

WYROK
z dnia 18.03.2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa
Ernest Klauziński
Marek Koleśnikow

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 marca 2019 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28.02.2019 r. przez wykonawcę **ATENDE S.A., Plac Konesera 10a, 03-736 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **PGNiG Obrót Detaliczny Sp. z o.o., ul. Jana Kazimierza 3, 01-248 Warszawa,**

przy udziale:

- A. wykonawcy **A2 Customer Care Sp. z o. o., ul. Ostrowskiego 7, 53-328 Wrocław,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,
- B. wykonawcy **DXC Technology Polska Sp. z o.o., ul. Szturmowa 2A, 02-678 Warszawa,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,
- C. wykonawcy **Essembli Sp. z o.o., Aleje Jerozolimskie 162A, 02-342 Warszawa,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,
- D. wykonawcy **KBJ S.A., ul. Broniewskiego 3, 01-785 Warszawa,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,
- E. wykonawcy **SAP Polska Sp. z o.o., ul. Wołoska 5, 02-675 Warszawa,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,
- F. wykonawcy **Asseco Poland S.A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka

1. **oddala odwołanie**
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego ATENDE S.A., Plac Konesera 10a, 03-736 Warszawa i zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000,00 (piętnaście tysięcy) złotych uiszczonych przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Członkowie :

.....

UZASADNIENIE

PGNiG Obrót Detaliczny Sp. z o.o., ul. Jana Kazimierza 3, 01-248 Warszawa, zwany dalej "Zamawiającym" prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Dostawa, wdrożenie i serwis Centralnego Systemu Billingowego w PGNiG Obrót Detaliczny sp. z o.o.”, znak sprawy: CRZ: ZP/OD/18/0076/OD/HSE.

Postępowanie znajduje się na etapie składania ofert. Zamawiający wielokrotnie udzielał w trybie art. 38 Pzp wyjaśnień w odpowiedzi na pytania wykonawców. W związku z udzielonymi w dniu 20 lutego 2019 roku wyjaśnieniami do treści postanowień SIWZ wykonawca ATENDE S.A., Plac Konesera 10a, 03-736 Warszawa, zwany dalej „Odwołującym” wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

We wniesionym odwołaniu zarzucił Zamawiającemu dokonanie niezgodnych z przepisami czynności i zaniechań polegających na niezgodnej z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa interpretacji treści SIWZ, w tym w szczególności Wzoru Umowy i Formularza Ofertowego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1. Naruszenie art. 38 ust. 1, 4 i 4a, art. 29 ust. 1 i 2, art. 36 ust. 1 pkt. 3), pkt. 10) i pkt. 12) oraz art. 140 ust. 1 PZP poprzez udzielenie przez Zamawiającego w Wyjaśnieniach odpowiedzi na pytanie wykonawcy, która to odpowiedź w sposób faktyczny nadaje nową interpretację prawną zapisom Wzoru Umowy, stanowi interpretację wewnątrznie sprzeczną z literalną wykładnią tych postanowień, w konsekwencji czego Odwołujący nie ma możliwości przygotowania i złożenia prawidłowej oraz konkurencyjnej oferty, w której zakres świadczeń wymagany zgodnie z Wyjaśnieniami Zamawiającego byłby zgodny z zakresem wskazanym we Wzorze Umowy oraz Formularzu Ofertowym, przez to, że w wyniku dokonanej przez Zamawiającego interpretacji powstały istotne rozbieżności w ustaleniu, od którego momentu należy obliczać uruchomienie Wsparcia Licencji dla poszczególnie udzielanych licencji oraz jak skalkulować Wsparcie Licencji dla Oprogramowania Standardowego Aplikacyjnego.;
2. Naruszenie art. 38 ust. 1, 4 i 4a, art. 29 ust. 1 i 2, art. 36 ust. 1 pkt. 3), pkt. 10) i pkt. 12) oraz art. 140 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 PZP poprzez udzielenie w Wyjaśnieniach odpowiedzi na pytanie wykonawcy w sposób sprzeczny z zasadami przejrzystości, bowiem w wyniku nowej interpretacji postanowień Wzoru Umowy Zamawiający podaje sprzeczne ze sobą i z Formularzem Ofertowym oraz wzajemnie się wykluczające momenty świadczenia Wsparcia Licencji do udostępnianych licencji Oprogramowania, co uniemożliwia Odwołującemu prawidłowe i jednoznaczne skalkulowanie, czy Odwołujący ma udostępnić

Zamawiającemu całość licencji jednorazowo, czy też może, co w ocenie Odwołującego jest dopuszczalne na podstawie treści SIWZ, ale nie zostało potwierdzone przez Zamawiającego w Wyjaśnieniach, zakontraktować u producenta określoną ilość licencji, a dostarczać je wraz ze Wsparciem Licencji sukcesywnie, dla poszczególnych Transz Migracji, co w konsekwencji może prowadzić do złożenia oferty niezgodnej z SIWZ i z Wyjaśnieniami Zamawiającego, a następnie odrzucenia takiej oferty i wykluczenia Odwołującego lub innych wykonawców z postępowania;

3. Naruszenie art. 38 ust. 1, 4 i 4a, art. 29 ust. 1 i 2, art. 36 ust. 1 pkt. 3), pkt. 10) i pkt. 12) oraz art. 140 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 PZP poprzez dokonanie w Wyjaśnieniach takiej interpretacji zapisów Wzoru Umowy, który prowadzi do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w ten sposób, że interpretacja zapisów Wzoru Umowy, prowadząca de facto do zmiany zakresu świadczeń dotyczących Wsparcia Licencji ponad ten wskazany w Umowie wprowadza do postępowania ukryte kryterium podmiotowe, zawężające potencjalny krąg wykonawców, bowiem stawia na uprzywilejowanej pozycji tych wykonawców, którzy są jednocześnie producentami oprogramowania i którzy mogą tak dostosować politykę cenową dla Wsparcia Licencji, aby od momentu pozytywnego Odbioru uruchomienia Środowiska Deweloperskiego do momentu pozytywnego Odbioru Produkcyjnego (po dokonaniu wszystkich Transz Migracji) nie naliczać Zamawiającemu opłat za licencje i Wsparcie Licencji dla wszystkich Punktów Poboru lub naliczać opłaty bardzo niskie, czego nie może dokonać wykonawca będący resellerem oprogramowania producenta - podmiotu trzeciego; przy czym podkreślić należy, że wbrew wytycznym PARP przy wsparciu UE w tzw. Nowym podejściu do zamówień publicznych, taka interpretacja zapisów Wzoru Umowy prowadzi do dyskryminacji przedsiębiorców z sektora MSP, którzy nie mogą wymusić czy narzucić producentom oprogramowania takich warunków polityki cenowej, aby ich oferta mogła być konkurencyjna względem wykonawców - producentów oprogramowania;

4. Naruszenie art. 38 ust. 1, 4 i 4a, art. 29 ust. 1 i 2, art. 36 ust. 1 pkt. 3), pkt. 10) i pkt. 12) oraz art. 140 ust. 1 w związku z art. 106i ust. 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 2174 z późn. zm., dalej jako „ustawa o VAT”) poprzez zaniechanie dokonania zmian Wzoru Umowy w sytuacji, gdy z Wyjaśnień Zamawiającego wynika, że Wsparcie Licencji ma być świadczone od momentu udostępnienia Oprogramowania Zamawiającemu, a więc, zgodnie z Wyjaśnieniami, najpóźniej od momentu pozytywnego Odbioru uruchomienia Środowiska Deweloperskiego dla Projektu, podczas gdy w § 19 ust. 3 lit. e) Wzoru Umowy Zamawiający wskazuje, że płatności za licencje (a więc ze Wsparciem Licencji) będą odbywały się w różnych okresach czasu i dopiero po odebraniu Oprogramowania, licencji i Wsparcia Licencji Protokołem Odbioru, co stoi w jawnej sprzeczności z art. 106i ust. 1 ustawy o VAT, zgodnie z którym

wykonawca ma obowiązek wystawić fakturę w terminie nie późniejszym niż 15. dnia miesiąca następującego po miesiącu, w którym dokonano dostawy towaru lub wykonano usługę, co z kolei stoi w dalszej sprzeczności z § 19 ust. 10 i ust. 11 Wzoru Umowy, wskazującym, że podstawą wystawienia faktury VAT przez wykonawcę będzie podpisany przez Strony Protokół Odbioru bez zastrzeżeń świadczenia objętego płatnością, a płatność nastąpi w terminie 30 dni od dnia otrzymania przez Zamawiającego prawidłowo wystawionej faktury VAT;

5. Naruszenie art. 38 ust. 1, 4 i 4a, art. 29 ust. 1 i 2, art. 36 ust. 1 pkt. 3), pkt. 10) i pkt. 12) oraz art. 140 ust. 1 oraz art. 44 ust. 3 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (tj. Dz.U. z 2017 r., poz. 2077 z późn. zm.) poprzez dokonanie w Wyjaśnieniach takiej interpretacji zapisów Wzoru Umowy, który prowadzi do naruszenia zasady celowości oszczędności w wydatkowaniu środków publicznych, albowiem wskazanie przez Zamawiającego w Wyjaśnieniach, aby Wsparcie Licencji było świadczone od momentu udostępnienia Zamawiającemu tych licencji dla całości Systemu, czyli najpóźniej od momentu pozytywnego Odbioru Uruchomienia Środowiska Deweloperskiego dla Projektu powoduje, że Zamawiający będzie musiał zapłacić za Wsparcie dla wszystkich udostępnionych licencji, których faktycznie nie będzie wykorzystywał, a które będą wykorzystane dopiero w przyszłości, gdyż wbrew postulatom wykonawcy wskazanym w Wyjaśnieniach, Zamawiający nie chce powiązać udostępniania kolejnych transz licencji z efektem wdrożenia;

Biorąc pod uwagę powyższe zarzuty, Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania w całości;
- 2) dokonanie zmiany interpretacji przedstawionej przez Zamawiającego w Wyjaśnieniach, a przez to wprowadzenie zmian Wzoru Umowy, Formularza Ofertowego oraz pozostałych elementów SIWZ, jeśli będzie to konieczne, w celu ujednoczenia zmian wynikających z żądania określonego w pkt. X. 5 poniżej;
- 3) Niezwłoczne przekazanie zmiany takiej interpretacji wykonawcom oraz zamieszczenie jej na stronie internetowej Zamawiającego;
- 4) Zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.
- 5) nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących czynności zmiany treści Wzoru Umowy i Formularza Ofertowego, w taki sposób, aby:
 - Dostawy licencji zostały powiązane i uzależnione od efektu wdrożenia, tj. dostawy licencji wraz ze Wsparciem Licencji były realizowane dla każdej Transzy Migracji danych; (zarzut 6)
 - Naliczenie wynagrodzenia za dostawy Licencji oraz za Wsparcie dla Licencji odbywało się dla każdej dostarczonej transzy licencji zgodnie z art. 106i ustawy o VAT oraz § 19 ust. 10 i ust. 11 Wzoru Umowy; (zarzut 4)

- Wykonawca dostarczał Zamawiającemu dany pakiet Oprogramowania i licencji wraz ze Wsparciem Technicznym, transzami, wymaganymi na danym etapie Wdrożenia, płatności za te Licencje będą realizowane zgodnie z zapisami § 19 ust. 3 lit. e), a Wsparcie dla dostarczanych Licencji będzie liczone od momentu udostępnienia tych Licencji przez okres 48 miesięcy dla danej transzy licencji i Wsparcia, co będzie zgodne z literalnymi zapisami § 18 ust. 20 i 21 Wzoru Umowy, praktyką rynkową

lub alternatywnie

Wykonawca dostarczał Zamawiającemu dany pakiet Oprogramowania i licencji wraz ze Wsparciem, transzami, wymaganymi na danym etapie Wdrożenia, płatności za te Licencje będą realizowane zgodnie z zapisami § 19 ust. 3 lit. e), a Wsparcie dla dostarczanych licencji będzie liczone od momentu udostępnienia tych licencji rozumianych jako moment opisany płatnością określoną w § 19 ust 3 lit. e) pkt i (lub transzy licencji) tj. po pozytywnym Odbiorze uruchomienia Środowiska Deweloperskiego dla Projektu,

lub alternatywnie

Wykonawca dostarczał Zamawiającemu dany pakiet Oprogramowania i licencji wraz ze Wsparciem, transzami, wymaganymi na danym etapie Wdrożenia, płatności za te licencje będą realizowane zgodnie z zapisami § 19 ust. 3 lit. e), Wsparcie dla dostarczanych licencji będzie liczone od momentu udostępnienia tych licencji na okres 48 miesięcy liczonych od momentu udostępnienia ostatniej transzy licencji opisanych płatnością określoną w § 19 ust. 3 lit e) pkt i (lub transzy licencji), co zostało graficznie przedstawione jako Wariant III na ilustracji poniżej; (zarzut 1, 2, 3, 4) przy czym w ocenie Odwołującego Wariant III opisany w niniejszym punkcie 5 jest najbardziej pożądanym w punkcie widzenia zgodności z Pzp oraz prawem powszechnie obowiązującym gdyż:

- a. Uzależnia dostawę Oprogramowania, licencji i Wsparcia Technicznego, a tym samym wydatkowanie środków publicznych od efektów wdrożenia - dostawy odbywają się dla danej transzy pakietu Oprogramowania, licencji i Wsparcia, a nie dla całości jednorazowej dostawy Oprogramowania, licencji i Wsparcia, jak obecnie sugeruje Zamawiający zgodnie z Wyjaśnieniami, przy czym Wsparcie ma być świadczone już od momentu udostępnienia Licencji w Środowisku Deweloperskim, a więc w sytuacji, w której Zamawiający ze znacznej części licencji nie będzie korzystał przez okres wdrożenia (12 miesięcy) oraz okres Migracji pierwszej Transzy (co najmniej kolejne 6 miesięcy), a będzie płacił za to Wsparcie;
- b. Ogranicza możliwość manipulowania opłatami serwisowymi za Wsparcie w trakcie i po zakończeniu Projektu, zwłaszcza przez tych wykonawców, którzy są producentami Oprogramowania;
- c. Daje wszystkim wykonawcom (zarówno producentom Oprogramowania jak i resellerom Oprogramowania) jednakowe parametry finansowania Projektu, tj. nie powoduje ujemnego wzrostu cashflow i nie powoduje dodatkowych kosztów dla reseliorów tytułem

faktycznego kredytowania opłat za Oprogramowanie, licencje i Wsparcie, daje wszystkim wykonawcom takie same warunki dla wyceny Wsparcia na cały okres 48 miesięcy dla wszystkich Transz Migracji,

d. Powoduje, że działania wykonawców w związku ofertowaniem, a następnie wykonaniem Projektu są zgodne z zapisami Wzoru Umowy i prawa podatkowego (ustawy o VAT).

6. Niezależnie od wybranej opcji dodatkowo: wykonawca będzie miał możliwość wyspecyfikowania w Protokole Odbioru dla płatności opisanych w § 19 ust. 3 lit e) Wzoru Umowy dany pakiet Oprogramowania, licencji i Wsparcie do nich, a Zamawiający dokona odbioru tego Oprogramowania, Licencji i Wsparcia Technicznego na podstawie § 19 ust. 10, zaś wykonawca po każdym udostępnieniu będzie uprawniony do wystawienia faktury VAT w terminach zgodnych z ustawą o VAT i otrzymania płatności zgodnie z § 19 ust. 10 i 11 Wzoru Umowy.

Uzasadniając podniesione zarzuty wskazał, że interpretacja postanowień Wzoru Umowy i Formularza Ofertowego dokonana przez Zamawiającego w Wyjaśnieniach jest sprzeczna z brzmieniem Wzoru Umowy, wymogami Formularza Ofertowego, specyfiką realizowanych dostaw, praktyką rynkową i zawiera wewnętrzne sprzeczności.

Zamawiający powołując się na zapisy § 18 ust 20 i 21 Wzoru Umowy wskazał że licencje do Oprogramowania (Standardowego Aplikacyjnego) mają być udzielone z momentem udostępnienia Zamawiającemu tego Oprogramowania. Zamawiający określił jako moment udostępnienia, najpóźniej moment pozytywnego Odbioru uruchomienia Środowiska Deweloperskiego dla Projektu. Wobec tego także Wsparcie Licencji powinno być zapewnione od udostępnienia Oprogramowania, rozumianego jako ten sam moment, na okres 48 miesięcy. Wskazał, że dalej jednak Zamawiający, wbrew własnemu uzasadnieniu wskazuje, że uruchomienie i okres trwania Wsparcia Licencji powinny być liczone tak samo (od tego samego momentu) dla całości licencji Oprogramowania, tj. w zakresie wszystkich Transz Migracji. Wobec tego oczywistym jest wniosek, że inny będzie okres Wsparcia Licencji dla Oprogramowania wymaganego do pierwszej Transzy Migracji, inny zaś do pozostałych Transz i dla każdego z tych pakietów Oprogramowania dla danych Transz termin 48 miesięcy będzie niezależnie. Jednak w odpowiedzi na drugie pytanie zadane w Wyjaśnieniach, Zamawiający wskazał, że Wsparcie Licencji ma być świadczone od momentu pozytywnego Odbioru Środowiska Deweloperskiego Systemu, poprzez okres wdrożenia, a więc do momentu Odbioru Produkcyjnego Systemu, a następnie jeszcze, jak stwierdził w ostatnim akapicie Wyjaśnień, dla całości Systemu, tj. w zakresie Oprogramowania dla wszystkich Transz Migracji), liczonych cały czas od momentu udostępnienia Zamawiającemu tego Oprogramowania.

Uzasadniając pierwszy z podniesionych zarzutów podał, że po udzieleniu Wyjaśnień przez Zamawiającego powstała rozbieżność, jak należy obliczyć koszt Wsparcia Licencji, jeśli w Formularzu Ofertowym Zamawiający wymaga skalkulowania Wsparcia dla Oprogramowania Standardowego Aplikacyjnego i Dedykowanego przez okres 48 miesięcy od dnia dostarczenia Zamawiającemu licencji, a w Wyjaśnieniach twierdzi, że udostępnienie Oprogramowania, licencji i Wsparcia Licencji powinny być liczone tak samo dla całości licencji Oprogramowania Standardowego Aplikacyjnego, a koszt Wsparcia Licencji ma być przewidziany dla całości Systemu, co nie wynika z żadnego zapisu SIWZ, OPZ lub Wzoru Umowy.

W zakresie zarzutu drugiego podał, że wyjaśnienia Zamawiającego skutkują naruszeniem zasady przejrzystości postępowania. W ocenie Odwołującego nie jest bowiem oczywiste, w jaki sposób kalkulować okres Wsparcia: czy dla 48 miesięcy od momentu udostępnienia całości Oprogramowania, licencji i Wsparcia Licencji najpóźniej od momentu pozytywnego Odbioru uruchomienia Środowiska Deweloperskiego dla Systemu, czy jednak możliwe jest dostarczanie licencji w okresie dokonywania Transz Migracji. Zamawiający nie potwierdza, że dostarczanie licencji i Wsparcia Licencji jest możliwe transzami (partiami), ograniczając się jedynie do stwierdzenia, że żadne postanowienie SIWZ o tym nie stanowi (w Wyjaśnieniach Zamawiający odnosi się do trzech transz, dostarczenia licencji, jednak transz powinno być tyle, ile Transz Migracji).

Odnosząc się do zarzutu trzeciego podał, że nadinterpretacja zakresu świadczeń w odniesieniu do całości licencji i Wsparcia Licencji dokonana przez Zamawiającego prowadzi do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Preferuje bowiem rozwiązania wyłącznie tych wykonawców, którzy są jednocześnie twórcami Oprogramowania i mogą dowolnie kreować politykę cenową dotyczącą Wsparcia Licencji. W przypadku, w którym Zamawiający zgodnie z Wyjaśnieniami wymaga, aby moment udzielenia licencji i Wsparcia Licencji był liczony tak samo dla całości licencji, wykonawcy będący producentami oprogramowania mogą zrezygnować z pobierania opłat za Wsparcie dla całości licencji aż do momentu podpisania protokołu Odbioru Produkcyjnego Systemu lub skalkulować Wsparcie Licencji po zakończeniu Projektu. Wykonawcy będący producentami oprogramowania mogą uzasadnić niską cenę Wsparcia Licencji polityką dystrybucyjną uznając, że Wsparcie nie jest naliczane Zamawiającemu w okresie, w którym System znajduje się w Środowisku Deweloperskim i uznać, że licencje dla Oprogramowania Standardowego Aplikacyjnego mają charakter licencji deweloperskich, aż do momentu Odbioru Produkcyjnego Systemu, kiedy to licencje nabywają charakter produkcyjny i dopiero za ten okres pobierać opłaty tytułem Wsparcia. Dodatkowo mogą swobodnie sterować terminami płatności zarówno dla licencji jak i okresu Wsparcia. Nie ponoszą przy tym żadnych negatywnych konsekwencji ujemnych przepływów pieniężnych, które wynikają z

postanowień § 19 ust. 3 lit e) Wzoru Umowy, bowiem nie muszą kredytować dostaw Oprogramowania, licencji Wsparcia.

Podał, że Zamawiający nie bierze pod uwagę, że takie interpretowanie zapisów Wzoru Umowy, jakie wynika z Wyjaśnień pozwala wykonawcy, będącemu producentem oprogramowania na zaniżenie lub zrezygnowanie z kalkulowania Wsparcia Licencji dla całości licencji, ale po zakończeniu Projektu naliczenie bardzo wysokich opłat za Wsparcie Licencji, tj. po okresie wymaganych przez Zamawiającego 48 miesięcy. Zamawiający w żaden sposób nie określił, w jaki sposób oczekuje kształtowania opłat serwisowych Wsparcia dla licencji po okresie 48 miesięcy od ich zakończenia.

Takich możliwości, jak opisane powyżej, nie mają i mieć nie będą ci wykonawcy, którzy występują w postępowaniu w charakterze resellerów Oprogramowania Standardowego Aplikacyjnego. Resellerzy Oprogramowania muszą nabyć Oprogramowanie i całość licencji ze Wsparciem od producenta by je móc odsprzedać Zamawiającemu, co jak łatwo zauważyć, powoduje bardzo istotny efekt finansowy w postaci ujemnego przepływu pieniężnego w sytuacji, gdy Zamawiający:

1. nakazuje dostawę licencji w całości (części?) dla Oprogramowania, za które płaci w trzech transzach płatności, 5 % (moment po pozytywnym Odbiorze Uruchomienia Środowiska Deweloperskiego), a następnie 45% i 50%, gdzie ostatnia transza płacona jest praktycznie na koniec Projektu;
2. Wykonawca musi kredytować przez 2/3 czasu trwania Projektu zarówno proces wdrożenia jak i dostawy Oprogramowania, licencji i Wsparcia, z którego Zamawiający nie korzysta;
3. możliwość uzyskania płatności za licencje i opłaty tytułem Wsparcia jest przewidziana w taki sposób, że nie ma gwarancji, że zostaną uzyskane w terminie wskazanym w harmonogramie (termin ten jest mocno ruchomy), a opóźnienia w uruchomieniu Produkcyjnym Systemu dla pierwszej Transzy i ostatniej Transzy mogą również leżeć po stronie Zamawiającego, ale negatywny wpływ mają tylko i wyłącznie na Wykonawcę będącego resellerem Oprogramowania, natomiast ani kosztów ani ryzyk takich nie ponoszą Wykonawcy będący właścicielami Oprogramowania.

Podkreślił, że zdaniem Odwołującego Zamawiający poprzez interpretację zawartą w Wyjaśnieniach tworzy dodatkowe, niezgodne z prawem i zaburzające konkurencję kryterium podmiotowe, a priori dyskryminujące krąg wykonawców, którzy nie są producentami Oprogramowania i którzy muszą zaoferować ceny Wsparcia Licencji takie, jakie narzucają im producenci Oprogramowania. W ten sposób Zamawiający dokonuje zawężenia potencjalnego kręgu wykonawców i faworyzuje cenowo wykonawców będących producentami Oprogramowania, a co za tym idzie, obniża konkurencyjność ofert w postępowaniu.

W uzasadnieniu zarzutu czwartego Odwołujący podał, że zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, na podstawie przepisów art. 106i ust. 1 ustawy o VAT wykonawca musi wystawić fakturę w terminie nie późniejszym niż 15-tego dnia miesiąca następującego po miesiącu, w którym dokonano dostawy towaru lub wykonano usługę. W § 13 ust. 3 lit. e) Wzoru Umowy, udostępnienie Oprogramowania, licencji i rozpoczęcie Wsparcia podlegać będzie procedurze Odbioru, zaś zgodnie z § 19 ust. 1 i 11, podstawą płatności dla wykonawcy będą protokoły odbioru, a płatność odbywać się będzie w terminie 30 dni od dnia doręczenia Zamawiającemu prawidłowo wystawionej faktury. Podkreślił, że Zamawiający w § 19 ust. 10 i § 19 ust. 3 lit. e) Wzoru Umowy stawia sprzeczne z w/w przepisem ustawy o VAT wymagania dotyczące zasad fakturowania, wskazując w § 19 ust. 10 konieczność podpisania protokołów na dostawy już zrealizowane (istnieje podpisany już wcześniej protokół odbioru Oprogramowania i Wsparcia podpisany po jego udostępnieniu- zgodnie z § 13 ust. 3 lit. e)). Wobec powyższego, płatność za dostarczenie Oprogramowania, całości licencji i Wsparcia nie może odbywać się w terminach wskazanych w § 10 ust. 3 lit. e), skoro na podstawie § 19 ust. 10 Wykonawca ma wystawić fakturę na podstawie Protokołu. Oznacza to, że Wykonawca, wystawiając prawidłowo fakturę, odprowadzając podatek VAT i dochodowy, czeka następnie na płatności określone w terminach przyszłych i niepewnych co do ich wystąpienia, na podstawie § 19 ust. 3 lit. e) pkt. i., ii. oraz iii., a Zamawiający przecież ma dostarczone całość licencji i Wsparcia Licencji. Wobec tego Zamawiający powinien dokonać protokolarnego Odbioru Oprogramowania, całości licencji i Wsparcia jednym protokołem i dokonać zapłaty za te towary i usługi zgodnie z § 19 ust. 10 i 1 Wzoru Umowy oraz w zgodzie z postanowieniami art. 106i ustawy o VAT. W przeciwnym bowiem wypadku wykonawca dokonując, zgodnie z wymogiem wskazanym w Wyjaśnieniach, dostarczenia/udostępnienia Oprogramowania, całości licencji i Wsparcia Licencji nie ma możliwości wystawienia faktury w zgodzie z art. 106i ustawy o VAT, jeśli do wystawienia faktury VAT Zamawiający wymaga dokonania protokolarnego Odbioru dostarczenia Oprogramowania, licencji i Wsparcia (§ 13 ust. 3 lit. e) Wzoru Umowy w zw. z § 19 ust. 10 i 11 Wzoru Umowy).

W uzasadnieniu kolejnego zarzutu – szóstego- podał, że kwestią przemawiającą za koniecznością korekty stanowiska Zamawiającego jest fakt, interpretacja prezentowana przez Zamawiającego w Wyjaśnieniach (dostawy całości Oprogramowania Standardowego Aplikacyjnego, całości licencji i Wsparcia przed rozpoczęciem pierwszej Migracji), a w konsekwencji dostawa wszystkich licencji i Wsparcia Licencji jest dla niego w istocie niekorzystne. Naraża Zamawiającego na zarzut niegospodarności w wydatkowaniu środków publicznych. Jeśli bowiem weźmiemy pod uwagę, że Zamawiający kupuje całość licencji bez powiązania z efektem wdrożeniowym (uruchamiania Migracji kolejnych Transzy) to Zamawiający płaci z góry za licencje, które zostaną użyte w przyszłości i jednocześnie płaci

od nich opłaty serwisowe zależne od ilości i wartości dostarczonych licencji, w sytuacji, w której Zamawiający tych licencji nie używa - jak bowiem wynika z OPZ, Transze Migracji będą realizowane sukcesywnie i będzie to proces rozciągnięty w czasie. A przecież model licencjonowania Zamawiający określił per Punkt Poboru. Zarzut, jaki stawia Odwołujący dotyczy zasadności wymagania dostawy całości Oprogramowania Standardowego Aplikacyjnego i całości licencji, „na „półkę” i wymagana świadczenia Wsparcia dla tych licencji, których nie używa. Wykonawca dostarczył ma Wsparcie Licencji dla Oprogramowania, które nie jest jeszcze użytkowane dla wszystkich dostarczonych licencji. Jednocześnie świadczenie Wsparcia dla licencji nieużywanych jest sytuacją idealną z punktu widzenia wykonawcy będącego producentem Oprogramowania.

Odwołujący na etapie posiedzenia złożył dodatkowe pismo procesowe w którym odniósł się częściowo do stanowiska zamawiającego przedstawionego w odpowiedzi na odwołanie, popierając zasadność argumentacji wskazanej w uzasadnieniu odwołania.

Do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego przystąpiło 5 wykonawców wymienionych w sentencji orzeczenia. Wykonawcy Ci poparli stanowisko prezentowane przez odwołującego zarówno w treści odwołania jak i prezentowane na rozprawie.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o odrzucenie odwołania jako wniesionego po terminie, a odnosząc się do treści zarzutów w przypadku nieuwzględnienia przez Izbę wniosku o odrzucenie odwołania wniósł o ich oddalenie jako niezasadnych.

W zakresie wniosku o odrzucenie odwołania podał, że odwołanie zostało wniesione po upływie ustawowego terminu i zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt. 3 Pzp powinno zostać odrzucone jako spóźnione. Stwierdził, że w przedmiotowym postępowaniu ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w dniu 16.11.2018 r. Zatem wszelkie odwołania od treści SIWZ należało złożyć w terminie 10 dni od opublikowania ogłoszenia lub SIWZ wraz załącznikami. Podał, że wykonawca wystąpił o wyjaśnienie treści SIWZ, a następnie po otrzymaniu odpowiedzi w Wyjaśnieniach, Odwołujący uznał, że odpowiedź nie rozwiązała jego wątpliwości w odniesieniu do konkretnych postanowień wzoru umowy i tym samym domaga się zmiany postanowień wzoru umowy, a więc części SIWZ opublikowanej w dniu 16.11.2018 r.

Podkreślił, że wbrew sformułowaniu Odwołującego, iż wnosi odwołanie od „interpretacji przez Zamawiającego treści SIWZ” przedstawionej w Wyjaśnieniach, należy uznać, że w istocie odwołanie dotyczy treści SIWZ ustalonej już od momentu ogłoszenia o zamówieniu, gdyż w Wyjaśnieniach z dnia 20 lutego 2019 r. nie dokonano w żaden sposób zmiany treści SIWZ. Tymczasem, zgodnie z ustawą Pzp nie można wnieść odwołania od samej treści wyjaśnień, czyli przedstawionego sposobu interpretacji SIWZ, który SIWZ w żaden sposób nie zmienia. Tym samym odwołanie (od treści SIWZ) jest wniesione po terminie i z tego względu powinno podlegać odrzuceniu. Wskazując na szereg orzeczeń KIO podał, że

procedura wyjaśnień z art. 38 Pzp w żaden sposób nie wpływa na przywrócenie terminu do wniesienia odwołania wobec treści SIWZ.

Podkreślił, że jeżeli Wykonawca chciał skutecznie domagać się zmiany treści SIWZ w zakresie wskazanym w Odwołaniu powinien był złożyć odwołanie znacznie wcześniej, tj. w ciągu 10 dni od dnia publikacji SIWZ. Obecnie, blisko 4 miesiące po publikacji SIWZ, odwołanie w tym zakresie bez żadnych wątpliwości jest spóźnione i powinno podlegać odrzuceniu. Biorąc pod uwagę fakt, że postanowienia SIWZ, których zmiany domaga się Odwołujący nie były w tym czasie zmieniane, w szczególności nie były one w żaden sposób zmieniane w dniu 20 lutego 2019 r. Zamawiający – dokonał wyjaśniającej odpowiedzi, wskazującej na intencje Zamawiającego przy konstruowaniu poszczególnych postanowień wzoru umowy. Zamawiający w Wyjaśnieniach zatem jedynie wskazał wykonawcy postanowienia już istniejące w SIWZ, w których zawarta była i z których wynikała odpowiedź na pytanie zadane przez wykonawcę, nie dokonując ich zmiany co w konsekwencji powoduje, że odwołanie jest spóźnione i powinno podlegać odrzuceniu.

Odnosząc się do zarzutu nr 1 i 2 Odwołania (str. 8-9), Zamawiający podał, że treść wzoru umowy jest jasna i nie budzi wątpliwości. Wyjaśnienia nie doprowadziły do modyfikacji SIWZ. Udzielając odpowiedzi na pytania zadane przez wykonawcę, w formie Wyjaśnień, Zamawiający dokonał jedynie przytoczenia postanowień Wzoru Umowy, Definicji oraz OPZ, które były kluczowe dla odpowiedzi na pytanie zadane przez wykonawcę. Zamawiający w Wyjaśnieniach zatem jedynie wskazał wykonawcy postanowienia już istniejące w SIWZ, w których zawarta była i z których wynikała odpowiedź na pytanie zadane przez wykonawcę, nie dokonując ich zmiany.

Wyjaśnił, że ukształtowanie postanowień SIWZ w taki sposób, by moment udzielenia licencji do Oprogramowania Standardowego Aplikacyjnego oraz uruchomienia Wsparcia Licencji był jednolity dla całości licencji do Oprogramowania Standardowego Aplikacyjnego dla Projektu (z momentem pozytywnego odbioru uruchomienia Środowiska Deweloperskiego) jest konieczne z punktu widzenia Projektu, z powodu braku wiedzy Zamawiającego o modelu licencyjnym dostarczanego Oprogramowania (czy będzie on zależny od ilości Użytkowników, ilości Punktów Poboru czy też jeszcze innego parametru). Dopuszczenie różnic w zakresie trwania Wsparcia Licencji stałoby na przeszkodzie zapewnieniu porównywalności ofert.

Wskazał, że wbrew zarzutowi Odwołującego, iż brak jest w wyjaśnieniach z dnia 20 lutego 2019 r. informacji, czy dostarczenie licencji może odbywać się w transzach, Zamawiający przytaczając zapisy wzoru umowy wyraził się jasno, wyczerpująco i jednoznacznie, że: *„moment udzielenia licencji oraz moment uruchomienia i okres trwania Wsparcia Licencji Oprogramowania Standardowego Aplikacyjnego powinny być liczone tak samo dla całości licencji Oprogramowania Standardowego Aplikacyjnego będącego przedmiotem zamówienia, tj. w zakresie wszystkich Transz Migracji - od momentu*

pozytywnego Odbioru uruchomienia Środowiska Deweloperskiego dla Projektu" (akapit 5 Odpowiedzi nr 2 w Wyjaśnieniach). Nie jest to według Zamawiającego jedynie „nowa interpretacja” Zamawiającego, jak zarzuca Odwołujący, lecz zasada przyjęta przez Zamawiającego wyrażona w treści SIWZ, w szczególności we Wzorze Umowy i OPZ, zgodnie z którą najpierw następuje wdrożenie i budowa Systemu, obejmujące wdrożenie Oprogramowania, zaś po Odbiorze Produkcyjnym Systemu ma miejsce migracja danych podzielona na poszczególne Transze Migracji (np. pkt 3.19 Rysunek 2 OPZ). Jasnym jest, iż udzielenie licencji do Oprogramowania Standardowego Aplikacyjnego, obsługującego System, należy w całości do etapu wdrożenia i budowy Systemu, poprzedzającego Transze Migracji, dlatego w oczywisty sposób dostarczenie tych licencji nie może być podzielone na Transze Migracji, lecz musi mieć miejsce w całości właśnie na etapie wdrożenia i budowy Systemu. Powyższe potwierdza ponadto treść § 19 ust. 2 lit. b) Wzoru Umowy oraz pkt 1.4. 2) Formularza Ofertowego (załącznik nr 1 do SIWZ), w których przewidziano wycenę jedynie 48 miesięcy Wsparcia Licencji, zaś w przypadku założenia różnych momentów rozpoczęcia Wsparcia Licencji dla różnych Transz Migracji, okres Wsparcia Licencji musiałby się finalnie różnić dla każdej z nich, by uzyskać jednolity okres Wsparcia Licencji dla całości Systemu. W konsekwencji, zdaniem Zamawiającego nie może być mowy ani o dokonaniu jakichkolwiek zmian lub „nowej interpretacji” treści SIWZ poprzez Wyjaśnienia, ani o naruszeniu przez Zamawiającego zasady przejrzystości.

W zakresie zarzutu oznaczonego nr 3 Odwołania (str. 9) Zamawiający przyjął, że ustanowienie w treści SIWZ wymogu, by licencje do Oprogramowania Standardowego Aplikacyjnego w zakresie całości Systemu oraz Wsparcie Licencji były dostarczane w jednym momencie, nie może być uznane za ukryte kryterium podmiotowe i nie prowadzi do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Podczas gdy prawdą jest, że wykonawcy, którzy jednocześnie są twórcami oprogramowania sami decydują o kształtowaniu polityki cenowej w zakresie wsparcia licencji, nie można zgodzić się, że wykonawcy wdrażający oprogramowanie cudze znajdują się w tym aspekcie na pozycji straconej i pozbawieni są wpływu na kształtowanie cen licencji oraz wsparcia licencji oprogramowania. Należy przyjąć bowiem, że zewnętrzni producenci oprogramowania, którzy sami nie zajmują się lub rzadko zajmują się jego wdrażaniem u użytkowników końcowych (przykładem jest firma SAP czy Oracle), niewątpliwie pozostają bezpośrednio zainteresowani budową na bazie ich rozwiązań informatycznych największego jak dotąd w kraju systemu bilingowego, który jest przedmiotem postępowania prowadzonego przez Zamawiającego. W związku z powyższym, zdaniem Zamawiającego nie jest prawdopodobne, by wykonawcy wdrażający cudze oprogramowanie (w/w producentów zewnętrznych), w tym przedsiębiorstwa małe i średnie, nie mieli możliwości uzyskania warunków cenowych, dotyczących zakupu licencji dla Zamawiającego oraz Wsparcia

Licencji, konkurencyjnych w stosunku do ofert wykonawców wdrażających oprogramowanie własne. Należy uznać, że w przypadku postępowania o udzielenie zamówienia na największy system bilingowy w kraju, o skłonności producentów oprogramowania do konkurencyjnego ukształtowania polityki cenowej w zakresie licencji oraz Wsparcia Licencji do oprogramowania będzie decydować waga samego postępowania, nie zaś właściwości wykonawcy wdrażającego oprogramowanie producenta zewnętrznego.

Stwierdził, że Odwołujący w przekonaniu Zamawiającego przecenia ponadto możliwość manipulowania opłatami serwisowymi za Wsparcie Licencji przez wykonawców wdrażających własne oprogramowanie - wobec niskiej wagi podkryterium C2 tj. ceny Wsparcia Licencji w kryterium cenowym dotyczącym oceny ofert wykonawców (pkt 16.1.2.2. SIWZ), która wynosi jedynie 10 %, możliwość manipulacji punktacją oferty poprzez zaniżanie podkryterium C2 jest w zasadzie znikoma.

Ponadto zauważył, że Odwołujący postulując, by dostawy licencji wraz ze Wsparciem Licencji powiązane były z poszczególnymi Transzami Migracji, jednocześnie pomija fakt, że rozbijając zamówienie dotyczące licencji oraz Wsparcia Licencji na pomniejsze części, realizowane oddzielnie i w różnych terminach, wykonawca wdrażający oprogramowanie cudze traci możliwość uzyskania rabatów na zamówienie dotyczące licencji oraz Wsparcia Licencji złożone u producenta oprogramowania, które jest związane z efektem skali mającym miejsce w przypadku zamówienia całościowego i jednorazowego.

Finalnie, Zamawiający przywołał jeszcze jeden argument mający obalić kreowane przez Odwołującego stanowisko, jakoby Zamawiający dopuścił się dyskryminacji jednego rodzaju wykonawców mogących brać udział w prowadzonym przez niego postępowaniu. Odwołujący pomija bowiem fakt, że w istocie rynek wykonawców wdrażających oprogramowanie mogące być podstawą systemu bilingowego Zamawiającego nie dzieli się w prosty sposób na wykonawców wdrażających jedynie oprogramowanie własne oraz tych, którzy wdrażają jedynie oprogramowanie producentów zewnętrznych. Przeciwnie, nawet firmy korzystające w znacznej mierze z własnych rozwiązań informatycznych, korzystają również z komponentów oprogramowania obcego, które kupują od podmiotów trzecich i co do których nie mają swobody „dowolnego kreowania polityki cenowej dotyczącej Wsparcia Licencji”, o której pisze Odwołujący. Powyższe pokazuje, że spektrum podmiotów mogących być zainteresowanymi udziałem w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego jest w rzeczywistości dużo bardziej różnorodne niż prezentuje to Odwołujący, a jego charakterystyka znacznie bardziej skomplikowana.

W zakresie zarzutu nr 4 (str. 11), Zamawiający wskazał, intencją Zamawiającego w podnoszonym w zarzucie zakresie jest ustanowienie momentu dokonywania płatności przez Zamawiającego za świadczenia wykonawcy. W związku z powyższym, Zamawiający przewidział we Wzorze Umowy postanowienia mające na celu jego uelastycznienie oraz

umożliwienie wprowadzenia zmian w zakresie płatności po zawarciu Umowy, gdy okaże się to konieczne, m.in. ze względu na potrzebę dostosowania szczegółowych zasad fakturowania i płatności do bezwzględnie obowiązujących przepisów: § 19 ust. 10 i 11, odpowiednio, umożliwiają wprowadzenie zmian, zgodnie z treścią postanowień „chyba że Strony postanowią inaczej na piśmie pod rygorem nieważności”.

W zakresie zarzutu nr 5 (str. 12), Zamawiający wskazał, że jest on niezrozumiały. Intencją Zamawiającego, jak podkreślono w odpowiedzi na zarzut nr 1 i 2, nigdy nie było dopuszczenie możliwości zamówienia Wsparcia Licencji w osobnych transzach. Ponadto nie jest zrozumiałe stwierdzenie Odwołującego, że „zgodnie z Wariantem II całkowite koszty Wsparcia Licencji dla pierwszej transzy licencji będą przekraczały okres 48 miesięcy”. Odwołujący, w przekonaniu Zamawiającego, podejmuje nieuzasadnione próby kreowania własnych, korzystnych dla siebie nadinterpretacji treści SIWZ, która w rzeczywistości jest jasna i nie dopuszcza rozbicia na różne okresy trwania Wsparcia Licencji dla różnych „transz licencji”, o których pisze Wykonawca. To podejście Zamawiającego jest konsekwentne i znajduje odzwierciedlenie w treści w szczególności Formularza Ofertowego, o czym mowa również powyżej w pkt 2 zdanie ostatnie.

6. W zakresie zarzutu nr 6 (str. 13), Zamawiający wskazał, że zarzut ten jest nieprawidłowy. Zamawiający zamieścił w SIWZ wymóg dostarczenia licencji wraz ze Wsparciem Licencji dla Oprogramowania Standardowego Aplikacyjnego w zakresie całego Systemu w jednym momencie, gdyż przeciwnie do twierdzeń Odwołującego jest to korzystne z punktu widzenia Zamawiającego. Podkreślił, że nie można zgodzić się z Odwołującym, iż do momentu zmigrowania i uruchomienia wszystkich Transz Migracji całość licencji do Oprogramowania będzie nieużywana i odstawiona „na półkę”. Zamawiający podkreślił, że zależnie od sposobu ukształtowania przez wykonawcę szczegółowego harmonogramu wdrożenia oraz przeprowadzenia Transz Migracji, zwłaszcza w modelu licencyjnym zależnym od ilości objętych Systemem Punktów Poboru, różny może być moment faktycznego rozpoczęcia eksploatacji produkcyjnej poszczególnych licencji Oprogramowania Standardowego Aplikacyjnego. Zamawiający oczekuje, że będzie miał zapewnioną możliwość korzystania z wszelkich potrzebnych świadczeń przewidzianych w ramach Wsparcia Licencji do udzielonych licencji do Oprogramowania Standardowego Aplikacyjnego w okresie 48 miesięcy od udostępnienia licencji dla całości Systemu (pozytywny odbiór Środowiska Deweloperskiego).

Przystępujący po stronie Zamawiającego wykonawca Asseco Poland S.A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów poparł stanowisko Zamawiającego zarówno w zakresie zaistnienia podstaw do odrzucenia odwołania, jak i stanowisko merytoryczne odnoszące się do podniesionych zarzutów odwołania wnosząc o jego oddalenie.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z tego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania i przystępujących zaprezentowane na piśmie i do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Odwołanie jest niezasadne i podlega oddaleniu.

Na wstępie Izba uznała, że Odwołujący, wnosząc przedmiotowe odwołanie wykazał swój interes w złożeniu niniejszego środka ochrony prawnej w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż uwzględnienie odwołania mogłoby mieć wpływ na złożenie przez wykonawcę bardziej konkurencyjnej oferty w postępowaniu.

Podkreślić należy, iż Odwołujący wniósł odwołanie od treści wyjaśnień jakich udzielił wykonawcom Zamawiający w dniu 20 lutego 2019 roku wskazując jako podstawę prawną naruszenie art. 38 ust.1, 4 i 4a Pzp. Dodać należy także, że ogłoszenie o zamówieniu wraz z podaniem treści SIWZ miało miejsce w dniu 16 listopada 2019 roku.

Biorąc pod uwagę powyższy termin podania do wiadomości wykonawców treści SIWZ Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o odrzucenie odwołania z powodu uchybienia terminu na jego wniesienie. Rozpatrując powyższą kwestię Izba zważyła prezentowane przez strony i przystępujących stanowiska i uznała, iż niewątpliwie w tej sprawie występują trudności z dokonaniem jednoznacznego ustalenia sytuacji, kiedy w ramach wyjaśnień mamy do czynienia z wyjaśnieniem treści postanowień, a kiedy ze zmianą SIWZ. Biorąc to pod uwagę uznała, że zasadnym będzie przeprowadzenie w tym zakresie postępowania dowodowego na rozprawie. Tym samym wniosek o odrzucenie odwołania oddaliła. Izba miała na względzie także fakt, że odrzucenie odwołania jest najdalej idącą czynnością pozbawiającą wykonawcy ochrony swoich praw, a nadto na tym etapie postępowania brak było podstaw do jednoznacznego stwierdzenia zaistnienia przesłanki do odrzucenia odwołania.

Przed merytoryczną oceną zasadności podniesionych w odwołaniu zarzutów zdaniem Izby zasadnym jest wskazanie, że na podstawie art. 38 ust. 1 Pzp wykonawca może zwrócić się do zamawiającego o wyjaśnienie treści SIWZ. W interesie wykonawców leży bowiem dbałość o to, by postanowienia SIWZ nie budziły wątpliwości, nie tylko co do procedury prowadzącej do wyboru najkorzystniejszej oferty, ale również co do sposobu i zakresu świadczenia wynikającego z zawartej umowy. Zakres świadczenia wykonawcy wynikający z zawartej umowy w sprawie zamówienia publicznego jest bowiem tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie, a ta z kolei musi odpowiadać treści SIWZ.

W wyroku z 5 czerwca 2014 r. (IV CSK 626/13) Sąd Najwyższy dał początek przełamaniu dość powszechnych poglądów opierających się na założeniu, że ryzyko wątpliwości

wynikających z niejasnych postanowień SIWZ powinna ponieść strona, która SIWZ zredagowała, czyli Zamawiający. W okolicznościach konkretnego zamówienia publicznego – jak wskazał SN – art. 38 ust. 1 Pzp nie tylko daje wykonawcy uprawnienie, ale także nakłada na niego obowiązek zwrócenia się do zamawiającego o wyjaśnienie treści SIWZ.

Podkreślić należy także, że Zamawiający, jako gospodarz postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jest podmiotem, na którym spoczywa obowiązek takiego przygotowania specyfikacji istotnych warunków zamówienia, by z jednej strony nie wzbudzała ona wątpliwości interpretacyjnych, a z drugiej strony nie ograniczała w sposób nadmierny uczciwej konkurencji.

Natomiast w sytuacji niejasności wymagań postawionych wykonawcom w SIWZ Zamawiający ma obowiązek udzielić wykonawcom w odpowiedzi na postawione zapytania, takich, które te niejasności eliminują, bądź powodują sytuację, że wszyscy potencjalni wykonawcy będą tak samo interpretować wymagania Zamawiającego.

Izba podziela stanowisko orzecznictwa, że jeśli udzielone odpowiedzi były czytelne dla odbiorców, mieszczą się w treści postanowień SIWZ i nie prowadzą de facto do ich zmiany to termin na wniesienia odwołania winien być liczony nie od momentu uzyskania odpowiedzi od Zamawiającego na te zadane pytania, ale od daty zamieszczenia SIWZ stosownie do art. 182 ust. 2 ustawy Pzp. Przyjęcie odmiennego stanowiska prowadziłoby do nieuprawnionego obejścia ustawowego przepisu, wyznaczającego czas na złożenie odwołania na postanowienia SIWZ. Termin na wniesienie odwołania nie może być przywrócony przez działanie wykonawcy polegające na składaniu pytań co do kwestii sprecyzowanych w SIWZ (podobnie KIO w wyrokach z 20 listopada 2014 roku sygn. KIO 2323/14 oraz KIO 1389/14).

Wyjaśnianie i zmiana treści SIWZ co do zasady są czynnościami o odmiennym celu i znaczeniu. Wyjaśnienia treści specyfikacji służą doprecyzowaniu, rozwinięciu kwestii wynikających z postanowień w celu przedstawienia ich celowościowego rozumienia, niedoprecyzowanych z różnych przyczyn na etapie tworzenia SIWZ. Treść postanowień SIWZ podlega wykładni językowej, jako podstawowej wykładni oświadczeń woli. W przypadkach, gdy wyjaśnienia nie wpływają na zmianę treści specyfikacji lub ogłoszenia, a tylko uszczegółwiają tam znajdujące się postanowienia, zamawiający może poprzestać tylko na wyjaśnieniach i nie dokonywać modyfikacji specyfikacji, czy nie publikować zmian w ogłoszeniu. Zamawiający nie musi także za każdym razem pisać, że w danym zakresie modyfikuje postanowienia specyfikacji, gdyż i bez takich formuł wykonawcy i zamawiający muszą się stosować do wyjaśnień.

Izba podkreśla, że potencjalny wykonawca ma prawo nie zgodzić się z opisem wymagań zawartych w SIWZ. Może to uczynić w dwojaki sposób. Po pierwsze, może skorzystać ze środków ochrony prawnej opisanych w dziale VI Pzp, a po drugie, może

wystosować wniosek o wyjaśnienie treści SIWZ. Uwzględnienie zarzutu dotyczącego odwołania od treści SIWZ powoduje nakazanie Zamawiającemu przez Izbę dokonania odpowiednich zmian w treści SIWZ. Natomiast wykonawca zadając Zamawiającemu pytanie winien mieć na względzie fakt, że odpowiedź Zamawiającego może nie czynić zadość nawet jego zasadnym oczekiwaniom, a treść SIWZ w wyniku wyjaśnień nie zostanie zmieniona. Uzyskanie wyjaśnień niezgodnych z oczekiwaniem wykonawcy nie może być podstawą do kwestionowania dopiero na tym etapie postanowień SIWZ z naruszeniem art. 182 ust 2 Pzp. Izba uznaje, że dopóki treść interpretacji SIWZ przez Zamawiającego mieści się w literalnej treści SIWZ to stanowi to wyjaśnienie treści postanowień SIWZ, a nie jego zmianę od której przysługiwałoby wykonawcy odwołanie.

Izba uznaje, że dopiero dodanie przez Zamawiającego w treści wyjaśnień nowego wymagania niedającego się wyinterpretować z treści SIWZ nie jest wyjaśnieniem, lecz zmianą SIWZ, która winna powodować zmianę jego postanowień i tylko wtedy wykonawca może treść takich wyjaśnień kwestionować wskazując na rzeczywista ich zmianę.

W zakresie znaczenia udzielonych wyjaśnień dla obowiązków wykonawców Izba utożsamia się ze stanowiskiem KIO wyrażonym w wyroku z dnia 28 stycznia 2015 r., KIO 110/15, gdzie stwierdzono, że nie jest przeszkodą dla uznania, że mamy do czynienia z pełnowartościową i skuteczną zmianą SIWZ to, że Zamawiający wyraźnie nie podał, że dokonuje zmiany SIWZ, choć w istocie tego dokonał. Istotną jest bowiem rzeczywista treść samej czynności, jej charakter, które wskazują na dokonanie zmiany SIWZ, a nie tylko w sytuacji kiedy Zamawiający udzielone wyjaśnienia tytułuje, jako „zmiana SIWZ”.

W tym zakresie istotne znaczenie ma po pierwsze analiza treści dokumentów tj kwestionowanych postanowień SIWZ i udzielonych przez zamawiającego treści odpowiedzi na pytania wykonawców. W tej materii wskazać należy także na wyrok SN z dnia 18 lutego 2016 r. (sygn. akt: II CSK 197/15), w którym SN stwierdził, że udzielone wyjaśnienia przez zamawiającego ze swej istoty są bezwzględnie wiążące dla wykonawców i mogą zmienić SIWZ, a ponadto nie mogą one stanowić podstawy do ponoszenia negatywnych konsekwencji zarówno przez zamawiającego jak i wykonawcę. Jednakże w dalszej części uzasadnienia SN opierając się na dotychczasowym orzecznictwie uznał, że ustawa Pzp nie przewiduje procedury uzupełniania wyjaśnień ani odwołania od ich treści, gdyż celem wyjaśnień jest uzyskanie przez wykonawców wiedzy niezbędnej dla podjęcia decyzji o ubieganiu się o udzielenie zamówienia publicznego i sporządzenia oferty.

Przenosząc powyższe na grunt przedmiotowego odwołania Izba uznała, że brak jest podstaw do uwzględnienia odwołania. Izba uznała, że odpowiedzi Zamawiającego na pytania zawierają się w treści kwestionowanych postanowień SIWZ. Za słuszne uznano stanowisko Zamawiającego, że Zamawiający w Wyjaśnieniach jedynie wskazał wykonawcy postanowienia już istniejące w SIWZ, w których zawarta była i z których wynikała odpowiedź

na pytanie zadane przez wykonawcę, nie dokonując ich zmiany. Izba uznaje co do zasady stanowisko prezentowane przez Zamawiającego oraz przedstawianą argumentację, jako stanowisko własne bez potrzeby pełnego ponownego jego przedstawiania w tej części uzasadnienia.

W odniesieniu do zarzutów od 1-3 podkreślić należy, iż dotyczą one w zasadzie tej samej kwestii tj. że w treści SIWZ Zamawiający umożliwił dostawę licencji w transzach, a w wyjaśnieniach z 20 lutego 2019 roku możliwość ta wykonawcom została ograniczona, gdyż Zamawiający podał iż wszystkie licencje winny być dostarczone jednorazowo.

Analizując treść postanowień SIWZ, a w szczególności treści § 19 ust. 2 lit. b) Wzoru Umowy, pkt 1.4. 2) Formularza Ofertowego (załącznik nr 1 do SIWZ) pkt 3.19 rysunek 2 OPZ, podkreślić należy, że w SIWZ (we wzorze umowy i formularzu ofertowym pkt 1.4.2) przewidziano wycenę w okresie 48 miesięcy Wsparcia Licencji. Z powyższego należy wywieść, że w przypadku założenia różnych momentów rozpoczęcia Wsparcia Licencji dla różnych Transz Migracji jak tego oczekuje Odwołujący, okres Wsparcia Licencji musiałby się finalnie różnić dla każdej z transz.

Powyższe stanowisko Zamawiającego jest uzasadnione także sposobem realizacji zamówienia, otóż najpierw następuje wdrożenie i budowa systemu obejmującego wdrożenie oprogramowania, a po odbiorze produkcyjnym następuje migracja danych podzielonych na transze dla których niezbędne jest zapewnienie wsparcia licencyjnego. Zgodzić się należy z Zamawiającym, że dopuszczenie różnic w zakresie trwania Wsparcia Licencji stałoby na przeszkodzie zapewnieniu porównywalności ofert.

Zdaniem Izby zwrócić należy uwagę na kwestie iż Odwołujący w wielu miejscach odwołania nie stwierdza jednoznacznie, że wyjaśnienia Zamawiającego zmieniają w przedmiotowym zakresie treść SIWZ, lecz wyraża tylko wątpliwości, czy tak opisany w wyjaśnieniach sposób realizacji zamówienia jest prawidłowy – nie wspomina iż w tym zakresie Zamawiający dokonał zmiany SIWZ. W tym zakresie należy chociażby przywołać stanowisko Odwołującego zawarte na str. 11 odwołania, gdzie stwierdza, że „Zamawiający we Wzorze Umowy w żaden sposób nie ograniczył możliwości dostarczania licencji w transzach, ale też jednoznacznie nie zaprzeczył, że takiej, możliwości nie ma”. Podobna sytuacja występuje w zakresie zarzutu dotyczącego zasad płatności i wystawiania faktur VAT, gdzie Odwołujący podaje, iż „Zamawiający w żaden sposób nie określił, w jaki sposób oczekuje kształtowania opłat serwisowych Wsparcia dla licencji po okresie 48 miesięcy od ich zakończenia” Z powyższego należy wywieść, że Odwołujący bardzo często w swojej argumentacji odchodzi od treści wyjaśnień, a więc podstawy sformułowanych zarzutów, a wskazuje na szereg niedoskonałości niektórych uregulowań w treści SIWZ, próbując wymusić dokonanie przez Izbę oceny zasadności szeregu postanowień SIWZ i oczekując nakazania dokonania Zamawiającemu ich zmiany.

Tym samym próba wywodzenia stanowiska, że w treści SIWZ Zamawiający zezwolił, aby licencje były dostarczane w etapach związanych z migracją określonej transzy danych, a dopiero zakazał tego w treści udzielonych w dniu 20 lutego wyjaśnień jest niezasadne i stanowi próbę kreowania własnych, korzystnych dla siebie nadinterpretacji treści SIWZ. Izba uznała, że Zamawiający wyjaśnieniami z 20 lutego 2019 roku nie dokonał zmiany treści SIWZ, ale dokonał wykładni ich postanowień mających na celu umożliwienie wszystkim wykonawcom złożenie prawidłowych ofert. Zdaniem Izby SIWZ i nie dopuszcza rozbicia na różne okresy, trwania Wsparcia Licencji dla różnych transz realizacji migracji danych.

Za oddaleniem powyższych zarzutów przemawiał przede wszystkim fakt, że Odwołujący w żadnej mierze nie wskazał (art. 190 ust.1 Pzp) postanowienia, w treści SIWZ, która dopuszczałaby możliwość powiazania terminu dostarczania licencji z realizacją transzy migracji danych. Ponadto z analizy treści żądań Odwołującego jednoznacznie wynika, że Odwołujący oczekuje nakazanie Zamawiającemu zmiany interpretacji postanowień SIWZ, na co zgodnie z ww. wyrokiem Sądu Najwyższego nie ma postawy prawnej w ustawie Pzp, a nadto żąda zmiany treści wzoru umowy i Formularza Ofertowego, co jest żądaniem odnoszącym się do treści SIWZ – niedopuszczalnej ze względu na upływ terminu w tym zakresie (art. 182 ust.2 Pzp). Tym samym zdaniem Izby Odwołujący wnosząc przedmiotowe Odwołanie dokonuje próby obejścia terminu na wniesienie odwołania od treści postanowień SIWZ. Izba uznała, że odpowiedzi zamawiającego na pytania zawierają się w treści kwestionowanych postanowień SIWZ. Słuszne jest stanowisko Zamawiającego, że Zamawiający w Wyjaśnieniach jedynie wskazał wykonawcy postanowienia już istniejące w SIWZ, w których zawarta była i z których wynikała odpowiedź na pytanie zadane przez wykonawcę, nie dokonując ich zmiany.

Dodatkowo w zakresie zarzutu 3 wskazać należy, iż nie jest prawdziwe twierdzenie, że ukształtowanie treści SIWZ w oparciu o wyjaśnienia Zamawiającego faworyzuje wykonawców, którzy jednocześnie są producentami oprogramowania. Izba nie uznaje zasadności podnoszonego w tym zakresie zarzutu wskazując, że wykonawcy, którzy jednocześnie są twórcami oprogramowania sami decydują o ukształtowaniu polityki cenowej w zakresie wsparcia licencji.

Z powyższą kwestia wiąże się wskazywanie przez Odwołującego podstawy do wywodzenia że udzielenie licencji jest związane z terminem (efektem) wdrożenia odpowiedniej transzy. W tym zakresie Odwołujący wskazał na postanowienie § 18 ust. 20 zał. nr 2 do SIWZ, gdzie Zamawiający użył sformułowania, że *z momentem udostępnienia oprogramowania standardowego zewnętrznego Zamawiającemu wykonawca udziela lub zapewni udzielenie licencji spełniającej odpowiednie wymogi*. Odnosząc się do powyższego Izba za prawidłowe uznaje stanowisko Zamawiającego, który wyjaśniając znaczeniową różnicę powyższych sformułowań podał, iż formułując treść SIWZ w tym zakresie uznał za

potrzebne użycie odmiennych określeń zależnych od sytuacji, kiedy wykonawca dostarcza Zamawiającemu swoje oprogramowanie od sytuacji kiedy dostarczone oprogramowanie nabywane od innych podmiotów. W sytuacji kiedy wykonawca jest równocześnie producentem oprogramowania to wtedy Zamawiający przyjmuje, że taki wykonawca udziela licencji. Natomiast w sytuacji, kiedy wykonawca zapewnia dostarczenie licencji poprzez nabycie jej od podmiotu trzeciego to do takiej sytuacji Zamawiający posługuje się określeniem, że wykonawca zapewnia dostarczenie licencji.

Zarzut czwarty Izba uznała także jest niezasadny. Dotyczy on kwestii związanych z płatnościami podatku VAT. W tym zakresie wskazać należy, że ustawa o VAT jest ustawą autonomiczną i żadne ustalenia Zamawiającego czy wykonawców nie mogą regulować odmiennie daty wystawiania faktury VAT. Za zasadne Izba uznaje stanowisko Zamawiającego, że to wykonawca jest projektantem i architektem całego wdrożenia i będzie też autorem jego harmonogramu, mającym wpływ na terminy wystawiania faktur. Zamawiający na etapie tworzenia Wzoru Umowy nie ma możliwości przewidzenia szczegółowego harmonogramu dostarczania poszczególnych świadczeń i ich fakturowania.

Odnośnie zarzutu piątego to jest on niewątpliwie powiązany z zarzutem 1 i 2 i tak jak i te zarzuty jest także niezasadny. Odwołujący próbuje wskazywać na potrzebę zmiany SIWZ tak, aby okres wsparcia wyceniać od momentu udostępnienia oprogramowania i wyliczać go przez okres wdrożenia – zmigrowania danej transzy i być wyceniany np. w okresach miesięcznych. Jest to ewidentna próba narzucenia zmiany treści SIWZ.

Zarzut 6 odnosi się także do kwestii migracji. Zamawiający zamieścił w SIWZ wymóg dostarczenia licencji wraz ze Wsparciem Licencji dla Oprogramowania Standardowego Aplikacyjnego w zakresie całego Systemu w jednym momencie, gdyż przeciwnie do twierdzeń Odwołującego jest to korzystne z punktu widzenia Zamawiającego. W związku z powyższym ukształtowaniem trwania Wsparcia Licencji, będzie ono jednolite przez okres 48 miesięcy od pozytywnego odbioru środowiska deweloperskiego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu iż ustalając w wyjaśnieniach jednoczesną dostawę licencji mającego zastosowania do równych transz migracji danych, tworzy sytuację w której sam narusza przepisy prawa dopuszczając się wydatkowania środków przed rzeczywistym terminem potrzeby ich wydatkowania. Izba uznała, że nie można zgodzić się z Odwołującym, iż do momentu zmigrowania i uruchomienia wszystkich Transz Migracji całość licencji do Oprogramowania będzie nieużywana i odstawiona „na półkę”. Zamawiający w sposób jednoznaczny wykazał, iż musi zapewnić sobie możliwość legalnego dokonywania czynności objętych monopolem prawnoautorskim w stosunku do Oprogramowania w szczególności na potrzeby jego testowania muszącego poprzedzać odbiór Oprogramowania, czyli jeszcze przed jego produkcyjnym uruchomieniem, czy tym bardziej przystąpieniem do migracji danych w ramach Transz Migracji.

Reasumując powyższe ustalenia i rozważania należy stwierdzić, iż niewątpliwym jest, że Odwołujący swoim odwołaniem zmierza do obejścia ustawowego terminu na wniesienie odwołania od treści SIWZ wskazując wprost w postawionych żądaniach na potrzebę zmiany interpretacji postanowień SIWZ, w tym Wzoru Umowy oraz Formularza Ofertowego, gdyż te proponowane zmiany będą korzystniejsze nie tylko dla wykonawców, ale także dla Zamawiającego. Ponadto w treści odwołania wskazuje wprost na zaniechania Zamawiającego w zakresie braku zmiany postanowień SIWZ.

Izba podkreśla, że wyjaśnienia Zamawiającego z 20 lutego 2019 roku są niewątpliwie oparte na treści SIWZ i żadnej mierze jej nie przekraczają, a tylko taka sytuacja dawałaby podstawę wykonawcy do kwestionowania treści wyjaśnień, jako zmieniających treść SIWZ i dawała uprawnienie do ich oceny pomimo upływu terminu z art. 182 ust.2 Pzp. Nadto wskazać należy, że przedstawiona interpretacja postanowień SIWZ ma także uzasadnienie funkcjonalne, gdyż gdyby przyjąć jak tego oczekuje Odwołujący, że wymagany okres wsparcia 48 miesięcy miałby być liczony od daty dostarczenia każdej transzy, to byłoby to nielogiczne, gdyż powodowałoby to przesunięcie terminu wykonania zamówienia. Taka sytuacja wprowadziłaby chaos w tym zakresie gdyż każdy z wykonawców, w zależności od przyjętego harmonogramu, oferowałby inny okres wsparcia licencyjnego uzależnionego od terminu wykonania migracji danych w ramach danej transzy.

Odnosząc się do wskazanej podstawy prawnej podnoszonych zarzutów tj. art. 38 ust.1, 4 i 4a Izba uznaje ją za nieprawidłową. Podstawą w sytuacji oczekiwania zmiany treści SIWZ dokonanej w wyniku wyjaśnień jest przepis art. 29 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 38 Pzp, gdyż kwestionowaniu podlega nie treść wyjaśnień Zamawiającego ale zmieniony opis przedmiotu zamówienia w wyniku udzielonych wyjaśnień.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co – ze wskazanych wyżej względów – nie miało miejsca w przedmiotowym postępowaniu.

Izba orzekła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 1 ustawy Pzp,.

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

Przewodniczący:

Członkowie :

.....