

Sygn. akt: KIO 544/18

WYROK
z dnia 4 kwietnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 kwietnia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 marca 2018 r. przez wykonawcę **Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Komendę Wojewódzką Policji w Lublinie,**

orzeka:

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania obciąża Asseco Poland S.A. i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Komenda Wojewódzka Policji w Lublinie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Usługa wdrożenia i dostawa Systemu Elektronicznego Obiegu Dokumentów wraz z internetowym portalem e-usług i aplikacją mobilną do komunikacji z podmiotami zewnętrznymi.*

W dniu 23 marca 2018 r. wykonawca Asseco Poland S.A. wniósł odwołanie wobec zmiany – w wyniku uwzględnienia przez Zamawiającego odwołania w całości – Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, w sposób niezgodny z treścią żądań odwołania. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 186 ust. 2 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że odwołaniem z dnia 19 lutego 2018 r. (sygn. akt KIO 304/18) domagał się dokonania szeregu zmian zapisów SIWZ w sposób określony w odwołaniu. W dniu 26 lutego 2018 r. Zamawiający poinformował o uwzględnieniu w całości zarzutów odwołującego, w związku z czym KIO umorzyła postępowanie w sprawie. W dniu 13 marca 2018 r. Zamawiający dokonał zmian zapisów SIWZ, a część z tych zmian – jak sam wskazał – wynikała z uwzględnienia odwołania Asseco Poland S.A,

Odwołujący podniósł, że zgodnie z art. 186 ust. 2 ustawy Pzp, w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Wbrew wskazanemu przepisowi część zmian SIWZ nie została dokonana zgodnie z żądaniami odwołania.

1. Postanowienia pkt 2 lit. b Załącznika nr 2 do Umowy (Wymagania gwarancyjne i serwisowe)

Odwołujący wskazał, że wnosił o nakazanie Zamawiającemu wykreślenia pkt 2 lit. b) Załącznika nr 2 do Umowy, który brzmiał: *b) aktualizacji SEOD, portalu e-usług oraz aplikacji mobilnej do obsługi e-usługi niebieskiej e-skrzynki wynikającej ze zmieniających się przepisów prawa i dostosowywanie do wynikających z tego tytułu wymagań Zamawiającego.* Zamiast tego Zamawiający dokonał zmiany brzmienia tego fragmentu w następujący sposób: *b) aktualizację SEOD, portalu e-usług oraz aplikacji mobilnej do obsługi e-usługi niebieskiej*

e-skrzynki wynikającą ze zmieniających się przepisów prawa – wymienionych w pkt 1 Załącznika nr 1 do Umowy (opis przedmiotu zamówienia) i dostosowywanie do wynikających z tego tytułu wymagań Zamawiającego. Zamawiający zgodnie ze zmianą treści SIWZ nadal oczekuje, że w ramach gwarancji system SEOD będzie dostosowywany do zmian prawa. Nastąpiło jedynie uszczegółowienie – wskazanie 28 aktów prawnych. Żądanie Odwołującego dotyczyło natomiast całkowitej eliminacji tego zobowiązania z zakresu gwarancji. Tym samym nie można uznać, że Zamawiający spełnił żądanie Odwołującego.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji SWIZ zgodnie z żądaniem odwołania z 19 lutego 2018 r.

2. Postanowienia pkt 2 lit. c Załącznika nr 2 do Umowy (Wymagania gwarancyjne i serwisowe)

Odwołujący wskazał, że pkt 2 lit. c Załącznika nr 2 do Umowy brzmiał: c) W ramach realizacji usług gwarancyjnych Zamawiający oczekuje: *aktualizacji oprogramowania wewnętrznego urządzeń (firmware'u), systemów operacyjnych, systemów bazodanowych i każdego innego oprogramowania dostarczonego w ramach realizacji przedmiotu Umowy wynikającą z wydania stosownych aktualizacji/patchy przez producentów tych urządzeń/oprogramowania*. Odwołujący wnosił o zmianę kwalifikacji usług wskazanych w tym punkcie z usług świadczonych w ramach gwarancji na usługi rozwoju, a więc o przeniesienie zapisu z Załącznika nr 2 pkt 2 lit. c do § 10 ust. 1 Umowy. Zamawiający wbrew żądaniu odwołania jedynie dodał zapis, że zakres i tryb aktualizacji określony został w pkt 9 a w pkt 9 dodał złagodzenie wymaga: **c) W trakcie gwarancji Wykonawca ma obowiązek informowania Zamawiającego o wydaniu patchy i aktualizacji do oprogramowania wewnętrznego urządzeń (firmware'u), systemów operacyjnych, systemów bazodanowych i każdego innego oprogramowania dostarczonego w ramach realizacji przedmiotu Umowy (w ramach gwarancji Zamawiający nie wymaga podnoszenia oprogramowania do nowych wersji, w związku z tym Wykonawca nie ma obowiązku informowania Zamawiającego o nowych wersjach oprogramowania, natomiast ma obowiązek informowania o aktualizacjach oprogramowania przysługujących Zamawiającemu w ramach posiadanej licencji). Informację w formie raportu Wykonawca będzie dostarczał Zamawiającemu w trakcie wykonywania przeglądów technicznych opisanych w pkt 16 lub na żądanie Zamawiającego. Zamawiający zdecyduje, które z proponowanych aktualizacji oprogramowania zostaną przez Wykonawcę zainstalowane. Po uzyskaniu zgody Zamawiającego Wykonawca w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego dokona aktualizacji w cenie Umowy bez naruszania praw autorskich producenta. Wykonawca do każdej aktualizacji będzie dołączał informacje, co zmienia dana aktualizacja i jakie są przesłanki do jej instalacji (poprawa stabilności działania, udostępnienie nowej**

funkcjonalności, usunięcie błędów, eliminacja luk bezpieczeństwa itp.). Wykonawca sprawdzi poprawność działania sprzętu, systemów operacyjnych i baz danych po zainstalowaniu aktualizacji. W przypadku wystąpienia nieprzewidzianych, niepożądanych skutków wprowadzonych zmian Wykonawca zobowiązany jest do ich wycofania na żądanie Zamawiającego, przywracając poprawne działanie sprzętu, systemów operacyjnych i baz danych do stanu przed aktualizacją.

Odwołujący podniósł, że dokonana zmiana powoduje, że usługi nadal mają być świadczone w ramach gwarancji. Przy obecnym zapisie nadal realne pozostają zagrożenia, że wykonawca zmuszony będzie bez dodatkowego wynagrodzenia z tego tytułu i już po upływie okresu obowiązywania umowy (w ramach gwarancji) do wykonywania szeregu czynności związanych z aktualizacją oprogramowania. Żądanie Wykonawcy dotyczyło całkowitej eliminacji tego zobowiązania z zakresu gwarancji, a przeniesienia go do usług rozwoju. Tym samym nie można uznać, że Zamawiający spełnił żądanie Odwołującego.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji SWIZ zgodnie z żądaniem odwołania z 19 lutego 2018 r.

3. Postanowienia pkt 8 ppkt 20 i 21 Załącznika nr 2 do Umowy (Wymagania w zakresie szkoleń)

Odwołujący wskazał, że wnosił o zmianę treści pkt 20 i 21 Załącznika 2 do Umowy na następującą:

8. Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 500 zł, za każde stwierdzone przez Zamawiającego uchybienie w zakresie:

20. Wykonawca zobowiązuje się do usunięcia awarii krytycznej w ciągu 12 godzin od chwili jej zgłoszenia oraz przekazania szczegółowych informacji pozwalających na jej usunięcie.

21. Wykonawca zobowiązuje się do usunięcia awarii zwykłej w ciągu 48 godzin od chwili jej zgłoszenia oraz przekazania szczegółowych informacji pozwalających na jej usunięcie.

Odwołujący podniósł, że z wnioskowanych zapisów wprost wynikać miało, że możliwość usunięcia awarii uzależniona jest od przekazania przez Zamawiającego szczegółowych informacji pozwalających na jej usunięcie. Tymczasem Zamawiający, pomimo uznania zarzutu, nie dokonał zmiany SIWZ wnioskowanej przez Odwołującego, a jedynie wprowadził dodatkowy arbitralnie ustalony 4-godzinny okres, w którym wykonawca ma samodzielnie pozyskać szczegółowe informacje pozwalające na określenie przyczyny awarii. Zapisy te brzmią obecnie:

20. Wykonawca zobowiązuje się do usunięcia awarii krytycznej w ciągu 12 godzin od chwili jej zgłoszenia przez Zamawiającego. W przypadku jeżeli Wykonawca uzna, że do usunięcia awarii potrzebuje dodatkowych szczegółowych informacji dotyczących tej awarii, to informuje o tym Zamawiającego. Zamawiający po otrzymaniu od Wykonawcy takiej informacji zobowiązuje się do zapewnienia Wykonawcy fizycznego dostępu do infrastruktury dostarczonej w ramach realizacji przedmiotu umowy, a w szczególności infrastruktury objętej awarią. Wykonawca zobowiązuje się do pozyskania szczegółowych informacji we własnym zakresie (Zamawiający nie posiada sił i środków do zbierania i przekazywania takich informacji) na miejscu w lokalizacjach Zamawiającego, w których znajduje się w/w infrastruktura. W powyższym przypadku Zamawiający wydłuża czas usunięcia awarii o dodatkowe 4 godziny.

21. Wykonawca zobowiązuje się do usunięcia awarii zwykłej w ciągu 48 godzin od chwili jej zgłoszenia. W przypadku jeżeli Wykonawca uzna, że do usunięcia awarii potrzebuje dodatkowych szczegółowych informacji dotyczących tej awarii, to informuje o tym Zamawiającego. Zamawiający po otrzymaniu od Wykonawcy takiej informacji zobowiązuje się do zapewnienia Wykonawcy fizycznego dostępu do infrastruktury dostarczonej w ramach realizacji przedmiotu umowy; a w szczególności infrastruktury objętej awarią. Wykonawca zobowiązuje się do pozyskania szczegółowych informacji we własnym zakresie (Zamawiający nie posiada sił i środków do zbierania i przekazywania takich informacji) na miejscu w lokalizacjach Zamawiającego w których znajduje się w/ w infrastruktura. W powyższym przypadku Zamawiający wydłuża czas usunięcia awarii o dodatkowe 4 godziny.

Odwołujący wskazał, że przedmiot umowy nie obejmuje usługi utrzymania systemu, a jedynie jego skonstruowanie i uruchomienie. To oznacza, że wykonawca po uruchomieniu systemu nie ma dostępu do infrastruktury Zamawiającego i nie jest zobowiązany do wykonywania czynności z zakresu utrzymania, takich jak wykonywanie kopii bezpieczeństwa, analiza przepelnienia zasobów (np. dysków) etc. Te czynności leżą po stronie zamawiającego. Czynności diagnostyczne związane z poszukiwaniem przyczyn awarii mogą być długotrwałe, mogą dotyczyć elementów systemu leżących poza obszarem awarii (np. zasilanie) a także mogą wymagać komunikacji z użytkownikami (wywiady). Trudno oczekiwać, żeby wykonawca, niemający na co dzień dostępu do systemu i nieposiadający szczegółowej wiedzy o kondycji systemu, był w stanie w ciągu 4 godzin ustalić przyczynę awarii. Tym samym nie można uznać, że Zamawiający spełnił żądanie Odwołującego.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji SWIZ zgodnie z żądaniem odwołania z 19 lutego 2018 r.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i dowody przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że w dniu 19 lutego 2018 r. Odwołujący wniósł odwołanie wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zarzuty podniesione w tym odwołaniu zostały w dniu 28 lutego 2018 r. uwzględnione przez Zamawiającego w całości, w związku z czym Krajowa Izba Odwoławcza postanowieniem z 5 marca 2018 r. (sygn. akt KIO 304/18) umorzyła postępowanie odwoławcze.

W dniu 13 marca 2018 r. Zamawiający dokonał zmiany treści SIWZ.

Przywołane w odwołaniu brzmienie zaskarżonych postanowień SIWZ sprzed zmiany oraz po zmianie jest zgodne ze stanem faktycznym i bezsporne między stronami.

W pierwszej kolejności zauważenia wymaga, że odwołanie wniesione wobec zmienionych postanowień SIWZ ograniczało się do zarzutu naruszenia art. 186 ust. 2 ustawy Pzp. Odwołujący nie sformułował żadnych innych zarzutów, odnoszących się merytorycznie do zgodności zaskarżonych postanowień SIWZ z przepisami ustawy, a jedynie skoncentrował się na czysto formalnej stronie wprowadzonych zmian, wskazując na ich niezgodność z żądaniami odwołania uwzględnionego przez Zamawiającego.

Odnosząc się do tak sformułowanego odwołania stwierdzić należy, że nie można skutecznie podnosić samoistnego zarzutu dotyczącego art. 186 ust. 2 ustawy Pzp, ewentualne naruszenie tego przepisu nie jest bowiem wystarczającą podstawą do uwzględnienia odwołania, bez poddania kontroli Izby merytorycznej prawidłowości zaskarżonych czynności, które zostały podjęte w wykonaniu żądań uwzględnionego odwołania. Pogląd taki został wielokrotnie wyrażony w orzecznictwie Izby, np. w wyrokach o sygn. akt: KIO 1124/16, KIO 2296/12, KIO 2804/12.

Nie ulega wątpliwości, że w przypadku dokonania czynności niezgodnie z żądaniami uwzględnionego odwołania, wykonawcom przysługuje prawo korzystania ze środków ochrony prawnej (w przeciwieństwie do sytuacji, gdy czynności zamawiającego są zgodne ze zgłoszonymi żądaniami – wówczas odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp). W takim przypadku kwestia prawidłowości tych czynności może

podlegać ocenie Izby, ale pod kątem ich zgodności z przepisami prawa określającymi obowiązki zamawiającego odnoszące się do danych czynności (z materialnoprawnymi normami zawartymi w ustawie), nie zaś z art. 186 ust. 2 ustawy Pzp. Innymi słowy, wykonawca, który twierdzi, że zamawiający nie wykonał żądań uwzględnionego odwołania, ma prawo zaskarżyć nowe brzmienie SIWZ, które tych żądań nie realizuje, ale musi podnieść zarzuty merytoryczne, oparte o przepisy ustawy odnoszące się do kształtowania treści SIWZ.

Przyjęcie stanowiska przeciwnego, zgodnie z którym odwołanie podlega uwzględnieniu w przypadku stwierdzenia – jedynie od strony formalnej – że zamawiający nie zrealizował żądań uwzględnionego przez siebie odwołania, mogłoby prowadzić do niedopuszczalnej sytuacji nakazywania egzekwowalnymi wyrokami Izby wykonywania czynności niezgodnych z przepisami prawa. Zamawiający może bowiem uwzględnić zarzuty odwołania, które są niezasadne (uwzględnienie zarzutów przez zamawiającego nie podlega kontroli Izby) i zobowiązać się w ten sposób do realizacji żądań, których skutek będzie niezgodny z przepisami prawa. W takiej sytuacji Izba musiałaby uwzględnić odwołanie oparte o zarzut naruszenia art. 186 ust. 2 ustawy Pzp i nakazać Zamawiającego wykonanie czynności niezgodnych z prawem. Ponieważ sytuacja taka jest nie do zaakceptowania, w orzecznictwie Izby zwraca się uwagę na konieczność takiej interpretacji ww. przepisu, która uwzględnia cele procedury udzielania zamówień publicznych i zasady całego porządku prawnego. Interpretacja ta prowadzi do wniosku, że norma wynikająca z art. 186 ust. 2 ustawy wywołuje skutki procesowe w toku postępowania odwoławczego, nie stanowi jednak samodzielnej normy materialnoprawnej, której naruszenie mogłoby stanowić podstawę do nakazania zamawiającemu dokonania jakichkolwiek czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Takie właśnie wynikające z orzecznictwa Izby wnioski, które skład orzekający w niniejszej sprawie w pełni podziela, zostały przedstawione w Załączniku nr 1 do Uchwały Nr 3/2013 Zgromadzenia Ogólnego Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 lipca 2013 r. *Informacja o działalności Krajowej Izby Odwoławczej w 2012 r.*

W związku z tym, że w przedmiotowej sprawie Odwołujący ograniczył się do zarzutu natury formalnej (tj. naruszenia art. 186 ust. 2 ustawy poprzez niewykonanie żądań odwołania, które Zamawiający uwzględnił), nie podejmując opartej na normach materialnoprawnych polemiki z nowym brzmieniem postanowień SIWZ, Izba nie mogła ocenić zaskarżonych postanowień od strony merytorycznej, zgodnie bowiem z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 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 z późn. zm.).

Przewodniczący: