

Sygn. akt: KIO 389/18

WYROK
z dnia 12 marca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Edyta Paziewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 marca 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 lutego 2018 r. przez wykonawcę **Integrated Solutions sp. z o.o. w Warszawie**

w postępowaniu prowadzonym przez **Prokuraturę Krajową z siedzibą w Warszawie**

orzeka:

1. **umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu 1 d i 1 e odwołania,**
2. **w pozostałym zakresie oddala odwołanie,**
3. kosztami postępowania obciąża **Integrated Solutions sp. z o.o. w Warszawie:**
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Integrated Solutions sp. z o.o. w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę **3.600 zł 00 gr** poniesioną przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,
 - 3.2. zasądza od wykonawcy **Integrated Solutions sp. z o.o. w Warszawie** na rzecz **Prokuratury Krajowej z siedzibą w Warszawie** kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579) 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:

Uzasadnienie

Zamawiający – Prokuratura Krajowa z siedzibą w Warszawie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „dostawa produktów, zaprojektowanie i wdrożenie podsystemów technicznych tworzących Centralne Usługi Infrastrukturalne w ramach projektu „Rozwój Systemu Digitalizacji Akt Postępowania Przygotowawczych (iSDA)”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 17 lutego 2018 r., poz. 2018/S 034-074994. 19 lutego 2018 r. zamawiający zamieścił na swej stronie internetowej postanowienia SIWZ.

Wobec:

- 1) czynności zamawiającego polegającej na opisanu przedmiotu zamówienia,
- 2) czynności zamawiającego polegającej na opisanu postanowień wzoru umowy w sprawie zamówienia publicznego,

wykonawca Integrated Solutions sp. z o.o. w Warszawie, zwany dalej „odwołującym”, wniósł 27 lutego 2018 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 29 ust. 1 Pzp przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności niezbędnych do przygotowania oferty, z uwagi na:

- a) zastrzeżenie terminów konfiguracji i instalacji centralnych usług infrastrukturalnych w środowisku testowym i produkcyjnym, które są zbyt krótkie na wykonanie tych czynności, zgodnie z wymaganiami zamawiającego określonymi w SIWZ,
- b) uzależnienie prawidłowości realizacji umowy przez wykonawcę od działania podmiotów trzecich, z uwagi na konieczność zintegrowania dostarczonego oprogramowania z urządzeniami, które zostaną dostarczone w ramach innego zamówienia publicznego, co uniemożliwia przygotowanie oferty, w szczególności oszacowanie ryzyk;
- c) zastrzeżenie we wzorze umowy (§ 5 ust. 11 umowy) możliwości żądania przez zamawiającego dodatkowego oprogramowania gotowego, jeśli okaże się w trakcie realizacji umowy, że jest ono niezbędne - w zw. z art. 140 ust. 1 Pzp, co uniemożliwia wykonawcy określenie zakresu świadczenia;
- d) zastrzeżenie we wzorze umowy (§ 7 ust. 18 lit. g umowy), że odbiór szkoleń będzie opierał się na ankietach ewaluacyjnych, odnoszących się nie do zgodności przeprowadzonych szkoleń z wymaganiami określonymi w SIWZ, lecz na subiektywnych opiniach uczestników szkolenia. Taki sposób odbioru oznacza, że naruszony został

również art. 140 ust. 1 ustawy, jako że realizacja świadczenia umownego w zakresie szkoleń - z uwagi na przewidziany mechanizm odbioru szkoleń - może polegać na innych czynnościach, niż przewidziane w opisie przedmiotu zamówienia i ofercie wykonawcy, a zmierzających do zaspokojenia dodatkowych oczekiwań uczestników szkolenia;

- e) z uwagi na to, że przyjęta definicja „oprogramowania gotowego” jest wewnętrznie sprzeczna i nie pozwala ocenić wykonawcy jakiego rodzaju oprogramowanie jest zobowiązany dostarczyć w ramach realizacji zamówienia, a także może powodować utrudnienie uczciwej konkurencji (art. 29 ust. 2 Pzp);
- f) prawo odstąpienia od umowy przez zamawiającego z naruszeniem zasady proporcjonalności i równości stron umowy, co wynika z możliwości odstąpienia od umowy przez zamawiającego bez zapłaty wynagrodzenia za już do dostarczone dostawy, których nie można zwrócić w naturze bez względu na to, czy Zamawiający z nich skorzystał - w szczególności licencji na oprogramowanie, a także bez dochowania wymogu wskazania terminu na skorzystanie z prawa do odstąpienia od umowy, oraz bez jednoznacznego określenia, czy odstąpienie będzie miało skutek wsteczny, czy też nie (w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp) - § 15 ust. 2-5.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu zmiany SIWZ przez nakazanie:

1. zmiany terminów realizacji zamówienia:
 - a) terminu przygotowania środowiska testowego systemu na nie krótszy niż 130 dni (pkt 3.4.1, poz. 2.1 - tabela - OPZ),
 - b) terminu konfiguracji i instalacji centralnych usług infrastrukturalnych w środowisku produkcyjnym do 10 miesięcy od podpisania umowy,
 - c) zmianę powyższych terminów w formularzu ofertowym;
2. wykreślenia postanowienia pkt 5 ppkt 1.2 OPZ, co do obowiązku integracji urządzeń, które zostaną dostarczone w ramach postępowania POS-2.1, ewentualnie o dodanie zastrzeżenia, że wykonawca nie ponosi odpowiedzialności za przekroczenie terminów realizacji umowy, które wynikają z opóźnienia dostaw sprzętu w ramach postępowania POS-2.1,
3. wykreślenie postanowienia § 5 ust. 11 z umowy (zał. nr 2 do SIWZ);
4. wykreślenia w postanowieniu § 7 ust. 18 lit. g umowy (zał. nr 2 do SIWZ) zastrzeżenia „Zamawiający nakazuje powtórzenie danej edycji szkolenia w przypadku gdy ocena uczestników edycji szkolenia, wynikająca z badań ankietowych jest niższa niż 60 % maksymalnej”,
5. Nakazanie wykreślenia definicji „oprogramowania gotowego” z umowy (str. 4 zał. nr 2 do SIWZ), ewentualnie o zmianę jej brzmienia przez wykreślenie fragmentu „W świetle

Umowy jako Oprogramowanie Gotowe uznaje się oprogramowanie wskazane w tej kategorii w Ofercie (w formularzu ofertowym)",

6. wykreślenia postanowień § 15 ust. 2 lit. e) i ust. 3, 4 i 5.

W uzasadnieniu zarzutu 1a odwołania odwołujący podniósł, że zamawiający przewidział nierealne terminy realizacji zamówienia, które uniemożliwiają złożenie oferty w przedmiotowym postępowaniu. W umowie (zał. nr 2 do SIWZ wzór umowy zwana dalej „umową”) w § 3 Harmonogram przewidziane zostały terminy, które są niemożliwe do dotrzymania. Zgodnie z § 3 pkt 1 umowy zamawiający zastrzegł, że wykonawca ma czas na wykonanie wdrożenia do dnia 18 stycznia 2019 r. z wyjątkiem przekazania kodów źródłowych i utrzymania, które zakończą się po tym terminie. Zdaniem odwołującego nie uwzględnia to potencjalnej daty rozpoczęcia wdrożenia. Uściślenie terminów zostało przez zamawiającego dokonane w §3 pkt 3 umowy. Uruchomienie części usług w środowisku testowym wymagane jest w ciągu 60 dni (premiowane jest skrócenie tego terminu). Uruchomienie całego systemu w środowisku produkcyjnym wymagane jest w ciągu 105 dni czyli 3,5 miesiąca od rozpoczęcia wdrożenia. Podkreślał, że zamawiający przy tak określonych terminach nie zgadza się na prace zdalne za pośrednictwem internetu, co wiąże się z koniecznością pracy całego personelu na miejscu u zamawiającego. Wywiódł, że w rozdz. XII pkt 1.2 SIWZ (kryteria oceny ofert) zamawiający premiuje skrócenie czasu oddania środowiska testowego i oferuje za to 10 pkt (10% wagi w ocenie całkowitej).

Zdaniem odwołującego takie postępowanie zamawiającego należy uznać za niezrozumiałe w szczególności w świetle poprzedniego postępowania prowadzonego co do zasady w tym samym zakresie, w którym przewidział zdecydowanie dłuższe terminy dla analogicznych prac. Zamawiający przewidywał bowiem, że *termin, w jakim Wykonawca zobowiązuje się dokonać konfiguracji i instalacji Centralnych Usług infrastrukturalnych nie może być krótszy niż 120 dni od dnia podpisania umów.*

Odnosząc się do praktycznych aspektów realizacji zamówienia odwołujący zwrócił uwagę na wydruk kart mikroprocesorowych. Zgodnie z pkt 4 zał. nr 3 do OPZ Wymaganie nr P2-KRM-SP- 21 *Blankiety kart zostaną wykonane zgodnie z zaakceptowanym przez Zamawiającego projektem graficznym blankietu karty opracowanym przez Wykonawcę z uwzględnieniem pól na dane nanoszone w procesie personalizacji przez Zamawiającego. Projekt Wykonawcy będzie uwzględniał uzgodnienia projektowe.* Ponieważ zamawiający nie przewidział w SIWZ dostawy odrębnego produktu pod nazwą projekt graficzny blankietu karty, opracowany przez wykonawcę projekt graficzny karty należy dostarczyć w ramach projektu technicznego podsystemu centrum certyfikacji. Projekt ten należy dostarczyć na tym samym etapie co 20.000 kart wykonanych zgodnie z tym projektem. Oba zadania są więc od siebie zależne i nie jest możliwe wykonanie ich jednocześnie. Z informacji pochodzącej od

producenta kart wynika, że proces produkcji 20 tys. kart będzie trwał ok. 30 dni od momentu złożenia zamówienia i dostarczenia projektu graficznego.

Odwołujący wskazał także, że zgodnie z umową, załącznik nr 2 do SIWZ:

„§ 7 ust. 11 *Wykonawca uwzględni czas niezbędny do dokonania odbiorów; zgodnie z Umową,*

§ 7 ust 21 lit. h) *W przypadku gdy do Punktu Dystrybucyjnego dostarczone zostanie więcej niż 5 szt. danej jednostki Sprzętu odbioru jakościowego dokonuje się poprzez sprawdzenie losowo wybranych 10 % jednostek Sprzętu z danej kategorii.*

Przyjmując, że testowaniu podlega 10% z 20.000 kart (2000 kart) a sprawdzenie 1 karty to czas ok. 1 godziny, to sprawdzenie 2000 kart zajmie ok. 250 roboczo-dni. Przyjmując, że zamawiający oddeleguje do tej czynności 10 osób wyposażonych w stanowiska komputerowe, to odbiór jakościowy kart zajmie ponad 1 miesiąc. Połączenie tych procesów (przygotowanie i podpisanie umów podwykonawczych, dokonanie analiz, akceptacja projektu graficznego, skierowanie zamówienia na produkcję kart, odbiór kart i ich dystrybucja do wskazanych lokalizacji przez zamawiającego oraz ich odbiór i testy) wykroczy poza terminy wskazane przez zamawiającego w umowie.

Odwołujący argumentował także, że zamawiający wymaga stosowania metodyki Prince do wdrożenia systemu. Wywodził, że metodyka Prince jest uznaną metodyką kaskadową wdrożeń systemów IT, którą charakteryzuje dość duży stopień formalizacji procesu oraz konieczność zakończenia i odebrania jednego procesu zanim zaczniemy pracę nad procesem następnym. W związku z tym, że obecny projekt jest bardzo złożony i wymaga wdrożenia i integracji ponad 7 podsystemów, odwołujący podał średnią pracochłonność wdrożenia jednego z podsystemów (zarządzania tożsamością). Przedstawił etapy wdrożenia podsystemu wraz z uśrednioną liczbą dni niezbędną do wdrożenia:

1. Analiza wymagań (zbieranie wymagań) - 26 dni
2. Przygotowanie projektów technicznych i wdrożenia - 46 dni
3. Instalacja środowiska - 6 dni
4. Implementacja i modelowanie procesów -113 dni
5. Integracja z innymi systemami - 56 dni
6. Testy integracyjne rozwiązania — 30 dni
7. Testy akceptacyjne - 50 dni
8. Wdrożenie pilotażowe -2 dni
9. Wdrożenie produkcyjne - 3 dni
10. Opracowanie dokumentacji powdrożeniowej - 20 dni
11. Szkolenie administratorów - 10 dni

Zakładając możliwe zrównoleglenie niektórych prac, przewidywany czas wdrożenia jednego podsystemu wynosi ok. 10-11 miesięcy.

Odwołujący wywiódł także, że zamawiający wymaga aby wykonawca uruchomił system będący przedmiotem zamówienia na farmie stacji roboczych, na którą składają się urządzenia komputerowe, które zamawiający już posiada, oraz urządzenia będące przedmiotem odrębnego postępowania POS-2.1 (na dzień złożenia odwołania nie zostało jeszcze ogłoszone). Zdaniem odwołującego pociąga to za sobą następujące konsekwencje dla terminów realizacji umowy. Zakładając, że liczba nowych zestawów komputerowych do instalacji oraz włączenia w farmę stacji roboczych, to 6 390 szt., a przybliżona liczba posiadanych przez zamawiającego zestawów komputerowych do włączenia w farmę to 10.000 szt., przy czym liczba lokalizacji wynosi 414. Przyjmował, że szacowany czas na instalację i włączenie w farmę jednego nowego zestawu to 1,5 godz., a szacowany czas na włączenie w farmę jednego istniejącego zestawu to 0,5 godz. Według odwołującego prowadzi to do wniosku, że prędkość instalacji i włączenia w farmę nowych zestawów wynosi: 9 585 godz. / ~1 199 dni roboczych, natomiast prędkość włączenia w farmę istniejących zestawów: 5 000 godz. / ~625 dni roboczych. Przy założeniu zaangażowania w proces instalacji 30 osób (założenie jednorazowego przyjazdu w jedną lokalizację) czas potrzebny na instalację nowych i istniejących zestawów komputerowych: ~61 dni. W przypadku opóźnienia w dostawach zestawów komputerowych i peryferiów pochodzących z innego przetargu, termin realizacji nie jest możliwy do utrzymania.

W przypadku konieczności rozdzielenia czynności związanych z włączeniem istniejących zestawów komputerowych od instalacji i włączenia nowych zestawów komputerowych konieczna będzie minimum dwukrotna wizyta w każdej lokalizacji co wpłynie negatywnie na koszty realizacji usługi oraz wymagać będzie większego nakładu czasu (dodatkowy dojazd).

W uzasadnieniu zarzutu 1b odwołania odwołujący podniósł, że zgodnie z pkt 1.2 ppkt 5 OPZ przedmiot zamówienia obejmuje m.in.: *„Integrację dostarczonych w ramach postępowania POS-2.1 stacji roboczych oraz posiadanych przez Zamawiającego stacji roboczych z Projektu SDA w jednorodną Farmę Stacji Roboczych. Wszystkie stacje robocze włączone w jednorodną Farmę Stacji Roboczych muszą mieć wdrożone Centralne Usługi infrastrukturalne określone w punkcie 1”*.

Odwołujący wywiódł, że powyższe jest skutkiem wyłączenia w stosunku do pierwotnego postępowania dostawy komputerów PC i drukarek z zakresu zamówienia. Prowadzi to do sytuacji, w której realizacja zamówienia przez wykonawcę zostaje w istocie uzależniona od wykonania zamówienia przez podmiot trzeci, w tym przypadku przez wykonawcę, który zrealizuje dostawę stacji roboczych w ramach postępowania POS-2.1, ale również od samego zamawiającego, które będzie to postępowanie prowadził. Tym samym wykonawca będzie odpowiadał nie tylko za działania swoje i dostawcy komputerów, lecz

również za działania zamawiającego. Będzie ponosił zatem odpowiedzialność za okoliczności nie tylko niezależne od siebie, lecz również za te zależne od podmiotów niebędących stroną umowy i za działania drugiej strony umowy. Odwołujący podniósł, że taka sytuacja uniemożliwia oszacowanie ryzyka związanego z wykonaniem umowy i tym samym złożenia oferty w przedmiotowym postępowaniu.

W uzasadnieniu zarzutu 1c odwołania odwołujący podniósł, że zgodnie z brzmieniem § 5 ust. 11 Umowy *„jeśli w Ofercie nie przewidziano dostawy licencji Oprogramowania Gotowego niezbędnych do funkcjonowania Podsystemów Technicznych, zgodnie z Wymaganiami, a ich wykorzystanie okaże się niezbędne w trakcie wykonywania Umowy, Wykonawca będzie zobowiązany do zakupu na swój koszt i dostarczenia Zamawiającemu odpowiednich licencji oprogramowania lub innych uprawnień w terminie do 30 dni od otrzymania wezwania Zamawiającego, sporządzonego w formie pisemnej pod rygorem nieważności”*.

Odwołujący wywiódł, że takie postanowienie ma co najmniej dwa następstwa, powodujące niezgodność OPZ z ustawą. Po pierwsze, wykonawca nie jest w stanie określić jaki jest zakres jego świadczenia, a zatem nie wie na co składa ofertę, co uniemożliwia jej prawidłową kalkulację. Niezależnie bowiem od zakresu zamówienia podanego w OPZ zamawiający może stwierdzić, że wymagane są dodatkowe licencje (jakikolwiek), które będą musiały zostać kupione i dostarczone na koszt wykonawcy. Podkreślał, że w tym momencie sam zamawiający nie wie, jakie to są licencje, czy będą mu w ogóle potrzebne. Wywodził, że takie zamówienie powinno zostać ewentualnie udzielone na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 7) Pzp w trybie z „wolnej ręki”. Zamawiający nie może przerzucać ryzyka wynikającego z niewyczerpującego opisanego przez niego przedmiotu zamówienia na wykonawcę.

Ponadto odwołujący podkreślał, że wymaganie to uniemożliwia zachowanie wymogu wynikającego z art. 140 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem złożonym w ofercie. Przedmiotowe postanowienie umowy jest wprost z tym przepisem sprzeczne. Zwracał też uwagę, że postanowienie to oznacza, że w ocenie zamawiającego możliwy jest wybór oferty niezgodnej z SIWZ z uwagi na to, że nie obejmuje całości oprogramowania gotowego i powinna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Na etapie realizacji umowy byłoby możliwe jej późniejsze ewentualne uzupełnienie.

W uzasadnieniu zarzutu 1d odwołania odwołujący podniósł, że zamawiający w § 7 ust. 18 lit. g) umowy przewidział następującą procedurę odbioru szkoleń: *„Zamawiający podpisuje protokół odbioru szkoleń bez zastrzeżeń lub zgłasza zastrzeżenia co do sposobu*

przeprowadzenia szkoleń lub co do treści raportu z realizacji szkoleń. Zamawiający nakazuje powtórzenie danej edycji szkolenia w przypadku gdy ocena uczestników edycji szkolenia, wynikająca z badań ankietowych jest niższa niż 60 % maksymalnej, możliwej do uzyskania liczby punktów lub dana edycja szkolenia została przeprowadzona niezgodnie z Wymaganiami. Zastrzeżenia Zamawiającego odnotowywane są w protokole odbioru szkoleń”.

Zdaniem odwołującego opisany wyżej mechanizm powoduje, że odbiór szkoleń nie będzie się odbywał poprzez weryfikację, czy szkolenie obejmowało elementy wskazane w OPZ, lecz będzie się w istocie odnosić do subiektywnych opinii uczestników. Możliwe, a nawet bardzo prawdopodobne, jest zmanipulowanie wyników ankiet, gdyż uczestnicy mogą negatywnie ocenić szkolenie również w sytuacji, gdy zostało ono przeprowadzone przez wykonawcę prawidłowo. Na ocenę uczestników wpływać mogą bowiem czynniki nie merytoryczne, np. praca personelu pomocniczego (kelnerzy, hostessy), dobór potraw w menu, wygląd sali. Co więcej, w przypadku prawidłowego przeprowadzenia szkolenia przez wykonawcę uczestnicy zainteresowani ponownym udziałem w takim szkoleniu mogą z premedytacją negatywnie ocenić szkolenie.

Odwołujący argumentował, że przewidziany przez zamawiającego mechanizm odbioru szkoleń nie odnosi się do kwestii merytorycznych opisanych w OPZ. A skoro tak, weryfikacja poprawności przeprowadzenia szkoleń i dokonanie ich odbioru powinno następować w oparciu o zaakceptowany przez zamawiającego zakres i plan szkoleń. Zgodnie z art. 140 ust. 1 ustawy, zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. Wykonawca, składając ofertę w postępowaniu, zobowiązuje się spełnić świadczenie w zakresie opisanym w OPZ oraz zgodnie z treścią zawartej umowy. Tymczasem realizacja świadczenia - z uwagi na przewidziany mechanizm odbioru szkoleń - może polegać na innych czynnościach, niż przewidziane w OPZ i ofercie wykonawcy, a zmierzających do zaspokojenia dodatkowych oczekiwań uczestników szkolenia. Regulacja art. 140 ust. 1 ustawy oceniana jest w piśmiennictwie przedmiotu w ten sposób, że zasada, iż zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy ma się pokrywać z zakresem wynikającym z oferty, ma charakter absolutny. Zamawiającemu nigdy z żadnych powodów nie wolno w umowie wykroczyć poza zakres świadczenia wynikający z oferty wykonawcy. Zakaz ten ma zastosowanie przez cały czas trwania umowy w sprawie zamówienia publicznego i dotyczy również zmian umowy w trybie art. 144 ustawy. Skoro zamawiający opisał w sposób szczegółowy wymagania dotyczące organizacji i przeprowadzenia szkoleń, zastrzegł dla siebie prawo akceptacji zakresu i programu szkoleń oraz materiałów szkoleniowych, ocena i odbiór szkoleń powinny następować przez zamawiającego na podstawie tych właśnie wymagań.

W uzasadnieniu zarzutu 1e odwołania odwołujący podniósł, że zamawiający w umowie zdefiniował „oprogramowanie gotowe” (str. 4 zał. nr 2 do siwz) jako: *„wartości niematerialne i prawne dostarczone przez Wykonawcę w ramach realizacji Umowy oferowane na rynku w dniu złożenia Oferty, dostępne publicznie, dla którego istnieje dokumentacja użytkowania. Przez Oprogramowanie Gotowe rozumie się zarówno oprogramowanie oferowane w sprzedaży (oprogramowanie komercyjne) jak również oprogramowanie udostępniane na zasadach licencji otwartej (oprogramowanie open source). W świetle Umowy jako Oprogramowanie Gotowe uznaje się oprogramowanie wskazane w tej kategorii w Ofercie (w formularzu ofertowym)”*.

Odwołujący argumentował, że takie zastrzeżenie należy uznać za niespełniające wymogu opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń. Wynika to stąd, że niezależnie od tego, czy dane oprogramowanie spełnia wymagania dla oprogramowania gotowego określone przez zamawiającego w umowie, tj. że jest to oprogramowanie oferowane na rynku w dniu złożenia oferty, dostępne publicznie, dla którego istnieje dokumentacja użytkowania, zarówno oprogramowanie oferowane w sprzedaży (oprogramowanie komercyjne) jak również oprogramowanie udostępniane na zasadach licencji otwartej (oprogramowanie open source), jest ono oprogramowaniem gotowym jeśli zostanie wskazane w tej kategorii w Ofercie (w formularzu ofertowym). Tym samym z definicji wynika, że oprogramowanie takie jednocześnie musi i nie musi spełniać wymagań określonych przez zamawiającego.

Zwracał uwagę, że umożliwia to zamawiającemu uznanie za zgodną z SIWZ w zakresie oprogramowania gotowego każdej oferty, którą uzna za korzystną z uwagi na to, że oprogramowanie będzie wskazane w formularzu ofertowym. Niezależnie od tego, czy zaoferowane oprogramowanie będzie spełniało wymagania dla oprogramowania gotowego, będzie mogło za takie zostać uznane, co również może prowadzić do utrudnienia uczciwej konkurencji i niezgodności z art. 29 ust. 2 Pzp. Tym samym w obecnym kształcie definicja „oprogramowania gotowego” staje się bezprzedmiotowa i może znaleźć zastosowanie jedynie do manipulacji wynikiem postępowania. Skoro bowiem o tym, czy oprogramowanie jest uważane za gotowe decyduje jego wskazanie w formularzu ofertowym, to pozostałe wymienione w definicji cechy nie mają znaczenia i oprogramowanie gotowe nie różni się niczym od oprogramowania autorskiego. Aktualną definicję można by sprowadzić do podziału na oprogramowanie wskazane w formularzu oferty i oprogramowanie nie wskazane w formularzu oferty.

W uzasadnieniu zarzutu 1f odwołania odwołujący podniósł, że zamawiający w sposób sprzeczny z zasadami uczciwej konkurencji i proporcjonalności, oraz równości stron umowy ws. zamówienia publicznego określił zasady dotyczące odstąpienia od umowy. Zgodnie z

postanowieniem § 15 ust. 2 lit. e) wzoru umowy zamawiający jest uprawniony do odstąpienia od umowy, bez wyznaczania dodatkowego terminu jeśli wykonanie umowy jest niemożliwe w terminie określonym w § 3 ust. 1. Podkreślał, że termin wskazany w § 3 ust. 1 wzoru umowy został narzucony przez zamawiającego. Termin ten jest stały w tym znaczeniu, że opóźnienie podpisania umowy na skutek m.in. przedłużającego się postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie skutkuje odpowiednią zmianą daty końcowej wykonania zamówienia. Argumentował, że w postanowieniu § 15 ust. 3 wzoru umowy zamawiający zastrzegł, iż wykonując prawo odstąpienia od umowy samodzielnie i arbitralnie decydował będzie, czy:

- odstąpienie ma skutek względem całej umowy i następuje z mocą wsteczną, czy też
- odstąpienie dotyczy wyłącznie nieodebranych produktów i ma skutek od dnia złożenia oświadczenia o odstąpieniu.

Odwołujący wywiódł, że zamawiający de facto zmodyfikował okres realizacji zamówienia ustalony w ogłoszeniu oraz SIWZ, pomijając datę jego rozpoczęcia i wskazując jedynie na wiążącą datę zakończenia realizacji umowy. Zamawiający zatem z jednej strony narzucił wykonawcom złożenie oświadczenia, iż niezależnie od daty początkowej realizacji zamówienia (daty podpisania umowy) zobowiążą się do spełnienia świadczenia do dnia 18.01.2019 r., zaś z drugiej przerzucił na wykonawców ryzyko związane z brakiem możliwości wykonania zamówienia przed upływem podanej daty końcowej. Ponieważ odstąpienie od umowy jest jednostronnym oświadczeniem woli zamawiającego, kwestionowane postanowienie wzoru umowy - uwzględniając zarzut z pkt 1 i 2 odwołania dotyczący terminu wykonania zamówienia - nakłada na wykonawcę sankcję ustania bytu zawartej i realizowanej do chwili odstąpienia umowy na skutek okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający.

Po drugie, zamawiający nie jest uprawniony samodzielnie decydować czy odstąpienie od umowy ma skutek *ex tunc*, czy też *ex nunc*. Umowa winna w sposób jednoznaczny określać skutki złożenia oświadczenia o odstąpieniu od umowy. Jeżeli odstąpienie od umowy następuje w sytuacji, gdy jedna lub obie strony w części lub całości wykonały już zobowiązanie, wówczas poza niweczącym skutkiem oświadczenia kontrahenta dochodzi do powstania nowego zobowiązania. Jego treścią jest obowiązek zwrotu dotychczasowych świadczeń w stanie niezmienionym, chyba że zmiana była konieczna w granicach zwykłego zarządu, a także obowiązek odpowiedniego wynagrodzenia drugiej strony za świadczone przez nią usługi oraz za korzystanie z jej rzeczy. Brak jest w analizowanej sytuacji przesłanki „odbioru” przez jedną ze stron wykonanego świadczenia czy też elementu świadczenia (części). Wykonane świadczenie przechodzi we władanie zamawiającego i w szczególności do np. licencji, nie może zostać zwrócone w stanie niezmiennym - bez względu na fakt, czy formalnie dokonano odbioru danego elementu świadczenia.

Odwołujący wywiódł także, że zastrzeżenie dokonane przez zamawiającego w § 15 ust. 2 i 3 wzoru umowy jest nieważne zgodnie z art. 58 § 1 Kodeksu cywilnego. Zapisy umowy stron dotyczące umownego prawa odstąpienia od umowy bez oznaczenia terminu, w czasie którego będzie możliwe skorzystanie z prawa odstąpienia od umowy - uznać zaś trzeba za sprzeczne z bezwzględnie obowiązującym przepisem art. 395 § 1 Kodeksu cywilnego. Przepis ten wprowadza, na wypadek ustalenia umownego prawa do odstąpienia od umowy, wymagania obwarowane sankcją nieważności (art. 58 § 1 k.c.) do których to wymagań należy m.in. obowiązek oznaczenia terminu, w czasie którego będzie możliwe skorzystanie z prawa odstąpienia. Skoro strony, w zawartej przez siebie umowie, nie oznaczyły terminu, do którego każda z nich może skorzystać z umownego prawa odstąpienia, to zastrzeżenie to jest nieważne. Norma prawna wyrażona w przepisie art. 395 § 1 k.c. ma charakter *ius cogens*. Swoboda kontraktowa stron została zatem wyłączona we wskazanym w niej zakresie. Czynność prawna jest natomiast sprzeczna z ustawą (art. 58 § 1 k.c.) nie tylko wtedy, gdy zawiera postanowienia z nią niezgodne, ale również gdy nie zawiera postanowień nakazanych przez prawo.

Odwołujący dodał, że kwestionowane postanowienie wzoru umowy, pozwalające zamawiającemu na odstąpienie od umowy w każdym czasie, ma ten skutek iż wykonawca nie jest pewien w jakim zakresie i w jakim czasie zobowiązany będzie do świadczenia usług, a co za tym idzie - czy uzyska wynagrodzenie adekwatne do wykonanych przez siebie uprzednio świadczeń. Prawo zamawiającego do takich modyfikacji przedmiotu zamówienia niesie ze sobą określone konsekwencje finansowe - wykonawca ponosi koszty związane ze świadczeniem usług i wykonaniem dostaw, które nie muszą zostać odebrane przez zamawiającego, gdyż zależy to od arbitralnej decyzji zamawiającego. Dowolna ocena okoliczności sprawy i wybór reżimu, w jakim następuje odstąpienie od umowy przez zamawiającego powoduje, że koszty faktycznie zrealizowanych przez wykonawcę dostaw i usług nie zwrócą się generując stratę. Podkreślał, że w przypadku niektórych produktów dostarczanych przez wykonawców nie jest możliwy ich zwrot w przypadku odstąpienia od umowy. W szczególności w przypadku licencji na oprogramowanie ich zwrot, czy deinstalacja oprogramowania nie oznacza zwrotu tego, co wykonawca świadczył, z uwagi na to, że licencje te zostały już wykorzystane i nie mogą ponownie użyte. Zwrot „zużytych” licencji nie stanowi zwrotu w stanie nie zmienionym tego, co świadczył wykonawca, a zmiana ta nie ma charakteru koniecznej w granicach zwykłego zarządu. W tym przypadku mamy do czynienia z korzystaniem z rzeczy przez zamawiającego za co wykonawcy należy się odpowiednie wynagrodzenie.

Odwołujący wywiódł, że zakazane jest redagowanie postanowień umowy o zamówienie publiczne w taki sposób, że zakres czy wolumen zamówienia zależy od zdarzeń związanych z sytuacją zamawiającego. Z opisu tego musi wynikać zakres zamówienia i

warunki jego realizacji. Przejawem tego stanowiska jest wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 13 września 2005 sygn. akt V Ca 1110/04.

Odwołujący wskazał także, że zastrzeżone we wzorze umowy postanowienia odnoszące się do przedterminowego zakończenia realizacji umowy, czy też uznania umowy za niebyłą nie spełniają powyższych wymagań, powodując tak dalece idącą zmienność przedmiotu zamówienia, że wykonawca nie jest w stanie należycie skalkulować ceny ofertowej, tak aby ograniczyć ryzyko poniesienia straty w związku z realizacją zamówienia. Istotą i naturą (w rozumieniu art. 353¹ Kodeksu cywilnego) zobowiązania wynikającego z umowy zawartej na czas określony jest brak możliwości wcześniejszego jego zerwania w drodze wypowiedzenia / odstąpienia od umowy. Możliwość przerwania okresu trwania zobowiązania jest bowiem właściwa dla umów zawieranych na czas nieokreślony i dla tego rodzaju umów przewidziana została instytucja wypowiedzenia umowy. Wnioskując a contrario z art. 365¹ Kodeksu cywilnego, umowy zawierane na czas określony zostały przez ustawodawcę skonstruowane jako źródło zobowiązań o charakterze trwałym, które jeżeli tylko są wykonywane należycie, to powinny istnieć aż do upływu terminu, na jaki zawarta została umowa.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi jak również w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), modyfikacje SIWZ, odwołanie, odpowiedź na odwołanie, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody złożone przez strony w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp. Na etapie wyznaczania przez zamawiającego terminu realizacji zamówienia, dokonywania przez zamawiającego w SIWZ opisu przedmiotu zamówienia i sporządzenia postanowień wzoru umowy w sprawie zamówienia publicznego, wyznaczenie terminu,

sporządzenie opisu, postanowień wzoru w taki sposób, który jest niejednoznaczny, niewyczerpujący, uniemożliwia skalkulowanie ceny ofertowej, a zatem może uniemożliwić wykonawcy złożenie oferty, prowadzi do powstania szkody po stronie tego wykonawcy w postaci utraty korzyści, z jakimi wiązać się może uzyskanie zamówienia. Powyższe wyczerpuje dyspozycję art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Postępowanie odwoławcze w części podlegało umorzeniu.

Izba postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w części dotyczącej zarzutu 1 d i 1 e odwołania. Zgodnie z art. 187 ust. 8 ustawy Pzp, *odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy; w takim przypadku Izba umarza postępowanie odwoławcze*. W orzecznictwie Izby nie jest kwestionowane, że skoro odwołujący może cofnąć odwołanie w całości, to na zasadzie wnioskowania z większego na mniejsze dopuszczalne jest także wycofanie odwołania w części. Odwołujący w trakcie rozprawy oświadczył, że nie popiera już tych zarzutów, wobec powyższego postępowanie odwoławcze w tej części podlegało umorzeniu.

Jednocześnie jednak informacja o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego musi znaleźć odzwierciedlenie w sentencji orzeczenia, a nie w uzasadnieniu. W art. 196 ust. 4 ustawy Pzp, określającym w sposób wyczerpujący elementy treści uzasadnienia wyroku wydanego przez Izbę nie ma bowiem żadnej wzmianki o możliwości zamieszczenia w uzasadnieniu wyroku jakiegokolwiek rozstrzygnięcia. Na powyższe zwrócono uwagę w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 17 lutego 2016 r. III CZP 111/15. Sąd ten uznał za wadliwą praktykę Izby orzekania w uzasadnieniu wyroku a nie w jego sentencji o części zarzutów i żądań zawartych w odwołaniu. Co do konieczności zamieszczenia w sentencji wyroku informacji o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego podzielono identyczne stanowisko przedstawione przykładowo w wyroku KIO z 26 października 2016 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 1922/16, wyroku KIO z 16 grudnia 2016 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 2138/16, wyroku KIO z 28 grudnia 2016 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 2357/16.

W zakresie rozpatrywanym merytorycznie odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 29 ust. 1 Pzp, *przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty*.

Zarzut 1a nie zasługiwał na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności nie podzielono najdalej idącego stanowiska zamawiającego, który wywiódł, że na moment wyrokowania nie było już substratu zaskarżenia. W konsekwencji zamawiający domagał się oddalenia zarzutu bez merytorycznego rozpoznania. W zarzucie 1a odwołujący domagał się nakazania zamawiającemu wydłużenia terminu przygotowania środowiska testowego z 60 dni od dnia zawarcia umowy do 130 dni od dnia zawarcia umowy oraz terminu konfiguracji i instalacji centralnych usług infrastrukturalnych w środowisku produkcyjnym ze 105 dni od dnia zawarcia umowy do 10 miesięcy od dnia zawarcia umowy. Rzeczywiście 9 marca 2018 r., przed rozpoczęciem rozprawy, zamawiający dokonał modyfikacji SIWZ i wydłużył jeden z kwestionowanych przez odwołującego terminów tj. termin dokonania konfiguracji i instalacji centralnych usług infrastrukturalnych w środowisku produkcyjnym ze 105 dni od dnia zawarcia umowy do 160 dni od dnia zawarcia umowy. Powyższe nie wypełniało jednak żądania odwołującego. W tej sytuacji nie można utrzymywać, że na moment wyrokowania brak było substratu zaskarżenia. W dalszym ciągu spór pomiędzy stronami istniał, gdyż nie mogła go zmienić opisana wyżej modyfikacja. Wobec powyższego zarzut rozpoznano merytorycznie i stwierdzono, że nie zasługiwał on na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności odwołujący podniósł w odwołaniu, że w poprzednio prowadzonym przez zamawiającego postępowaniu przewidziano dłuższe terminy dla realizacji analogicznych prac. Argumentował, że zamawiający przewidywał, iż konfiguracja i instalacja centralnych usług infrastrukturalnych nastąpi w terminie nie krótszym niż 120 dni od dnia podpisania umowy. Zamawiający zaprzeczył, jakoby w poprzednim postępowaniu przedmiotem zamówienia był identyczny zakres prac. Wywiódł, że przedmiot zamówienia w postępowaniu POS2 był bardziej rozległy i skomplikowany, gdyż każda jednostka zamawiającego miała mieć swój własny system. Obecnie zaś zamawiający dysponuje już systemem centralnym, zatem wykonawca w tym postępowaniu będzie wykonywał integrację tylko z jednym systemem. Zamawiający powołał się w tym zakresie na postanowienia PZ-SZT-OG-06 oraz PZ-SZT-OG-13 (pkt 3.1.2 zał nr 1 do SIWZ – OPZ, str. 32 i 33 SIWZ). W postanowieniach tych zamawiający przewidział, że SZT (System zarządzania tożsamością) *musi zapewnić ładowanie inicjalne danymi z podsystemu EWS zainstalowanego w Prokuraturze Krajowej oraz, że SZT będzie zintegrowany z Podsystemem Elektronicznego Wykazu Służbowego (Podsystem EWS)*. Izba po dokonaniu analizy ww. postanowień stwierdziła, że świadczą one o istnieniu centralnego systemu zainstalowanego w prokuraturze, z którym należało zintegrować przedmiot oferty. W braku dowodu przeciwnego Izba stwierdziła zatem, że nie jest uzasadnione powoływanie się na terminy w poprzednim, postępowaniu, gdyż nie dotyczyły one analogicznych prac.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący nie sprostął ciężarowi wykazania czasochłonności poszczególnych prac, na które powoływał się w odwołaniu. W odniesieniu do kwestii pracochłonności sporządzenia projektu i produkcji kart odwołujący ograniczył się do złożenia w charakterze dowodu oświadczenia producenta kart - firmy Unicard S.A. w Krakowie z 6 marca 2018 r., oraz oświadczenia dostawcy oprogramowania do tych kart – firmy Malkom w Warszawie z 2 marca 2018 r. W oświadczeniu firmy Unicard S.A. wskazano, że termin dostawy kart nie będzie krótszy niż 30 dni od momentu zaakceptowania ich projektu, a dotrzymanie terminu zależy od przekazania zaakceptowanego przez zamawiającego projektu graficznego oraz technicznego. Na konieczność wcześniejszego zaakceptowania przez zamawiającego projektu graficznego i technicznego zwracała także uwagę w swym oświadczeniu firma Malkom. W oparciu o oba oświadczenia odwołujący starał się dowodzić, że produkcja kart i oprogramowania wraz z ich testami nie może być przeprowadzona w terminie krótszym niż 2 miesiące.

Izba stwierdziła, że powyższe oświadczenia są niewystraszające do poczynienia ustaleń, jakie odwołujący zdawał się wywodzić z treści tych dokumentów. Po pierwsze złożono Izbie oświadczenia tylko jednego producenta kart i producenta oprogramowania. Sam odwołujący przyznał w trakcie rozprawy, że na rynku funkcjonuje więcej takich podmiotów. Nie można zatem wykluczyć, że inni producenci, do których zwróciłby się odwołujący zaoferowaliby mu krótsze terminy realizacji zlecenia. Po drugie, jak słusznie zauważył zamawiający, brak było przeszkód, aby zlecić wykonanie kart większej liczbie podmiotów, co mogłoby wpłynąć korzystnie na termin dostawy. Odwołujący nie zaprzeczył, że taka możliwość istnieje, argumentował jedynie, że będzie to rozwiązanie droższe. Argumentacja odwołującego nie miała jednak znaczenia z punktu widzenia postawionego przez niego zarzutu, tj. nierealności terminu.

Odwołujący nie sprostął także ciężarowi wykazania, że stworzenie projektu graficznego potrwa 30 dni. Zamawiający oświadczył, że projekt graficzny będzie podlegał zwykłemu uzgodnieniu wykonawcy z zamawiającym i że uzgodnienie to sprowadzać się będzie do zaakceptowania przez zamawiającego przedstawionego projektu. Odwołujący nie przedstawił Izbie żadnego dowodu, z którego wynikałoby, że akceptacja projektu przez zamawiającego może zająć aż 30 dni. W szczególności odwołujący nie powołał się na żadne postanowienie SIWZ, w którym zamawiający miałby zastrzec sobie 30 dni na akceptację projektu.

Za gołosłowne uznano twierdzenia odwołującego co do pracochłonności testów kart dostarczonych zamawiającemu. Odwołujący wywiódł, że zgodnie z SIWZ testom należy poddać 10% kart, to jest 2.000 sztuk, czemu zamawiający nie zaprzeczał. Odwołujący nie przedstawił jednak Izbie żadnego dowodu, w oparciu o który mogłaby ona ustalić, że przetestowanie takiej liczby kart zajmie zamawiającemu aż 250 roboczodni. W tym zakresie

odwołujący poprzestał na przedstawieniu własnych wyliczeń i zapewnień, w których utrzymywał, że sprawdzenie jednej karty potrwa minimum jedną godzinę. Stanowisko to pozostało gołosłowne. Rzeczywiście ilość testów uzależniona jest od wymagań dotyczących kart. Odwołujący przywołał na poparcie swego stanowiska postanowienie P2-CC-SP-67 (s. 7 zał. Nr 5 do OPZ), w którym zidentyfikowano 16 takich wymagań. Jednakże na podstawie samego opisu wymagań Izba nie mogła ustalić, że ich sprawdzenie będzie trwać minimum godzinę. Natomiast drugie założenie do liczby osób, jakie zamawiający miałby oddelegować do testowania kart, było zupełnie dowolne i nieuzasadnione. Nic takiego nie wynikało z postanowień SIWZ. Można zakładać, że zamawiający żywotnie zainteresowany w terminowej realizacji kontaktu (por. upływ terminu określonego w umowie o dofinansowanie projektu, dowód złożony na rozprawie) będzie działał sprawnie. Co więcej, brak współdziałania zamawiającego będzie musiał być poczytywany jako zwłoka wierzyciela, za którą wykonawca nie będzie odpowiadał zgodnie z ogólnymi regułami odpowiedzialności kontraktowej opartymi na zasadzie winy.

W dalszej kolejności należało odnieść się do stanowiska odwołującego, jakoby wydłużenie terminu wymuszała konieczność zastosowania metodyki Prince do wdrożenia systemu. Zamawiający zaprzeczył, aby takie wymaganie zostało sformułowane w SIWZ. Wywiódł jedynie, że sam zamawiający stosuje taką metodykę i to w obszarze zarządzania, natomiast nie wymaga jej od wykonawcy. W tej sytuacji ciężar wykazania, że rzeczywiście taki wymóg znajdował się w SIWZ, spoczywał na odwołującym. Odwołujący w odwołaniu ani w trakcie rozprawy nie wskazał Izbie takiego postanowienia.

Kolejno odwołujący podniósł, że pracochłonne będzie uruchomienie systemu na farmie stacji roboczych, na którą mają składać się stacje robocze, które zamawiający już posiada oraz urządzenia, będące przedmiotem dostawy w ramach odrębnego postępowania POS 2.1, które nie zostało jeszcze ogłoszone. Odwołujący wywiódł, że na farmie wpiętych będzie 6390 stacji z postępowania POS 2.1. i 10.000 stacji posiadanych przez zamawiającego w 414 lokalizacjach. W tym zakresie zamawiający zaprzeczył, jakoby w farmie miało być połączone 10 tys. stacji posiadanych przez zamawiającego. Izba stwierdziła, że z postanowienia pkt 2.5.1.1 (s. 24 SIWZ) wynikało, że do farmy stacji roboczych będzie włączone jedynie ponad 1.500 szt. a nie 10.000 szt. stacji posiadanych przez zamawiającego. Zatem twierdzenia odwołującego w tym zakresie nie znajdowały oparcia w treści SIWZ. Ponadto, jak wskazano już wcześniej, istotną zmianą w tym postępowaniu było to, że zamawiający dysponował już centralnym systemem, zatem wykonawca w tym postępowaniu będzie wykonywał integrację tylko z jednym systemem. Powyższe wynikało z przytoczonych powyżej postanowień PZ-SZT-OG-06 oraz PZ-SZT-OG-13 (pkt 3.1.2 zał nr 1 do SIWZ – OPZ, str. 32 i 33 SIWZ). Wreszcie zamawiający wyjaśnił, że celem wykonania integracji zamierza wydzielić stanowiska w ramach swojej sieci

wewnętrznej nie podłączonej jednak do sieci internetowej. Powyższe oznaczało, że założenia co do czasochłonności tego elementu przedmiotu zamówienia, na jakich odwołujący oparł swą argumentację w odwołaniu, okazały się nieprawidłowe.

Za nieprzekonujący uznać należało złożony przez odwołującego harmonogram wdrożenia systemu zarządzania tożsamością, jaki miał mu przesłać planowany podwykonawca tego systemu – firma Suse Polska sp. z o.o. (załącznik do maila z 23 lutego 2018 r. złożony na posiedzeniu Izby). Sam odwołujący przyznał w trakcie rozprawy, że poprosił swego kontrahenta o przygotowanie „bezpiecznego” harmonogramu wdrożenia ww. systemu. Wobec powyższego harmonogram ten stanowił odpowiedź na takie a nie inne zapytanie odwołującego i nie mógł dowodzić, że terminy przedstawione w tym harmonogramie są minimalne. Ponadto nie wykazano, że firma Suse Polska sp. z o.o. jest jedynym potencjalnym producentem takiego systemu.

Przy ocenie prawidłowości kwestionowanych terminów wzięto także pod uwagę uzasadnione potrzeby zamawiającego. Konieczność wyznaczenia takich terminów podyktowana była także treścią porozumienia o dofinansowanie projektu „Rozwój systemu digitalizacji akt postępowań przygotowawczych” nr POPC.02.01.00-00-00-00-0041/15-00 z dnia 3 lutego 2016 r. zawartego przez Prokuraturę Generalną z Centrum Projektów Polska Cyfrowa. Z § 3 tego porozumienia wynikało, że beneficjent zobowiązał się zrealizować projekt w okresie do dnia 31 stycznia 2019 r., również okres kwalifikowalności wydatków upływał w tym dniu. Z kolei z §18 ust. 6 porozumienia wynikało, że zmiany w zakresie okresu realizacji projektu nie mogą skutkować wydłużeniem okresu realizacji projektu. Również ze złożonego pisma Ministerstwa Sprawiedliwości z 22 lutego 2018 r. wynikało, że nie ma możliwości wydłużenia terminu realizacji projektu ponad 36 miesięcy.

Ponadto termin ten wynikał także z potrzeb zamawiającego o charakterze technicznym. Konieczność posiadania podsystemów technicznych, będących elementem przedmiotu zamówienia w tym postępowaniu w kwestionowanych terminach, była podyktowana koniecznością przeprowadzenia testów wersji testowej oraz wersji wdrożeniowej w środowisku produkcyjnym Systemu iSDA, realizowanego równolegle przez konsorcjum Sygnity i Decsoft na podstawie umowy z 21 sierpnia 2017 r. Powyższe wynikało z harmonogramu złożonego przez zamawiającego w trakcie rozprawy (załącznik do maila z 8 marca 2018. r., złożony w trakcie posiedzenia Izby).

Wobec powyższego zarzut podlegał oddaleniu.

Za chybiony uznano zarzut 1 b odwołania.

W tym zarzucie odwołujący zakwestionował postanowienie pkt 1.2. ppkt 5 OPZ, z którego wynikało, że przedmiot zamówienia obejmuje też m.in. „*Integrację dostarczonych w ramach postępowania POS-2.1 stacji roboczych oraz posiadanych przez Zamawiającego*

stacji roboczych z Projektu SDA w jednorodną Farmę Stacji Roboczych. Wszystkie stacje robocze włączone w jednorodną Farmę Stacji Roboczych muszą mieć wdrożone Centralne Usługi Infrastrukturalne określone w punkcie 1”.

Odwołujący domagał się wykreślenia tego obowiązku albo dodania zastrzeżenia, że wykonawca nie ponosi odpowiedzialności za przekroczenie terminów realizacji umowy, które wynikają z opóźnienia dostaw sprzętu w ramach postępowania POS-2.1.

W uzasadnieniu zarzutu odwołujący wskazał, że postanowienie to nakłada na niego konieczność ponoszenia odpowiedzialności nie tylko za działania własne, ale także za działania zamawiającego i działania dostawcy komputerów. Argumentował, że kwestionowany obowiązek uniemożliwia mu oszacowanie ryzyka i wycenę oferty.

Stanowisko odwołującego okazało się nietrafne. Jak wynikało z uzasadnienia zarzutu, a także z korespondującego z nim żądania, odwołujący zmierzał jedynie do wyeliminowania odpowiedzialności wykonawcy za działania zamawiającego i podmiotów trzecich.

Jak słusznie wskazał zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, wykonawca nie ponosi odpowiedzialności za działania i zaniechania zamawiającego i podmiotów trzecich. Jak bowiem stanowi art. 471 KC, *dłużnik obowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi.* Z przepisu tego wynika, że co do zasady odpowiedzialność kontraktowa oparta jest na zasadzie winy. Odwołujący nie wskazał Izbie żadnych postanowień projektu umowy, na mocy których zamawiający - stosownie do art. 473 KC - miałby nałożyć na wykonawców odpowiedzialność za działania zamawiającego lub podmiotów trzecich. Tymczasem zamawiający wskazał choćby na postanowienie § 11 ust. 6 wzoru umowy, które uzależniało możliwość nałożenia kar umownych na wykonawcę w razie stwierdzenia jego winy. W szczególności nie ma podstaw do twierdzenia, aby w świetle umowy wykonawca miałby ponosić odpowiedzialność za zwłokę wierzyciela (zamawiającego). Niewątpliwie zaś za taką zwłokę w rozumieniu art. 486 KC należałoby uznać, nie zapewnienie przez zamawiającego w odpowiednich terminach stacji roboczych, które odwołujący miałby zintegrować w farmę. Ryzyka takiego odwołujący zatem nie musi kalkulować. Wobec powyższego brak było podstaw do nakazania zamawiającemu dodania zastrzeżenia, że wykonawca nie ponosi odpowiedzialności za przekroczenie terminów realizacji umowy, które wynikają z opóźnienia dostaw sprzętu w ramach postępowania POS-2.1. Wnioskowane zastrzeżenie jest zbędne, gdyż znajduje zastosowanie z mocy przepisów KC. Wobec powyższego zarzut podlegał oddaleniu.

Izba nie mogła orzekać co do nowego zarzutu odwołującego, który w trakcie rozprawy podniósł, że z jego punktu widzenia dyskwalifikującym jest brak podania przez zamawiającego, kiedy stacje robocze będą postawione do dyspozycji wykonawcy. Zgodnie z

art. 192 ust. 7 Pzp, Izba nie może orzekać do zarzutów, które nie zostały przedstawione w odwołaniu. Zarzut taki w odwołaniu się nie pojawił. Odwołujący nie domagał się nakazania zamawiającemu uzupełnienia SIWZ o podanie dat dostępności sprzętu, a - jak wynikało z żądania i uzasadnienia zarzutu - problemem dla niego była jedynie kwestia odpowiedzialności na cudze działania. Wobec powyższego zarzut nie mógł zostać rozpoznany.

Za chybiony uznano zarzut 1c odwołania.

W kwestionowanym przez odwołującego postanowieniu § 5 ust. 11 wzoru umowy zamawiający zastrzegł, że *jeśli w ofercie nie przewidziano dostawy licencji Oprogramowania Gotowego niezbędnych do funkcjonowania Podsystemów Technicznych, zgodnie z Wymaganiami, a ich wykorzystanie okaże się niezbędne w trakcie wykonywania Umowy, Wykonawca będzie zobowiązany do zakupu na swój koszt i dostarczenia Zamawiającemu odpowiednich licencji oprogramowania lub innych uprawnień w terminie do 30 dni od otrzymania wezwania Zamawiającego, sporządzonego w formie pisemnej pod rygorem nieważności.*

Odwołujący podniósł, że powyższe postanowienie SIWZ powoduje, że wykonawca nie jest w stanie określić jaki jest zakres jego świadczenia, a zatem nie wie na co składa ofertę, co uniemożliwia jej prawidłową kalkulację.

Po zapoznaniu się z całokształtem postanowień SIWZ Izba stwierdziła, że ma rację zamawiający utrzymując, iż odwołujący stawiając zarzut błędnie utożsamiał przedmiot oferty z koniecznością dostawy licencji oprogramowania gotowego zgodnie z wymaganiami.

Jak słusznie wskazał zamawiający stanowisko odwołującego nie znajduje oparcia w treści SIWZ. Uszło uwadze odwołującego, że zgodnie z § 2 ust. 3 wzoru umowy, *strony ustalają, że celem wykonania Umowy a zarazem rezultatem, który Wykonawca zobowiązany jest osiągnąć i utrzymać przez okres obowiązywania Umowy jest wdrożenie oraz zapewnienie Zamawiającemu efektywnej i bezpiecznej możliwości korzystania z Centralnych Usług Infrastrukturalnych.* Z postanowienia tego wynikało, że zamawiającego nie interesowała określona liczba konkretnych licencji oprogramowania, lecz oczekiwał zapewnienia przez wykonawcę możliwości korzystania z centralnych usług infrastrukturalnych. Powyższe wynikało też z tego, że opis przedmiotu zamówienia zbliżał się do czegoś, co można byłoby określić jako informatyczne „projektuj i wykonaj”. Dopiero w wyniku realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego wykonawca będzie tworzył środowisko testowe, następnie wdrażał je pilotażowo w wybranej lokalizacji, a wreszcie ostatecznie wdroży rozwiązanie produkcyjnie zgodnie z wymaganiami. Powyższe wynikało choćby z § 3 projektu umowy, w którym określono poszczególne kamienie milowe (etapy) w realizacji kontraktu. Może się zatem okazać dopiero na etapie testowania czy pilotażu, że

założenia wykonawcy poczynione na etapie ofertowania m.in. w zakresie licencji oprogramowania nie pozwolą na osiągnięcie rezultatu, o którym mowa w § 2 ust. 3 wzoru umowy. Wzięto pod uwagę, że zamawiający na etapie oceny ofert nie będzie znał koncepcji wykonania usługi, a już z pewnością nie będzie w stanie przewidzieć rezultatów testów czy pilotażu. Tylko i wyłącznie na taką ewentualność powstało kwestionowane przez odwołującego postanowienie § 5 ust. 11 wzoru umowy. Powyższych ustaleń co charakteru umowy jako umowy rezultatu nie zmienia treść wzoru formularza ofertowego, w którym zamawiający rzeczywiście oczekiwał wskazania, jakie licencje oprogramowania gotowego wykonawca zapewnia. Zamawiający wskazał jednak, że powyższe wynika z przepisów o rachunkowości czy konieczności zapewnienia kwalifikowalności wydatków.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania, Izba stwierdziła, że kwestionowane postanowienie nie narusza art. 29 ust. 1 Pzp. Nie powoduje także, że przedmiot świadczenia wynikający z umowy będzie sprzeczny ze świadczeniem wynikającym z oferty. Przedmiotem zobowiązania wykonawcy od początku bowiem będzie osiągnięcie rezultatu wymaganego przez zamawiającego. Przedmiot umowy nie zmieni się zatem w stosunku do przedmiotu oferty, który odwołujący błędnie sprowadzał do zaoferowania określonych licencji oprogramowania. Wobec powyższego zarzut podlegał oddaleniu.

Za chybiony uznano zarzut 1f odwołania.

W pierwszej kolejności odwołujący w odniesieniu do § 15 ust. 2 lit. e wzoru umowy wskazał, że zamawiający zastrzegł sobie prawo do odstąpienia od umowy jeśli wykonanie umowy stało się niemożliwe w terminie określonym w § 3 ust. 1 wzoru umowy. Wywodził, że w myśl § 15 ust. 3 wzoru umowy wykonując to prawo do odstąpienia zamawiający może samodzielnie decydować o skutku odstąpienia, to jest czy ma to być skutek *ex tunc* czy *ex nunc*. Argumentował, że powyższe oznacza dla wykonawców ryzyko, którego nie mogą skalkulować.

W tym zakresie Izba stwierdziła, że zamawiający przed rozpoczęciem rozprawy dokonał modyfikacji postanowień SIWZ. Pismem z dnia 9 marca 2018 r. dodał w §15 ust. 3a w którym wskazał, że w przypadku określonym w § 15 ust. 2 lit e wyłącza się możliwość odstąpienia od umowy ze skutkiem wstecznym. Powyższe oznacza, że w przypadku skorzystania z prawa odstąpienia od umowy, o którym mowa w § 15 ust. 2 lit. e odpadło ryzyko, na jakie odwołujący wskazywał w odwołaniu. Wobec powyższego zarzut ten, na etapie wyrokowania, okazał się bezprzedmiotowy i podlegał oddaleniu.

Wbrew stanowisku odwołującego z odwołania nie wynikało, że odwołujący odnosił swój zarzut do wszystkich przesłanek odstąpienia od umowy, o których była mowa w § 15 ust. 2 wzoru umowy. Dostrzeżenia wymagało, że wywód odwołującego rozpoczął się wyraźnie od przesłanki z § 15 ust. 2 lit. e i w stosunku do tej przesłanki odwołujący

kontynuował swą argumentację co do niemożności oszacowania ryzyka w zakresie skutku odstąpienia. Z odwołania nie wynikało natomiast, aby odwołujący generalnie kwestionował prawo zamawiającego do zdecydowania o tym skutku. Wobec powyższego Izba, na zasadzie art. 192 ust. 7 Pzp, nie rozpoznała nowego zarzutu, który odwołujący podniósł dopiero w trakcie rozprawy.

W końcowej zarzutu 1f odwołujący wywiódł, że zastrzeżenia dokonane przez zamawiającego w § 15 ust. 2 i 3 wzoru umowy są nieważne w myśl art. 58 KC. Wywiódł, że warunkiem uznania umownego prawa odstąpienia za ważne jest zapisanie, w jakim terminie z takiego prawa można skorzystać.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Uszło uwadze odwołującego, że zamawiający w §15 ust. 7 wzoru umowy wskazał, w jakim terminie będzie możliwe skorzystanie z prawa odstąpienia od umowy. Z postanowienia tego wynikało bowiem, że *w sytuacjach, o których mowa w ust 2, Zamawiający jest uprawniony do wykonania prawa do odstąpienia w terminie 3 miesięcy od daty, w której powziął wiadomość o przyczynie uzasadniającej odstąpienie ale nie później niż w terminie 12 miesięcy od dnia Odbioru Przedmiotu Umowy dla zdarzeń, które miałyby miejsce do dnia Odbioru Przedmiotu Umowy albo 12 miesięcy od upływu terminu zobowiązania Wykonawcy z tytułu gwarancji dla zdarzeń zaistniałych po dokonaniu Odbioru Przedmiotu Umowy.* W ocenie Izby przytoczone zastrzeżenie oznacza, że termin na skorzystanie z prawa do odstąpienia od umowy został jednak sprecyzowany. Zatem zarzut odwołującego nie znalazł potwierdzenia.

W ostatniej części pkt 1f odwołania odwołujący podniósł, że zastrzeżenie przez zamawiającego prawa do odstąpienia powoduje taką zmienność przedmiotu zamówienia, iż wykonawca nie jest w stanie należycie skalkulować ceny swej oferty. W tym zakresie przywołał orzeczenie Sądu Okręgowego w Warszawie z 13 września 2005 sygn. akt V Ca 1110/04.

W ocenie Izby bezzasadne jest powoływanie się przez odwołującego na orzeczenia dotyczące takich postanowień umownych, w których zamawiający zastrzegali sobie arbitralne prawo do samodzielnej rezygnacji ze znacznej części przedmiotu oferty. Podkreślenia wymagało, że orzeczenia na jakie powoływał się odwołujący dotyczyły odmiennych stanów faktycznych. W analizowanej sprawie prawo odstąpienia od umowy ograniczało się do kilku przypadków enumeratywnie wymienionych we wzorze umowy. Po wtóre, przypadki te miały charakter sankcyjny i wiązały się z sytuacjami kwalifikowanych uchybień popełnionych przez wykonawcę przy realizacji zamówienia. Jeżeli zatem wystąpienie przesłanek odstąpienia od umowy zależy od działań lub zaniechań wykonawcy, to nie można twierdzić, że zamawiający przyznał sobie prawo do swobodnej decyzji o wolumenie realizowanego zamówienia. Wobec powyższego zarzut podlegał oddaleniu.

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 2 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 1 i 3 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło odpowiednio umorzenia części postępowania odwoławczego i kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 2 sentencji) i formalnym (pkt 1 i 3 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, *Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Z ww. przepisu wynika, że powodem uwzględnienia odwołania może być stwierdzenie jedynie kwalifikowanego naruszenia ustawy Pzp, a mianowicie takiego, które wywiera lub może wywrzeć istotny wpływ na wynik postępowania. A contrario, stwierdzenie braku naruszenia lub naruszenia niekwalifikowanego, musi skutkować oddaleniem odwołania. W analizowanej sprawie nie stwierdzono żadnego naruszenia przepisów ustawy Pzp. Odwołanie zatem musiało zostać oddalone.

Wobec powyższego, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 i 2 sentencji.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.* Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, *strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6.* Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że *„obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)”* Jarosław Jerzykowski, *Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych*, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, LEX, 2014, wydanie VI.

Zatem użyty w art. 192 ust. 10 ustawy Pzp zwrot *stosownie do jego wyniku* należy rozumieć analogicznie jak w procesie cywilnym. Jak wynika z postanowienia SN z dnia 31 stycznia 1991 r. II CZ 255/90, LEX nr 5314 *stosunkowe rozdzielenie kosztów polega na rozdzielenie kosztów między stronami stosownie do wyniku postępowania i do wysokości w jakiej zostały poniesione. Stosunkowy podział kosztów procesu (100 k.p.c.) dotyczy ich całości co oznacza przyjęcie za podstawę obliczeń sumy należności obu stron, ustalonej stosownie do zasad z art. 98 § 2 i 3 k.p.c. (oraz art. 99 k.p.c. w przypadkach tam wskazanych). Sumę tę dzieli się proporcjonalnie do stosunku w jakim strony utrzymały się ze swymi roszczeniami lub obroną, otrzymując w wyniku kwoty, stanowiące ich udziały w całości kosztów. Jeżeli poniesione przez stronę koszty przewyższają obciążający ją udział zasądzeniu na jej rzecz podlega różnica.*

Jak wynika z postanowienia Sądu Okręgowego w Gliwicach z 20 lipca 2016 r. sygn. akt X Ga 280/16 – w przypadku rozstrzygnięcia, w którym część odwołania wniesionego do Krajowej Izby Odwoławczej zostaje oddalona, zaś część uwzględniona zasada odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego oznacza obowiązek stosunkowego rozdzielenia kosztów postępowania odwoławczego w takiej części, w jakiej odwołanie odniosło skutek. Identyczny pogląd wyrażono w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 22 stycznia 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 1992/15, w postanowieniu Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 3 października 2013 r. sygn. akt X Ga 286/13, wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 29 listopada 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 880/16, wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 17 listopada 2016 r. sygn. akt X Ga 653/16, postanowieniu Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 12 grudnia 2017 r. sygn. akt XXIII Ga 1886/17.

W niniejszej sprawie odpowiedzialność za wynik postępowania odwoławczego ponosił w całości odwołujący. Zatem to tę stronę Izba obciążyła całością kosztów postępowania odwoławczego. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez odwołującego w wysokości 15.000 zł oraz koszty poniesione przez zamawiającego z tytułu zastępstwa przed Izbą wysokości 3.600 zł.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b i § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący: