

WYROK
z dnia 20 lutego 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Aneta Młacka

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 lutego 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 lutego 2012 r. przez wykonawcę **ASSECO POLAND SA, 35 – 322 Rzeszów, ul. Olchowa 14** w postępowaniu prowadzonym przez **Ministerstwo Pracy i Polityki Społecznej, 00 – 513 Warszawa, ul. Nowogrodzka 1/3/5**

orzeka:

- 1. oddala odwołanie**
- 2. kosztami postępowania obciąża ASSECO POLAND SA, 35 – 322 Rzeszów, ul. Olchowa 14, i:**
 - 2.1** zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **ASSECO POLAND SA, 35 – 322 Rzeszów, ul. Olchowa 14**, tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2** zasądza od **ASSECO POLAND SA, 35 – 322 Rzeszów, ul. Olchowa 14** na rzecz **Ministerstwo Pracy i Polityki Społecznej, 00 – 513 Warszawa, ul. Nowogrodzka 1/3/5** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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:

UZASADNIENIE

Zamawiający Ministerstwo Pracy i Polityki Społecznej prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Wykonanie i wdrożenie Centralnego Systemu Informatycznego Zabezpieczenia Społecznego (CSIZS) w ramach projektu Emp@tia - Platforma komunikacyjna obszaru zabezpieczenia społecznego” (znak sprawy: I/DI/PN/2012) - zwanego dalej „Postępowaniem”. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2012/S 18-029082 w dniu 27/01/2012 r.

Odwołujący Asseco Poland S.A. wniósł odwołanie wobec treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w zakresie dotyczącym określenia przez Zamawiającego wynagrodzenia za wykonywanie modyfikacji Systemu wynikających z aktualizacji środowiska systemowego oraz ze zmian otoczenia prawnego (Załącznik nr 2 do SIWZ - Formularz Oferty - punkt 2 Tabelki zawartej w punkcie 3 oraz § 9 ust. 1 punkt 2) załącznika nr 5 do SIWZ - Wzór Umowy).

Zdaniem Odwołującego, treść wskazanych powyżej zapisów SIWZ stanowi naruszenie następujących przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych art. 7 ust. 1 tej ustawy poprzez określenie przedmiotu zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców; art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy poprzez określenie przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, a tym samym w sposób mogący utrudniać uczciwą konkurencję, art. 353¹ KC w związku z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wykroczenie Zamawiającego poza zasadę swobody umów tj. ukształtowanie stosunku prawnego niezgodnie z zasadami współżycia społecznego; art. 487 KC w związku z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wykroczenie Zamawiającego poza zasadę ekwiwalentności świadczeń stron wynikających z umowy wzajemnej.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji SIWZ zgodnie z treścią uzasadnienia.

Zgodnie z treścią punktu 2.1.2) SIWZ Przedmiotem zamówienia jest m.in. „świadczenie usługi utrzymania CSIZS przez 24 miesiące, polegającej na:

- a) Administrowaniu CSIZS

- b) Przyjmowaniu zgłoszeń awarii, błędów i usterek funkcjonowania CSIZS oraz na usuwaniu awarii CSIZS, błędów i usterek CSIZS w czasie zapewniającym wymaganą dostępność dla poszczególnych produktów;
- c) Świadczeniu usług helpdesk i udzielaniu konsultacji
- d) Wykonywaniu modyfikacji CSIZS wynikających z aktualizacji środowiska systemowego oraz ze zmian otoczenia prawnego
- e) Wykonywaniu modyfikacji CSIZS niewynikających ze zmian otoczenia prawnego."

Zgodnie z treścią Formularza ofertowego Wykonawcy zostali zobowiązani do określenia jednej ceny ryczałtowej za wszystkie elementy określone w punkcie 2.1.2 litera a) - d). Jedynie w zakresie punktu e) - wykonywanie modyfikacji CSIZS niewynikających ze zmian otoczenia prawnego, Zamawiający przewidział wynagrodzenie bazujące na cenach jednostkowych zaoferowanych przez Wykonawcę (osobogodziny).

W związku z powyższym, zdaniem Odwołującego, treść SIWZ jest niezgodna z art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp, a w konsekwencji z zasadami udzielania zamówień publicznych wynikającymi z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp tj. zasadą równego traktowania oraz uczciwej konkurencji.

Odwołujący zwrócił uwagę, że przedmiot zamówienia obejmuje zarówno prace o ściśle określonym zakresie (pkt od a) do c)), co do których zasadnym jest ustalenie wynagrodzenia ryczałtowego, jak i prace, których zakres jest niemożliwy do określenia, ani na etapie składania ofert, ani w trakcie realizacji zamówienia, aż do jego zakończenia (pkt d) i e)). Jest to niemożność obiektywna i nieprzewidywalna, zarówno dla Zamawiającego, jak i Wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. Nikt nie jest obecnie (przed składaniem ofert) w stanie przewidzieć choćby przybliżonego zakresu usług w zakresie przyszłych modyfikacji Systemu.

Zamawiający przewidział ruchome, kosztorysowe wynagrodzenie Wykonawcy z tytułu modyfikacji wynikających ze zmian innych, niż zmiany prawne (pkt e)). W ocenie Odwołującego nie jest zrozumiałe odrębne potraktowanie zmian wynikających z aktualizacji środowiska systemowego oraz ze zmian otoczenia prawnego (pkt d)).

Odwołujący wskazywał, że Zamawiający, próbując doprecyzować możliwy zakres zmian prawnych wskazał w treści załącznika nr 1 do SIWZ stanowiącego opis przedmiotu zamówienia (s. 9-17) blisko 100 aktów prawnych, co do których Wykonawcy mają obowiązek modyfikacji CSiZS. Odwołujący podkreślał, iż nie jest wiadome, które z tych aktów mają się zmienić i w jakim zakresie. Tym bardziej nie jest możliwy do oszacowania zakres pracy Wykonawcy konieczny do poniesienia dla uwzględnienia tych zmian. Otwarta lista aktów

prawnych zdaniem Odwołującego nie pozwala na określenie zakresu prac Wykonawcy i - w konsekwencji - na określenie wynagrodzenia, które byłoby ekwiwalentne do przedmiotu zamówienia.

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 kodeksu cywilnego zasadę ekwiwalentności świadczeń stron wynikających z umowy wzajemnej. Treść tego przepisu w powiązaniu z dyspozycją art. 29 ust. 1 ustawy 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.

Odwołujący wniósł o wyłączenie wynagrodzenia Wykonawcy za modyfikacje Systemu wynikające z aktualizacji środowiska systemowego oraz ze zmian otoczenia prawnego z wynagrodzenia ryczałtowego i o przyjęcie dla tego zakresu zamówienia wynagrodzenia kosztorysowego w jednym z dwóch wariantów: poprzez zastosowanie metody punktów funkcyjnych lub poprzez odniesienie do nakładu pracy (stawki godzinowej lub dniówkowej).

Alternatywnie Odwołujący wnosil o objęcie zmian prawnych tą samą metodą rozliczeń, jaką Zamawiający przewidział do rozliczania innych zmian (stawka godzinowa) i - w konsekwencji - o zwiększenie puli godzin przewidzianych na rozliczanie modyfikacji Systemu. Odwołujący wnosil również o odpowiednie dostosowanie powyższych zmian do wzoru umowy (§ 9 ust. 1 pkt 3) stanowiącego załącznik do SIWZ.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący posiada interes prawny we wniesieniu odwołania. w rozumieniu art. 179 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jest jednym z wykonawców zainteresowanym złożeniem oferty w przedmiotowym postępowaniu.

Przedmiotem zamówienia jest wykonanie i wdrożenie Centralnego Systemu Zabezpieczenia Społecznego, który będzie „maksymalnie odporny” na zmiany przepisów dzięki zastosowanym rozwiązaniom i funkcjonalnościom. System miał być zbudowany w takiej architekturze i technologii, która umożliwi wprowadzanie zmian albo poprzez odpowiednią parametryzację albo poprzez zmianę lub wymianę poszczególnych pojedynczych modułów czy komponentów. Wykonawca więc poprzez użycie odpowiedniej technologii oraz wyboru odpowiedniej architektury jest w stanie zminimalizować ryzyko i niepewność co do

poniesionych przez siebie kosztów wynikłych ze zmian otoczenia prawnego Systemu.

Jak wyjaśnił Zamawiający, jego intencją było pozyskanie Systemu odpornego na zmiany w prawie. To znaczy, iż uzasadnioną potrzebą Zamawiającego jest uniknięcie zbudowania systemu, w którym każda zmiana przepisu dotyczącego np. wysokości zasiłku czy stawek wymagać będzie ingerencji twórcy oprogramowania - modyfikacji systemu. System taki byłby niefunkcjonalny a jego utrzymanie generowałoby koszty przekraczające możliwości każdego organu administracji państwowej.

Wykonawca będzie miał realny wpływ na zmiany otoczenia prawnego Systemu. Wykonawca ma pełnić rolę aktywną w przygotowaniu zmian w prawie, tak aby były one zgodne z wytworzonym Systemem.

W ocenie Izby Zamawiający miał pełną podstawę do określenia swoich wymagań. W sposób dostateczny wykazał, iż jedynie tak sformułowany opis przedmiotu zamówienia zapewni zminimalizowanie kosztów i nienarażenie Zamawiającego na dalsze ponoszenie wydatków związanych z funkcjonowaniem i aktualizacją systemu.

Odwołujący wielokrotnie podkreślał, iż zakres zmian w prawie nie jest możliwy do przewidzenia przez Odwołującego, ale także przez Zamawiającego. Nie oznacza to jednak, iż opis przedmiotu zamówienia dokonany przez Zamawiającego jest wadliwy. Skoro szczegółowy zakres prac nie jest możliwy do przewidzenia przez kogokolwiek (bo wynika z sytuacji przyszłych, niepewnych, niezależnych od nikogo), nie oznacza, iż Zamawiający opisał przedmiotu zamówienia w sposób niewyczerpujący. Na uwagę zasługuje fakt, iż powszechną praktyką jest opisywanie przedmiotu zamówienia poprzez rodzaj usług, które należy wykonać, bez wskazania ich ilości, gdyż to zależy od sytuacji przyszłych i różnych, niemożliwych do przewidzenia w chwili sporządzania SIWZ zdarzeń.

Istotnym argumentem jest fakt, iż przedmiot zamówienia stanowi także usługa help desk, w zakresie której ilość zdarzeń (usług) jest niemożliwa z góry do przewidzenia, jednak Odwołujący nie kwestionuje przyjętego przez Zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia (ogólnego, bez podania ściśle sprecyzowanej ilości zdarzeń), a także nie kwestionuje przyjętej również w zakresie tej usługi formy wynagrodzenia ryczałtowego. Należy mieć na uwadze, iż Odwołujący w treści odwołania przede wszystkim sformułował zarzut nie tyle w zakresie określenia/ opisu przedmiotu zamówienia lecz co do zasady rozliczeń.

Dlatego też w ocenie Izby Zamawiający nie naruszył żadnego z przepisów ustawy przewidując wynagrodzenie ryczałtowe za usługę stanowiącą dokonywanie modyfikacji wynikających z aktualizacji środowiska systemowego i oraz ze zmian otoczenia prawnego. Istotą wynagrodzenia ryczałtowego jest określenie tego wynagrodzenia z góry, bez prowadzenia szczegółowej analizy kosztów wytwarzania. Cechą charakterystyczną tego rodzaju wynagrodzenia jest to, iż jest ono niezależne od rzeczywistego rozmiaru lub kosztu

prac.

Żądanie rozliczenia za pomocą punktów funkcyjnych lub też za pomocą odniesienia do nakładu pracy jest postulatem Odwołującego. Jednakże w ocenie Izby wynagrodzenie ryczałtowe przyjęte przez Zamawiającego, jak wyjaśnił Zamawiający, jest rozwiązaniem pożądanym z uwagi na uzasadnioną obawę podrażnienia kosztów przez wykonawców na etapie realizacji zamówienia, a także w ocenie Izby, nie narusza przepisów prawa. Po pierwsze żaden przepis ustawy nie zabrania Zamawiającemu wybrać jako formę rozliczania wynagrodzenia ryczałtowego. Ponadto ryzyko związane z tą formą rozliczeń obciąża zarówno Zamawiającego jak i Wykonawcę. Wymaganie postawione przez Zamawiającego jest podyktowane jego uzasadnionymi potrzebami i nie odbiega od standardowych umów zawieranych na budowę i utrzymanie systemów informatycznych na rynku. Izba podziela wyrażony pogląd w treści wyroku KIO 1442/11, iż „przez składanie ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia to wykonawca kształtuje część przyszłych postanowień umownych (w tym zawsze cenę) i w ten sposób może dostosować swoją ofertę do warunków wykonania zamówienia narzuconych przez Zamawiającego, np. tak skalkulować cenę, aby w jej ramach uwzględnić kompensację wszelkich ryzyk i obowiązków, które wynikają dla niego z umowy w sprawie zamówienia.”

Odwołujący podnosił, iż przyjęte przez Zamawiającego wynagrodzenie ryczałtowe za realizację przedmiotu zamówienia w zakresie wykonywania modyfikacji CSIZS wynikających z aktualizacji środowiska systemowego oraz ze zmian otoczenia prawnego narusza wyrażoną w artykule 487 par. 1 zasadę ekwiwalentności świadczeń. W ocenie Izby takie stwierdzenie nie jest prawdziwe. Wynagrodzenie ryczałtowe za wykonanie przedmiotu umowy, który może ulec zmianie w trakcie realizacji umowy przewiduje sam ustawodawca. Zgodnie z art. 632 ust. 1 ustawy KC wynagrodzenie ryczałtowe nie ulega zmianie nawet w przypadku gdy nie można przewidzieć kosztów prac lub ich rozmiaru, a więc przedmiotu umowy. Skoro w umowie o dzieło ustawodawca dopuścił możliwość takiego określenia wysokości wynagrodzenia, to nieuprawnione jest stwierdzenie, że wprowadzenie wynagrodzenia ryczałtowego narusza zasadę ekwiwalentności świadczeń. Umowa o dzieło jest umową nazwaną. Jednocześnie brak jest podstaw do uznania, że nie można wprowadzić zasady ryczałtowości wynagrodzenia w innych rodzajach umów niż umowa o dzieło na podstawie art. 353¹ kodeksu cywilnego. Zamawiający nie narzuca wykonawcy, jaka ma być wysokość ceny ryczałtowej. Cenę tę powinien wskazać wykonawca z uwzględnieniem wszelkich ryzyk związanych z wykonaniem umowy. Z zasady ekwiwalentności wynika jedynie fakt, iż świadczenie jednej ze stron musi odpowiadać świadczeniu drugiej strony. O wzajemnym charakterze umowy przesądza decyzja stron o sprzężeniu świadczeń w ten sposób, że świadczenie jednej strony zostaje uzależnione od świadczenia drugiej strony. Nie oznacza to jednak, że wartość obu tych świadczeń musi być identyczna. To wykonawca

powinien tak określić wysokość wynagrodzenia, aby odpowiadała ona przewidywanemu przez wykonawcę zakresowi jego świadczenia. Nie można stwierdzić, aby Odwołujący wykazał, że przy tak skonstruowanym zapisie umowy jego świadczenie nie byłoby równoważne względem otrzymanego wynagrodzenia.

Zatem w ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, aby Zamawiający naruszył art. 487 kc w związku z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp.

W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał naruszenia przez Zamawiającego art. 353 kc. Skoro ustawodawca sam przewiduje możliwość wprowadzenia wynagrodzenia ryczałtowego w umowie o dzieło lub roboty budowlane, to nieuprawnione jest twierdzenie, że wprowadzenie takiego wynagrodzenia jest nieuczciwe. A na naruszenie zasady uczciwości kupieckiej powoływał się Odwołujący. Odwołujący nie wykazał, w jaki sposób Zamawiający naruszył zasady współzycia społecznego. Nie wystarczy samo ogólne i lakoniczne powołanie się na naruszenie zasad współzycia społecznego, bez wskazania konkretnej zasady i okoliczności świadczącej o ich naruszeniu.

Zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający opisuje przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zgodnie z ust. 2 tego artykułu przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w załączniku nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Dokument liczy 80 stron. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, a tym samym w sposób mogący utrudniać uczciwą konkurencję.

W ocenie Izby Zamawiający nie naruszył ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie art. 29 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający sformułował wymagania w zakresie dokonywania modyfikacji wynikających z aktualizacji systemu w środowisku prawnym oraz podał określone akty prawne, które mogą zostać zaktualizowane na przestrzeni kilku lat. W załączniku określającym akty prawne po wyrażeniu „w szczególności” dodano sformułowanie: „jak również o następujące ustawy i akty wykonawcze”, co potwierdza przedstawienie najpełniejszej liczby aktów prawnych.

Na uwagę zasługuje fakt, iż charakter przedmiotu zamówienia nie pozwala na stworzenie zamkniętej listy aktów prawnych. Lista aktów prawnych nie może być kompletna, albowiem nikt nie jest w stanie przewidzieć, czy dany akt prawny nie zostanie zastąpiony kolejnym. Jednakże uwzględniając długość procesu legislacyjnego liczba możliwych zmian w prawie

jest ograniczona. Wykonawca ma możliwość przeanalizowania powszechnie dostępnych projektów aktów prawnych dotyczących przedmiotu zamówienia i wskazanych przez Zamawiającego a także pozyskać wiedzę dotyczącą statusu prac legislacyjnych. Należy podkreślić, iż ryzyko ewentualnych zmian prawnych jest ryzykiem kontraktowym wykonawcy, które powinno być wzięte pod uwagę przy formułowaniu przez wykonawcę treści oferty. Z charakteru przedmiotu zamówienia wynikać ma ograniczony zakres aktów prawnych do określonych dziedzin prawa.

Warunki określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia są wiążące dla wszystkich wykonawców i Odwołujący nie dowiódł, aby preferowały lub dyskryminowały któregoś z wykonawców.

Z powyższego wynika, iż zarzut Odwołującego jest niezasadny.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238). Do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....