługi powinna zostać wystawiona dopiero po podpisaniu raportu miesięcznego, czym zamawiający naruszył przepis art. 19 ust. 4 pkt 1 ustawy o VAT, art. 5 i art. 353 ¹ kc w zw. z art. 14 i 139 ust. 1 ustawy Pzp, a także art. 44 ust. 3 pkt 1 ustawy o finansach publicznych,

- wykonawca będzie miał możliwość wypowiedzenia umowy jedynie w przypadku zwłoki w płatności wynagrodzenia o wartości nie mniejszej niż 10% wynagrodzenia całkowitego, czym zamawiający naruszył przepis art. 5 i art. 353 ¹ kc w zw. z art. 14 i 139 ust. 1 ustawy Pzp, a także art. 44 ust. 3 pkt 1 ustawy o finansach publicznych nie zasługują na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby wskazuje, że stosownie do art. 179 ust. 1 ustawy Pzp wykonawca korzystający ze środków ochrony prawnej musi wykazać, że zamawiający swoim określonym działaniem bądź zaniechaniem działania, do którego był zobowiązany, dopuścił się

KIO 1507/13

naruszenia określonych przepisów ustawy, przy czym podkreślenia wymaga, że chodzi tu o przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych zdefiniowanej w art. 1 tej ustawy, a nie jakiegokolwiek innej ustawy. Wykazywanie przez odwołującego naruszenia przepisów Kodeksu cywilnego, ustawy o finansach publicznych, czy ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych, czy też wskazanie w tym zakresie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych o charakterze odsyłającym (art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp) nie uzasadnia uznania, iż naruszone zostały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych.

Z tych względów skład orzekający Izby uznał, że zarzuty nie zasługują na uwzględnienie.

Zarzut ukształtowania Wzoru Umowy w ten sposób, że zamawiający nałożył na wykonawców obowiązek zapewnienia, że osoby uprawnione z tytułu praw autorskich do utworów powstałych w wyniku realizacji umowy nie będą wykonywać takich praw w stosunku do zamawiającego, czym zamawiający naruszył przepis art. 7 ust. 1 i 3, art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp oraz art. 5 i art. 353 ¹, art. 387 § 1 kc w zw. z art. 14 i 139 ust. 1 ustawy Pzp, a także art. 44 ust. 3 pkt 1 ustawy o finansach publicznych oraz art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 77 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych nie zasługuje na uwzględnienie.

W art. 5 ust. 1 Wzoru Umowy zamawiający wymaga złożenia przez wykonawcę (wybranego do realizacji zamówienia) zapewnienia, że „korzystanie przez Zamawiającego z wszelkich utworów powstałych w wyniku realizacji Umowy nie będzie naruszało praw osób trzecich, w szczególności praw autorskich oraz praw własności przemysłowej. Wykonawca zapewnia, że osoby uprawnione z tytułu osobistych praw autorskich do utworów powstałych w wyniku realizacji Umowy nie będą wykonywać takich praw w stosunku do Zamawiającego”.

Odwołujący wskazywał, że realizacja przedmiotu zamówienia polega m.in. na modyfikacji utworów historycznych, w wyniku której powstaną nowe utwory, a ponieważ utwory te będą wynikiem modyfikacji to osobiste prawa majątkowe do nich będą posiadać także twórcy historyczni.

Zdaniem odwołującego zamawiający wymaga od wykonawcy złożenia zapewnienia, które obejmować będzie także twórców historycznych.

Zamawiający, w odpowiedzi na odwołanie, podkreślał fakt, iż żaden inny wykonawca – uczestnik dialogu nie kwestionował postanowienia art. 5 ust. 1 Wzoru Umowy, a także podnosił, że postanowienie to jest postanowieniem standardowo wprowadzanym do umów – także z zakresu zamówień publicznych i ma zamawiającemu zapewnić niezakłócone wykonywanie uprawnień przysługujących mu z tytułu przeniesionych na niego autorskich praw majątkowych.

KIO 1507/13

Na rozprawie zamawiający dodatkowo wyjaśnił, że postanowienie art. 5 ust. 1 Wzoru Umowy dotyczy wyłącznie autorów utworów powstałych w wyniku realizacji umowy, co wynika z brzmienia tego postanowienia.

W ocenie składu orzekającego Izby rację należy przyznać zamawiającemu, ponieważ z brzmienia art. 5 ust. 1 Wzoru Umowy nie wynika nic ponad to, że zapewnienie wykonawcy odnosić ma się do autorów nowych utworów powstałych w wyniku realizacji przedmiotowego zamówienia („osoby uprawnione z tytułu osobistych praw autorskich do utworów powstałych w wyniku realizacji Umowy”). Odwołujący nie kwestionował ani w ramach tego zarzutu, ani też poprzez podnoszenie odrębnego zarzutu niemożności

realizacji przedmiotu zamówienia z powodu wprowadzenia tego postanowienia do treści SMWZ. Niesłusznie także w ocenie składu orzekającego Izby odwołujący bagatelizował fakt, że żaden inny wykonawca nie kwestionował ww. postanowienia. Wykonawcy ci (w liczbie 4) – podobnie jak odwołujący, to profesjonaliści branży informatycznej. Odwołujący nie zaprzeczył nadto twierdzeniu zamawiającego o standardowym charakterze tego postanowienia.

Z tych względów skład orzekający Izby uznał, że zarzut nie zasługuje na uwzględnienie – odwołujący nie wykazał, że zamawiający naruszył wskazane przepisy ustawy Pzp.

Co do naruszenia art. 5, art. 353 ¹, art. 387 § 1 kc w zw. z art. 14 i 139 ust. 1 ustawy Pzp, a także art. 44 ust. 3 pkt 1 ustawy o finansach publicznych oraz art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 77 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych aktualna pozostaje argumentacja zawarta odnośnie do poprzedniego zarzutu.

Zarzut ukształtowania Wzoru Umowy w ten sposób, że zamawiający nie opisał w sposób obiektywny i precyzyjny, na czym mogą polegać zmiany w SLA, czym zamawiający naruszył przepis art. 7 ust. 1 i 3, art. 140 ust. 1, art. 144 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 5 i art. 353 ¹ kc w zw. z art. 14 i 139 ust. 1 ustawy Pzp, a także art. 44 ust. 3 pkt 1 ustawy o finansach publicznych nie zasługuje na uwzględnienie.

W Załączniku nr 11 SLA i kary umowne w pkt 1 zamawiający podał, że załącznik ten zawiera „opis mierników prawidłowości wykonywania Usług przez Wykonawcę, a także niektóre regulacje dotyczące zasad odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie Usług, w szczególności niedotrzymania SLA”.

W odwołaniu odwołujący wskazał, że ustalenie istotnych warunków zamówienia w postaci m.in. ilości środków testowych, funkcjonalności Systemu Informatycznego podlegającego SLA oraz parametrów infrastruktury podlegających SLA nastąpi dopiero na etapie okresu przejściowego, wobec czego musi samodzielnie, przyjmując na siebie

KIO 1507/13

odpowiednie ryzyko wycenić te elementy.

Odwołujący nie kwestionował samych mierników prawidłowości wykonywania Usług, a nadto - jak przywołano powyżej, przyjął konieczność wyceny wskazanych elementów podlegających SLA na zasadzie ryzyka. Na tej podstawie stwierdzić należy, że brzmienie SMWZ w tym art. 16 Wzoru Umowy nie stoi na przeszkodzie złożeniu przez odwołującego konkurencyjnej oferty i uzyskaniu przez niego zamówienia. Wbrew twierdzeniom odwołującego zawartym w odwołaniu (str. 39, trzeci akapit) odwołujący nie jest narażony na dowolną zmianę przez zamawiającego na etapie realizacji zamówienia w zakresie SLA, ponieważ zmiany istotne, a tak właśnie - zgodnie z art. 16 ust. 4 Wzoru Umowy zostały zakwalifikowane zmiany SLA, będą wprowadzane w drodze odrębnych aneksów (art. 16 ust. 6 Wzoru Umowy), a zatem będą wymagały zgody wykonawcy.

W ocenie składu orzekającego Izby zakres możliwych zmian SLA wynika, co podnosił zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, z Załącznika nr 11. Tam bowiem zamawiający podał, jakie parametry poszczególnych usług będą podlegały ocenie. W konsekwencji zatem te tylko parametry mogą zostać zmienione wolą stron umowy.

Odwołujący, oczekując opisanie przez zamawiającego, na czym mogą polegać zmiany oczekuje w istocie podania tych zmian, co podważa sens przepisu art. 144 ust. 1 ustawy Pzp obligującego zamawiającego „jedynie” do podania warunków tych zmian. W ocenie składu orzekającego Izby warunki te zostały przez zamawiającego wskazane w art. 16 ust. 2 pkt 1 – 11 Wzoru Umowy.

Z tych względów skład orzekający Izby uznał, że zarzut nie zasługuje na uwzględnienie – odwołujący nie wykazał, że zamawiający naruszył wskazane przepisy ustawy Pzp.

Co do naruszenia art. 5 i art. 353 ¹ kc w zw. z art. 14 i 139 ust. 1 ustawy Pzp, a także art. 44 ust. 3 pkt 1 ustawy o finansach publicznych aktualna pozostaje argumentacja prezentowana w tym zakresie odnośnie do poprzednich zarzutów.

Zarzut ukształtowania Wzoru Umowy w ten sposób, że zamawiający nie wskazał żadnych limitów świadczenie usługi konsultacji, czym zamawiający naruszył przepis art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, a także art. 44 ust. 3 pkt 1 ustawy o finansach publicznych nie

zasługuje na uwzględnienie.

Na podstawie Załącznika nr 6 do Wzoru Umowy, stanowiącego Załącznik nr 2 do SIWZ skład orzekający Izby ustalił, że w ramach Usługi konsultacji wykonawca będzie zobowiązany do udzielania konsultacji: telefonicznie, pocztą elektroniczną, SD oraz bezpośrednio w siedzibie zamawiającego (pkt 2 – Zakres Usługi, zdanie pierwsze) w Dni Robocze (pkt 3 – Okno dostępności Usługi), a w przypadku konsultacji w siedzibie

KIO 1507/13

zamawiającego w wymiarze 24 roboczogodzin w Dni Robocze, przy czym – co istotne – Dzień Roboczy został przez zamawiającego zdefiniowany w art. 1 pkt 27 Wzoru Umowy jako „każdy dzień od poniedziałku do piątku równy 8 godzinom pracy zamawiającego (na dzień zawarcia umowy 7.30-15.30), z wyłączeniem dni ustawowo wolnych od pracy oraz dni wolnych od pracy u Zamawiającego, o których Zamawiający poinformuje Wykonawcę; zmiana godzin pracy wymaga pisemnego poinformowania Wykonawcy na minimum 3 Dni Robocze przed jej wprowadzeniem”.

Nadto w Załączniku nr 6 do Wzoru Umowy zamawiający wskazał: „Konsultacje będą udzielane przez wybranych pracowników Wykonawcy. Lista pracowników zostanie dostarczona Zamawiającemu przez Wykonawcę w Okresie Przejściowym. Dla każdego z konsultantów Wykonawcy zostanie określony obszar merytoryczny, za który odpowiada oraz dane kontaktowe w postaci adresu poczty elektronicznej oraz numeru telefonu”.

W Formularzu Ofertowym (Załącznik nr 1 do SIWZ) wykonawcy mają podać m.in. cenę jednostkową netto Usługi Konsultacji przy wskazanym w tym Formularzu założeniu, że jednostką jest miesiąc. Innymi słowy każdy wykonawca ma podać miesięczną cenę Usługi Konsultacji.

W ocenie składu orzekającego Izby informacje zawarte w Załączniku nr 6 do Wzoru Umowy stanowią wystarczającą podstawę do ustalenia limitów świadczenia konsultacji i wyliczenia miesięcznej ceny usługi Konsultacji, ponieważ:

1. Wykonawcom znane są wszystkie kanały udzielania konsultacji,
2. Lista, a więc liczba pracowników wykonawcy, którzy będą udzielać konsultacji w zakresie poszczególnych obszarów merytorycznych, ma zostać podana przez wykonawcę – zależy od wykonawcy,
3. Konsultacje dotyczą wyłącznie Dni roboczych zdefiniowanych w art. 1 pkt 27 Wzoru Umowy, przy czym za marginalną dla możliwości podania miesięcznej ceny jednostkowej Usługi Konsultacji uznać należy wyłączenie przez zamawiającego Usługi w dni wolne od pracy u zamawiającego,
4. W przypadku konsultacji w siedzibie zamawiającego jest to wprost wskazany wymiar 24 roboczogodzin.

Z tych względów skład orzekający Izby uznał, że zarzut nie zasługuje na uwzględnienie – odwołujący nie wykazał, że zamawiający naruszył wskazane przepisy ustawy Pzp.

Co do naruszenia art. 44 ust. 3 pkt 1 ustawy o finansach publicznych aktualna pozostaje argumentacja prezentowana w tym zakresie odnośnie do poprzednich zarzutów.

KIO 1507/13

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku spraw na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz stosownie do postanowień § 3 pkt 1 lit. a oraz pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

KIO 1507/13