

**WYROK**

**z dnia 30 kwietnia 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski  
Emil Kawa  
Marek Koleśnikow**

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **26 kwietnia 2012 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 kwietnia 2012 r.

przez wykonawcę: **Hewlett-Packard Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 02-678 Warszawa, ul. Szturmowa 2A**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Skarb Państwa – Minister Finansów, reprezentowany przez Ministerstwo Finansów, 00-916 Warszawa, ul. Świętokrzyska 12**

przy udziale wykonawców zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego:

- A. IBM Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 02-134 Warszawa, ul. 1. Sierpnia 8**
- B. Oracle Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 01-208 Warszawa, ul. Przykopowa 31**
- C. Asseco Poland Spółka Akcyjna, 35-322 Rzeszów, ul. Olchowa 14**
- D. Sygnity Spółka Akcyjna, 02-486 Warszawa, Aleje Jerozolimskie 180**
- E. SAP Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 02-675 Warszawa, ul. Wołoska 5**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: po pierwsze – udzielenie odpowiedzi na pytanie o wyjaśnienie mechanizmu wyznaczania ceny za oprogramowanie gotowe na podstawie metody punktów funkcyjnych, w tym przedstawienie przykładowego obliczenia ceny w tym zakresie, po drugie – zastąpienie liczby 10 liczbą 20 w punkcie 1.2.1. *Załącznika 3 do SIWZ – Szczegółowa specyfikacja ceny oferty*, z zastrzeżeniem wypłaty po osiągnięciu etapu *Pakietu Projektowego Architektur Pośrednich* nie więcej niż 10% łącznego wynagrodzenia z punktu 1. tego załącznika, a pozostałej części wraz z płatnością należną za osiągnięcie etapu *Pełnego wdrożenia* – przez wprowadzenie odpowiednich postanowień w *Załączniku 10 do SIWZ – Wzór Umowy*.
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Skarb Państwa – Ministra Finansów, reprezentowanego przez Ministerstwo Finansów i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołującego: Hewlett-Packard Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od zamawiającego: Skarbu Państwa – Ministra Finansów, reprezentowanego przez Ministerstwo Finansów na rzecz **odwołującego: Hewlett-Packard Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** kwotę **18600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczonego wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika.

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity 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: .....

.....

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający: Ministerstwo Finansów reprezentujące Skarb Państwa – Ministra Finansów, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi pn. *Budowa, wdrożenie i utrzymanie Systemu e-Podatki wraz z usługami dodatkowymi* (oznaczenie sprawy: R/102/11/AP/B/371/A-1/66, FR4/253/BKT/12).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane jako obligatoryjne w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 25 stycznia 2012 r. pod nr 2012/S\_16-025379, w tym samym dniu Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń oraz na swojej stronie internetowej (www.mf.gov.pl), na której udostępnił również specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej zwaną w skrócie „s.i.w.z.” lub „SIWZ”).

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

16 kwietnia 2012 r. (pismem z 13 kwietnia 2012 r.) Odwołujący Hewlett-Packard Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) *wobec czynności Zamawiającego polegającej na udzieleniu odpowiedzi na pytania do SIWZ oraz zmianie treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) ponieważ:*

- a) *Udzielone przez Zamawiającego odpowiedzi nie stanowią odpowiedzi na zadane pytania o wyjaśnienie treści SIWZ, i w efekcie SIWZ w dalszym ciągu zawiera postanowienia niejednoznaczne i niewyczerpujące. W konsekwencji Odwołujący nie ma możliwości złożenia oferty zgodnej z oczekiwaniami Zamawiającego, tak co do zakresu wymaganych oświadczeń i zapewnień, tak też co do określenia ceny ryczałtowej – co stanowi naruszenie art. 38 ust 1, art. 29 ust 1 i 2, art. 36 ust 1 pkt 3 ustawy prawo zamówień publicznych,*
- b) *Zmieniona treść SIWZ, w tym Wzór Umowy, zawiera postanowienia uniemożliwiające udział w postępowaniu Odwołującego, ponieważ zawierają sprzeczne ze sobą lub niejednoznaczne/niekompletne zapisy, co uniemożliwia Odwołującemu dokładne określenie zakresu usług i warunków, na jakich usługi miałyby być na rzecz Zamawiającego świadczone, co w konsekwencji uniemożliwia sporządzenie oferty w zakresie ceny, w sposób wskazany przez Zamawiającego, poprzez określenie cen w sposób ryczałtowy, co stanowi naruszenie art. 38 ust 1, art. 29 ust 1 i 2, art. 36 ust 1 pkt 3 ustawy prawo zamówień publicznych, oraz naruszenie art. 7 ust 1 i 3, art. 29 ust 1 i 2,*

*art. 36 ust 1 pkt 16, art. 14 i 139 ustawy prawo zamówień publicznych w związku z art. 353 1, 387 § 1, 3651, 487 § 2, 628 i 632 kodeksu cywilnego.*

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. *Udzielenia odpowiedzi na pytania o numerach: 161, 183, 184, 260, 360, 712 w sposób jednoznaczny oraz wyjaśniający wszystkie zagadnienia niezrozumiałe przez wykonawców w SIWZ,*
2. *Dokonania zmiany SIWZ poprzez:*
  - 2.1. *uzupełnienie treści SIWZ o dokumenty/informacje/postanowienia wskazywane przez Zamawiającego w treści udzielonych odpowiedzi, wskazanych w dalszej części odwołania;*
  - 2.2. *usunięcie punktu 1 lit. c w Załączniku 6 do OPZ w wymaganiu WYM.UZU.29;*
  - 2.3. *uzupełnienie postanowień załącznika nr 6 do OPZ, WYM.UZU.44 poprzez dodanie następującego zdania: „Zapytanie do III linii wsparcia będzie kierowane w przypadku, gdy przygotowana przez Wykonawcę dokumentacja systemu oraz Baza Wiedzy o Systemie nie będzie umożliwiała odpowiedzi na pytanie”.*
  - 2.4. *usunięcie z treści § 5 ust. 7 pkt 2 Wzoru Umowy dopisanego na końcu sformułowania: „dla danej wersji Oprogramowania gotowego lub jego kolejnych wersji”.*

Odwołujący wskazał w pierwszej kolejności następujące okoliczności prawne i faktyczne uzasadniające wniesienie odwołania:

Zamawiający 3 kwietnia 2012 r. opublikował na swojej stronie internetowej zmiany s.i.w.z. oraz odpowiedzi na pytania o wyjaśnienie treści s.i.w.z. Odwołujący wskazał, że w wyniku zmiany przez Zamawiającego treści s.i.w.z., w tym załączników do s.i.w.z. oraz wzoru umowy, niemożliwe jest złożenie przez Odwołującego oferty w tym postępowaniu. Odwołujący podniósł, że zgodnie z art. 38 ust. 1 pkt 1 pzp zamawiający jest zobowiązany udzielić odpowiedzi na pytania o wyjaśnienie treści s.i.w.z., jeżeli wniosek o wyjaśnienia wpłynął w przewidzianym przepisem terminie. W przypadku, gdy taki wniosek wpłynął po upływie terminu zamawiający może udzielić odpowiedzi na pytania lub pozostawić wniosek bez rozpoznania. Oznacza to, że w przypadku zachowania terminu złożenia wniosku przez wykonawcę zamawiający jest zobowiązany, a nie uprawniony do udzielenia odpowiedzi na pytania. Odpowiedzi te muszą stanowić jednoznaczne i wyczerpujące wyjaśnienie treści s.i.w.z. Ponadto muszą być spójne i nie stanowić wewnętrznej sprzeczności. W przeciwnym wypadku wykonawcy nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji nieprawidłowego sformowania treści s.i.w.z., a zwłaszcza opisu przedmiotu zamówienia. Odwołujący stwierdził, że przytaczane przez niego odpowiedzi na pytania skierowane do

Zamawiającego, zawarte w załączniku nr 2 do pisma Zamawiającego z 3 kwietnia 2012 r., nie stanowią wyjaśnienia treści s.i.w.z., wobec czego nie mogą być uznane za udzielenie odpowiedzi.

Następnie Odwołujący usystematyzował w 14 punktach szczegółowe okoliczności prawne i faktyczne, które przedstawione dalej przy rozstrzygnięciu poszczególnych zarzutów.

25 kwietnia 2012 r. Zamawiający przesłał faksem do Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie – wnosząc o odrzucenie odwołania na posiedzeniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3, 4 i 5 pzp.

Zamawiający w pierwszej kolejności podniósł następującą argumentację w tym zakresie. Zamawiający podważył prawidłowość wskazania daty 3 kwietnia 2012 r., to jest dnia publikacji odpowiedzi na pytania do treści s.i.w.z., jako terminu uprawniającego Odwołującego do wniesienia odwołania. Według Zamawiającego wniesione odwołanie w rzeczywistości dotyczy postanowień s.i.w.z., które w wyniku udzielenia odpowiedzi nie zostały zmodyfikowane lub znajdowały się w treści s.i.w.z. od samego początku, tj. od 24 stycznia 2012 r. W tym zakresie odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie pzp i podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 pzp.

W ocenie Zamawiającego odwołanie w części dotyczy również okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie poprzedniego odwołania wniesionego przez tego samego Odwołującego (pismo z 3 lutego 2012 r. oraz pismem uzupełniającym odwołanie z 4 lutego 2012 r.) w tym samym postępowaniu. *Dodatkowo* podlega zatem odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 4 pzp.

Jednocześnie według Zamawiającego odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 pzp, gdyż dotyczy zagadnień, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę i w stosunku do których wydano wyrok z 28 lutego 2012 r. lub też zagadnień, co do których Zamawiający postąpił zgodnie z żądaniami zawartymi w odwołaniach.

Następnie Zamawiający uszczegółowił swoje stanowisko odnośnie każdego z 14 punktów wyszczególnionych w odwołaniu, co zostanie zaprezentowane poniżej przy omawianiu poszczególnych zarzutów.

Na skutek wezwania przez Zamawiającego 17 kwietnia 2012 r. do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym (wraz z przekazaniem kopii odwołania) pozostałych wykonawców uczestniczących w postępowaniu o udzielenie zamówienia, do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego zgłosili:

- A. 18 kwietnia 2012 r. – IBM Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.
- B. 19 kwietnia 2012 r. – Oracle Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.
- C. 19 kwietnia 2012 r. – Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie.
- D. 19 kwietnia 2012 r. – Sygnity S.A. z siedzibą w Warszawie.
- E. 20 kwietnia 2012 r. – SAP Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Przy braku zgłoszenia opozycji przez Strony oraz wobec dokonania wszystkich zgłoszeń przystąpień do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie i z zachowaniem wymogu przekazania ich kopii Stronom postępowania (zgodnie z art. 185 ust. 2 pzp) – Izba nie stwierdziła podstaw do niedopuszczenia wskazanych powyżej Wykonawców do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Odwołującego, jako uczestników tego postępowania (Przystępujących).

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych i wpis został przez Odwołującego uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

Izba ustaliła z urzędu w toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających, że nie zostały wypełnione przesłanki skutkujące możliwością odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 pzp. Z uwagi na złożenie przez Zamawiającego szczegółowo i obszernie umotywowanego wniosku o odrzucenie odwołania, Izba rozpatrzyła go na posiedzeniu z udziałem Stron i Przystępujących, ostatecznie stwierdzając brak możliwości odrzucenia odwołania. Izba zważyła, że odrzucenie odwołania jest możliwe wyłącznie w sytuacji, gdy w stosunku do każdego z przedstawionych w nim zarzutów zachodzi co najmniej jedna z przesłanek enumeratywnie wyliczonych w pkt 1-7 ust. 2 art. 189 pzp. Innymi słowy odrzucenie zawsze musi dotyczyć niepodzielnie całego odwołania, choć w przypadku poszczególnych zarzutów mogą to być różne podstawy prawne wynikające z art. 189 ust. 2 pzp. Wbrew złożonemu wnioskowi, Izba stwierdziła, że w stosunku do niektórych zarzutów nie zachodzi żadna z przywoływanych przez Zamawiającego podstaw prawnych. Z tego względu Izba zobligowana była skierować sprawę do rozpatrzenia na rozprawie. Jednakże wobec uznania słuszności stanowiska Zamawiającego w zakresie niektórych zarzutów, Izba pozostawiła je bez rozpoznania. Szczegółową argumentację w tym zakresie przedstawiono poniżej, odrębnie w stosunku do każdego z zarzutów.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Uczestników postępowania (Stron i Przystępujących), uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i Przystępujących – zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, zgłoszeniach przystąpienia do postępowania**

**odwoławczego, a także wyrażone na rozprawie ustnie do protokołu – Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się interesem w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż jest wykonawcą zainteresowanym złożeniem oferty w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego. Jednocześnie podjęte przez Zamawiającego czynności i zaniechania objęte zarzutami odwołania narażają Odwołującego na szkodę, skoro uznaje on, że nie będzie mógł złożyć oferty, a tym samym uzyskać zamówienie publiczne, o które ma prawo się ubiegać.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, która została również przekazana Izbie w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego, w szczególności zaś przeprowadziła dowody z następujących dokumentów: ogłoszenia o zamówieniu, s.i.w.z., zmian s.i.w.z. z 16 lutego 2012 r., wyjaśnień i zmian s.i.w.z. z 3 kwietnia 2012 r., zmian s.i.w.z. z 24 kwietnia 2012 r. (w tym przypadku udostępnionych przez Zamawiającego dopiero na posiedzeniu),

Izba dopuściła również dowód z akt sprawy odwoławczej o sygnaturach: KIO 229/12, KIO 238/12, KIO 239/12, KIO 242/12, KIO 245/12 i KIO 247/12, które były połączone do wspólnego rozpoznania (wyrok z 28 lutego 2012 r., protokół rozprawy przeprowadzonej 15, 17, 20-22 lutego 2012 r., odwołania i odpowiedź na odwołanie).

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba wzięła również pod uwagę stanowiska i oświadczenia Stron i Przystępujących wyrażone na piśmie w ramach środków ochrony prawnej oraz ustnie do protokołu w toku rozprawy.

Izba oddaliła wniosek Odwołującego o powołanie dowodu z opinii biegłego *na okoliczność stwierdzenia, na ile jest możliwe wykonanie prac, do których odsyła aktualna definicja z § 1 pkt 28 tabeli (zał. nr 15, pkt 1.1.30) w ramach 10% budżetu całej usługi budowy, usługi wdrożenia i usługi asysty powdrożeniowej (łącznie)* na podstawie art. 190 ust. 4 i 6 pzp, gdyż nie dotyczy ustalenia faktycznego wymagającego wiadomości specjalnych, a nadto został przywołany jedynie dla zwłoki.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu i podlegających rozpatrzeniu, Izby stwierdziła, że odwołanie podlega uwzględnieniu z uwagi na zasadność niektórych zarzutów.



**I.161 – Izba pozostawiła zarzut bez merytorycznego rozpoznania.**

Odwołanie:

W odwołaniu zacytowano pytanie i odpowiedź zamieszczone w pkt 161 tabeli odpowiedzi na pytania (załącznik nr 2 do pisma Zamawiającego z 3 kwietnia 2012 r.).

Pytanie nr 161: *W rozdziale VIII SIWZ Zamawiający sformułował następujące wymaganie odnośnie doświadczenia członków Grupy: Architektów, Analityków oraz Projektantów/Specjalistów: w okresie ostatnich 5 lat posługiwał się w sumie co najmniej przez 3 lata metodyką RUP, CASE lub równoważną (inne powszechnie uznane metodyki w tym obszarze). Prosimy o potwierdzenie, że intencją Zamawiającego jest oczekiwanie: wykazania posługiwania się narzędziem CASE w sumie co najmniej przez 3 lata w okresie ostatnich 5 lat; oraz oczekiwanie: wykazania posługiwania się metodyką RUP lub równoważną (inne powszechnie uznane metodyki w tym obszarze) w sumie co najmniej przez 3 lata w okresie ostatnich 5 lat. Jednocześnie prosimy o podanie przykładów metodyk, które zdaniem Zamawiającego są równoważne do RUP i są powszechnie uznane.*

Odpowiedź nr 161: *Zgodnie ze zmianą SIWZ z dnia 16 lutego 2012 r. Zamawiający usunął wymaganie wykazywania doświadczenia w okresie ostatnich 5 lat. Jednocześnie Zamawiający wskazuje, że w pozostałym zakresie dla poszczególnych zespołów wyznaczone zostały indywidualne okresy wykonywania zadań w zakresie posługiwania się metodyką RUP, CASE lub równoważną (inne powszechnie uznane metodyki w tym obszarze), nie zawsze wynoszące 3 lata. Dlatego też Zamawiający wskazuje, że Wykonawca powinien dokładnie przeanalizować treść Rozdziału VIII ust. 3 SIWZ. W zakresie wskazania przykładów metodyk równoważnych do metodyk RUP i CASE Zamawiający wskazuje, że to na Wykonawcy spoczywa obowiązek udowodnienia równoważności oferowanej metodyki.*

Zdaniem Odwołującego udzielona odpowiedź jest nie na temat, ponieważ w kwestii równoważności Zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 597 potwierdził równoważność metodologii Y-Model z metodyką typu CASE oraz równoważność narzędzi ARIS do narzędzi typu RUP. Zamawiający klasyfikując w odpowiedzi na pytanie nr 161 CASE jako metodykę a nie narzędzie, postawił wykonawcom warunek niemożliwy do spełnienia, gdyż nie można wykazać posługiwania się metodyką, która nie istnieje lub metodyką do niej równoważną. W efekcie Odwołujący nie może złożyć oferty, podpisując m.in. wymagane przez Zamawiającego oświadczenia i zapewnienia. Odwołujący podniósł również, że udzielona odpowiedź nie uszczegółowia ani nie doprecyzowuje opisu zawartego w s.i.w.z.

Odpowiedź na odwołanie:

Według Zamawiającego zarzut określenia w odpowiedzi na pytanie 161. warunku niemożliwego do spełnienia, jest próbą przywrócenia sobie przez Odwołującego terminu na wniesienie odwołania w stosunku do treści s.i.w.z. Nie ma on bowiem nic wspólnego ani z zadaniem pytaniem, ani z treścią udzielonej odpowiedzi. Sformułowanie *metodyka* w odniesieniu do narzędzia typu CASE, RUP lub równoważnego od początku znajdowało się w s.i.w.z. (str. 12 pkt ii, str. 14 pkt iii, str. 15 i 16 pkt iii), przy określeniu doświadczenia zawodowego w punktorze drugim: *wykonywał w sumie co najmniej przez 2 lata zadania w zakresie posługiwania się metodyką RUP, CASE lub równoważną (inne powszechnie uznane metodyki w tym obszarze)*. Nie budziło to dotychczas wątpliwości Odwołującego, a termin na wniesienie odwołania upłynął 4 lutego 2012 r. Tym samym, zdaniem Zamawiającego, istnieją przesłanki do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 pzp.

Zamawiający podniósł także, że Odwołujący w zakresie warunku dotyczącego doświadczenia wymaganego dla osób składał odwołanie (str. 4 uzupełnienia odwołania z 4 lutego 2012 r.) i wówczas nie miał żadnych zastrzeżeń co do użycia w odniesieniu do CASE określenia *metodyka*.

Wreszcie Zamawiający wskazał, że zgodnie z żądaniem poprzedniego odwołania dokonał 16 lutego 2012 r. zmiany s.i.w.z. – przez wykreślenie wymagania posiadania doświadczenia w okresie ostatnich 5 lat. W związku z tym zarzut dodatkowo podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 4 i pkt 5 pzp.

**Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Pytanie nr 161 zostało sformułowane 15 lutego 2012 r. Natomiast w pkt 4 pisma z 16 lutego 2012 r. Zamawiający wprowadził następującą zmianę s.i.w.z.: *W Rozdziale VIII ust. 3 pkt. 1 lit. b, c ii) lit. d, e iii) SIWZ wykreśla się słowa „w okresie ostatnich 5 lat”.*

Następnie w pkt 129 zmian s.i.w.z. z 3 kwietnia 2012 r. Zamawiający nadał nowe brzmienie literom a-e ust. 3 pkt 1 rozdziału VIII s.i.w.z. Nie uległy jednak zmianie następujące sformułowania:

– w ppkt i) lit. b oraz w ppkt i) lit. c, ppkt ii) lit. d – *Narzędzia typu CASE, RUP lub równoważne (inne powszechnie uznane metodyki w tym obszarze)*

– w ppkt ii) lit. b, w ppkt ii) lit. c, ppkt iii) lit. d oraz w ppkt. iii) lit. e – *...metodyką RUP, CASE lub równoważną (inne powszechnie uznane metodyki w tym obszarze)*

Zdaniem Izby, pomimo zacytowania całej treści pytania i odpowiedzi nr 161, sprecyzowany w odwołaniu zarzut dotyczy nieprawidłowego zaklasyfikowania w tej odpowiedzi CASE jako metodyki, a nie narzędzia. Z powyższych ustaleń Izby wynika jednak, że udzielona przez Zamawiającego odpowiedź nie wprowadziła zmian w rozdziale VII

s.i.w.z., w którym od początku wymagano od niektórych osób między innymi doświadczenia w posługiwaniu się lub wykonywaniu zadań metodyką RUP, CASE lub równoważną. Jednocześnie w stosunku do innych osób sformułowano i podtrzymano w toku kolejnych zmian treści s.i.w.z. wymaganie posiadania wiedzy w zakresie znajomości między innymi narzędzi typu CASE, RUP lub równoważnych. Od początku również, w stosunku do obydwu tych wymagań, równoważność odniesiono do innych powszechnie uznanych metodyk w tym obszarze. Jeżeli zatem Odwołujący uznawał, po pierwsze – określenie CASE jako metodyki, po drugie – sposób sprecyzowania równoważnych metodyk – za uniemożliwiające mu złożenie oferty, to mógł i powinien uczynić z tego zarzut poprzednio wniesionego odwołania. Izba podziela pogląd, że samo zadawanie pytań i uzyskanie odmownej odpowiedzi na sugerowane zmiany nie przywraca terminu na wniesienie odwołania od postanowień s.i.w.z., nawet jeżeli są wadliwie (nieprecyzyjnie) skonstruowane. Odpowiedź udzielona przez Zamawiającego jest całkowicie zrozumiała i stanowi wyraz odmowy wprowadzenia sugerowanego w pytaniu nr 161 rozróżnienia (CASE jako narzędzia, a RUP jako metodyki) oraz sprecyzowania wprowadzonej klauzuli równoważności.

Z tego względu Izba pozostawiła ten zarzut bez rozpoznania, stosując odpowiednio przepis art. 189 ust. 2 pkt 3 pzp, gdyż odwołanie w tym zakresie zostało złożone z przekroczeniem terminu wynikającego z art. 182 ust. 2 pkt. 1 pzp

Natomiast Izba uznała odwołanie się przez Zamawiającego do art. 189 ust. 2 pkt 4 i 5 pzp za bezprzedmiotowe, gdyż dotyczy zarzutu i żądania, które w ogóle nie zostały w odwołaniu sformułowane. Nie wiadomo również w jaki sposób przesłanki te miałyby być spełnione skoro, jak twierdzi sam Zamawiający, w poprzednio wniesionym odwołaniu nie został podniesiony zarzut odnośnie CASE jako metodyki.

## **II.183 – Izba pozostawiła zarzut bez merytorycznego rozpoznania.**

### **Odwołanie:**

W odwołaniu zacytowano pytanie dotyczące § 8 ust. 1 *Załącznika 10 do SIWZ Wzór umowy* i odpowiedź na to pytanie – zamieszczone w pkt. 183 tabeli odpowiedzi na pytania (załącznik nr 2 do pisma Zamawiającego z 3 kwietnia 2012 r.).

Pytanie nr 183: *Z zapisów tego punktu, wynika, że Zamawiający przewiduje trzy płatności w ramach każdej TA (prototyp, wdrożenie, zakończenie Asysty Powdrożeniowej). W innym miejscu zaś, Okres Rozliczeniowy zdefiniowany został jako Okres 6-miesięczny. (Par. 8 ust. 6: „Na potrzeby rozliczeń płatności wymienionych w ust. 4-5 przyjmuje się, że Okres Rozliczeniowy obejmuje kolejne 6 miesięcy”) Jakie przesłanki muszą być spełnione aby zamawiający zaakceptował płatności z większą częstotliwością zgodnie z Zapisem par. 8*

*ust 3 i w jakich przypadkach Zamawiający nie zgodzi się na przedstawioną propozycję w tym zakresie?*

Odpowiedź nr 183: *Zamawiający wyjaśnia, że treść § 8 ust. 6 dotycząca Okresów Rozliczeniowych, w związku z odesłaniem do ust. 4 i 5 tego paragrafu, odnosi się jedynie do Usługi Utrzymania i Usług Dodatkowych zapewnianych w ramach Umowy. Płatności za realizację Architektury Pośrednich TA2, TA3 i TA4, zgodnie z treścią § 8 ust. 2, będą dokonywane po zakończeniu każdego Etapu w ramach danej Architektury Pośredniej (czyli poza Okresami Rozliczeniowymi). Zwiększenie częstotliwości dokonywania płatności za realizację Architektury Pośrednich TA2, TA3 i TA4 Zamawiający przewidział w § 8 ust. 3, gdzie wskazano, że „Zamawiający dopuszcza możliwość przedstawienia przez Wykonawcę do akceptacji Zamawiającego w Planie Kontraktu lub Etapu, harmonogramów częściowych płatności po Pełnym Wdrożeniu poszczególnych Podsystemów Kluczowych lub Dodatkowych w ramach poszczególnych Architektury Pośrednich TA2, TA3, TA4 niezależnie od osiągnięcia Kamienia milowego Pełne Wdrożenie dla właściwej Architektury Pośredniej” przy zastrzeżeniu, że Zamawiający nie ma obowiązku zgodzić się na przedstawioną propozycję.*

W ocenie Odwołującego udzielona odpowiedź nie wyjaśniła podstawowej kwestii niejasnej dla wnioskującego, to jest *jakie przesłanki muszą być spełnione, aby zamawiający zaakceptował płatności z większą częstotliwością zgodnie z zapisem par. 8 ust 3 i w jakich przypadkach Zamawiający nie zgodzi się na przedstawioną propozycję w tym zakresie?* Sama zmiana s.i.w.z., bez dostatecznego wyjaśnienia tego zakresu, jest niewystarczająca, gdyż kwestia ta jest niezbędna do określenia ryzyka, jakie podejmuje Odwołujący podpisując wzór umowy, a tym samym jest istotnym czynnikiem cenotwórczym oferty.

Odpowiedź na odwołanie:

Zamawiający podniósł, że nie zmienił pierwotnych postanowień s.i.w.z. w zakresie brzmienia § 8 ust. 1, 3 i 6 wzoru umowy i nie uległa ona zmianie również w wyniku udzielonych 3 kwietnia 2012 r. odpowiedzi na pytania. Ponadto brzmienie § 8 wzoru umowy było przedmiotem odwołania wniesionego przez IBM Polska, do którego przystąpił Odwołujący, a na rozprawie w dniach 15, 17 oraz 20-22 lutego 2012 r. żaden z wykonawców nie miał wątpliwości co do treści s.i.w.z. w obecnie kwestionowanym zakresie. Zdaniem Zamawiającego oznacza to, że zarzuty dotyczące wątpliwości, jakie, według Odwołującego, budzi brzmienie postanowień § 8 wzoru umowy, rozpatrywać należy w kategoriach kwestionowania postanowień s.i.w.z. po terminie.

**Izba ustaliła i zważyła, co następuje**

Brzmienie ust. 3 § 8 *Załącznika 10 do SIWZ – Wzór Umowy* nie uległo zmianie w wyniku zmian s.i.w.z. z 3 kwietnia 2012 r.

Zdaniem Izby, pomimo zacytowania całej treści pytania i odpowiedzi nr 183, zawarty w odwołaniu zarzut dotyczy braku wystarczającego sprecyzowania w ust. 3 § 8 wzoru umowy przesłanek warunkujących zgodę Zamawiającego na dokonanie częściowych płatności przed osiągnięciem poszczególnych etapów realizacji danej architektury pośredniej. Z ustaleń Izby wynika jednak, wbrew twierdzeniom odwołania, że postanowienie ust. 3 § 8 wzoru umowy nie zostało 3 kwietnia 2012 r. w ogóle zmienione. Również udzielona w tym dniu odpowiedź na pytanie nr 183 w pełni pottrzymała dotychczasowe jego brzmienie. Jeżeli zatem w ocenie Odwołującego postanowienie to w sposób naruszający jakieś przepisy pozostawia zbyt dużą swobodę Zamawiającemu w wyrażaniu zgody na płatności z większą, niż co do zasady, częstotliwością, to Odwołujący mógł i powinien uczynić z tego zarzut poprzednio wniesionego odwołania. Zasadna jest zatem argumentacja wskazana przy poprzednim zarzucie.

Z tego względu Izba pozostawiła ten zarzut bez rozpoznania, stosując odpowiednio przepis art. 189 ust. 2 pkt 3 pzp, uznając że odwołanie w tym zakresie zostało złożone z przekroczeniem terminu wynikającego z art. 182 ust. 2 pkt. 1 pzp.

### **III.184 – Izba uznała zarzut za zasadny.**

#### **Odwołanie:**

W odwołaniu zacytowano pytanie dotyczące § 8 ust. 1 pkt 5 lit. d *Załącznika 10 do SIWZ Wzór umowy* i odpowiedź na to pytanie, zamieszczone w pkt. 184 tabeli odpowiedzi na pytania (załącznik nr 2 do pisma Zamawiającego z 3 kwietnia 2012 r.).

Pytanie nr 184: *Prosimy o wyjaśnienie mechanizmu wyznaczania ceny za Oprogramowanie gotowe na podstawie metody punktów funkcyjnych, ponieważ jest on niezrozumiały oraz o przedstawienie przykładowego obliczenia ceny w tym zakresie.*

Odpowiedź nr 184: *Treść par. 8 ust. 1 pkt 5 lit. d zdanie drugie załącznika Nr 1 do SIWZ zostanie zmienione.*

Zdaniem Odwołującego pomimo wprowadzenia zmian samego mechanizmu wyznaczania cen za oprogramowanie, mechanizm ten nie jest jasny, a Zamawiający zaniechał wyjaśnienia zasad zastosowania mechanizmu poprzez podanie przykładowego obliczenia ceny. Uniemożliwia to Odwołującemu złożenie oferty, gdyż niemożliwe jest oszacowanie ceny, jaka zostanie uzyskana za oprogramowanie gotowe w przypadku jego rozliczania w oparciu o metodę punktów funkcyjnych. Zadane pytanie miało na celu uzyskanie wyjaśnień odnośnie zaproponowanego mechanizmu, popartych przykładem

wyliczenia. Zamawiający zmodyfikował s.i.w.z. w tym zakresie, gdyż prawdopodobnie również dostrzegł, że dotychczasowy opis mechanizmu nie jest zrozumiały. Zmieniony opis mechanizmu także nie jest zrozumiały a Zamawiający w ramach odpowiedzi nie objaśnił działania mechanizmu oraz nie dołączył przykładowego wyliczenia.

Odpowiedź na odwołanie:

Zamawiający stwierdził, że treść § 8 ust. 1 pkt 5 lit. d wzoru umowy była przedmiotem odwołania wniesionego przez IBM Polska, do którego HP Polska skutecznie przystąpił, choć ostatecznie zarzut ten został cofnięty. Ponadto § 8 wzoru umowy był również przedmiotem pkt I. odwołania Asseco Poland, w którym podniesiono kwestię zakresu usług i dostaw, które Zamawiający może wymagać w ramach wynagrodzenia ryczałtowego. Zdaniem Zamawiającego pytanie nr 184 sprowadza się do sposobu wyliczenia zakresu usług w ramach przedmiotu niniejszego zamówienia, a zarzut taki należy uznać za spóźniony. Rzekomy brak możliwości oszacowania ceny był przedmiotem rozstrzygnięcia w poprzednich sprawach przez Izbę, która jednoznacznie uznała prawidłowość konstrukcji sposobu rozliczania przedmiotu niniejszego zamówienia, nie dopatrując się jakichkolwiek uchybień w sposobie opisu zakresu świadczeń, jakie należy wyceniać w ramach ceny ryczałtowej. Według Zamawiającego odwołanie w tym zakresie podlega rygorowi określonemu w art. 189 ust. 2 pkt 3 pzp.

Nadto Zamawiający stwierdził, że podnoszona w odwołaniu modyfikacja dotyczy metody stosowanej przy rozwoju systemu i po jego wdrożeniu, a nie na etapie jego budowy. Zadaniem Zamawiającego Odwołujący, próbując wykazać wpływ modyfikacji na możliwość skonstruowania oferty, stara się przywrócić sobie termin na wniesienie środka ochrony prawnej na treść s.i.w.z., która była przedmiotem oceny przez Izbę. Tymczasem postanowienia związane z ilością punktów funkcyjnych, a zatem informacje niezbędne do *zbudowania ceny oferty*, nie uległy zmianie.

**Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Brzmienie § 8 ust. 1 pkt 5 lit. d *Załącznika 10 do SIWZ Wzór umowy* dotyczącego elementu wynagrodzenia za *Usługę Utrzymania* przed zmianą: *za Rozwój – wynagrodzenie wynikające z przemnożenia wykorzystanych w danym Okresie Rozliczeniowym punktów funkcyjnych oraz ceny jednego punktu funkcyjnego, określonej w wysokości ..... zł brutto ( słownie:....), przy czym Zamawiający zamawia w ramach Umowy łącznie pulę 16500 (słownie: szesnaście tysięcy pięćset) punktów funkcyjnych. W przypadku gdy Rozwój obejmuje dostarczenie Oprogramowania gotowego w tym licencje, dokonuje się odpowiedniego przeliczenia na punkty funkcyjne metodą punktów funkcyjnych, zgodnie z*

*Wyceną Zmiany stanowiącą Załącznik nr 10 do Umowy przy czym w takim przypadku funkcjonalność należy liczyć jako 20% punktów funkcyjnych funkcjonalności zleconej przez Zamawiającego – łączna wysokość tego wynagrodzenia nie może przekroczyć kwoty ... zł brutto ( słownie:....).*

Na mocy pkt 170 tabeli zmian s.i.w.z. z 3 kwietnia 2012 r. w § 8 ust. 1 pkt 5 lit. d Załącznika 10 do SIWZ Wzór umowy zmieniono brzmienie drugiego zdania na następujące: *W przypadku gdy Rozwój obejmuje dostarczenie za pisemną zgodą Zamawiającego Oprogramowania gotowego w tym licencje, dokonuje się odpowiedniego przeliczenia na punkty funkcyjne metodą punktów funkcyjnych, zgodnie z Wyceną Zmiany stanowiącą Załącznik nr 10 do Umowy, przy czym w takim przypadku funkcjonalność należy liczyć jako ilość punktów funkcyjnych funkcjonalności zleconej przez Zamawiającego. W przypadku gdy rozwój obejmuje realizację zmiany korzystającej ze standardowej funkcjonalności Oprogramowania gotowego, do którego licencji dostarczył Zamawiający, dokonuje się odpowiedniego przeliczenia na punkty metodą punktów funkcyjnych, zgodnie z powyższym załącznikiem nr 10 do Umowy, przy czym w takim przypadku funkcjonalność należy liczyć jako 20 % ilości punktów funkcyjnych funkcjonalności zleconej przez Zamawiającego – łączna wysokość tego wynagrodzenia nie może przekroczyć kwoty ... zł brutto ( słownie:....)*

Z wyroku z 28 lutego 2012 r. w sprawie sygn. akt KIO 238/12 wynika, że przedmiotem odwołania IBM w pkt II.7 było *naruszenie art. 34 ust. 5 Pzp w zw. z art. 12 ust. 2 Pzp poprzez nieuwzględnienie w ogłoszeniu faktu, iż sposób ustalenia świadczeń wykonawcy, przewidziany w postanowieniach § 8 wzoru umowy ma charakter opcji w rozumieniu Pzp.* [str. 8]

*Odnosnie, naruszenia art. 34 ust. 5 Pzp, w zw. z art. 12 ust. 2 Pzp (pkt 3.7). Zamawiający w § 8 wzoru umowy przewidział szereg postanowień, które wskazują, iż ma on możliwość kształtowania ostatecznej wielkości świadczeń wykonawcy. Są to postanowienia dotyczące wynagrodzenia za rozwój (§ 8 ust. 1 pkt 5) lit. d) wzoru umowy), wsparcie konsultanckie (§ 8 ust. 1 pkt 6) lit. d) wzoru umowy), wynagrodzenia za szkolenia i przekazywanie wiedzy (§ 8 ust. 1 pkt 6) lit. e) wzoru umowy). Zgodnie z tymi zapisami, Zamawiający uzyskuje możliwość skorzystania z pewnej puli świadczeń (wyrażonej np. w godzinach), a ostateczna decyzja o ich wykorzystaniu pozostawiona jest Zamawiającemu. Może to oznaczać, iż liczba wykorzystanych świadczeń z puli będzie dalece odmienna od tej, na którą wykonawca złoży ofertę. Taki sposób ukształtowania świadczeń wykonawcy oznacza, iż mamy do czynienia z tzw. prawem opcji. To Zamawiającemu przyznana jest możliwość ostatecznego ukształtowania zakresu danego świadczenia. Możliwość taka nie została jednak*

*przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu, gdyż punkt dotyczący opcji nie zawiera żadnej wzmianki na ten temat. Prawo to jest istotne dla wykonawcy, w szczególności dla podmiotów z zagranicy, które decydują o zainteresowaniu się udziałem w Postępowaniu podejmując przede wszystkim w oparciu o treść ogłoszenia. Dlatego też konieczne jest skorygowanie ogłoszenia w zakresie faktycznie odzwierciedlającym prawo opcji. Zgodnie bowiem z art. 12 ust. 2 Pzp ogłoszenia przekazywane do Urzędu Oficjalnych Publikacji Unii Europejskiej powinny być przekazywane zgodnie z formą i procedurami wskazanymi w przepisach. [str. 18-19]*

*W toku posiedzenia 17.02.2012 r. Odwołujący cofnął następujące zarzuty odwołania: (...)2) z pkt II.7 odnośnie naruszenia art. 34 ust. 5 Pzp w zw. z art. 12 ust. 2 Pzp w kontekście prawa opcji w § 8 Załącznika nr 10 (Wzór Umowy); [str. 100]*

*Z wyroku z 28 lutego 2012 r. w sprawie sygn. akt KIO 242/12 wynika, że przedmiotem odwołania Asseco w pkt I.a) był § 8 ust. 1 pkt 6 lit. c) Umowy – Wsparcie Obsługi Zmian Prawnych: Zamawiający wymaga podania ryczałtowej kwoty z tytułu Wsparcia Obsługi Zmian Prawnych. Zważywszy że zakres tych zmian jest, oczywiście, nieokreślony (i niemożliwy do określenia), nie jest możliwe określenie żadnego niezmiennego wynagrodzenia za realizację tych usług. Dlatego odwołujący wnosi o zastosowanie do rozliczania tych zmian metody przewidzianej w umowie dla usług Rozwoju (punkty funkcyjne) lub dla Wsparcia konsultanckiego (osobogodziny). Jeden z tych sposobów powinien pozwolić na dokonanie rzetelnej kalkulacji ceny oferty i umożliwić Zamawiającemu zarządzanie realizacją umowy. [str. 63]*

**Izba zważyła, co następuje:**

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że zarzut zawarty w odwołaniu, wbrew twierdzeniom Zamawiającego, został podniesiony w terminie. Odmiennie niż w dwóch poprzednich przypadkach, zarzut ten nie jest próbą przywrócenia terminu na odwołanie się od postanowień s.i.w.z., wyłącznie przez powołanie się na odpowiedź, która podtrzymała dotychczasową ich treść. Przedmiotem zarzutu jest nieudzielenie jakiegokolwiek merytorycznej odpowiedzi na wniosek o wyjaśnienie postanowienia § 8 ust. 1 pkt 5 d wzoru umowy. O tym, że Zamawiający zaniecha udzielenia takich wyjaśnień, Odwołujący mógł się dopiero dowiedzieć z przekazanej 3 kwietnia 2012 r. przez Zamawiającego, formalnie jako odpowiedź na pytanie, informacji o planowanej zmianie tego postanowienia. Sama zmiana została również dokonana tego samego dnia. Dochowany został zatem termin wynikający z art. 182 ust. 1 pkt 1 pzp. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie nadinterpretuje zarzut jako nakierowany na ponowne zakwestionowanie kwestii sprowadzających się do rzekomego braku oszacowania ceny, podnosząc, że zostało to już rozstrzygnięte przez Izbę



w poprzedniej sprawie z odwołania Asseco Poland. Co było w istocie przedmiotem zarzutów tego odwołania, zostało szczegółowo omówione poniżej. Obiektywnie jednak zarzuty z tego odwołania, jak również przytoczony powyżej, cofnięty zarzut z odwołania IBM – nie mogły dotyczyć zaniechania, które zmaterializowało się dopiero 3 kwietnia 2012 r. Z tego względu nie zaszła również przesłanka z art. 189 ust. 2 pkt 5 pzp, nie wyrażona zresztą *explicite* przez Zamawiającego, pomimo argumentów odwołujących się do poprzedniego rozstrzygnięcia Izby.

Izba stwierdziła również, że podniesiony zarzut jest zasadny merytorycznie. Zamawiający nie dopełnił wynikającego z art. 38 ust. 1 pzp obowiązku udzielenia wyjaśnień. Zastąpienie ich informacją o dokonaniu zmiany postanowienia, którego dotyczyła zgłoszona wątpliwość wykonawcy, sama w sobie nie stanowi żadnego wyjaśnienia. Zwłaszcza w sytuacji, w której nie wprowadziła zmian działania mechanizmu punktów funkcyjnych, co zresztą podkreślał chętnie Zamawiający w kontekście przesłanek odrzucenia. Umknęło jednak Zamawiającemu, że zadane pytanie i następnie podniesiony zarzut nie kwestionują, ani nawet nie dotyczą całości regulacji § 8 ust. 1 pkt 5 d wzoru umowy, lecz konkretnie sprecyzowanego problemu: zastosowania mechanizmu punktów funkcyjnych dla oprogramowania gotowego. Odwołujący i Przystępujący zgodnie wskazywali na rozprawie, że takie wyjaśnienia są im potrzebne, gdyż dotychczas nie zetknęli się ze stosowaniem tego mechanizmu dla oprogramowania gotowego. Z kolei Zamawiający twierdził na rozprawie, że z powodzeniem stosował w praktyce ten mechanizm również dla takiego oprogramowania, np. oprogramowania biurowego. W tych okolicznościach niezrozumiała i nieuzasadniona jest odmowa podzielenia się posiadaną wiedzą z wykonawcami, którzy mają złożyć ważne oferty, między innymi wyceniając w szczegółowej specyfikacji ceny punkty funkcyjne służące rozliczeniu zmian w ramach rozwoju systemu objętego przedmiotem zamówienia. Z uwagi na posiadaną wiedzę i doświadczenie w tym zakresie Zamawiający nie powinien mieć również trudności z wyjaśnieniem tej kwestii na przykładzie.

#### **IV.260 – Izba pozostawiła zarzut bez merytorycznego rozpoznania.**

##### Odwołanie:

W odwołaniu, po pierwsze – zacytowano pytanie dotyczące *Załącznika 6 do OPZ* i odpowiedź na to pytanie, zamieszczone w pkt 260 tabeli odpowiedzi na pytania z 3 kwietnia 2012 r. (załącznik nr 2 do pisma Zamawiającego z 3 kwietnia 2012 r.).

Pytanie nr 260: *Czy Zamawiający zapewni dostęp dla Wykonawcy do konsoli zbierającej zdarzenia i pokazującej aktualny stan komponentów infrastrukturalnych?*

Odpowiedź nr 260: *Patrz odpowiedź na pytanie 258.*

Pytanie nr 258: *Czy Zamawiający zapewni system monitorowania dostępności i wydajności aplikacji (np. Tivoli)? Czy utrzymanie tego systemu (w sensie zapewnienia poprawności i ciągłości jego działania) będzie w zakresie obowiązków Zamawiającego?*

Odpowiedź nr 258: *Nie, Zamawiający nie zapewni systemu monitorowania dostępności i wydajności aplikacji. Jednocześnie, Zamawiający w załączniku 2 do OPZ na końcu rozdziału „1.1 Architektura Systemów i standardy” doda wymaganie "S.WYM.080 - Monitorowanie usług".*

Zdaniem Odwołującego ponieważ odpowiedź na pytanie 258 dotyczy monitorowania komponentów aplikacyjnych, nie zaś infrastrukturalnych, nie można uznać takiej odpowiedzi za należyte wyjaśnienie treści s.i.w.z.

Odpowiedź na odwołanie:

Zamawiający wskazał w pierwszej kolejności, że zakres czynności i rodzaju dostępnych dla wykonawców komponentów infrastrukturalnych jest niezmienny od udostępnienia treści s.i.w.z. i nie budził wcześniej żadnych wątpliwości wykonawców. Natomiast odesłanie do odpowiedzi 258, w której Zamawiający stwierdza, że *NIE UDOSTĘPNIA* jest jednoznaczne i również nie może budzić wątpliwości. Pomimo że Odwołujący próbuje wskazywać, że kwestionuje jakoby treść odpowiedzi na pytanie, *de facto* zarzut sprowadza się do treści s.i.w.z. i braków informacji w niej zawartych. Skoro zdaniem Odwołującego s.i.w.z. nie precyzowała niektórych kwestii, to winien wnieść w tym zakresie odwołanie do 4 lutego 2012 r., a obecnie podnoszony zarzut jest spóźniony.

**Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Na podstawie zgodnych oświadczeń Stron na posiedzeniu Izba ustaliła, że opis przedmiotu zamówienie nie zawierał żadnych postanowień odnośnie konsoli pokazującej aktualny stan komponentów infrastrukturalnych.

Choć wydawałoby się, że treść pytania nr 258 dotyczyła tego, czy Zamawiający udostępni wykonawcy dostęp do posiadanej przez siebie, jak domniemywał pytający, konsoli monitorującej stan elementów infrastrukturalnych, Izba wzięła pod uwagę, że dla obu Stron istotne było jedynie kto – Zamawiający czy wykonawca zamówienia, ma zapewnić konsolę monitoring tych elementów. Odwołujący nie był w stanie wskazać żadnego postanowienia s.i.w.z., z którego wynikałoby, że zapewnia go Zamawiający. Izba zważyła, że odpowiedź udzielona przez odesłanie do innego pytanie nie zmieniła w żaden sposób tego stanu rzeczy.

Z tego względu Izba pozostawiła ten zarzut bez rozpoznania, stosując odpowiednio przepis art. 189 ust. 2 pkt 3 pzp, uznając że odwołanie w tym zakresie zostało złożone z przekroczeniem terminu wynikającego z art. 182 ust. 2 pkt. 1 pzp.

Na marginesie Izba zauważa, że o ile w treści udzielonej odpowiedzi nie pada wcale zwrot „nie udostępnia”, to niewątpliwie wyraża ona odmowę. Z kolei odesłanie do odpowiedzi na inne pytanie jest swoistym wskazaniem, że należy ją rozumieć odpowiednio, czyli analogicznie.

**V.712, VI.360, VII.360 – Izba uznała zarzuty za zasadne.**

Odwołanie:

Odnośnie pierwszego z tych zarzutów, w odwołaniu zacytowano pytanie dotyczące wymagania WYM.UZU.29 *Zapewnienie infrastruktury szkoleń z Załącznika 6 do OPZ* i udzieloną na nie odpowiedź, zamieszczone w pkt 712 tabeli odpowiedzi na pytania (załącznik nr 2 do pisma Zamawiającego z 3 kwietnia 2012 r.).

Pytanie nr 712: *W związku z wymaganiem zapewnienia przez Wykonawcę Kosztów transportu do miejsca szkolenia prosimy o wyjaśnienie: w jaki sposób Zamawiający zamierza rozliczać z Wykonawcą koszty transportu do miejsca szkolenia? w jaki sposób Wykonawca ma oszacować te koszty, skoro nie wiadomo, gdzie będą prowadzone szkolenia? o czyj transport chodzi – transport trenerów? uczestników? sprzętu? oraz skąd?*

Odpowiedź nr 712: *Zamawiający wyjaśnia, że pkt 1 lit. c w Załączniku 6 do OPZ w wymaganiu WYM.UZU.29 zostanie usunięty.*

Zdaniem Odwołującego wskazanie przez Zamawiającego, że dany zapis zostanie usunięty, nie jest wyjaśnieniem treści s.i.w.z. Zamawiający udzielając odpowiedzi na pytanie jednocześnie dokonał szeregu zmian s.i.w.z., opisanych w załączniku nr 1 do pisma z 3 kwietnia 2012 r. Niezrozumiały jest brak zamieszczenia wśród nich stosownej zmiany s.i.w.z., a zamiast tego udzielanie odpowiedzi z użyciem czasu przyszłego. Odwołujący podniósł, że takie stwierdzenie jest jedynie deklaracją Zamawiającego, bez pokrycia w treści s.i.w.z.. Z tego względu w ocenie Odwołującego udzielona odpowiedź nie może być uznana za właściwą i zgodną przepisami pzp. W rezultacie Odwołujący pozbawiony jest możliwości ustalenia wynagrodzenia ryczałtowego w tym zakresie.

W odniesieniu do następnego zarzutu zacytowano w odwołaniu inne pytanie dotyczące *Załącznika 6 do OPZ* i udzieloną na nie odpowiedź, zamieszczone w pkt 360 tabeli odpowiedzi na pytania (załącznik nr 2 do pisma Zamawiającego z 3 kwietnia 2012 r.).

Pytanie nr 360: *Czy świadczenie asysty powdrożeniowej przez Wykonawcę w siedzibie Zamawiającego (CPD MF) oznacza, że cały zespół Wykonawcy (analitycy, programiści, testerzy, technolodzy), w szczególności dla usług Systemu dostępnych w trybie 24/7, musi przebywać w trybie ciągłym (24/7) we wskazanej lokalizacji?*

Odpowiedź nr 360: *Wymagania WYM.UZU.43 i WYM.UZU.51 uległy zmianie.*

*Zgodnie z wymaganiem WYM.UZU.218 oraz zmienionym wymaganiem WYM.UZU.43 Wykonawca podczas asysty powdrożeniowej ma prawo przebywać w CPD, natomiast nie ma takiego obowiązku. Patrz też odpowiedź na pytanie 102.*

W odwołaniu zacytowano również kolejne pytanie dotyczące *Załącznika 6 do OPZ*, zamieszczone w pkt 509 tabeli odpowiedzi na pytania (załącznik nr 2 do pisma Zamawiającego z 3 kwietnia 2012 r.).

Pytanie nr 509: *Czy w kontekście wymagania „WYM.UZU.43 Miejsce i czas świadczenia asysty powdrożeniowej”, zawartego w Załączniku 6 do OPZ, Zamawiający dopuszcza wykonywanie czynności analitycznych związanych z Asystą z lokalizacji innych niż CPD MF?*

Zamawiający odpowiadając odesłał wprost do odpowiedzi na pytanie nr 360.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający co prawda 16 lutego 2012 r. dokonał zmian s.i.w.z., jednak oba te wymagania pozostały niezmienione, w szczególności, zgodnie z obowiązującą treścią wymagania WYM.UZU.43: *Wykonawca jest zobowiązany świadczyć asystę w CPD MF, dla poszczególnych usług objętych asystą, w godzinach ich świadczenia oraz przed tymi godzinami i po tych godzinach w czasie niezbędnym dla ich prawidłowego funkcjonowania.* Zdaniem Odwołującego przesądza to, że udzielona odpowiedź nie może być uznana za wyjaśnienie treści s.i.w.z., gdyż stanowi stwierdzenie nieprawdziwe i wprowadzające wykonawców w błąd. Ponadto nie wyjaśnia w żadnej mierze niezrozumiałych kwestii w samej treści s.i.w.z., a istniejące nadal niejasności uniemożliwiają Odwołującemu sporządzenie oferty m.in. w zakresie ceny.

#### Odpowiedź na odwołanie:

Według Zamawiającego odwołanie w zakresie powyższych zarzutów podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 pzp, gdyż dotyczą one postanowień s.i.w.z., które, jak wynika z treści odwołania i zadanych pytań, były niejasne. Zamawiający powołał się na postanowienie Izby z 9 czerwca 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 678/09), w uzasadnieniu którego między innymi stwierdzono, że: *Samo zadawanie pytań nie przywraca terminu do oprotestowania postanowień specyfikacji, która nie zawiera niezbędnej dla przygotowania oferty, treści.*

#### **Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Na dzień złożenia odwołania wymagania, których dotyczyły powyżej przytoczone pytania miały następujące brzmienie:

*WYM.UZU.29 Zapewnienie infrastruktury szkoleń*

1) *Wykonawca zapewnia w ramach Kontraktu:*

- a) *Noclegi dla szkolonych osób w hotelach co najmniej dwugwiazdkowych zlokalizowanych w taki sposób, aby można było dotrzeć do miejsca szkolenia środkami komunikacji miejskiej w ciągu 1 godziny (wliczając czas na ewentualne przesiadki i dojeżdżania).*
  - b) *Wyżywienie podczas prowadzenia szkoleń (jeden gorący posiłek dziennie oraz gorące i zimne napoje i słodczyce podczas przerw).*
  - c) *Koszty transportu do miejsca szkolenia.*
- 2) *Zamawiający zapewnia na szkolenia: sale i stanowiska komputerowe dla uczestników szkoleń*

*WYM.UZU.43 Miejsce i czas świadczenia asysty powdrożeniowej*

1) *Wykonawca jest zobowiązany świadczyć asystę w CPD MF, dla poszczególnych usług objętych asystą, w godzinach ich świadczenia oraz przed tymi godzinami i po tych godzinach w czasie niezbędnym dla ich prawidłowego funkcjonowania.*

Podczas posiedzenia z udziałem Stron i Przystępujących Odwołujący poinformował, że po wniesieniu odwołania Zamawiający wprowadził kolejną zmianę s.i.w.z. Na wezwanie Izby Zamawiający okazał pismo z 24 kwietnia 2012 r. (znak pisma: FR4/253/BKT/12/1359). Izba ustaliła, że w pkt 4 tego pisma Zamawiający poinformował między innymi o wprowadzeniu następujących zmian w *Załączniku 6 do OPZ – Wymagania uzupełniające na usługi i produkty realizowane w ramach Kontraktu*:

- 1) *wymaganie WYM.UZU.43 otrzymuje brzmienie: „WYM.UZU.43 Miejsce i czas świadczenia asysty powdrożeniowej, 1) Wykonawca świadczy usługę asysty powdrożeniowej dla usług Systemu nią objętych w roli III linii wsparcia, o której mowa w wymaganiu „WYM.UZU.44 Rozwiązywanie problemów i incydentów podczas asysty wdrożeniowej” – tj. w miejscu, w którym świadczy III linię wsparcia. Wymaganie to nie, ogranicza prawa Wykonawcy do dostępu do Systemu wynikającego z innych wymagań., 2) Czas świadczenia usługi asysty powdrożeniowej jest taki jak określony dla III linii wsparcia., 3) Zamawiający zapewni Wykonawcy 1 stanowisko pracy w CPD na cele asysty powdrożeniowej i utrzymania”,*
- 2) *w wymaganiu WYM.UZU.51 dodaje się pkt 3 w brzmieniu: „3) Zamawiający zapewni Wykonawcy 1 stanowisko pracy w CPD na cele asysty powdrożeniowej i utrzymania”.*
- 3) *w wymaganiu WYM.UZU.29 usuwa się pkt 1 lit. c,*

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła brak podstaw do pozostawienia powyżej opisanych zarzutów bez rozpoznania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 pzp. Ponownie Zamawiający swoiście zinterpretował w odpowiedzi na odwołanie te zarzuty jako dotyczące niejasnych dla Odwołującego postanowień s.i.w.z., które nie zostały jednak w odpowiednim terminie zaskarżone. W ocenie Izby stanowisko Zamawiającego, jak również przytoczona

teza z orzeczenia, są nieadekwatne, gdyż przedmiotem zarzutów jest stan rzeczy wywołany udzielonymi przez Zamawiającego 3 kwietnia 2012 r. odpowiedziami.

Po drugie – Izba stwierdziła, że zarzuty te są zasadne. Zamawiający zamiast do wyjaśnienia postanowień s.i.w.z. doprowadził do powstania nowych niejasności. Z jednej strony zobowiązał się do wprowadzenia określonych zmian albo wręcz stwierdził, że już je wprowadził, podczas gdy w rzeczywistości do nich nie doszło aż do 24 kwietnia 2012 r., to jest dopiero na skutek wniesionego odwołania. Twierdzenia Zamawiającego na posiedzeniu, że wprowadzone zmiany nie mają związku z wniesionym odwołaniem, jak również brak poinformowania o wprowadzonych zmianach w przesłanej do Izby 25 kwietnia 2012 r. odpowiedzi na odwołanie (w której wspomniano jedynie o zmianie związanej z zarzutem 12), Izba uznała próbę podtrzymania kompletności wniosku o odrzucenie odwołania, który dla swej skuteczności musiał dotyczyć się wszystkich zarzutów odwołania.

Odwołujący wnosił w odwołaniu o nakazanie Zamawiającemu udzielenia odpowiedzi na pytania nr 712 i 360, uzupełnienia treści s.i.w.z. o postanowienia, które zobowiązał się wprowadzić w treści udzielonych odpowiedzi oraz o usunięcie lit. c pkt 1 w wymaganiu WYM.UZU.29. Na rozprawie Odwołujący oświadczył dodatkowo, że zmiany wprowadzone przez Zamawiającego 24 kwietnia 2012 r. czynią zadość jego żądaniom. Zatem pomimo zasadności zarzutów, wobec stanu istniejącego na dzień orzekania, naruszenie przez Zamawiającego art. 38 ust. 1 i art. 29 ust. 1 pzp, nie może mieć istotnego wpływu na wynik prowadzonego przez niego postępowania.

**VIII.175 – Izba pozostawiła zarzut bez merytorycznego rozpoznania.**

**XII.173 – Izba uznała zarzut za zasadny.**

Odwołanie:

Odnośnie pierwszego z tych zarzutów w odwołaniu zacytowano pytanie dotyczące ust. 7 § 5 *Załącznika 10 do SIWZ Wzór umowy* i odpowiedź na to pytanie, zamieszczone w pkt 175 tabeli odpowiedzi na pytania (załącznik nr 2 do pisma Zamawiającego z 3 kwietnia 2012 r.), a także zmianę s.i.w.z. zamieszczoną w pkt 157 tabeli zmian (załącznik nr 1 do pisma Zamawiającego z 3 kwietnia 2012 r.).

Pytanie nr 175: *Zgodnie z wyżej wskazanym punktem, nakazuje się Wykonawcy konieczność zdeponowania kodów źródłowych ITS u zaufanej osoby trzeciej wraz z przekazaniem do odbioru Pełnego Wdrożenia każdej Architektury Pośredniej. Wskazuje również na konieczność przekazania do Zamawiającego bezterminowego upoważnienia Zamawiającego do wydobycia i dalszego wykorzystania kodów źródłowych w określonych sytuacjach, w szczególności wtedy gdy zostanie stwierdzone, że MF nie ma możliwości*

*powierzenia usług utrzymania i rozwoju osobie trzeciej niezależnej od Wykonawcy lub producenta. Jakie przesłanki muszą być spełnione, aby Zamawiający stwierdził, że nie ma możliwości powierzenia usług utrzymania i rozwoju osobie trzeciej niezależnej od Wykonawcy lub producenta?*

*Odpowiedź nr 175: Zamawiający wyjaśnia, że przypadek określony w § 5 ust. 7 pkt 3 wzoru umowy należy rozumieć jako sytuację obiektywną, która zaistniała w taki sposób, że Zamawiający nie będzie miał możliwości ogłoszenia przetargu na utrzymanie i rozwój Systemu e-Podatki z tego względu, że będą istniały ograniczenia prawne powodujące, że jedynym uprawnionym do realizacji tej Usługi w Polsce będzie mógł być wyłącznie Wykonawca albo inny podmiot posiadający wyłączne prawa w tym zakresie w Polsce (uzależnienie Zamawiającego w zakresie tej Usługi tylko od jednego dostawcy). Jednocześnie w celu uniknięcia wątpliwości interpretacyjnych Zamawiający dokona zmiany treści § 5 ust. 7 pkt. 3.*

*Zmiana nr 157: W § 5 ust. 7 pkt 3 po słowach „Zamawiający nie ma możliwości” dodaje się sformułowanie „przeprowadzenia w trybie konkurencyjnym procedury”.*

W ocenie Odwołującego udzielonej odpowiedzi nie można uznać za wyjaśnienia w rozumieniu art. 38 pzp, gdyż nie zawiera precyzyjnego określenia przesłanek koniecznych do stwierdzenia, że Zamawiający nie ma możliwości powierzenia usług utrzymania i rozwoju osobie trzeciej niezależnej od wykonawcy lub producenta. Pojęcie *sytuacji obiektywnej* nie zawęża przypadku nabycia przez Zamawiającego uprawnień do modyfikacji i sublicencjonowania kodów źródłowych jedynie do okoliczności związanej z przepisami praw autorskich. Przykładowo wystąpienie przesłanek określonych w art. 67 ust 1 pkt 3 pzp nie może narażać wykonawcy i producenta oprogramowania na ryzyko utraty wartości intelektualnej o tak znacznej wartości jak prawa do kodów źródłowych oprogramowania ITS. Z s.i.w.z. nie wynika również w sposób jasny kto będzie uprawniony do stwierdzenia, że przesłanka została wypełniona, w szczególności rozstrzygnięcia, czy Zamawiający ma możliwość skorzystania z trybu konkurencyjnego, czy też nie. Brak jednoznaczności postanowień powoduje, że wystąpienie przesłanki oraz interpretacja prawna dotycząca możliwości skorzystania z postanowienia § 5 ust. 7 pkt 3 umowy, traci charakter obiektywny i generuje olbrzymie nieuzasadnione ryzyko, które uniemożliwia sporządzenie i złożenie oferty m.in. w zakresie ceny.

Odwołujący podniósł również, że zgodnie z postanowieniami wzoru umowy wykonawca przenosi na Zamawiającego w całości wszelkie majątkowe prawa autorskie do wytworzonych w ramach umowy produktów. Postanowienia te realizują w wystarczającym stopniu postulaty formułowane w ramach wytycznych Urzędu Zamówień Publicznych, co do

takiego formułowania s.i.w.z. aby wykluczyć możliwość uzależnienia zamawiającego od jednego dostawcy. W tym kontekście postanowienie pkt. 3 jest zbyt daleko idącym i nieuzasadnionym wymogiem. Z kolei w kontekście kodów źródłowych w zakresie utworów, co do których udzielane są licencje/sublicencje (COTS), Wykonawca nie posiada prawnych podstaw do przekazania kodów źródłowych przewidzianych w trybie § 5 ust. 7 wzoru umowy.

W zakresie drugiego z omawianych zarzutów w odwołaniu zacytowano inne pytanie dotyczące ust. 7 § 5 *Załącznika 10 do SIWZ Wzór umowy* i udzieloną na nie odpowiedź, zamieszczone w pkt 173 tabeli odpowiedzi na pytania (załącznik nr 2 do pisma Zamawiającego z 3 kwietnia 2012 r.), a także zmianę treści s.i.w.z. zamieszczoną w pkt 156 tabeli zmian (załącznik nr 1 do pisma Zamawiającego z 3 kwietnia 2012 r.).

Pytanie nr 175: *Wskazać należy, że Wykonawca nie ma uprawnień do udzielenia Zamawiającemu bezterminowego upoważnienia do wydobycia i dalszego wykorzystania kodów źródłowych, wobec czego czy Zamawiający przewiduje zmianą tego postanowienia?*

Odpowiedź nr 175: *Nie, Zamawiający nie przewiduje zmiany § 2 wzoru umowy, jednakże mając na uwadze treść pytania, Zamawiający wyjaśnia, że w § 5 ust. 7 wzoru umowy dotyczącym udzielania upoważnienia do wydobycia i dalszego wykorzystania kodów źródłowych sformułowanie „bezterminowego” zostało zastąpione określeniem „w okresie zakładanego zgodnie z Umową trwania licencji/sublicencji”, o czym Uczestnicy Postępowania zostali poinformowani w dniu 16.02.2012 r. pismem znak FR4/253/BKT/12/574 zamieszczonym na stronie internetowej Ministerstwa Finansów.*

Zmiana nr 156: *W § 5 ust. 7 pkt 2 na końcu dopisuje się sformułowanie „dla danej wersji Oprogramowania gotowego lub jego kolejnych wersji”.*

Odwołujący podniósł, że dokonana przez Zamawiającego zmiana uniemożliwia sporządzenie oferty przez Odwołującego. Powszechnie wiadome jest, że producenci oprogramowania gotowego, w tym klasy ITS, nie godzą się na ujawnianie kodów źródłowych takiego oprogramowania w przypadku zaprzestania świadczenia usług asysty technicznej i konserwacji dla danej wersji oprogramowania, o ile w obrocie dostępne są jego nowsze wersje. W tym przypadku mamy do czynienia ze świadczeniem niemożliwym (naruszenie art. 387 § 1 kc, a Odwołujący jest pozbawiony możliwości sporządzenia oferty zgodnej z takimi właśnie oczekiwaniami Zamawiającego (naruszenie art. 29 ust. 1 pzp). Takie sformułowanie powodować będzie ponadto promowanie podmiotów konkurencyjnych wobec Odwołującego, dysponujących wyłącznymi majątkowymi prawami autorskimi do oprogramowania gotowego, co stanowi o naruszeniu art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 2 pzp.

Odpowiedź na odwołanie:



Zdaniem Zamawiającego pierwszy z powyższych zarzutów stanowi próbę przywrócenia terminu na wniesienia odwołania w zakresie pierwotnej treści s.i.w.z. Zamawiający podniósł, że zarówno Odwołujący, jak i inne podmioty (IBM Polska, Sygnity), na poprzedniej rozprawie zarzucały, występującą ich zdaniem, wadliwość postanowień s.i.w.z. w zakresie brzmienia § 5 ust. 7 pkt 2 i 3 wzoru umowy. Z kolei Odwołujący próbował podnosić kwestię dysponowania kodami źródłowymi w poprzednim odwołaniu, jednakże popełnił pomyłkę co do brzmienia treści umowy. Spowodowało to uznanie przez Izbę, że treść odwołania nie zawierała zarzutów w stosunku do § 5 ust. 7 pkt 2 i 3 wzoru umowy, a podniesienie tego zarzutu na rozprawie jest spóźnione. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 28 lutego 2012 r. uwzględniła zarzut odwołania wniesionego przez Sygnity (strona 128 wyroku), stwierdzając: *Zdaniem Izby, przyjęta konstrukcja jest co prawda prawidłowa (wyjątkowy charakter) – wzorowany na umowach depozytowych oprogramowania – Software Escrow (Izba z urzędu w odniesieniu do niniejszego zarzutu wzięła pod uwagę opracowanie wskazane poniżej), przy czym chodzi o zagwarantowanie nabywcy oprogramowania dostępu do kodów tylko w przypadku wystąpienia sytuacji zdefiniowanej w umowie i przeniesienie prawa do modyfikacji oprogramowania w takiej sytuacji. Jednakowoż, zasadnym jest doprecyzowanie ppkt 2 i 3, zgodnie z wyjaśnieniami udzielonymi na rozprawie w tym zakresie. Jednocześnie stwierdzono: W konsekwencji Izba nakazuje Zamawiającemu doprecyzowanie sformułowań ppkt 2 i 3 zgodnie z wykładnią autentyczną przedstawioną na rozprawie z uwzględnieniem, że sytuacja z ppkt 2 będzie dotyczyła zaprzestania wsparcia, a nie pojawienia się nowszej wersji oprogramowania.*

Zamawiający stwierdził, że zmiana brzmienia ppkt 3 zgodnie z udzieloną odpowiedzią i dodanie sformułowania *przeprowadzenia w trybie konkurencyjnym procedury* stanowi wykonanie wyroku Izby. Natomiast wywód odwołania w zakresie tego zarzutu jest próbą ponownego kwestionowania postanowień s.i.w.z. w zakresie możliwości żądania dostarczenia i wykorzystania kodów źródłowych. Izba w poprzednio wydanym wyroku uznała postanowienia § 5 ust. 7 pkt 1, 2 i 3 wzoru umowy za uzasadnione z punktu widzenia potrzeb i interesów Zamawiającego, co oznacza, że jest to zarzut dotyczący pierwotnych postanowień s.i.w.z. i podlega odrzuceniu zarówno w oparciu o przepis art. 189 ust. 2 pkt 3, jak i pkt 5 pzp.

Odnosnie zarzutu z pkt 12 Zamawiający dodatkowo stwierdził, że w wykonaniu wyroku Izby z 28 lutego 2012 r. doprecyzował § 5 ust. 7 pkt 2 wzoru umowy poprzez dodanie do jego treści sformułowania *dla danej wersji oprogramowania lub jego kolejnych wersji*. Zmienione postanowienie będzie uprawniało Zamawiającego do wydobycia kodów źródłowych w przypadku zakończenia asysty technicznej przez producenta lub jego

następcę prawnego dla wszelkich wersji *Oprogramowania gotowego* (zarówno wersji wdrożonej w ramach realizacji przedmiotu zamówienia, jak i kolejnych wersji oddanych do użytku po wdrożeniu). Natomiast w związku z rozbieżnościami interpretacyjnymi w zakresie dodanego zapisu, Zamawiający dokonał 24 kwietnia 2012 r. zmiany spójnika *lub* na spójnik *i*.

**Izba ustaliła, co następuje:**

Zamawiający prawidłowo przytoczył wywody Izby rozpatrującej zarzut odwołania Sygnity naruszenia art. 353<sup>1</sup> i art. 5 kc w zw. z art. 14 i 139 ust. 1 pzp przez postanowienia § 5 ust. 7 pkt 2 i 3 wzoru umowy. Jednakże pomiędzy fragmentami przytoczonymi znalazły się w uzasadnieniu wyroku także następujące zdania: *Szczególnie istotne jest doprecyzowanie ppkt 2. W ogólnie dostępnym opracowaniu (dr Małgorzata Engeleit – Umowy w obrocie oprogramowaniem cz. II - [http://cbke.prawo.uni.wroc.pl/static/Eclet/2009lato/Umowy/Oprogramowanie\\_Engeleit%202009-05.pdf](http://cbke.prawo.uni.wroc.pl/static/Eclet/2009lato/Umowy/Oprogramowanie_Engeleit%202009-05.pdf)) wiąże się niniejszy przypadek z brakiem/zaprzestaniem pielęgnacji oprogramowania (zaprzestaniem wsparcia) na skutek porzucenia oprogramowania, w żadnym wypadku nie odnosi się niniejszej sytuacji z pojawieniem się nowszej wersji oprogramowania. W ocenie Izby, taka wykładania rozszerzająca jest błędna.*

Izba ustaliła na podstawie protokołu rozprawy, że w jej toku Zamawiający przedstawił następujące wyjaśnienia: *Odnośnie zarzutu dotyczącego § 5 ust. 7 pkt 2 i 3, w ocenie Zamawiającego, Odwołujący odniósł się tylko do ar 353<sup>1</sup> oraz art. 5 K.c. W ocenie Zamawiającego, Odwołujący nie określił właściwego przepisu, który został naruszony w tym zakresie, nie złożył również dowodu potwierdzającego brak możliwości złożenia oferty. Odnośnie kwestii spornych postanowień umowy Zamawiający wyjaśnia, iż, po pierwsze § 9 dotyczy oprogramowania wytworzonego, a nie gotowego, zaś § 10 ust. licencji na oprogramowanie gotowe. Przywołał również § 10 ust. 1 pkt 5, w ramach którego Zamawiający określił, kiedy będzie przysługiwało mu prawo do modyfikacji oprogramowania gotowego – po pierwsze, kiedy będziemy mieli do czynienia z ingerencją, która nie będzie powodowała konieczności ingerowania w kody źródłowe oraz kiedy zaistnieje taka konieczność, tj. w przypadku § 5 ust. 7 (str. 67 i 68 SIWZ). W tym zakresie, odnosząc się do pkt 2 i 3 wskazuje, że w pkt 2 chodziło o zakończenie w rozumieniu wycofania danego oprogramowania z rynku i zaprzestania jego utrzymywania przez producenta, w pkt 3 zaś sformułowanie „gdy zostanie stwierdzone” należy rozumieć, gdy postępowanie przetargowe ogłoszone przez Zamawiającego nie da rezultatu i będzie konieczne udzielenie zamówienia z wolnej ręki. Wskazuje, iż w przedmiotowym paragrafie mowa jest o oprogramowaniu klasy ITS, oprogramowaniu gotowym takim, jakim funkcjonuje w innych krajach. Jest to oprogramowanie do obsługi podatkowej. Wskazuje, iż kody źródłowe będą zdeponowane*

*u depozytariusza. Pkt 2 § 5 ust. 7 ma na celu zapewnienie ciągłości funkcjonowania systemu podatkowego, a pkt 3 zabezpieczenia możliwości interesu Zamawiającego w wypadku brak rozstrzygnięcia postępowania konkurencyjnego. [str. 61]*

*Dodatkowo w sprawie dotyczącej poprzedniego odwołania Odwołującego Zamawiający stwierdził: Oдноśnie zarzutów Ie, If, Ig Zamawiający wskazuje, iż uznaje argumentację przywołaną odnośnie § 5 ust. 7 pkt 2 i 3 podczas rozpatrywania odwołania Sygnity za adekwatną w przedmiotowym odwołaniu. Brak takich postanowień będzie skutkował dla Zamawiającego powstaniem barierami, o jakich jest mowa w rekomendacji UZP, będą te rekomendacje naruszone. Wyjaśnia, iż dostęp do kodów źródłowych dotyczy oprogramowania gotowego odnoszącego się do oprogramowania podatkowego, który ma charakter unikalny na rynku polskim. Wskazuje, iż na rynku istnieje, wg listy Gartnera, 8 producentów oprogramowania gotowego, nie wszyscy niniejsi producenci są uczestnikami przedmiotowych postępowań odwoławczych. Niewykluczone, że przedmiotowe postanowienia wzoru umowy są realne. Pełnomocnik Zamawiającego reprezentujący dział informatyczny wskazał, iż, w jego ocenie, pkt 2 przewidujący możliwość modyfikacji kodów źródłowych w starszej wersji oprogramowania jest możliwy do wyegzekwowania. Zauważa, iż w wypadku oprogramowania Poltax, które jest obecnie użytkowane przez Ministerstwo, dysponuje on odpowiednimi kodami źródłowymi uniemożliwiającymi taką modyfikację. Wskazuje, iż producentem niniejszego oprogramowania jest firma Bull. [str. 74]*

*Oprócz zmian przywołanych w odwołaniu Zamawiający wprowadził następującą zmianę s.i.w.z. w pkt 155 tabeli zmian załącznika nr 1 do pisma z 3 kwietnia 2012 r.: W § 5 ust. 7 w zdaniu pierwszym słowa „wraz z przekazaniem do odbioru Etapów zastępuje się sformułowaniem „w ramach Etapów” oraz wykreśla się słowa „za protokolarnym potwierdzeniem odbioru”, a także w zdaniu drugim po słowach „Wraz z dowodem złożenia do depozytu kodów źródłowych Oprogramowania gotowego” dodaje się sformułowanie „w ramach usługi typu ESCROW”.*

*Izba ustaliła zatem, że na dzień wniesienia odwołania ustalilo się następujące brzmienie § 5 ust. 7 Załącznika 10 do SIWZ – Wzór Umowy [uwagi w nawiasach kwadratowych, a także pogrubienia lub skreślenia dodano dla zobrazowania wprowadzonych zmian]:*

*Wykonawca, ~~wraz z przekazaniem do odbioru Etapów~~ [3.04 zmieniono na:] **w ramach Etapów** TA2/2, TA3/2 i TA4/2 zakończonych osiągnięciem Kamieni milowych - Pełne wdrożenie, dla poszczególnych Architektur Pośrednich, dostarczy [3.04 skreślono:] **za protokolarnym potwierdzeniem odbioru** kody źródłowe Oprogramowania dedykowanego i dowód złożenia do depozytu u zaufanej osoby trzeciej (depozytariusza), którą mogą być*

placówki bankowe, kancelarie notarialne lub wyspecjalizowane w tym obszarze firmy, kodów źródłowych Oprogramowania gotowego w części obejmującej oprogramowanie klasy ITS, a także pełną Dokumentację techniczną dotyczącą danej Architektury Pośredniej, w tym dotyczącą całości Oprogramowania. Wraz z dowodem złożenia do depozytu kodów źródłowych Oprogramowania gotowego [3.04 dodano:] **w ramach usługi typu ESCROW**. Wykonawca dostarczy jednocześnie potwierdzenie nieodwołalnego, ~~bezzterminowego~~ [16.02 zmieniono na:] **w okresie zakładanego zgodnie z Umową trwania licencji/sublicencji upoważnienia Zamawiającego do wydobywania i dalszego wykorzystania kodów źródłowych w następujących przypadkach:**

- 1) upadłości lub likwidacji producenta Oprogramowania gotowego objętego licencjonowaniem, lub jego następcy prawnego;
- 2) zakończenia świadczenia usług asysty technicznej i konserwacji przez producenta Oprogramowania gotowego lub jego następcę prawnego [3.04 dodano:] **dla danej wersji Oprogramowania gotowego i jego kolejnych wersji.**
- 3) gdy zostanie stwierdzone, że Zamawiający nie ma możliwości [3.04 dodano:] **przeprowadzenia w trybie konkurencyjnym procedury powierzenia usług utrzymania i rozwoju Systemu e-Podatki osobie trzeciej niezależnej od Wykonawcy lub producenta.**

Wykonawca zapewnia, że w okresie zakładanego trwania licencji/sublicencji, ww. upoważnienie Zamawiającego będzie skuteczne, a kody źródłowe będą w stanie umożliwiającym ich wykorzystanie w celu prawidłowego utrzymania i rozwoju Systemu e-Podatki. Zamawiający jest odpowiedzialny za to, że kody źródłowe nie zostaną wykorzystane w innym celu.

Dodatkowo w pkt 1.1 pisma z 24 kwietnia 2012 r. (znak pisma: FR4/253/BKT/12/1359) Zamawiający wprowadził następującą zmianę: w treści § 5 ust. 7 pkt 2 Wzoru Umowy Zamawiający zmienia zapis „dla danej wersji Oprogramowania gotowego lub jego kolejnych wersji” na zapis „dla danej wersji Oprogramowania gotowego i jego kolejnych wersji”

#### **Izba zważyła, co następuje:**

Niepodważalne jest, że w poprzednio łącznie rozpoznawanych sprawach Izba rozpatrywała zarzuty wywiedzione na tle brzmienia § 5 ust. 7 wzoru umowy, w tym pkt 2 i 3. Zostały one uwzględnione w taki sposób, jak to wynika z przytoczonych powyżej fragmentów uzasadnienia wyroku z 28 lutego 2012 r., gdzie Izba nakazała wprowadzenie pewnych zmian, zgodnie z przytoczonymi powyżej wyjaśnieniami Zamawiającego, w pozostałym zakresie uznając samą konstrukcję prawną za dopuszczalną. W odwołaniu ta istotna okoliczność została zupełnie przemilczana, natomiast na posiedzeniu Odwołujący zajął

stanowisko, że niemożliwe jest zbadanie czy Zamawiający wprowadził zmiany zgodne z nakazanymi przez Izbę w wyroku z 28 lutego 2012 r. Izba nie podziela tego poglądu, gdyż z art. 189 ust. 2 pzp wynika obligatoryjny charakter badania odwołania między innymi w zakresie tego, czy nie odwołano się od czynności dokonanych zgodnie z treścią wyroku.

Po przeprowadzeniu porównania zmian objętych zarzutami odwołania z nakazami zawartymi w wyroku z 28 lutego 2012 r. nie sposób stwierdzić, że dokonana przez Zamawiającego zmiana pkt 3 ust. 7 § 5 wzoru umowy została dokonana niezgodnie z wyrokiem Izby. Zamawiający zgodnie ze swoimi wyjaśnieniami złożonymi w toku poprzedniej rozprawy doprecyzował, że chodzi o niemożność udzielenia zamówienia w trybie konkurencyjnym, a zatem powodującą konieczność udzielenia zamówienia z wolnej ręki. Również zakwestionowana w odwołaniu odpowiedź na pytanie zawiera takie wyjaśnienia oraz informację o wprowadzonej zmianie. Zamawiający nie był zobowiązany do zmiany w większym zakresie, niż to wynikało z rozstrzygnięcia poprzednich odwołań. Odwołujący nie przedstawił natomiast żadnych argumentów podważających zgodność wprowadzonej zmiany z wyrokiem Izby. Z tych względów Izba uznała, że dokonana przez Zamawiającego zmiana pkt 3 ust. 7 § 5 wzoru umowy skutkuje zajęciem przesłanki z art. 189 ust. 2 pkt 5 pzp w stosunku do zarzutu odwołania w niniejszej sprawie.

Odmienne przedstawia się stan rzeczy w zakresie zarzutu dotyczącego pkt 2 ust. 7 § 5 wzoru umowy. W uzasadnieniu wyroku z 28 lutego 2012 r. Izba wyraźnie nakazała zawężenie tej przesłanki pozwalającej Zamawiającemu na wydobycie kodów źródłowych do sytuacji zaprzestania wsparcia dla danego oprogramowania w ogóle, a nie tylko dla starszej wersji, w związku z pojawieniem się nowszej, a zatem do sytuacji tzw. porzucenia oprogramowania przez jego producenta. Tymczasem z wprowadzonej przez Zamawiającego 3 kwietnia 2012 r. zmiany wynikało, że wystarczające jest zaprzestanie wsparcia dla danej lub kolejnych wersji oprogramowania gotowego, a zatem jednej z nich. Zamawiający nie wykonał zatem w tym zakresie prawidłowo wyroku, dokonując wręcz rozstrzenia dotychczas sformułowanej przesłanki, co stało się przedmiotem zarzutu nowego odwołania. Doprowadziło to do paradoksalnej sytuacji, w której zażądano przywrócenia brzmienia przesłanki do stanu sprzed 3 kwietnia 2012 r.

W tych okolicznościach zarzut skierowany przeciwko wprowadzonej zmianie jest oczywiście zasadny. Odwołujący na rozprawie zmienił swoje żądanie, gdyż oświadczył, że satysfakcjonuje go zmiana wprowadzona przez Zamawiającego po wniesieniu odwołania. Wobec takiego stanu istniejącego na dzień orzekania, nie można stwierdzić, że stwierdzone naruszenie może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Natomiast Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego, że pozostałe wywody

Odwołującego, dotyczą elementów treści s.i.w.z. istniejących przed zmianą z 3 kwietnia 2012 r., wobec których mógł on i powinien podnieść zarzuty w poprzednio wniesionym odwołaniu, a zatem Izba jest uprawniona do pozostawienia ich bez rozpoznania z powołaniem się na art. 189 ust. 2 pkt 3 pzp, wobec przekroczenia terminu wynikającego z art. 182 ust. 2 pkt. 1 pzp.

#### **IX.249 – Izba pozostawiła zarzut bez merytorycznego rozpoznania.**

##### Odwołanie:

W odwołaniu zacytowano pytanie dotyczące wymagania uzupełniającego WYM.UZU.44 z *Załącznika 6 do OPZ* i udzieloną na nie odpowiedź, zamieszczone w pkt 249 tabeli odpowiedzi na pytania (załącznik nr 2 do pisma Zamawiającego z 3 kwietnia 2012 r.)

Pytanie nr 249: *Pkt. 7. – w zakres obsługi incydentów na etapie asysty powdrożeniowej wchodzi również wyjaśnianie działania Systemu. Czy prawo do zgłaszania zapytań o wyjaśnienie działania Systemu posiadają tylko użytkownicy MF (lub ich ograniczona grupa) czy też użytkownicy spoza MF (podatnicy)? Prosimy o podanie estymat wolumenu zapytań odnośnie wyjaśnień działania systemu.*

Odpowiedź nr 175: *W zakresie tego, kto zgłasza się do III linii wsparcia patrz odpowiedź na pytanie 256. Jeśli chodzi o wolumen zapytań to jest on zależny, od jakości wytworzonego systemu (np. intuicyjności) oraz jego dokumentacji. Zapytanie do III linii wsparcia będzie kierowane w przypadku, gdy przygotowana przez Wykonawcę dokumentacja systemu oraz Baza Wiedzy o Systemie nie będzie umożliwiała odpowiedzi na pytanie*

Zdaniem Odwołującego powyższa odpowiedź w sposób zasadniczy zmodyfikowała treść s.i.w.z., w szczególności ostatnie zdanie. Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści s.i.w.z. oraz jej ujednoczenie.

##### Odpowiedź na odwołanie:

Zamawiający stwierdził, że dokonując zmiany s.i.w.z. w zakresie WYM.UZU.44 wykonał wyrok z 28 lutego 2012 r., w którym odnosząc się do zarzutu Odwołującego Izba stwierdziła: *Odnośnie zarzutu w zakresie pkt I s – III linii wsparcia, Izba wskazuje, że Zamawiający mimo zapowiedzi modyfikacji w odpowiedzi na odwołanie, nie dokonał w przedmiotowym zakresie zmiany postanowień OPZ. Z tej przyczyny, jak i wobec uznania zasadności argumentacji Odwołującego, Izba uwzględniła zarzut i nakazuje w tym zakresie stosowną modyfikację wraz z zagwarantowaniem jednoznacznego prawa Wykonawcy do*

odmowy reakcji na incydent, w ramach III linii wsparcia, z zastrzeżeniem podania uzasadnienia odmowy reakcji.

Z uwagi na powyższe Zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania w zakresie zarzutu 9 na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 pzp.

**Izba ustaliła, co następuje:**

Pierwotnie pkt 11 wymagania WYM.UZU.44 z Załącznika 6 do OPZ – Wymagania uzupełniające na usługi i produkty realizowane w ramach Kontraktu brzmiał następująco: *Wykonawca nie ma prawa odmówić obsługi incydentów z powodu tego, że jego zdaniem problem mógł być obsłużony w I lub II linii wsparcia.*

W odwołaniu w sprawie o sygn. akt KIO 239/12 Odwołujący wnosił w pkt I s o: *nakazanie Zamawiającemu zmiany treści Załącznika nr 6 do OPZ, w punkcie 1.1.6.7. WYM.UZU.44 Rozwiązywanie problemów i incydentów podczas asysty powdrożeniowej, poprzez jednoznaczne określenie zakresu odpowiedzialności Wykonawcy ramach III linii wsparcia i podziału odpowiedzialności pomiędzy I i II linię wsparcia zapewnianą przez Zamawiającego, a III linią wsparcia, której zapewnienie jest obowiązkiem Wykonawcy.*

W rozstrzygnięciu tak sprecyzowanego zarzutu i żądania Izba orzekła jak to przytoczył w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający.

Po wyroku Izby Zamawiający 3 kwietnia 2012 w pkt. 87 tabeli zmian s.i.w.z. zamieścił następującą informację: *W Załączniku 6 do OPZ punkt 11 w wymaganiach: „WYM.UZU.44 Rozwiązywanie problemów i incydentów podczas asysty powdrożeniowej” i „WYM.UZU.52 Rozwiązywanie problemów i incydentów podczas etapu utrzymania Systemu” otrzymuje brzmienie: Wykonawca może odmówić reakcji na incydent i przekazać go z powrotem do II linii wsparcia Zamawiającego, jeśli obsługa incyduentu leży w zakresie Zamawiającego, tj. informacja potrzebna do obsługi incyduentu jest w Dokumentacji Systemu, informacja o obsłudze systemu jest w Bazie Wiedzy o Systemie, incydent nie dotyczy systemu dostarczonego przez Wykonawcę, zgłoszenie nie zawiera wszystkich informacji wymaganych zgodnie z Umową do jego obsługi. Warunkiem odmowy jest podanie uzasadnienia wskazującego miejsce w Dokumentacji w którym są informacje potrzebne do obsługi incyduentu, miejsce w Bazie Wiedzy o Systemie, w którym jest informacja o obsłudze incyduentu lub innego właściwego uzasadnienia”.*

Izba ustaliła także, że 3 kwietnia 2012 r. Zamawiający odpowiadając na pytanie 249 odesłał do następującej odpowiedzi zamieszczonej w pkt. 256: *Z III linią wsparcia kontaktuje się tylko II linia wsparcia.(...)*

**Izba zważyła, co następuje:**

Wobec tego, że zarzut dotyczy kwestii poprzednio rozpatrywanej przez Izbę, a Zamawiający następnie dokonał zmiany treści s.i.w.z. zgodnie z wyrokiem z 28 lutego 2012 r. – Izba pozostawiła go bez rozpoznania w niniejszej sprawie, z powołaniem się na art. 189 ust. 2 pkt 5 pzp. W ocenie Izby również trzecie zdanie odpowiedzi udzielonej na pytanie 249 jest zgodne jest zarówno z tym wyrokiem, jak zmianą treści pkt. 11 WYM.UZU.44. Izba zauważa wewnętrzną sprzeczność stanowiska Odwołującego, który z jednej strony stwierdza, że *odpowieź w sposób zasadniczy modyfikuje treść SIWZ i jednocześnie wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści SIWZ.*

Na marginesie należy zauważyć, że zgodnie z utrwalonym w orzecznictwie Izby stanowiskiem, wyjaśnienia s.i.w.z. udzielone przez Zamawiającego w odpowiedzi na pytania wykonawców są obowiązujące niezależnie od tego, czy powinny być i zostały nazwane zmianami s.i.w.z.

#### **X.15, XI.17 – Izba pozostawiła zarzuty bez merytorycznego rozpoznania.**

##### Odwołanie:

W odwołaniu zacytowano pytania dotyczące wymagania uzupełniającego WYM.UZU.44 z *Załącznika nr 2 do OPZ* i odpowiedzi na te pytania, zamieszczone w pkt 15 i 17 tabeli odpowiedzi na pytania, a także zmianę treści s.i.w.z. wynikającą z pkt 10 tabeli zmian (odpowiednio załącznik nr 2 i 1 do pisma z 3 kwietnia 2012 r.).

Pytanie nr 15: *Co oznacza zapis „minimalnym (praktycznie zerowym)” punkcie odtworzenia i czasie odtworzenia. Czy należy go rozumieć, jako  $RPO=RTO=0$ ? Jeśli nie to, jakie wartości dla  $RPO/RTO$  dopuszcza Zamawiający?”*

Odpowiedź nr 15: *Wymaganie S. WYM.042 zostanie zmienione i będzie mówiło o czasie nie większym niż 4 godziny. Dokumentacja usług KiC zostanie dołączona do nowej wersji SIWZ.*

Pytanie nr 17: *Wymagania S.WYM.072 i 075 opisują, że parametry RTO i RPO mają być odpowiednio „nie większe” niż analogiczne wskaźniki dla infrastruktury. Prosimy o podanie wskaźników RPO i RTO dla infrastruktury dostarczanej przez Zamawiającego. Prosimy także o informację jak interpretować te wymagania w kontekście S. WYM.042 o „praktycznie zerowym” RPO/RTO.*

Odpowiedź nr 17: *Patrz odpowiedź na pytanie 15.*

Zmiana nr 10: *W Załączniku nr 2 do OPZ Zamawiający nadaje wymaganiu: „S.WYM.042 – Możliwość wykorzystania centrów zapasowych”, następującą treść: „Konstrukcja dostarczanych systemów centralnych powinna umożliwiać wykorzystanie ich w środowisku wielu centrów komputerowych zapewniających minimalny (praktycznie zerowy)*



*punkt odtworzenia (Recovery Point Objective) oraz czas odtworzenia (Recovery Time Objective) do 4 godzin, w razie zniszczenia zasobów centrum komputerowego”.*

W ocenie Odwołującego powyższe wymaganie nie zostało zmienione w sposób precyzyjny. Ponadto Zamawiający mimo deklaracji zawartej w treści odpowiedzi na pytanie, nie dołączył do s.i.w.z. dokumentacji usług KiC. W konsekwencji zmieniona treść s.i.w.z. jest również niezgodna z art. 29 ust. 1 ustawy pzp, uniemożliwiając tym samym sporządzenie oferty przez Odwołującego.

Odpowiedź na odwołanie:

Zamawiający wskazał, że kwestia czasu odtworzenia była przedmiotem poprzednich odwołań, a dokonana zmiana jest zgodna z deklaracjami przedstawionymi w odpowiedzi na poprzednie odwołania, a także wyrokiem Izby z 28 lutego 2012 r. (str. 115). Zarzut dotyczący *Załącznika 2 do OPZ, sekcji 1.3.5 Wykorzystanie zasobów, wymagania S.WYM.042 – Możliwość wykorzystania centrów zapasowych (TA2, TA3, TA4)* był przedmiotem poprzedniego odwołania HP (pkt I cc), w którym zażądano usunięcia tego postanowienia. Izba nakazała Zamawiającemu zmianę postanowienia zgodnie z treścią odpowiedzi na odwołanie oraz korelację definicji RPO z definicją zawartą w KiC. Zamawiający zgodził się z zarzutem, że *praktycznie zerowy punkt oraz czas odtworzenia tworzy zbyt kosztowne wymagania względem centrów zapasowych*. Zamawiający oświadczył także, że skoryguje brzmienie tego wymagania na mniej restrykcyjne: *Konstrukcja dostarczanych systemów centralnych powinna umożliwiać wykorzystanie ich w środowisku wielu centrów komputerowych zapewniających minimalny punkt odtworzenia oraz czas odtworzenia (Recovery Point Objective, Recovery Time Objective) w razie zniszczenia centrum komputerowego. Wymagany czas określa się do 4 godzin*.

Zamawiający stwierdził, że Odwołujący nie podał żadnego uzasadnienia dla swojej tezy o zmianie wymagania S.WYM. 042 w sposób nieprecyzyjny. Izba nakazując zmianę zgodnie z propozycją Zamawiającego z odpowiedzi na odwołanie nie dopatrzyła się jakiegokolwiek nieprecyzyjności pierwotnego postanowienia s.i.w.z., a jedynie odniosła się do wymaganego czasu odtworzenia.

W ocenie Zamawiającego powyższe okoliczności uzasadniają odrzucenie odwołania w zakresie zarzutu 10 na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3, 4 i 5 pzp.

Zamawiający stwierdził również, że dokumentacja usługi KiC została zamieszczona na jego stronie internetowej 3 kwietnia 2012 r. jako kolejny załącznik do OPZ, a przeciwnie twierdzenia odwołania są nieprawdziwe.

Z kolei zarzut 11 odwołania podlega według Zamawiającego odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 i 5 pzp, gdyż postanowienia OPZ w zakresie wymagania

S.WYM.072 również było przedmiotem rozstrzygnięcia Izby, która oddaliła zarzut z pkt 3 uzupełnienia odwołania HP (str. 116 wyroku).

Odwołujący cofnął na posiedzeniu zarzut w zakresie niezamieszczenia przez Zamawiającego dokumentacji KiC, przyznając okoliczność podniesioną przez Zamawiającego.

**Izba ustaliła, co następuje:**

Izba ustaliła, że na dzień wniesienia odwołania ustaliło się następujące brzmienie *Załącznik 2 do OPZ – Wymagania główne w zakresie Realizowanych produktów, 1.3.5 Wykorzystanie zasobów* [uwagi w nawiasach kwadratowych, a także pogrubienia lub skreślenia dodano dla zobrazowania wprowadzonych zmian]:

*Wymagania:*

*S.WYM.042 - Możliwość wykorzystania centrów zapasowych(TA2, TA3, TA4)*

*Konstrukcja dostarczanych systemów centralnych powinna umożliwiać wykorzystanie ich w środowisku wielu centrów komputerowych zapewniających minimalny (praktycznie zerowy) punkt odtworzenia oraz ~~czas odtworzenia~~ (Recovery Point Objective, ~~Recovery Time Objective~~) w razie zniszczenia zasobów centrum komputerowego. [3.04 zmieniono na:] **czas odtworzenia (Recovery Time Objective) do 4 godzin, w razie zniszczenia zasobów centrum komputerowego.***

*1.4 Eksploatacja, utrzymanie, rozwój, licencje*

*Wymagania:*

*S.WYM.072 - Czas wznowienia po zakłóceniu działania (TA2, TA3, TA4)*

*Dla każdej z aplikacji czas gwarantowanego wznowienia po zakłóceniu działania (RTO) powinien być nie większy niż dla powiązanej usługi infrastrukturalnej dostarczającej środowisko dla aplikacji.*

*S.WYM.075 - Poziom utraty danych po wystąpieniu zakłócenia(TA2, TA3, TA4)*

*Maksymalny poziom utraty danych w systemie po wystąpienia zakłócenia (RPO) powinien być nie większy niż zapewniany przez usługi infrastrukturalne w środowisku, których dane są przetwarzane.*

Izba ustaliła następujące brzmienie uzasadnienia wyroku Izby z 28 lutego 2012 r. w zakresie zarzutów poprzednio podniesionych przez Odwołującego:

**Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 239/12 - Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o.: (...)**

*Wskazał, że: (...)*

*cc) nakazanie Zamawiającemu zmiany treści załącznika nr 2 do OPZ sekcja: "1.3.5*

Wykorzystanie zasobów", „S.WYM.042 - Możliwość wykorzystania centrów zapasowych (TA2, TA3, TA4)" w brzmieniu: „Konstrukcja dostarczanych systemów centralnych powinna umożliwić wykorzystanie ich w środowisku wielu centrów komputerowych zapewniających minimalny (praktycznie zerowy) punkt odtworzenia oraz czas odtworzenia (Recovery Point Objective, Recovery Time Objective) w razie zniszczenia zasobów centrum komputerowego.", poprzez usunięcie powyższego zapisu. (...)

3) załączniku nr 2 do OPZ, na str. 14 w punkcie S.WYM.072 - Czas wznowienia po zakłóceniu działania (TA2, TA3, TA4), poprzez dopuszczenie możliwości dłuższego czasu gwarantowanego wznowienia po zakłóceniu działania (RTO) dla każdej z aplikacji niż czas wznowienia dla powiązanej usługi infrastrukturalnej dostarczającej środowisko dla aplikacji. (...)

**Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 239/12 - Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o.:** (...)

Odwołujący podtrzymał następujące zarzuty: (...)

- w zakresie pkt I cc – załącznika nr 2 do OPZ sekcja: "1.3.5 Wykorzystanie zasobów", „S.WYM.042 - Możliwość wykorzystania centrów zapasowych (TA2, TA3, TA4)"; (...)
- w zakresie pkt 3 uzupełnienia – odnośnie załącznika nr 2 do OPZ, na str. 14 w pkt S.WYM.072 - Czas wznowienia po zakłóceniu działania (TA2, TA3, TA4), poprzez dopuszczenie możliwości dłuższego czasu gwarantowanego wznowienia po zakłóceniu działania (RTO) dla każdej z aplikacji niż czas wznowienia dla powiązanej usługi infrastrukturalnej dostarczającej środowisko dla aplikacji;

**Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.**

(...)

Odnośnie zarzutu w zakresie pkt I cc [załącznik nr 2 do OPZ sekcja: "1.3.5 Wykorzystanie zasobów", „S.WYM.042 - Możliwość wykorzystania centrów zapasowych (TA2, TA3, TA4)"], Izba wskazuje, że Zamawiający mimo zapowiedzi modyfikacji w odpowiedzi na odwołanie nie dokonał w przedmiotowym zakresie zmiany postanowień OPZ (zapowiedział wydłużenie parametru RTO do 4 godzin /S.WYM.042/- załącznika nr 2 do OPZ.). Z powyższego względu, jak i wobec uznania zasadności argumentacji Odwołującego, Izba nakazuje Zamawiającemu zmianę zgodnie z oświadczeniem zawartym w odpowiedzi na odwołanie, jak i korelację definicji RPO zgodnie z definicją z „KIC”.

Odnośnie zarzutu w zakresie pkt 3 uzupełnienia – odnośnie załącznika nr 2 do OPZ, na str. 14 w pkt S.WYM.072 - Czas wznowienia po zakłóceniu działania (TA2, TA3, TA4), poprzez dopuszczenie możliwości dłuższego czasu gwarantowanego wznowienia po zakłóceniu działania (RTO) dla każdej z aplikacji niż czas wznowienia dla powiązanej usługi

*infrastrukturalnej dostarczającej środowisko dla aplikacji, Izba uznała że niniejsze naruszenie podlega oddaleniu. Sformułowany zarzut ma zbyt ogólny charakter, zaś inny jest czas dla infrastruktury logicznej i technicznej, a w ramach odpowiedzi na odwołanie zamawiający wskazywał, iż oba czasy funkcjonują niezależnie.*

**Izba zważyła, co następuje:**

Wobec tego, że analogiczne zarzuty Odwołującego były już rozpatrywane przez Izbę, a Zamawiający następnie dokonał zmiany treści s.i.w.z. zgodnie z wyrokiem z 28 lutego 2012 r. – Izba pozostawiła go bez rozpoznania w niniejszej sprawie, z powołaniem się na art. 189 ust. 2 pkt 4 i 5 pzp. Izba zauważa nadto, że nie stanowi właściwego sprecyzowania zarzutu stwierdzenie w pkt 11 odwołania *w powyższym zakresie patrz uzasadnienie w pkt 10 powyżej*. Z takiego odesłania niewiele bowiem wynika, co najwyżej tyle, że jest to ten sam zarzut, skoro brak wskazania innych okoliczności. Postanowienia dotyczące wymagań S.WYM.072 i S.WYM.075 nie uległy żadnej zmianie, a czym innym jest, że ich rzeczywisty zakres zastosowania jest powiązany z treścią wymagania S.WYM.042. Z kolei to wymaganie zostało jednak zmienione przez Zamawiającego zgodnie z wyrokiem Izby zapadłym na skutek poprzedniego odwołania wniesionego przez Odwołującego.

**XIII.173 – Izba stwierdziła brak sprecyzowania jakiegokolwiek zarzutu.**

Odwołanie:

W odwołaniu wyłącznie zacytowano pytanie dotyczące ust. 10 § 5 *Załącznika 10 do SIWZ – Wzór Umowy* i udzieloną na nie odpowiedź, zamieszczone w pkt 174 tabeli odpowiedzi (załącznik nr 2 do pisma Zamawiającego z 3 kwietnia 2012 r.)

Pytanie nr 174: *Wykonawca nie ma możliwości zapewnienia bezterminowego działania kodów źródłowych w celu bezterminowego działania systemu. Czy Zamawiający może określić w latach okres czasu, w którym Wykonawcy będą musieli zapewnić skuteczne działanie kodów źródłowych?*

Odpowiedź nr 174: *Zamawiający wyjaśnia, że w treści § 5 ust. 7 wzoru umowy sformułowanie „bezterminowego” zastąpiono określeniem „w okresie zakładanego zgodnie z Umową trwania licencji/sublicencji”, o czym Uczestnicy Postępowania zostali poinformowani w dniu 16.02.2012 r. pismem znak FR4/253/BKT/12/574 zamieszczonym na stronie internetowej Ministerstwa Finansów.*

Odpowiedź na odwołanie:

Według Zamawiającego jest to kolejny zarzut dotyczący tej samej problematyki –

kodów źródłowych. Zamawiający wskazał, że kwestia związana z regulacją zawartą w § 5 ust. 7 pkt 2 i 3 wzoru umowy była przedmiotem poprzednich odwołań, które Izba już rozstrzygnęła, a w konsekwencji doprecyzowanie pojęć zostało wykonane przez Zamawiającego zgodnie z nakazem Izby. Zamawiający zauważył również, że w punkcie 13 Odwołujący nie sformułował zarzutu ani żądania, co jest niezgodne z art. 180 ust. 3 pzp. Nadto zmiana w zakresie przytoczonego w treści odwołania postanowienia § 5 ust. 7 wzoru umowy została dokonana 16 lutego 2012 r., a zatem termin na wniesienie odwołania upłynął 26 lutego 2012 r. Wreszcie, Zamawiający podniósł, że w tym zakresie Izba orzekła w wyroku z 28 lutego 2012 r. (str. 106), stwierdzając: *Izba oddaliła zarzut z pkt. II.9 odnośnie naruszenia art. 139 Pzp w zw. z art. 365<sup>1</sup> k.c. oraz art. 5 kc poprzez nałożenie na wykonawcę zobowiązania bezterminowego, które zgodnie z zapisami wzoru umowy ma obowiązywać bez jakiegokolwiek ograniczenia czasowego – § 5 ust. 7 i § 18 ust. 11 Załącznika nr 10 (wzór Umowy). Należy bowiem zauważyć, że w wyniku modyfikacji dnia 16.02.2012 r. niniejsze postanowienia utraciły charakter bezterminowych, z tej przyczyny Izba uznała, że z mocy art. 192 ust. 2 pzp niniejszy zarzut w obu przypadkach podlega oddaleniu.*

**Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

W odwołaniu poza zacytowaniem pytania i odpowiedzi nie sprecyzowano żadnych okoliczności prawnych i faktycznych, które pozwalałyby stwierdzić co Odwołujący zarzuca Zamawiającemu i na jakiej podstawie. Niewystarczające są w tym zakresie ogólnikowe stwierdzenia w części wstępnej odwołania, również żadne z podniesionych żądań nie dotyczy pytania nr 174.

Na marginesie Izba stwierdza, że rację ma Zamawiający, a co potwierdzają ustalenia faktyczne poczynione na potrzeby zarzutów z pkt VIII i XII, że samo pytanie dotyczy postanowienia zmienionego już 16 lutego 2012 r., które od tego czasu nie uległo zmianie.

**XIV.169 – Izba uznała zarzut za zasadny.**

**XV.257,445,452 – Izba uznała zarzut za niezasadny.**

**Odwołanie:**

W pkt 14 odwołania zacytowano pytanie dotyczące pkt 28 § 1 *Załącznika 10 do SIWZ Wzór umowy* i udzieloną na nie odpowiedź, zamieszczone w pkt 169 tabeli odpowiedzi na pytania, a także zmianę s.i.w.z. z pkt. 150 tabeli zmian z 3 kwietnia 2012 r. (odpowiednio załącznik nr 2 i 1 do pisma z 3 kwietnia 2012 r.)

Pytanie nr 169: *Co oznaczają według Zamawiającego kluczowe elementy określone*

*w nr 28 tabeli Definicji (definicja pojęcia „Prototyp”)*

*Odpowiedź nr 169: Zamawiający wyjaśnia, że informacje o kluczowych elementach Prototypu dla poszczególnych Architektur Pośrednich zostały wskazane w wymaganiu WYM.UZU.17 „Prototypowanie” w Załączniku nr 6 do Opisu Przedmiotu Zamówienia, jednakże Zamawiający zwraca także uwagę, że w § 1 pkt 28 wzoru umowy definicja „Prototypu”, zostanie zastąpiona definicją „Pakietu Projektowego Architektur Pośrednich.*

*Zmiana nr 150: W § 1 pkt 28 definicję Prototypu zastępuje się definicją „Pakietu Projektowego Architektury Pośredniej w brzmieniu: „Kamień milowy, którego osiągnięcie kończy pierwszy Etap w ramach realizacji poszczególnych Architektur Pośrednich określający stan, w którym kluczowe dokumenty projektowe dotyczące danej Architektury Pośredniej, wskazane w Załączniku 15 do OPZ stanowiącym Załącznik nr 1 do Umowy, zostały odebrane przez Zamawiającego.*

*Stanowisko Odwołującego [cytat]: Powyższa zmiana wpływa w sposób znaczący na zakres oraz zwiększenie pracochłonności Etapu I, w sposób, który uniemożliwia wykonanie Etapu I w terminach określonych przez Zamawiającego w SIWZ. Brak konsekwencji we wprowadzeniu przedmiotowej zmiany polegający na wprowadzeniu adekwatnych zmian i oraz określenia podziału poszczególnych składników ceny zamówienia powoduje, że Wykonawca będzie zobowiązany świadczenia niemożliwego, ponadto zmiana powyższa powodować będzie także zobowiązanie Wykonawcy do realizacji świadczenia poniżej granicy opłacalności. Odwołujący wskazuje, że zgodnie z punktem 1 pkt 1.1 ppkt 1.1.5 1.2 Załącznika 3 do SIWZ „Szczegółowa specyfikacja ceny oferty” Zamawiający precyzuje, że cena Prototypu (Etap 1) powinna zostać określona na poziomie maksymalnym 10% ceny Usługi budowy, usługi wdrożenia i asysty powdrożeniowej (łącznie) co w związku z dokonaniem przedmiotowej zmiany SIWZ, uniemożliwia realizację zamówienia w tym zakresie, zgodnie z wymogami Zamawiającego w zakresie specyfikacji ceny oferty. Dodać przy tym należy, że konsekwencją powyższych zmian jest oczywiste naruszenie zasady ekwiwalentności świadczeń. Mamy w tym przypadku do czynienia z naruszeniem m.in. art. 29 ust.1 ustawy PZP oraz art. 387 § 1 oraz 487 § 2 kodeksy cywilnego.*

Odpowiedź na odwołanie:

Według Zamawiającego powyższy zarzut sprowadza się do problematyki rozpatrywanej już przez Izbę m.in. w związku z odwołaniem wniesionym przez Asseco Poland – zarzuty I a-f. Izba orzekła o zasadności postanowień s.i.w.z. związanych ze sposobem rozliczania niektórych elementów ryczałtowych w kontekście art. 29 ust. 1 pzp oraz art. 487 kc. Rozstrzygając te zagadnienia Izba oddaliła wszystkie zarzuty w tym zakresie uznając, że skład orzekający Izby stwierdza, że odwołujący nie wykazali, że w

*rozpoznawanym postępowaniu zamawiający nie może zastosować modelu wynagrodzenia ryczałtowego lub musi zastosować model wynagrodzenia kosztorysowego. Stosowanie konkretnego modelu wynagrodzenia – wobec braku unormowań w tym zakresie - zależy przede wszystkim od stanu wiedzy, doświadczenia i polityki zamawiającego. W związku z tym zamawiający nie jest zobligowany do uwzględnienia sugestii odwołujących i zastosowania modelu wynagrodzenia kosztorysowego.” (za wyrokiem z dnia 14.07.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 812/09, sygn. akt: KIO/UZP 833/09.*

Zdaniem Zamawiającego twierdzenie, że zmiana s.i.w.z. ma jakikolwiek wpływ na pracochłonność jest nieprawdą. Kwestia sprowadza się do tego, że pierwotnie Zamawiający po oddaniu *Prototypu* wypłacał wykonawcy *zaliczkę*, a zmiana sprowadza się do tego, że zostanie ona wypłacona po oddaniu *Pakietu Projektowego Architektury Pośrednich*. Po pierwsze – chęć wypłacenia zaliczki jest postanowieniem ze wszech miar korzystnym dla wykonawcy, gdyż Zamawiający nie ma takiego obowiązku i miał pełne prawo ustalić wypłacenie całości wynagrodzenia po zakończeniu prac związanych z realizacją umowy. Po drugie – również przesunięcie terminu jej wypłacenia nie może stanowić jakiegokolwiek zarzutu z punktu widzenia naruszenia przepisów prawa. Jak to stwierdził Zamawiający, *tym samym stawianie zarzutów w tym zakresie jest bezzasadne*.

Zamawiający podniósł także, że Izba wydając 28 lutego 2012 r. wyrok badała postanowienia umowy w kontekście zarówno świadczenia niemożliwego, jak i ekwiwalentności świadczeń, jednoznacznie oddalając wszystkie zarzuty w tym zakresie. W ocenie Zamawiającego odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 i 5 pzp.

Odnosnie drugiego z zarzutów w odwołaniu zacytowano trzy pytania dotyczące wymagań uzupełniających określonych w Załączniku 6 do opisu przedmiotu zamówienia i odpowiedzi na te pytania, zamieszczone odpowiednio w pkt 257, 445 i 442 tabeli odpowiedzi na pytania, a także zmiany s.i.w.z. zamieszczone w pkt. 111 i 112 tabeli zmian (odpowiednio załącznik nr 2 i 1 do pisma Zamawiającego z 3 kwietnia 2012 r.).

Pytanie nr 257 dotyczyło pkt 2 wymagania WYM.UZU.208 [*Pula punktów, o której mowa powyżej jest to wartość maksymalna, którą może otrzymać Wykonawca za realizację wszystkich zmian w Systemie, o których mowa w wymaganiu „WYM.UZU.55 Wprowadzanie zmian w Systemie” na etapie jego utrzymania*]: *Wykonawca wnosi o udzielenie wyjaśnienia, czy powyższe sformułowanie oznacza, że do momentu zakończenia asysty powdrożeniowej, ewentualne zmiany są realizowane w ryczałcie? I jakie to mogą być zmiany?*

Odpowiedź nr 257: *Wymagania WYM.UZU.18 i WYM.UZU.19 uległy zmianie. Określają one że zmiany w ryczałcie są do określonego w tych wymaganiach momentu w*

cyklu projektowym. Uległy także odpowiednio zmianie wymagania WYM.UZU.1 i WYM.UZU.55. Zmiany w 18 i 19 zostały wprowadzone.

Pytanie nr 445 dotyczyło wymagania WYM.UZU.18 *Zmiany w nowych komponentach Systemu [Przez obsługę zmian rozumie się całościowy proces ich realizacji – od pozyskania wymagań, poprzez ich udokumentowanie, analizę, projekt, implementację, testy, wdrożenie, migrację danych, szkolenia i utrzymanie. Przez niezbędne zmiany rozumie się zmiany w nowych komponentach Systemu wynikające z: a) wdrażania architektur pośrednich lub architektury docelowej, b) zmian prawnych wynikających/lub warunkujących wdrożenie architektur pośrednich oraz architektury docelowej, w szczególności Wykonawca uwzględnia (tj. odpowiednio rozwija/modyfikuje System) zmiany prawne mające wpływ na System, które zostaną ogłoszone lub zapowiedziane przez Zamawiającego (w formie projektów rozporządzeń lub ustaw przekazanych do Wykonawcy) do końca realizacji Zamówienia.]]:*

a) *Nieokreślony zakres zmian do wyszafowania i wcześniejszego zaplanowania zmian „ogłoszonych”, które w przypadku realizacji powodują istotne ryzyko projektowe – braku możliwości dotrzymania terminów kontraktowych. Czy Zamawiający godzi się na założenie, że wszystkie zmiany prawne, jakie miałyby być realizowane w danej architekturze muszą wcześniej być zaplanowane i uwzględnione w planie etapu realizującego daną Architekturę, aby nie stanowiły dla Wykonawcy ryzyka niedotrzymania terminów, b) Czy za ryzyko braku zgodności zrealizowanych w systemie projektowanych zmian prawnych zleconych wykonawcy do wykonania a które w terminie wdrożenia rozwiązania nie wejdą w życie ryzyko i odpowiedzialność ponosi wyłącznie Zamawiający. W szczególności wszelkie koszty konieczności wycofania/zawieszenia tych zmian w oprogramowaniu ponosi Zamawiający.*

Odpowiedź nr 445: *Patrz odpowiedź na pytanie 257. Z punktu widzenia Wykonawcy forma poinformowania o tym, jaki jest projektowany stan prawny jest nieistotna. Istotny jest moment określający, kiedy kończy się rozliczanie zmian z ryczałtu.*

Pytanie nr 452 dotyczyło tego, że *Model docelowy administracji podatkowej zostanie dostarczony Wykonawcy po podpisaniu umowy w postaci elektronicznej [str. 14 załącznika 6 do OPZ]: Takie podejście tj. niekompletne wymagania opisujące przedmiot zamówienia uniemożliwia wykonawcy rzetelną wycenę. Czy wykonawca może założyć, że wygrywająca Oferta zawiera wiążącą dla stron Koncepcję realizacji wraz z podaną ceną, a wszelkie zmiany do niej mogą być wprowadzane wyłącznie z trybu kontroli zmian i rozliczane z puli na zmiany?.*

Odpowiedź nr 452: *Patrz odpowiedź na pytanie 445.*

Zmiana nr 111 dotycząca pkt 1 wymagania WYM.UZU.18 *Zmiany w nowych komponentach Systemu: Wykonawca zobowiązany jest na etapie budowy Systemu*



*całościowo obsługiwać niezbędne zmiany w nowych komponentach Systemu. Dla danej Architektury Pośredniej Wykonawca jest zobowiązany obsługiwać zmiany do momentu zatwierdzenia Pakietu Projektowego Architektury Pośredniej (określonego w Załączniku 15). Jeśli po zatwierdzeniu tego Pakietu zajdzie konieczność zmian w zakresie danej Architektury Pośredniej, wówczas zmiany te są realizowane zgodnie z wymaganiem „WYM.UZU.55 Wprowadzanie zmian w Systemie”. Wymaganie „WYM.UZU.55 Wprowadzanie zmian w Systemie” nie stosuje się w przypadku, gdy zmiana w zakresie danej Architektury Pośredniej wymagana jest w wyniku formułowania wymagań w kolejnych Architekturach Pośrednich lub jest zgłaszana przez Wykonawcę, wówczas stosuje się wymaganie „WYM.UZU.2 Utrzymywanie aktualnych wersji produktów w trakcie realizacji Kontraktu”.*

*Zmiana nr 112 dotycząca pkt 1 wymagania WYM.UZU.19 Zmiany w istniejących komponentach Systemu: Wykonawca zobowiązany jest na etapie budowy Systemu całościowo obsługiwać niezbędne zmiany w istniejących komponentach Systemu (tj. systemach informatycznych już istniejących w administracji podatkowej). Dla danej Architektury Pośredniej Wykonawca jest zobowiązany obsługiwać zmiany do momentu zatwierdzenia Pakietu Projektowego Architektury Pośredniej (określonego w Załączniku 15). Jeśli po zatwierdzeniu tego Pakietu zajdzie konieczność zmian w zakresie danej Architektury Pośredniej, wówczas zmiany te są realizowane zgodnie z wymaganiem „WYM.UZU.55 Wprowadzanie zmian w Systemie”. Wymaganie „WYM.UZU.55 Wprowadzanie zmian w Systemie” nie stosuje się w przypadku, gdy zmiana w zakresie danej Architektury Pośredniej wymagana jest w wyniku formułowania wymagań w kolejnych Architekturach Pośrednich lub jest zgłaszana przez Wykonawcę, wówczas stosuje się wymaganie „WYM.UZU.2 Utrzymywanie aktualnych wersji produktów w trakcie realizacji Kontraktu”.*

*Odwołujący podniósł, że określone powyżej niezbędne zmiany w nowych oraz istniejących komponentach Systemu, do momentu zaakceptowania Pakietu Projektowego Architektury Pośredniej muszą zostać zrealizowane w ramach ceny ryczałtowej za odpowiednią Architekturę Pośrednią. Po zaakceptowaniu Pakietu Projektowego Architektury Pośredniej zmiany będą realizowane zgodnie z wymaganiem WYM.UZU.55, które określa sposób szacowania i rozliczenia wynagrodzenia za realizację zmiany. Jednakże jednocześnie zostało wprowadzone w wymaganiach WYM.UZU.18 oraz WYM.UZU.19 zastrzeżenie w ostatnim zdaniu zmienionych pkt 1, które powoduje, że zmiana wynikająca z formułowania wymagań w kolejnych Architekturach Pośrednich lub zmiana zgłoszona przez wykonawcę, nie będą rozliczane zgodnie z zasadami określonymi w wymaganiu WYM.UZU.55, lecz musi zostać zrealizowana w ramach ceny ryczałtowej za realizację Architektury Pośredniej. W toku prac nad kolejnymi Architekturami Pośrednimi może być*

formułowanych bardzo wiele wymagań mających wpływ na poprzednie *Architektury Pośrednie*, gdyż w trakcie prac nad nimi nie można przewidzieć wszystkich zmian, jakie będą konieczne do wprowadzenia w przyszłości. Nie ma zatem racjonalnego uzasadnienia oczekiwaniu realizacji takich zmian w ramach ceny ryczałtowej. Również fakt zgłoszenia zmiany przez wykonawcę nie jest przesłanką do realizacji tej zmiany w ramach ceny ryczałtowej. Samo zgłoszenie zmiany jest czynnością techniczną i nie ma znaczenia, która strona zgłosiła zmianę, gdyż zmiana zwykle jest odzwierciedleniem oczekiwań i wymagań Zamawiającego.

Odwołujący dodał, że przytoczone zmienione postanowienia s.i.w.z. uniemożliwiają mu sporządzenie oferty w zakresie. Zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 29. ust 1 pzp oraz art. 628 i 632 kodeksu cywilnego.

Odpowiedź na odwołanie:

Według Zamawiającego zakres stawianych w pkt 15 odwołania zarzutów, podobnie jak poprzednio, sprowadza się do tego, jakiego zakresu czynności może żądać Zamawiający w ramach wynagrodzenia ryczałtowego. Zostało to rozstrzygnięte w wyroku z 28 lutego 2012 r. na str. 120-122, gdzie Izba potwierdziła prawidłowość skonstruowania umowy. Odwołujący powołał się na art. 189 ust. 2 pkt 5 jako podstawę dla odrzucenia w tym zakresie odwołania.

Zamawiający zwrócił także uwagę na to, że podnoszone w odwołaniu zmiany ograniczają, a nie rozszerzają zakres czynności rozliczanych w ramach wynagrodzenia ryczałtowego, zatem są korzystne dla wykonawców, stąd jego zdziwienie budzi ich kwestionowanie.

**Izba ustaliła odnośnie wniosku o odrzucenie obu zarzutów, co następuje:**

Izba ustaliła następujące brzmienie uzasadnienia wyroku Izby z 28 lutego 2012 r. w zakresie zarzutów podniesionych przez Asseco Poland:

*Odnosnie, zmiana sposobu rozliczeń niektórych elementów ryczałtowych (pkt I). Zdaniem Odwołującego, przedmiot zamówienia został w części opisany w ten sposób, iż w ramach wynagrodzenia wynikającego z Umowy wykonawca zobowiązany jest zrealizować usługi, których kosztów nie sposób wyliczyć w momencie składania oferty. W konsekwencji trudno wyobrazić sobie, aby oferty składane przez wykonawców były porównywalne, co następnie może uniemożliwić wybór oferty najkorzystniejszej. Niektóre elementy ze względu na swój ryczałtowy charakter przesądzają, iż Wykonawcy przysługiwać będzie wyłącznie wskazane w ofercie „z góry” wynagrodzenie. Zdaniem Odwołującego, wynikający z treści SIWZ zakres zobowiązania wykonawcy z tytułu realizacji zamówienia, za wykonanie którego przysługiwać mu będzie wynagrodzenie ryczałtowe narusza wyrażoną w art. 487 § 2 KC*

*zasadę ekwiwalentności świadczeń stron wynikających z umowy wzajemnej. Treść tego przepisu w powiązaniu z dyspozycją art. 29 ust. 1 Pzp przesądza, iż trudno mówić o ekwiwalentności świadczeń w sytuacji, w której wykonawca kalkulując cenę swojej oferty nie jest w stanie odnieść jej do dającego się przewidzieć zakresu usług. Sprzeczność przyjętego przez Zamawiającego sposobu określenia/opisu przedmiotu zamówienia z przepisami Pzp znajduje potwierdzenie w orzecznictwie KIO wyrok z dnia 02.03.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 184/10, czy też wyrok z dnia 14.07.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 812/09, KIO/UZP 833/09. Mając na uwadze wskazane powyżej okoliczności Odwołujący stwierdził, iż dla zapewnienia w toku postępowania zasad równego traktowania oraz uczciwej konkurencji konieczne jest dokonanie następujących zmian w treści SIWZ:*

*I.a) § 8 ust. 1 pkt 6 lit. c) Umowy - Wsparcie Obsługi Zmian Prawnych: Zamawiający wymaga podania ryczałtowej kwoty z tytułu Wsparcia Obsługi Zmian Prawnych. Zważywszy, że zakres tych zmian jest, oczywiście, nieokreślony (i niemożliwy do określenia), nie jest możliwe określenie żadnego niezmiennego wynagrodzenia za realizację tych usług. Dlatego Odwołujący wnosi o zastosowanie do rozliczania tych zmian metody przewidzianej w umowie dla usług Rozwoju (punkty funkcyjne) lub dla Wsparcia konsultanckiego (osobogodziny). Jeden z tych sposobów powinien pozwolić na dokonanie rzetelnej kalkulacji ceny oferty i umożliwić Zamawiającemu zarządzanie realizacją umowy.*

*I. b) Załącznik 6 do OPZ. WYMU.ZU.1 Zgodność z Programem e-Podatki: Zamawiający stwierdza, że: „Wykonawca zobowiązany jest do utrzymywania zgodności dostarczanych produktów z produktami Programu (w szczególności, ale nie wyłącznie z: określonym zakresem modelu docelowego administracji podatkowej, Księgą Standardów Technicznych Programu e-Podatki). Niniejszy opis przedmiotu zamówienia jest skorelowany z powyższymi produktami, niemniej w trakcie trwania prac Wykonawcy zakłada się konieczność ich dostosowania przez Wykonawcę do bieżących ustaleń na poziomie Programu. Ustalenia dotyczyć mogą m.in., ale nie wyłącznie: zmian czasów realizacji produktów z Zamówienia, dat dotyczących realizacji architektur pośrednich Programu, uszczegółowienia zakresu realizowanych prac, zasad i terminów integracji z zewnętrznymi w stosunku do Kontraktu systemami informatycznymi”. Dalej zamawiający określił, że: „W celu umożliwienia oszacowania niezbędnego nakładu pracy ponoszonego przez Wykonawcę w tym obszarze, za punkt odniesienia może on przyjąć, typowy dla dużych projektów informatycznych budżet ryzyka”. Sformułowania użyte przez Zamawiającego świadczą o tym, że ma on świadomość, iż zobowiązanie Wykonawcy ma charakter niedookreślony. Zamawiający przerzuca na Wykonawcę ryzyka, na które Wykonawca nie ma żadnego wpływu, które pozostają całkowicie poza jego kontrolą, są niemożliwe do zarządzania,*

*niemożliwe do wyceny i niemożliwe do ubezpieczenia. Jednak zastosowanie „dobrej rady” udzielonej w punkcie 2) również nie jest możliwe. Nie istnieje coś takiego jak „typowy dla dużych projektów informatycznych budżet ryzyka”. Każdy projekt informatyczny jest wyjątkowy i nie można określić standardowego poziomu ryzyka projektu. Zdając sobie sprawę z możliwości wystąpienia tego typu ryzyka. Zamawiający powinien określić metodę wyceny tych zmian (np. punkty funkcyjne lub dniówki) oraz oszacować jego wielkość (poprzez określenie puli, liczby punktów funkcyjnych lub dniówek). Dlatego Odwołujący wnoszą o zastosowanie do rozliczania tych zmian metody przewidzianej w umowie dla usług Rozwoju (punkty funkcyjne) i/lub dla Wsparcia konsultanckiego (osobogodziny). Jeden z tych sposobów powinien pozwolić na dokonanie rzetelnej kalkulacji ceny oferty i umożliwić Zamawiającemu zarządzanie realizacją umowy.*

*1.c) Załącznik 6 do OPZ. WYM.UZU.2 Utrzymywanie aktualnych wersji produktów w trakcie realizacji Kontraktu: Zamawiający stwierdził, że: „Wykonawca zobowiązany jest do aktualizacji dostarczonych produktów po ich odbiorze przez Zamawiającego tak, by zachować ich aktualność oraz spójność z pozostałymi produktami zarówno wytworzonymi w ramach Kontraktu jak i na poziomie Programu. Zamawiający może zażądać od Wykonawcy dostarczenia zaktualizowanych wersji produktów. Czas realizacji przez Wykonawcę niniejszego żądania wynosi nie więcej niż: 10 dni roboczych dla produktów zarządczych, 20 dni roboczych dla produktów specjalistycznych. Opis zamówienia nie daje możliwości skalkulowania ceny oferty”. Wymaganie powyższe oznacza, że w razie zaistnienia zmian, na które Wykonawca nie ma żadnego wpływu już po odbiorze przez Zamawiającego dostarczonych produktów. Wykonawca musi je nieodpłatnie zmienić. Ponieważ sytuacja jest analogiczna do opisanej w pkt b) powyżej, analogiczne są zarzuty i żądania Odwołującego.*

*1.d) Załącznik 6 do OPZ. WYM.UZU.46 Uwzględnianie podczas asysty powdrożeniowej wymagań zdefiniowanych dla etapu budowy Systemu: Zamawiający stwierdził: Jeżeli podczas etapu asysty powdrożeniowej, zachodzi konieczność wprowadzenia zmiany w Systemie (np. dodanie nowej funkcji, modyfikacja istniejącej funkcji, poprawa błędu), lub systemach administracji podatkowej, wskazanych w załączniku 7 do niniejszego OPZ wówczas Wykonawcę obowiązują wszystkie wymagania zdefiniowane dla usługi „Budowa Systemu” - w szczególności, ale nie wyłącznie odnośnie do procesów wytwarzania produktów specjalistycznych, szkoleń, testów, nadzoru architektonicznego, wdrożenia pilotażowego i masowego, migracji oraz inicjalizacji pracy Systemu, chyba że Zamawiający zdecyduje inaczej. Zakres stopnia realizacji poszczególnych wymagań jest każdorazowo proponowany przez Wykonawcę i akceptowany przez Zamawiającego. Opis zamówienia nie daje możliwości oszacowania pracochłonności wynikającej z realizacji zmian*

w Systemie w trakcie trwania asysty powdrożeniowej. Akceptując wymaganie, aby poprawianie ewentualnych błędów zostało ujęte w ramach ryczałtowego wynagrodzenia, Odwołujący nie może się zgodzić na takie samo potraktowanie dokonywania zmian, np. dodawania nowych funkcji, modyfikacji istniejących funkcji). Jeśli Zamawiający przewiduje konieczność dokonywania tego typu zmian (zupełnie słusznie) - nie może kosztami tych zmian obciążać Wykonawcy w ramach wynagrodzenia ryczałtowego. Wykonawca, w ramach swojego wynagrodzenia zobowiązany będzie do osiągnięcia wymaganej w SIWZ funkcjonalności systemu. Ewentualne dalsze wymagania Zamawiającego powinny być możliwe do realizacji w ramach umowy, lecz za odrębnym dodatkowym wynagrodzeniem. Odwołujący proponuje, aby nakład pracy Wykonawcy w tym obszarze był rozliczany z puli punktów funkcyjnych na zmiany w ramach rozwoju Systemu.

I. e) Załącznik 6 do OPZ WYM.UZU.18 Zmiany w nowych komponentach Systemu: Zamawiający wymaga obsługi przez Wykonawcę zmian w nowych komponentach systemu, stwierdzając m. in. Przez obsługę zmian rozumie się całościowy proces ich realizacji - od pozyskania wymagań, poprzez ich udokumentowanie, analizę, projekt, implementację, testy, wdrożenie, migrację danych, szkolenia i utrzymanie. Przez niezbędne zmiany rozumie się zmiany w nowych komponentach Systemu wynikające z:

a) wdrażania architektur pośrednich lub architektury docelowej,

b) zmian prawnych wynikających/lub warunkujących wdrożenie architektur pośrednich oraz architektury docelowej, w szczególności Wykonawca uwzględni (tj. odpowiednio rozwija/modyfikuje System) zmiany prawne mające wpływ na System, które zostaną ogłoszone lub zapowiedziane przez Zamawiającego (w formie projektów rozporządzeń lub ustaw przekazanych do Wykonawcy) do końca realizacji Zamówienia. Jest to kolejne zobowiązanie Wykonawcy do uwzględniania niemożliwych do oszacowania zmian prawnych, nie tylko ogłoszonych, lecz i „zapowiedzianych”. Wykonawca, składając ofertę może (i powinien) skalkulować cenę w oparciu o dostępne na tym etapie dane, w szczególności stan prawny aktualnie obowiązujący. Rozumiejąc konieczność dostosowywania Systemu do następujących w międzyczasie zmian prawnych, nie możemy zaakceptować niezmienności (ryczałtowego charakteru) wynagrodzenia za wykonanie niemożliwego do oszacowania zakresu prac. Zamawiający powinien przewidzieć rozliczenie tego typu prac w oparciu o punkty funkcyjne lub dniówki. Tymczasem w dalszej treści tego punktu (ppkt 5) Zamawiający wyraźnie wyłączył możliwość rozliczenia czasu realizacji tych zmian w ramach wsparcia eksperckiego. Odwołujący proponuje, aby nakład pracy Wykonawcy w tym obszarze był uwzględniony w ramach puli punktów funkcyjnych na zmiany w ramach rozwoju Systemu lub w ramach wsparcia eksperckiego.

*I. f) Załącznik 6 do OPZ WYM.UZU.19 Zmiany w istniejących komponentach Systemu: Również w zakresie istniejących komponentów Systemu Zamawiający stwierdził: Przez obsługę zmian rozumie się całościowy proces ich realizacji - od pozyskania wymagań, poprzez ich udokumentowanie, analizę, projekt, implementację, testy, wdrożenie, migrację danych, szkolenia i utrzymanie. Jeżeli w wyniku ustaleń wynikających z Kontraktu zmiana jest realizowana przez Zamawiającego lub przez podmiot przez niego wskazany wówczas przechodzi ona nieodpłatną procedurę jej autoryzacji przez Wykonawcę. Celem tego działania jest zachowanie spójności Systemu, a tym samym zachowanie gwarancji i rękojmi na System. Procedurę autoryzacji zmian przygotowuje Wykonawca i przedstawia ją do akceptacji Zamawiającemu. Przez niezbędne zmiany rozumie się zmiany w systemach istniejących w administracji podatkowej wynikające z:*

- a) wdrażania architektur pośrednich lub architektury docelowej,*
- b) zmian prawnych wynikających/lub warunkujących wdrożenie architektur pośrednich oraz architektury docelowej, w szczególności Wykonawco uwzględnia zmiany prawne mające wpływ na istniejące komponenty Systemu, które zostaną ogłoszone lub zapowiedziane przez Zamawiającego (w formie projektów rozporządzeń lub ustaw przekazanych do Wykonawcy) do końca realizacji Zamówienia. Również w tym punkcie Zamawiający wykluczył możliwość rozliczenia zmian w ramach wsparcia eksperckiego. Stawiając analogiczne jak w punkcie poprzedzającym zarzuty Odwołujący proponuje również, aby nakład pracy Wykonawcy w tym obszarze był uwzględniony w ramach puli punktów funkcyjnych na zmiany w ramach rozwoju Systemu lub w ramach wsparcia eksperckiego.*

Izba ustaliła następujące brzmienie uzasadnienia wyroku Izby z 28 lutego 2012 r. w zakresie rozpatrzenia powyższych zarzutów podniesionych przez Asseco Poland:

*Odnosnie zarzutu zmiany sposobu rozliczeń niektórych elementów ryczałtowych w kontekście naruszenia: a) art. 7 ust. 1 Pzp poprzez przygotowanie i prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców; b) art. 29 ust. 1 i ust. 2 Pzp poprzez określenie przedmiotu zamówienia, w sposób niejednoznaczny, nie wyczerpujący, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, a tym samym w sposób mogący utrudniać uczciwą konkurencję; c) art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp poprzez brak określenia wszystkich istotnych dla stron postanowień, które miałyby być wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego; d) art. 3531 KC w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp poprzez wykroczenie Zamawiającego poza zasadę swobody umów, tj. ukształtowanie stosunku prawnego niezgodnie z zasadami współżycia społecznego; e) art. 487 KC w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp poprzez wykroczenie Zamawiającego poza zasadę*

ekwiwalentności świadczeń stron wynikających z umowy wzajemnej, Izba uznała że odniesie się do wszystkich zarzutów w ramach pkt I (la, b, c, d, e i f) łącznie z uwagi na ich wspólny charakter. W konsekwencji stwierdzając, że podlegają one oddaleniu.

W pierwszej kolejności Izba stwierdza, że uznaje za zasadne stanowisko, iż: „zamawiający może samodzielnie określić model wynagrodzenia. Nie ma żadnej granicy czy uregulowania nakazującego w określonych sytuacjach stosowania wynagrodzenia ryczałtowego, a w innych okolicznościach wynagrodzenia kosztorysowego. Mimo poglądów doktryny, że wynagrodzenie ryczałtowe powinno być stosowane „w prostszych sytuacjach, w których ułatwiona jest ocena wartości dzieła przez obie strony, a margines nieprzewidzianych elementów jest niewielki” („Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania” Tom 2, pod redakcją Gerarda Bieńka, wydanie 7, Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis, Warszawa 2007, s. 180) skład orzekający Izby stwierdza, że odwołujący nie wykazali, że w rozpoznawanym postępowaniu zamawiający nie może zastosować modelu wynagrodzenia ryczałtowego lub musi zastosować model wynagrodzenia kosztorysowego. Stosowanie konkretnego modelu wynagrodzenia – wobec braku unormowań w tym zakresie - zależy przede wszystkim od stanu wiedzy, doświadczenia i polityki zamawiającego. W związku z tym zamawiający nie jest zobligowany do uwzględnienia sugestii odwołujących i zastosowania modelu wynagrodzenia kosztorysowego.” (za wyrokiem z dnia 14.07.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 812/09, sygn. akt: KIO/UZP 833/09). Dodatkowo, Izba uznaje także za własną tezę, zgodnie z którą: „niezależnie od tego jak dużo ryzyka zostanie w umowie przypisane wykonawcy to on dokonuje jego wyceny i ujmuje ich dodatkowy koszt w cenie oferty. Składając ofertę zabezpiecza zatem swoje interesy kalkulując cenę ofertową. Zamawiający zaś po wyborze najkorzystniejszej oferty musi zawrzeć umowę na warunkach przedstawionych we wzorze umowy i zapłacić wskazaną przez Wykonawcę cenę”. (wyrok SO we Wrocławiu z dnia 14.04.2008 r., sygn. akt: X Ga 67/08).

W tym kontekście stwierdzić również należy, odnośnie ekonomicznej strony świadczenia, w tym jego finansowej rentowności oraz możliwości wystąpienia potencjalnych ryzyk, że pierwsze stanowi pochodną prowadzenia całokształtu działalności wykonawcy jako przedsiębiorcy, zaś drugie może zostać wycenione i ujęte w cenie ofertowej stanowiącej ekwiwalent świadczenia na rzecz Zamawiającego. W przedmiotowym stanie faktycznym w ocenie Izby, mamy bezsprzecznie do czynienia z umową o dzieło, a nie umową starannego działania. W tym kontekście, istotny jest efekt końcowy – tzn. program, system komputerowy (System e-Podatki). Dodatkowe usługi wchodzące w zakres przedmiotu zamówienia stanowią tylko i wyłącznie jego pochodną. Można także w tym kontekście wskazać na art. 6

*ust. 2 Pzp, zgodnie z którym, gdy podstawowym świadczeniem jest dostawa, natomiast inne zamówienia, które mogą towarzyszyć tej dostawie mają charakter dodatkowy, gdyż służą jedynie umożliwieniu korzystania z nabywanego urządzenia, czy innego dobra niematerialnego poprzez jego instalację, czy rozmieszczenie. Stanowi zatem element niezbędny do uruchomienia tego urządzenia czy innego dobra, ale same w sobie nie tworzą odrębnego celu zamówienia.(za „Udzielanie zamówień wielorodzajowych” – Informator NR 2/2011, w ramach „Opinie prawne w zakresie zamówień publicznych”, W-wa 2011, Wyd. I, str. 35). Izba podkreśla, że Zamawiający jednoznacznie i w sposób zamierzony, a nie przypadkowy (wszystkie elementy podlegające rozliczeniu według innych zasad szczegółowo wydzielił) przerzucił na Wykonawców ryzyka zmian w prawie podatkowym, zachowania określonych zgodności produktu z produktami programu, aktualizacji wersji produktów, asysty powdrożeniowej („swoistą usługę pogwarancyjną”), zmian prawnych w nowych i istniejących komponentach, w ramach wynagrodzenia ryczałtowego. W konsekwencji uznać należy, w ocenie Izby, że liczył się i liczy, z faktem wliczenia przedmiotowych ryzyk w cenie oferty złożonej w toku postępowania, a więc ze wszystkimi konsekwencjami z tego wynikającymi. Wobec powyższego Izba stwierdziła, jak powyżej.*

**Izba zważyła, co następuje:**

W ocenie Izby Zamawiający w sposób nieuprawniony próbuje wywieść z przesłanki opisanej w pkt 5 ust. 2 art. 189 pzp następującą zasadę. Jeżeli zarzut odwołania dotyczy *problematyki* rozpoznawanej przez Izbę, która oddaliła odwołanie w tym zakresie, to dokonane później zmiany postanowień s.i.w.z. należy uznać za wykonane zgodnie z treścią tego wyroku. Zamawiający powołuje się w ten sposób na przesłankę *de lege lata* nieistniejącą w ustawie pzp. W razie oddalenia zarzutów na istniejące w momencie orzekania postanowienia s.i.w.z., nie sposób uznać jakiegokolwiek późniejszej zmiany tych postanowień za *czynność, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby*. Treścią tego wyroku jest bowiem pozytywna ocena istniejących postanowień s.i.w.z., utrzymanie ich w mocy, pomimo poniesionych zarzutów, które zostały uznane za niezasadne. Ponieważ zarzuty zawarte w pkt 14 i 15 odwołania dotyczą postanowień s.i.w.z. zmienionych 3 kwietnia 2012 r., nie wskutek wyroku Izby z 28 lutego 2012 r., lecz z własnej inicjatywy Zamawiającego, przesłanka z art. 189 ust. 2 pkt 5 pzp nie znajduje zastosowania.

Odrębną kwestią jest odwoływanie się do niejednoznacznej kategorii *problematyki*, którą Zamawiający zupełnie swobodnie interpretuje, próbując ją również odnieść do przesłanki z pkt 3 ust. 2 art. 189 pzp. Tymczasem przesłanki odrzucenia odwołania, jako uniemożliwiające merytoryczne rozpoznanie odwołania, należy interpretować ściśle. Ponownie zatem nie sposób uznać zarzutu odwołania dotyczącego zmiany definicji zawartej



w pkt. 28 § 1 wzoru umowy wraz z jej konsekwencjami, dokonanej przez Zamawiającego 3 kwietnia 2012 r., za spóźniony. Zamawiający popada w sprzeczność, raz twierdząc, że zarzut 14 odwołania sprowadza się do problematyki rozpatrywanej przez Izbę w związku z zarzutami I a-f odwołania Asseco Poland, a zaraz potem wskazując na to, że dokonana zmiana dotyczy zmiany momentu wypłaty „zaliczki”. To ostatnie stwierdzenie stanowi *de facto* merytoryczne wdanie się w spór i nie ma żadnego związku z podnoszonymi przesłankami odrzucenia. Izba stwierdza nadto, że przedmiotem żadnego z zarzutów podniesionych w pkt I a-f odwołania Asseco (innych przykładów, pomimo użycia zwrotu „m.in.”, Zamawiający nie sprecyzował), nie była nawet *problematyka zaliczki*. Z kolei, nawet jeżeli zarzut 15 dotyczy podobnej problematyki, jak ta objęta tymi zarzutami odwołania Asseco Poland, które Izba oddaliła (co rzeczywiście wynika z przytoczonych powyżej wywodów ze str. 120-122 uzasadnienia wyroku z 28 lutego 2012 r.), nie oznacza to ziszczenia się przesłanki z art. 189 ust. 2 pkt 5 pzp w niniejszej sprawie. Wskazuje na to zresztą stanowisko Zamawiającego, który jednocześnie powołał się na to, że wprowadzone zmiany są korzystne dla wykonawców. Również w tym ostatnim przypadku jest to merytoryczne odniesienie się do zasadności zarzutu, co należy oddzielić od wykazania przesłanek odrzucenia odwołania. Rozstrzygnięcia zarzutów I a-f odwołania Asseco Poland nie można na potrzeby wykazania zaistnienia przesłanki z art. 189 ust. 2 pkt 5 pzp sprowadzić do stwierdzenia, że Izba potwierdziła prawidłowość skonstruowania umowy w zakresie postanowień określających zakres wynagrodzenia ryczałtowego, zarówno istniejących w momencie orzekania, jak i wszelkich później wprowadzonych.

Natomiast Izba w niniejszej sprawie stwierdziła zasadność merytorycznego stanowiska Zamawiającego w zakresie zarzutu sprecyzowanego w pkt 14 odwołania. Oceniając zakwestionowane w odwołaniu zmiany wymagań WYM.UZU.18 i WYM.UZU.19, Izba doszła do wniosku, że są one na korzyść wykonawców w stosunku do stanu sprzed tych zmian, który Izba zbadała poprzednio, oddalając odwołanie Asseco Poland w zakresie zarzutów I e i I f. W niniejszej sprawie Izba zważyła, że przed zmianą na etapie budowy systemu w ogóle zmiany nie mogły być rozliczane w ramach systemu punktów funkcyjnych, lecz mieściły się w ramach kwot wynagrodzenia ryczałtowego. Niezależnie zatem od tego na ile aktualnie wprowadzone rozliczanie zmian w systemie punktów funkcyjnych po osiągnięciu etapu Pakietu Projektowego Architektury Pośredniej, wobec zastrzeżonych wyjątków, znajdzie w rzeczywistości zastosowanie, nie można ocenić wprowadzonej zmiany jako niekorzystnej dla wykonawców. Zamawiający może jednak rozważyć, czy nie warto dla dobra postępowania uwzględnić w treści dokumentacji interpretacji tych wyjątków przedstawionej na rozprawie, gdyż spotkała się z pozytywnym odbiorem ze strony Odwołującego. [Z *kolei*

*pozostawione 2 wyjątki podyktowane są uzasadnionymi potrzebami Zamawiającego, tj., po pierwsze, obciążenie wykonawcy kosztami zmian, które sam musi zgłosić z uwagi na uprzednie wadliwe rozwiązanie, nie chodzi tu o same techniczne zgłoszenie, gdyż Zamawiający nie zmusza wykonawcy do zgłaszania wniosków o zmiany, drugi wyjątek jest związany z koniecznością zapewnienia łatwej modyfikowalności systemu i sytuacją, gdy usługa wdrożona w późniejszej architekturze pośredniej powoduje konieczność jakiejś zmiany w architekturze pośredniej poprzedniej.]*

Izba nie stwierdziła zatem, aby Zamawiający przez wprowadzone zmiany naruszył art. 29 ust. 1 pzp czy art. 628 i 632 kc. Zważając na kierunek wprowadzonych zmian, Izba podtrzymuje i przyjmuje za swoją przytoczoną powyżej ocenę prawną zawartą w wyroku z 28 lutego 2012 r.

Natomiast Izba stwierdziła zasadność zarzutu podniesionego w pkt 14 odwołania. Zamawiający dostrzega w tym zarzucie jedynie kwestionowanie swojego prawa do przesunięcia wypłaty pewnej części wynagrodzenia ryczałtowego na późniejszy niż dotychczas moment realizacji zamówienia. Tymczasem Izba odczytała w odwołaniu zakwestionowanie braku konsekwencji we wprowadzeniu tej zmiany, polegający na zaniechaniu adekwatnych zmian określenia podziału poszczególnych składników ceny zamówienia w pkt. 1.2.1 Załącznika 3 do SIWZ *Szczegółowa specyfikacja ceny oferty*. W rezultacie zmiany definicji etapu 1 limit 10 % ceny za łącznie budowę, wdrożenie i asystę powdrożeniową, zamiast *Prototypu*, dotyczy *Pakietu Projektowego Architektury Pośrednich*, czyli odnosi się do czegoś więcej. Tymczasem Zamawiający pomimo przesunięcia zakończenia etapu I na dalszy moment i uwarunkowania jego osiągnięcia zwiększonym zakresem czynności do wykonania – narzucił wykonawcom, że ten na nowo zdefiniowany etap ma być, tak jak dotychczasowy prototyp, wyceniony na maksymalnie 10 % wskazanego powyżej wynagrodzenia ryczałtowego.

Narusza to zasadę swobody umów 353<sup>1</sup> kc, jak również narusza ekwiwalentność świadczeń z art. 487 § 2 kc, biorąc pod uwagę art. 145 § 2 pzp. Izba uznała za trafny i ważki argument podniesiony na rozprawie, że w razie odstąpienia od umowy przez Zamawiającego, wykonawca nie mógłby zażądać wynagrodzenia przekraczającego to, co musiał wskazać w formularzu ofertowym. Odwołujący na rozprawie sprecyzował swoje żądanie wprowadzenia adekwatnych zmian w tym składniku wynagrodzenia początkowo na 25%, by następnie domagać się podwyższenia do 40%. Izba wyważając interesy obu Stron, uznała za celowe poprzestanie na nakazaniu dopuszczenia ustalenia przez wykonawców tej części wynagrodzenia jako maksymalnie 20%, zamiast dotychczasowych 10%, sumy wynagrodzenia ryczałtowego określonego za budowę, wdrożenie i asystę powdrożeniową.

Izba wzięła jednak pod uwagę stanowisko i argumenty Zamawiającego w zakresie jego prawa do decyzji o tym, kiedy może wypłacić wynagrodzenie w toku wykonywania zamówienia. Zamawiający ma zatem prawo określenia we wzorze umowy, że po osiągnięciu etapu Pakietu Projektowego Architektur Pośrednich wypłaci, jak dotychczas, jedynie 10% łącznego wynagrodzenia ryczałtowego za budowę, wdrożenie i asystę powdrożeniową, natomiast pozostała część zostanie wypłacona wraz z wynagrodzeniem należnym za etap wdrożenia.

### **XVI.615 – Izba pozostawiła zarzuty bez merytorycznego rozpoznania.**

#### Odwołanie

W odwołaniu zacytowano pytanie i odpowiedź zamieszczone w pkt 615 tabeli odpowiedzi na pytania oraz zmianę treści *Załącznika 2 do OPZ* opisaną w pkt 109 tabeli zmian (odpowiednio załącznik nr 2 i 1 do pisma z 3 kwietnia 2012 r.).

Pytanie nr 615: *Prosimy Zamawiającego o wyjaśnienie zapisów umowy odwołujących się do „delegatur IS”, Na jakiej podstawie Wykonawca ma odnieść się do tego pojęcia, co ono znaczy i jak liczne będą takie delegatury. Skąd Wykonawca ma czerpać wiedzę na temat modelu organizacyjnego administracji podatkowej celem skalkulowania oferty.*

Odpowiedź nr 615: *Do załącznika 2 do OPZ zostanie dodane wymaganie ogólne S.WYM.081.*

Zmiana nr 109: *Zamawiający w Załączniku nr 2 do OPZ dodaje wymaganie ogólne „S.WYM.081 – Budowa i wdrożenie Systemu z uwzględnieniem docelowej struktury organizacyjnej administracji podatkowej” o następującej treści:*

*„Budowa i wdrożenie Systemu odbywa się z uwzględnieniem następujących założeń dotyczących struktury organizacyjnej AP:*

- Budowane rejestry uwzględniają scentralizowany model architektury danych Systemu.*
- Przepływ prowadzonych spraw, w tym realizowanych w ramach scentralizowanych procesów (przykładowo: zarządzanie CRP KEP, analiza ryzyka i inne), odbywa się w pierwszej kolejności z poziomu centralnego na poziom regionalny (szacowana liczebność instancji: 16-22), a następnie na poziom lokalny (szacowana liczebność instancji: nie większa niż 500). Dopuszcza się wielokierunkowy przepływ informacji.*
- Zarządzanie użytkownikami i ich uprawnieniami odbywa się na poziomie centralnym i regionalnym.*
- Przygotowane mechanizmy zarządzania procesami pracy umożliwiają definiowanie przepływu prowadzonych spraw w sposób elastyczny.*
- W zakresie niezbędnym dla realizacji Zamówienia, przyjęć należy, że delegatury IS*

*(delegatury izb skarbowych) są, co do zasady, jednostkami organizacyjnymi administracji podatkowej o charakterze zbliżonym do funkcjonujących obecnie urzędów skarbowych. Liczba delegatur IS jest, co do zasady, zbieżna z liczbą funkcjonujących obecnie urzędów skarbowych.*

- *Budowane rozwiązania umożliwiają zmianę liczby jednostek na poziomie regionalnym oraz lokalnym w zakresie objętym powyższymi założeniami oraz zmiany w nazewnictwie jednostek.*
- *Budowane rozwiązanie powinno uwzględniać dodatkowe jednostki specjalistyczne, które są wymieniane w modelu procesów biznesowych (np. BWIP, Centrum Rozliczeń).*

Odwołujący podniósł odnośnie modyfikacji, że przewidywana w stanie docelowym jednostka organizacyjna Centrum Rozliczeń, obecnie nie istnieje. W modelu docelowym Centrum Rozliczeń będzie realizowało procesy, które aktualnie realizowane są przez komórki organizacyjne rachunkowości podatkowej oraz rachunkowości budżetowej w urzędach skarbowych. Zamawiający nie określił jednak w opisie przedmiotu zamówienia, w jakim zakresie obecnie istniejąca struktura organizacyjna administracji podatkowej zostanie utrzymana. Pomimo dokonanej zmiany opis przedmiotu zamówienia jest niejednoznaczny i nie wyczerpuje przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie zrozumiałych określeń, przesądzając o niezgodności z art. 29 pzp.

Ponadto Odwołujący wskazał, że w treść pytania dotyczyła wyjaśnienie postanowień umowy odwołujących się do *delegatur IS*. Doprecyzowanie Zamawiającego nie pozwala jednoznacznie zidentyfikować struktury organizacyjnej oraz funkcji delegatur izb skarbowych. Obowiązujące przepisy prawa podatkowego, w szczególności Ordynacja podatkowa definiuje podstawowe mechanizmy, zasady i pojęcia prawa podatkowego odnosząc się do pojęć urzędu skarbowego oraz naczelnika urzędu skarbowego. Aby móc oszacować zakres oraz koszt budowy systemu informatycznego wspierającego pracę delegatury izby skarbowej konieczna jest co najmniej znajomość podstawowych pojęć, zasad i mechanizmów obowiązujących w modelu docelowym. W szczególności istotne jest określenie właściwości rzeczowej oraz miejscowej delegatur izb skarbowych, zdefiniowanie pojęcia organu podatkowego pierwszej instancji oraz organów odwoławczych. W kontekście identyfikacji delegatur izb skarbowych istotne jest również zdefiniowanie przez Zamawiającego okresu, w którym delegatury izb skarbowych zastąpią obecnie istniejące urzędy skarbowe. Ma to znaczny wpływ na pracochłonność po stronie wykonawcy. Jeżeli delegatury izb skarbowych zastąpiłyby urzędy skarbowe w fazie TA4, wykonawca musiałby zaprojektować i zbudować znaczną część systemów dwukrotnie. Jest tak dlatego, że w fazach TA2 i TA3 systemy wspierałyby pracę urzędów skarbowych, a w fazie TA4 już delegatury izb skarbowych, stąd

też znaczna część systemów, w szczególności w zakresie usług *workflow* musiałaby być odmienna.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu, po pierwsze – doprecyzowania opisu przedmiotu zamówienia przez udzielenie odpowiedzi na pytanie w zakresie jednoznacznej identyfikacji delegatur izb skarbowych, w sposób, który uwzględni wszystkie zasady, pojęcia i mechanizmy opisane w przepisach prawa podatkowego, w szczególności Ordynacji podatkowej, odnoszące się do organów podatkowych i podległych im jednostek, w kontekście docelowego modelu organizacyjnego. Po drugie – jednoznacznego określenia okresu, w którym delegatury izb skarbowych zastąpią urzędy skarbowe. Po trzecie – określenia struktury oraz funkcji poszczególnych jednostek organizacyjnych delegatur izb skarbowych w sposób analogiczny do aktualnie obowiązującego opisu urzędów skarbowych zawartego w zarządzeniu nr 39 Ministra Finansów z dnia 21 września 2010 r. w sprawie organizacji urzędów i izb skarbowych oraz nadania im statutów.

Odpowiedź na odwołanie:

Zamawiający podniósł, że zarzut w tym zakresie stanowił treść odwołania HP z 2 lutego 2012 r. w pkt. I q. Izba rozstrzygając odwołanie nakazała modyfikację z uwzględnieniem wyjaśnień udzielonych na rozprawie przez Zamawiającego, w szczególności odnośnie możliwości oparcia się na obecnie istniejącej organizacji administracji podatkowej, jednoznacznej identyfikacji delegatur IS, nie wiążącego charakteru opracowania wskazywanego przez Odwołującego, jak i stwierdzenia, że ilość miejsc, z których będzie możliwy dostęp dla systemu nie ma znaczenia dla wyceny jego pracochłonności. Zdaniem Zamawiającego tym samym dokonana przez niego zmiana zgodna jest z treścią wyroku. Odwołujący natomiast powołuje się na te same okoliczności, które już podnosił w poprzednim odwołaniu. Domaganie się kolejnych doprecyzowań s.i.w.z. jest żądaniem spóźnionym gdyż Izba orzekła jednoznacznie w jakim zakresie Zamawiający winien doprecyzować s.i.w.z. Natomiast Odwołujący miał pełne prawo domagać się doprecyzowania w pełniejszym zakresie niż to wskazano w wyroku, czego nie uczynił. W rezultacie obecne odwołanie podlega odrzuceniu, gdyż Odwołujący próbując powoływać się na niejednoznaczność dokonanej modyfikacji w rzeczywistości podnosi, że s.i.w.z. nie zawierała niektórych elementów.

**Izba ustaliła, co następuje:**

Izba ustaliła następujące brzmienie uzasadnienia wyroku Izby z 28 lutego 2012 r. w zakresie zarzutów poprzednio podniesionych przez Odwołującego:

***Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 239/12 - Hewlett-Packard Polska Sp. z***

**o.o.:** (...)

*Wskazał, że: (...)*

*q) nakazanie Zamawiającemu dokonanie modyfikacji OPZ poprzez umieszczenie informacji umożliwiających Wykonawcy ocenę pracochłonności i wycenę zmian w Systemie związanych ze zmianami modelu organizacji administracji podatkowej, w szczególności poprzez określenie, że Wykonawca powinien kierować się opublikowanym przez Zamawiającego 17.06.2011 r. dokumentem pt. „Koncepcja Transformacji Polskiej Administracji Podatkowej - Raport podsumowujący”, w celu określenia planowanych terminów i zakresu wprowadzenia zmian modelu organizacyjnego administracji podatkowej.*

*(...)*

*Odnosnie, postanowień SIWZ, w tym Wzoru Umowy, uniemożliwiających udział Odwołującego w postępowaniu (pkt I). Odwołujący wskazywał, że Zamawiający nie umieścił w SIWZ docelowego modelu organizacyjnego administracji podatkowej, a jedynie poinformował, że model ten zostanie udostępniony Wykonawcy po podpisaniu Kontraktu. Brak modelu organizacyjnego na etapie przygotowania oferty uniemożliwia racjonalną ocenę kosztów Wykonawcy związanych z dostosowaniem Systemu do potencjalnych zmian modelu organizacyjnego administracji podatkowej. W szczególności nie wiadomo, czy wdrożenie poszczególnych architektur przejściowych będzie prowadzone w dotychczasowym czy nowym modelu organizacyjnym. Należy podkreślić, że dostosowanie Systemu do innego modelu organizacyjnego niż przyjęty w czasie wdrożenia wiąże się z dodatkowym nakładem pracy i kosztów Wykonawcy. Warto dodać, że Zamawiający 17.06.2011 r. opublikował dokument pt. „Koncepcja Transformacji Polskiej Administracji Podatkowej - Raport podsumowujący”, jednak nie powołuje się na niego w treści SIWZ. Jednocześnie treść OPZ zawiera liczne odwołania do „delegatur IS”, które nie istnieją w obecnym systemie prawnym, ale w koncepcji transformacji zawartej we wspomnianym dokumencie mają przejąć dotychczasowe funkcje urzędów skarbowych. Brak takiego opisu stanowi naruszenie art. 29 ust 1 Pzp, który nakłada na Zamawiającego obowiązek opisanie w sposób jednoznaczny i wyczerpujący za pomocą określeń przedmiot zamówienia w taki sposób, aby umożliwić wykonawcom sporządzenie oferty. Odwołujący wykazuje, że podczas przygotowania oferty niezwykle istotne jest przeprowadzenie kalkulacji cenowych przez wykonawców w tym Odwołującego. W wyniku niewyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia Odwołujący nie ma wszystkich informacji pozwalających na podjęcie kalkulacji oraz oszacowania oferty.*

**Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 239/12 - Hewlett-Packard Polska Sp. z**

**o.o.:** (...)

Odwołujący podtrzymał następujące zarzuty: (...)

- w zakresie pkt I q – odnośnie braku modelu organizacji administracji podatkowej;(...)

**Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.(...)**

Odnośnie zarzutu w zakresie pkt I q – odnośnie braku modelu organizacji administracji podatkowej, Izba uznała, że konieczne jest uwzględnienie odwołania w tym zakresie. W ocenie Izby celowe jest doprecyzowanie OPZ z uwzględnieniem wyjaśnień udzielonych na rozprawie przez Zamawiającego, w szczególności odnośnie możliwości oparcia się na obecnie istniejącej organizacji administracji podatkowej, jednoznacznej identyfikacji delegatur IS, nie wiążącego charakteru opracowania wskazywanego przez Odwołującego, jak i stwierdzenia, że ilość miejsc, z których będzie możliwy dostęp dla systemu nie ma znaczenia dla wyceny jego pracochłonności.

Izba ustaliła na podstawie protokołu rozprawy, że w jej toku Zamawiający przedstawił następujące wyjaśnienia:

Odnośnie zarzutu I q architektury modelu docelowego w zakresie organizacji administracji podatkowej, w ocenie Zamawiającego, określił on dane konieczne do wyceny pracochłonności w tym zakresie. Względem określonych wymogów określone zostały atrybuty w ramach zadania TA2 i TA3 i wskazano docelowe terminy, których należy dotrzymać. Zamawiający wskazał, że rzeczywiście brak jest szczegółowego modelu organizacyjnego administracji podatkowej w terenie, który będzie obowiązywał w przyszłość, jednak nie uniemożliwia to dokonania wyceny przez wykonawców. Określone komponenty systemu, m.in. usługi aplikacyjne, podano obowiązujące akty prawne, struktura organizacyjna będzie nadal dwuinstancyjna. Obecnie obowiązująca struktura organizacyjna jest, zdaniem Zamawiającego, adekwatna do przyjęcia przez wykonawców, zaś zmiany w tym zakresie nie wypłyną na pracochłonność. Podsystemy mają funkcjonować jako systemy z możliwością wykorzystania z dowolnego miejsca w kraju, wobec powyższego należy wycenić jedną centralną księgę rachunkową z możliwością dostępu z 16 miejsc. Precyzuje, iż ilość miejsc, z których będzie możliwy dostęp dla systemu nie ma znaczenia dla wyceny jego pracochłonności spoczywającej na wykonawcy. [str. 76]

Odnośnie pkt I q Zamawiający podtrzymuje swoje wczorajsze stanowisko. Podkreśla, iż wszystkie załączniki należy traktować w sposób całościowy, zaś argumentacja przedstawiona przez Odwołującego ma charakter wybiórczy. Definicja procesów biznesowych została określona w zał. nr 3 do OPZ, zaś odnośnie kwestii struktury organizacyjnej - w tym zakresie wykonawcy powinni oprzeć się na obecnie istniejącej dwuinstancyjności. Przez „delegatury Izb skarbowych” należy, jak wskazał Zamawiający, rozumieć obecne urzędy skarbowe, przy czym ta zmiana w przyszłości nie ma znaczenia dla

*pracochłonności, zaś wykonawcy powinni brać pod uwagę akty prawne obecnie regulujące funkcjonowanie urzędów skarbowych. Względem ksiąg rachunkowych Zamawiający wskazuje, iż z treści SIWZ wynika obowiązek stworzenia jednego centrum rozliczeniowego, które nie jest uzależnione o struktury jednostek. Wskazuje, iż w OPZ jest 1610 wymagań odnośnie „usług aplikacyjnych”. Przeczy to tezie, iż takie wymagania funkcjonalne odnośnie wymagań aplikacyjnych nie zostały zdefiniowane. [str. 90]*

*Na wniosek Odwołującego, za zgodą Zamawiającego, Izba koryguje, iż pełnomocnik Zamawiającego odnoszący się do modelu organizacji administracji podatkowej wskazał, że zał. nr 3 do OPZ zawiera zamknięta listę procesów, która nie będzie modyfikowana, czyli jest kompletna. [str. 94]*

**Izba zważyła, co następuje:**

Wobec tego, że analogiczny zarzut Odwołującego był już rozpatrywany przez Izbę, a Zamawiający następnie dokonał zmiany treści s.i.w.z. zgodnie z wyrokiem z 28 lutego 2012 r. – Izba pozostawiła go bez rozpoznania w niniejszej sprawie, z powołaniem się na art. 189 ust. 2 pkt 4 i 5 pzp. Z porównania treści wymagania S.WYM.081 ze wskazaniem zawartymi w wyroku z 28 lutego 2012 r. nie wynika, że zmiana s.i.w.z jest niezgodna z rozstrzygnięciem Izby. Zamawiający uwzględnił wyjaśnienia, które złożył na rozprawie. Odwołujący nie przedstawił natomiast żadnych argumentów podważających zgodność wprowadzonej zmiany z przywołanym wyrokiem. Poza przytoczeniem wprowadzonej zmiany, zarówno treść pytania, jak i argumentacja dotyczą tych samych okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia w sprawie wywołanej poprzednio wniesionym odwołaniem.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego przepisów w powyżej wskazanym zakresie, może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, i działając na podstawie przepisów art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy pzp – orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w związku z przepisem § 5 ust. 2 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), obciążając Zamawiającego tymi kosztami, na które złożył się wpis uiszczony przez Odwołującego oraz jego uzasadnione koszty, w ramach których uwzględniono wynagrodzenie pełnomocnika, na podstawie przedłożonego do akt sprawy rachunku (faktury VAT) – zgodnie z przepisem § 3 pkt 2 lit. b przywołanego rozporządzenia.



**Przewodniczący:** .....

.....

.....