

Sygn. akt: KIO 1289/15

Wyrok
z dnia 30 czerwca 2015 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Beata Pakulska-Banach

Protokolant: Paulina Zielenkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 czerwca 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 czerwca 2015 r. przez wykonawcę: **DML Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie, Al. Solidarności 129/131 lok. 195, 00-898 Warszawa**, w postępowaniu prowadzonym przez: **Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, Al. Jana Pawła II nr 70, 00-175 Warszawa**,

przy udziale: wykonawcy – **ASSECO Poland Spółka Akcyjna z siedzibą w Rzeszowie, ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

postanawia:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę: **DML Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie**, i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy)**, uiszczoną przez wykonawcę - **DML Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie**, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 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

Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa (zwana dalej: „Zamawiającym”) prowadzi, w trybie przetargu ograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na realizację zadania pn.: *Utrzymanie i rozwój systemów aplikacyjnych OFSA, OFSA-PROW, OFSA-PROW-DD, RG.PROW*, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 – Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”.

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

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 16 maja 2015 roku pod numerem 2015/S 094-170577.

Zmiany ogłoszenia o zamówieniu zostały opublikowane w dniu 3 czerwca 2015 roku pod numerem 2015/S 105-190902 oraz w dniu 11 czerwca 2015 roku pod numerem 2015/S 111-201315.

W dniu 18 czerwca 2015 roku wykonawca: DML Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie (zwany dalej: „Odwołującym”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej – w formie pisemnej - odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego podjętej w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia, polegającej na modyfikacji ogłoszenia o zamówieniu w zakresie wprowadzenia nowych zapisów dotyczących opisanie kryteriów oceny ofert, znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert, w taki sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję oraz, który nie zapewnia obiektywizmu oceny i porównania ofert, umożliwiając Zamawiającemu dokonanie oceny dowolnej i uznaniowej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów prawa:

- 1) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
- 2) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, art. 48 ust. 2 pkt 10 ustawy Pzp oraz art. 91 ust. 2 ustawy Pzp przez dokonanie modyfikacji ogłoszenia o zamówieniu w zakresie wprowadzenia nowych zapisów dotyczących opisanie kryteriów oceny ofert, znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert, w taki sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję oraz, który nie zapewnia obiektywizmu oceny i porównania ofert, umożliwiając Zamawiającemu dokonanie oceny dowolnej i uznaniowej.

W oparciu o powyższe Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji zapisów wprowadzonych przez Zamawiającego jako modyfikacje ogłoszenia w zakresie opisanego kryteriów oceny ofert, znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert, w sposób wskazany w treści uzasadnienia odwołania, tak, aby zmodyfikowane zapisy ogłoszenia były zgodne z ustawą Pzp.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podnosił, że w dniu 8 czerwca 2015 roku Zamawiający opublikował modyfikację ogłoszenia o zamówieniu w zakresie zapisów zawartych w sekcji VI.3) *Informacje dodatkowe* – wskazując, iż została dokonana zmiana w zakresie pkt 1. *„Uzupełnienie informacji sekcji IV.2.1) Kryteria udzielenia zamówienia”*. Odwołujący wyjaśnił, że w stosunku do poprzedniego brzmienia ogłoszenia o zamówieniu dodane zostały następujące elementy:

- odnośnie deklarowanej liczby błędów krytycznych na testach akceptacyjnych zgodnie z zatwierdzonym Planem Testów Akceptacyjnych postanowienie, iż: *„W przypadku zadeklarowania większej ilości błędów krytycznych niż 20, oferta wykonawcy zostanie odrzucana jako nie zgodna z SIWZ na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp”* oraz

- odnośnie deklarowanej liczby błędów krytycznych miesięcznie postanowienie, iż: *„W przypadku zadeklarowania większej ilości błędów krytycznych niż 70, oferta wykonawcy zostanie odrzucana jako nie zgodna z SIWZ na podstawie art 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp. Deklarowana liczba błędów obowiązywać będzie po dwóch miesiącach od dnia zakończenia Okresu Przejściowego.”*

Uzasadniając podniesione zarzuty w zakresie postanowień ogłoszenia o zamówieniu, wprowadzonych modyfikacją, a dotyczących odrzucenia oferty w przypadku zadeklarowania większej ilości błędów krytycznych niż określona przez Zamawiającego, Odwołujący podniósł, że system może posiadać szereg rozwiązań, które w określonych sytuacjach eksploatacyjnych mogą powodować błędy w jego funkcjonowaniu (np. w wyniku wprowadzenia do systemu szczególnych danych). Wyjaśniał, że istnieje ryzyko, iż w systemie, pomimo, dochowania przez wykonawcę szczególnej staranności w realizacji przedmiotu umowy, będą pojawiały się błędy w liczbie większej niż 70 miesięcznie. Jego zdaniem, wprowadzenie do kryteriów oceny ofert postanowienia, iż: *„W przypadku zadeklarowania większej ilości błędów krytycznych niż 70, oferta wykonawcy zostanie odrzucana jako nie zgodna z SIWZ na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp.”* godzi w swobodę kształtowania przez wykonawcę oferty i uniemożliwia ograniczenie ryzyka zapłaty kar umownych przez zadeklarowanie w ofercie bardziej bezpiecznych wartości. Ponadto, zauważył, że postanowienie, iż: *„W przypadku zadeklarowania większej ilości błędów krytycznych niż 20, oferta wykonawcy zostanie odrzucana jako nie zgodna z SIWZ na podstawie art. 89 ust. 1*

pkt 2) ustawy Pzp.”, odnosi się do wykonywanych w przyszłości (obecnie nieznanych co do zakresu i przedmiotu) modyfikacji systemu w związku z czym nie sposób określić czy liczba 20 błędów jest wystarczającym poziomem ryzyka, czy też nie. Odwołujący wskazał ponadto, że nie sposób w ogóle określić ile w systemie może wystąpić błędów miesięcznie, a ile w przypadku jakiegokolwiek modyfikacji, nawet przy założeniu, że wykonawca będzie proaktywnie starał się zapobiegać wystąpieniu błędów (np. monitorując system i analizując kod), czy też dołoży wszelkich starań co do wewnętrznego przetestowania każdej modyfikacji przed przystąpieniem do testów akceptacyjnych, ponieważ nie można określić czy w systemie wystąpią błędy, które wynikną np. ze źle wprowadzonych danych, zewnętrznego ataku lub awarii infrastruktury. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający limitując maksymalną zadeklarowaną liczbę błędów, które zdecyduje się zadeklarować wykonawca, ogranicza możliwość złożenia oferty i przerzuca całe ryzyko realizacji umowy na wykonawców. Stwierdził, że Zamawiający uniemożliwia złożenie wykonawcom oferty bezpiecznej z punktu widzenia ich ryzyka realizacji kontraktu i stawia wykonawców w sytuacji, w której niezależnie od posiadanej wiedzy i doświadczenia, jak również możliwości oszacowania przyszłej liczby błędów, muszą oni podać wartości z zamkniętego przedziału, które skutkować będą zapłatą kar umownych. Odwołujący wskazał, że takie postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, opierające się na przymuszeniu do zadeklarowania określonej liczby błędów, co będzie (w przypadku przekroczenia tej liczby) skutkowało naliczeniem kar umownych, preferują dużych wykonawców posiadających zasoby finansowe wystarczające, aby udźwignąć ryzyko płacenia ewentualnych kar umownych, jak i preferują tych wykonawców, którzy dotychczas utrzymywali system i mają w praktyce znacznie większą wiedzę. W ocenie Odwołującego utrudnia to uczciwą konkurencję i powoduje nierówne traktowanie wykonawców, przez co stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Ponadto, Odwołujący wskazał, że wprowadzone postanowienia uniemożliwiają wykonawcom dokonanie rzetelnej wyceny i uwzględnienie w cenie oferty wszystkich czynników ryzyka.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podnosił również, że w związku z modyfikacją ogłoszenia o zamówieniu wprowadzone zostały postanowienia mówiące o okresie karencji w opisie kryterium „deklarowana liczba błędów krytycznych miesięcznie”, a mianowicie wskazywał, iż Zamawiający dodał postanowienie o treści, że: *„Deklarowana liczba błędów obowiązywać będzie po dwóch miesiącach od dnia zakończenia Okresu Przejściowego.”*. Zdaniem Odwołującego postanowienie ogłoszenia o zamówieniu o takiej treści narusza uczciwą konkurencję, ponieważ okres ten jest zbyt krótki i przyznaje wykonawcy dotychczas świadczącemu usługi utrzymania systemu, nienależnie uprzywilejowaną pozycję w postępowaniu.

W toku posiedzenia w dniu 29 czerwca 2015 roku Odwołujący wycofał ten zarzut, tj. zarzut dotyczący wprowadzenia, do treści ogłoszenia o zamówieniu w sekcji VI.3) postanowienia o brzmieniu: „*Deklarowana liczba błędów obowiązywać będzie po dwóch miesiącach od dnia zakończenia Okresu Przejściowego.*”.

W dniu 22 czerwca 2015 roku wykonawca ASSECO Poland Spółka Akcyjna z siedzibą w Rzeszowie (dalej zwany: „Przystępującym”) zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie.

Izba ustaliła, że Zamawiający w dniu 19 czerwca 2015 roku zamieścił na swojej stronie internetowej wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym wraz z kopią odwołania.

Pismo zawierające zgłoszenie przystąpienia, o którym mowa powyżej, doręczone zostało w formie pisemnej Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w ustawowo określonym terminie, przy czym zgłaszający przystąpienie wskazał Stronę, do której zgłosił przystąpienie i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść tej Strony oraz załączył do przystąpienia dowody przesłania Stronom kopii zgłoszenia przystąpienia.

Wobec powyższego stwierdzić należy, że wykonawca ASSECO Poland Spółka Akcyjna z siedzibą w Rzeszowie skutecznie dokonał zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, a tym samym stał się uczestnikiem tego postępowania.

W dniu 29 czerwca 2015 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła (za pośrednictwem faksu) odpowiedź Zamawiającego na odwołanie, w której wniósł on o odrzucenie odwołania w całości, a w przypadku nieuwzględnienia przez Izbę tego wniosku, o oddalenie odwołania jako bezzasadnego. W tym samym dniu, w toku posiedzenia, Zamawiający złożył oryginał odpowiedzi na odwołanie.

Argumentując swój wniosek zawarty w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający podnosił, iż zmiana ogłoszenia o zamówieniu w zakresie jego Sekcji VI.3) (Informacje

uzupełniająca, informacje dodatkowe, uzupełnienie informacji sekcji IV.2.1. Kryteria udzielenia zamówienia), polegająca na wprowadzeniu postanowienia o brzmieniu: „*Deklarowana liczba błędów obowiązywać będzie po dwóch miesiącach od dnia zakończenia Okresu Przejściowego*” została opublikowana, nie, jak wskazuje Odwołujący w dniu 8 czerwca 2015 roku, lecz już w dniu 3 czerwca 2015 roku. Tym samym nie został dochowany termin na wniesienie odwołania, o którym mowa w art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, co stanowi o konieczności odrzucenia odwołania w zakresie w jakim zarzuty wywodzone są ze zmiany ogłoszenia dokonanej w dniu 3 czerwca 2015 roku.

W dalszej kolejności Zamawiający podniósł, że wyrokiem z dnia 12 czerwca 2015 roku (KIO 1107/15, KIO 1114/15) Krajowa Izba Odwoławcza rozstrzygnęła, po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 czerwca 2015 roku, w przedmiocie odwołania tego samego odwołującego się (KIO 1107/15) od czynności Zamawiającego dokonanych w ramach sporządzenia ogłoszenia o zamówieniu, dotyczącego tego samego postępowania. Zamawiający stwierdził, że Izba dokonała tego rozstrzygnięcia mając na względzie treść ogłoszenia o zamówieniu ze zmianami dokonanymi przez Zamawiającego w dniu 3 czerwca 2015 roku oraz w dniu 8 czerwca 2015 roku (uzasadnienie wyroku str. 23) oraz, że Odwołujący skarży obecnie czynność Zamawiającego polegającą na dokonaniu w dniu 8 czerwca 2015 roku zmiany ogłoszenia o zamówieniu. Zdaniem, Zamawiającego Odwołujący w niniejszym postępowaniu powołuje się na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia Izby z dnia 12 czerwca 2015 roku. W ocenie Zamawiającego o tożsamości okoliczności powoływanych przez Odwołującego zarówno w sprawie niniejszej, jak i będącej przedmiotem rozstrzygnięcia z dnia 12 czerwca 2015 roku, świadczy porównanie zarzutu odwołania, brzmienie ogłoszenia po zmianach dokonanych przed rozpatrzeniem odwołania DML, argumentacja Odwołującego i treść rozstrzygnięcia Izby.

Dodatkowo, Przystępujący w trakcie posiedzenia w dniu 29 czerwca 2015 roku wnosił o odrzucenie odwołania w oparciu o przepis art. 189 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, przyłączając się do argumentacji Zamawiającego w tym zakresie, a nadto wnosił o odrzucenie odwołania w oparciu o przepis art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp. Przystępujący podnosił, że Zamawiający dokonał w dniu 8 czerwca 2015 roku modyfikacji treści ogłoszenia o zamówieniu przez wprowadzenie maksymalnej, deklarowanej liczby błędów krytycznych, powyżej której oferta podlegałaby odrzuceniu, zgodnie z żądaniem odwołującego w sprawie o sygn. akt KIO 1114/15, tj. wykonawcy Comarch S.A., który w odwołaniu wniesionym w dniu 26 maja 2015 roku, zarzucił, iż: „*Zamawiający dopuszcza jednocześnie złożenie ofert z deklarowaną ilością błędów przekraczającą wartości pozwalające na uzyskanie punktów w kryteriach ilości błędów. Oznacza to, że występowanie nawet dużych ilości błędów na testach akceptacyjnych oraz w trakcie późniejszego utrzymania systemów produkcyjnych jest dla zamawiającego*

akceptowalna i taka usługa jest dla niego usługą wystarczającą do zapewnienia właściwego poziomu działania zamawiającego.” (str. 6 - 7 odwołania).

Zamawiający poparł argumentację Przystępującego w zakresie odrzucenia odwołania również w oparciu o przepis art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, wskazując, że Odwołujący w sprawie KIO 1114/15 wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu modyfikacji treści ogłoszenia w sposób wskazany w treści uzasadnienia odwołania oraz, że żądanie co do modyfikacji treści ogłoszenia o zamówieniu w sposób w jaki uczynił to Zamawiający w dniu 8 czerwca 2015 roku, można wywieść z fragmentu przedmiotowego odwołania, powołanego przez Przystępującego.

Uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przesłaną Izbie przez Zamawiającego w dniu 24 czerwca 2014 roku w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, tj. w szczególności ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 16 maja 2015 roku pod numerem 2015/S 094-170577 wraz ze zmianami opublikowanymi odpowiednio w dniach 3 i 11 czerwca 2015 roku oraz uwzględniając akta postępowania odwoławczego w sprawach o sygn. akt KIO 1107/15 oraz 1114/15, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności należy stwierdzić, iż wobec cofnięcia przez Odwołującego zarzutu w zakresie modyfikacji ogłoszenia o zamówieniu przez Zamawiającego przez dodanie w opisie kryterium „*deklarowana liczba błędów krytycznych miesięcznie*” postanowienia o treści: „*Deklarowana liczba błędów obowiązywać będzie po dwóch miesiącach od dnia zakończenia Okresu Przejściowego*”, rozstrzygnięcie w tym zakresie stało się bezprzedmiotowe.

Następnie, Izba ustaliła, że w ustalonym w przedmiotowej sprawie stanie faktycznym nie ma podstaw do odrzucenia odwołania w oparciu o przesłanki, określone w art.189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba nie podzieliła, argumentacji przedstawionej przez Zamawiającego i popartej przez Przystępującego, iż odwołanie powinno podlegać odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp zgodnie, z którym: *Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołujący powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego się.*

Izba nie podziela stanowiska, że Odwołujący w niniejszej sprawie powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w wyroku z dnia 12 czerwca 2015 roku, wydanym w sprawach o sygn. akt KIO 1107/15 i 1114/15, gdzie odwołującym w sprawie KIO 1107/15 był właśnie wykonawca DML Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie. Faktem jest, że Odwołujący podnosi zarzut w stosunku do modyfikacji ogłoszenia o zamówieniu dokonanej przez Zamawiającego w dniu 8 czerwca 2015 roku – data przesłania do publikacji Urzędowi Publikacji UE (11 czerwca 2015 roku – data opublikowania), a która to modyfikacja była uwzględniona przy wydaniu powołanego powyżej wyroku, co bezpośrednio wynika z treści tego wyroku: *„Po rozpatrzeniu odwołań na rozprawie, biorąc pod uwagę stanowiska przedstawione przez strony i uczestników na piśmie i do protokołu rozprawy, w tym okoliczność cofnięcia przez odwołującego DML części zarzutów odwołania, mając także na względzie treść ogłoszenia o zamówieniu wraz z dokonanymi zmianami, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje”*. Podkreślić należy, że Izba w tamtym postępowaniu była zobligowana przepisami prawa do uwzględnienia zmian wynikłych w trakcie postępowania odwoławczego, co wynika m.in. z art. 191 ust. 2 ustawy Pzp, stanowiącego, iż: *Wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania* oraz z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, wskazującego, że: *Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia*. Izba jest bowiem zobowiązana do uwzględnienia wszystkich okoliczności mających wpływ na wynik postępowania. Niemniej jednak, Izba jest również związana granicami zarzutów podniesionymi w odwołaniu. Zgodnie bowiem z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp *Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu*. Na konstrukcję zarzutu składają się zarówno okoliczności prawne, jak i faktyczne. W niniejszym postępowaniu, Odwołujący powołuje się na inne okoliczności faktyczne, tj. odnosi się do zmiany ogłoszenia o zamówieniu w zakresie, dotyczącym podstaw odrzucenia oferty wykonawcy w oparciu o przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w przypadku zadeklarowania liczby błędów krytycznych większej niż liczba dopuszczalna przez Zamawiającego, co nie było podstawą zarzutów podniesionych przez Odwołującego w poprzednim odwołaniu (sygn. akt KIO 1107/15) i nie mogło nią być, z tego względu, iż przedmiotowa zmiana została wprowadzona przez Zamawiającego już po wniesieniu odwołania. Pomimo, że w powołanym powyżej wyroku Izba uwzględniła modyfikację ogłoszenia o zamówieniu, dokonaną przez Zamawiającego już w trakcie postępowania odwoławczego, zgodnie z przytoczonymi przepisami prawa, to nie można stwierdzić, iż dokonała rozstrzygnięcia w zakresie okoliczności, będących podstawą zarzutów podnoszonych w niniejszym odwołaniu. Z treści uzasadnienia wyroku z dnia 12 czerwca 2015 roku wydanego w sprawach o sygn. akt KIO 1107/15 i 1114/15 nie wynika, by przedmiotem rozstrzygnięcia Izby były te same okoliczności, które obecnie podnosi Odwołujący.

Rozstrzygnięcie w tym zakresie, stanowiłoby złamanie zasady wynikającej z powołanego powyżej przepisu art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, dotyczącej zakazu rozstrzygania co do zarzutów nie objętych zakresem odwołania.

Izba nie uwzględniła również wniosku Przystępującego, popartego przez Zamawiającego, o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp stanowiącego, iż: *Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.*

Nie można wywodzić, tak jak wskazywał Przystępujący, że Zamawiający dokonał kwestionowanej przez Odwołującego zmiany ogłoszenia o zamówieniu zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu wykonawcy Comarch S.A. wniesionym w dniu 26 maja 2015 roku w sprawie o sygn. akt KIO 1114/15, uwzględniając zarzuty odwołania. Przede wszystkim podnieść należy, że odwołujący w sprawie o sygn. akt KIO 1114/15 nie wyartykułował żądania co do zmiany ogłoszenia o zamówieniu w takim brzmieniu w jakim została wprowadzona modyfikacja. Otóż, odwołujący w ww. sprawie wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu modyfikacji treści ogłoszenia w sposób wskazany w treści uzasadnienia odwołania, przy czym w uzasadnieniu odwołania wnosił o: nakazanie Zamawiającemu: *„usunięcia kryteriów oceny ofert: 2. Deklarowana liczba błędów krytycznych na testach akceptacyjnych. Waga 10 . 3. Deklarowana liczba błędów krytycznych miesięcznie. Waga 10 oraz opisu ich znaczenia oraz wprowadzenie kryterium dodatkowego, obok ceny, odnoszącego się do przedmiotu zamówienia, a nie do właściwości wykonawcy i nie prowadzącego do różnicowania wykonawców”*. Odwołujący zaś w przedmiotowym odwołaniu z dnia 26 maja 2015 roku nie sformułował żądania co do zaostrzenia kryteriów oceny ofert przez wprowadzenie podstaw do odrzucenia oferty w przypadku zadeklarowania większej - niż oznaczona przez Zamawiającego - ilości błędów krytycznych czy to na testach akceptacyjnych, czy miesięcznie. To, że w uzasadnieniu odwołania odwołujący podnosił, iż: *„Zamawiający dopuszcza jednocześnie złożenie ofert z deklarowaną ilością błędów przekraczającą wartości pozwalające na uzyskanie punktów w kryteriach ilości błędów. Oznacza to, że występowanie nawet dużej ilości błędów na testach akceptacyjnych oraz w trakcie późniejszego utrzymania systemów produkcyjnych jest dla Zamawiającego akceptowalne i taka usługa jest dla niego usługą wystarczającą do zapewnienia właściwego poziomu działania Zamawiającego”*, należy uznać tylko za dodatkową argumentację mającą na celu wykazanie, iż przyznanie dodatkowych punktów za deklarowaną liczbę błędów krytycznych w ramach kryteriów pozacenowych oceny ofert nie jest uzasadnione.

Izba, nie stwierdziła także, innych podstaw do odrzucenia odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i uznała, że odwołanie nie podlega odrzuceniu.

W dalszej kolejności Izba ustaliła, że Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, stanowiącego, że: *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy* - przysługiwało prawo do wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Zamawiającego.

Nadto, Izba rozważyła stanowiska Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego przedstawione w pismach i wyrażone ustnie do protokołu rozprawy.

Rozpatrując odwołanie w granicach podnoszonych zarzutów, podtrzymanych na rozprawie – stosownie do art. 192 ust. 7 ustawy Pzp - Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia, zgodnie z sekcją II.1.5) ogłoszenia o zamówieniu, jest świadczenie usług utrzymania i rozwoju systemów aplikacyjnych OFSA, OFSA-PROW, OFSA-PROW-DD, OFSA-PROW 1420, RG-PROW zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, legislacją unijną i krajową. W ramach zamówienia świadczone mają być usługi:

- 1) usługa utrzymania ww. systemów aplikacyjnych, na którą składają się usługi gwarantujące nieprzerwane, bezawaryjne działanie Systemów Aplikacyjnych, tj.:
 - a) Grupa Usług Utrzymania Środowisk,
 - b) Grupa Usług Zapewnienia Jakości,
 - c) Grupa Usług Administracji Systemem Informatycznymoraz
- 2) usługa modyfikacji ww. systemów aplikacyjnych, rozumiana jako wszelkie modyfikacje Systemu Informatycznego.

W dniu 8 czerwca 2015 roku Zamawiający przekazał Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenie dodatkowych informacji, które zostały opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 11 czerwca 2015 roku. Dotyczyły one zmiany ogłoszenia o zamówieniu w sekcji VI.3) (*Informacje dodatkowe*) w zakresie pkt 1 (*Uzupełnienie informacji sekcji IV.2.1) Kryteria udzielenia zamówienia*), gdzie m.in.:

- w ppkt 2) „*deklarowana liczba błędów krytycznych na testach akceptacyjnych zgodnie z zatwierdzonym Planem Testów Akceptacyjnych (PTA) – waga 5%*”, wg poniższej zasady: a) *deklarowana liczba błędów 0-6, ilość punktów 5*, b) *deklarowana liczba błędów 7-8, ilość punktów 4*, c) *deklarowana liczba błędów 9-10, ilość punktów 3*,

d) deklarowana liczba błędów 11-12, ilość punktów 2, e) deklarowana liczba błędów 13-14, ilość punktów 1, f) deklarowana liczba błędów 15-20, ilość punktów 0”

Zamawiający wprowadził postanowienie, iż: „W przypadku zadeklarowania większej ilości błędów krytycznych niż 20, oferta wykonawcy zostanie odrzucona jako niezgodna z SIWZ na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp.”:

- w ppkt 3) „deklarowana liczba błędów krytycznych miesięcznie – waga 10%, wg poniższej zasady: a) deklarowana liczba błędów 0-15, ilość punktów 10, b) deklarowana liczba błędów 16-20, ilość punktów 9, c) deklarowana liczba błędów 21-25, ilość punktów 8, d) deklarowana liczba błędów 26-30, ilość punktów 7, e) deklarowana liczba błędów 31-35, ilość punktów 6, f) deklarowana liczba błędów 36-40, ilość punktów 5, g) deklarowana liczba błędów 41-45, ilość punktów 4, h) deklarowana liczba błędów 46-50, ilość punktów 3, i) deklarowana liczba błędów 51-55, ilość punktów 2, j) deklarowana liczba błędów 56-60, ilość punktów 1, k) deklarowana liczba błędów 61-70, ilość punktów 0.”

Zamawiający wprowadził postanowienie, iż: „W przypadku zadeklarowania większej ilości błędów krytycznych niż 70, oferta wykonawcy zostanie odrzucona jako niezgodna z SIWZ na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp.”

Z uzasadnienia odwołania wynika, że w granicach zarzutów podtrzymanych na rozprawie, Odwołujący kwestionował dwa postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, wprowadzone zmianą ogłoszenia, opublikowaną w dniu 11 czerwca 2015 roku, a które zostały powołane powyżej.

Odwołujący sformułował zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp i art. 48 ust. 2 pkt 10 ustawy Pzp oraz art. 91 ust. 2 ustawy Pzp przez dokonanie modyfikacji ogłoszenia o zamówieniu w zakresie wprowadzenia nowych zapisów dotyczących opisanie kryteriów oceny ofert, znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert, w taki sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję oraz, który nie zapewnia obiektywizmu oceny i porównania ofert, umożliwiając Zamawiającemu dokonanie oceny dowolnej i uznaniowej.

W ocenie Izby zarzuty Odwołującego nie zasługują na uwzględnienie.

Jak już wyżej wskazano, przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług utrzymania i rozwoju systemów aplikacyjnych OFSA, OFSA-PROW, OFSA-PROW-DD, OFSA-PROW 1420, RG-PROW, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, legislacją unijną i krajową,

w ramach zamówienia świadczone mają być usługi zarówno utrzymania, jak i modyfikacji wymienionych systemów aplikacyjnych. Jednocześnie odnosząc się do usług utrzymania, Zamawiający już w opisie przedmiotu zamówienia wskazał, że składają się na nie usługi gwarantujące nieprzerwane i bezawaryjne działanie Systemów Aplikacyjnych.

Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że Zamawiający przez dokonanie modyfikacji ogłoszenia o zamówieniu przez wprowadzenie dwóch kwestionowanych postanowień, powołanych powyżej, naruszył przepis art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie, z którym: *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.* Nie zasługuje na uwzględnienie argumentacja Odwołującego, że tak skonstruowane postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, preferują dużych wykonawców bądź tych, którzy utrzymywali system i mają większą wiedzę o tym systemie, a przez to utrudniają uczciwą konkurencję i powodują nierówne traktowanie wykonawców. Przede wszystkim odniesienie się do kar umownych i możliwości udźwignięcia ciężaru finansowego, wynikającego z ich nałożenia, dotyczy sytuacji, w której oferta danego wykonawcy zostanie wybrana i ten wykonawca będzie realizował to zamówienie. Tymczasem, zarzuty odwołania dotyczą wprowadzenia do ogłoszenia o zamówieniu postanowień mówiących o odrzuceniu oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, w przypadku zadeklarowania przez wykonawcę liczby błędów krytycznych większej niż dopuszczalna przez Zamawiającego. Oznacza to, że argumentacja w zakresie kar umownych jest całkowicie chybiona. Nie można uznać, że limitowanie przez Zamawiającego maksymalnej liczby błędów krytycznych czy to na testach akceptacyjnych czy miesięcznie, która może zostać zadeklarowana przez wykonawcę, przy odniesieniu się do usług, będących przedmiotem zamówienia, oznacza prowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowanie wykonawców. Nie jest też uprawnione twierdzenie, że postanowienia te godzą w swobodę kształtowania oferty. Podnieść należy, że ta swoboda kształtowania oferty będzie zawsze ograniczona wymaganiami Zamawiającego sformułowanymi w ogłoszeniu o zamówieniu i w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i o ile będą wynikać one z uzasadnionych potrzeb Zamawiającego, będzie to dopuszczalne.

Zdaniem Izby, Zamawiający zamawiając usługę polegającą na utrzymaniu i rozwoju wskazanych przez siebie systemów aplikacyjnych ma prawo limitować dopuszczalną liczbę deklarowanych błędów krytycznych. Izba uznała za przekonującą argumentację Zamawiającego, że z istoty usługi będącej przedmiotem zamówienia wynika, iż wykonawca ma zapewnić nieprzerwane i bezawaryjne działanie systemów aplikacyjnych (co potwierdzają postanowienia ogłoszenia o zamówieniu). Jak słusznie zauważył Zamawiający, w przypadku uwzględnienia żądań Odwołującego, mogłoby hipotetycznie dojść nawet do sytuacji, w której

Zamawiający zmuszony byłby wybrać ofertę konkurencyjną cenowo w stosunku do ofert pozostałych wykonawców, ale w której wykonawca deklarowałby liczbę błędów krytycznych rażąco odbiegającą od deklaracji pozostałych wykonawców, czego nie niwelowałyby dodatkowe punkty przyznawane poszczególnym ofertom za deklaracje stosunkowo niewielkiej ilości błędów krytycznych. Powodowałoby to, że oferowana będzie usługa nie odpowiadająca uzasadnionym potrzebom Zamawiającego. Nie ulega wątpliwości, iż zadaniem wykonawcy świadczącego usługi będące przedmiotem zamówienia będzie właśnie zapewnienie prawidłowego działania systemów aplikacyjnych, eliminowanie błędów, a przede wszystkim podjęcie działań zapobiegających powstawaniu nowych błędów krytycznych, m.in. przez odpowiedni przegląd i monitorowanie systemów. Jest wysoce prawdopodobne, tak jak podkreślał Odwołujący, że w pracy systemu – mimo dochowania należytej staranności przez wykonawcę - mogą wystąpić błędy krytyczne. Jednak, należy zauważyć, że wykonawca jest w takich przypadkach chroniony właśnie przez określenie deklarowanej przez siebie liczby błędów krytycznych. Zamawiający oznaczył jedynie maksymalny pułap dopuszczalnej przez niego liczby błędów krytycznych, które mogą być zadeklarowane przez wykonawców (20 – na testach aplikacyjnych, 70 – miesięcznie), pod rygorem odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp (jako oferty, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia), co w ocenie Izby jest działaniem w pełni uprawnionym. Zamawiający ma bowiem prawo oczekiwać świadczenia usług na odpowiednim poziomie, gwarantującym nieprzerwane działanie obsługiwanych systemów aplikacyjnych. Stąd, też za uzasadnione należy uznać ograniczenie przez Zamawiającego dopuszczalnej liczby błędów krytycznych zarówno miesięcznie, jak i na testach aplikacyjnych (dotyczących wprowadzanych modyfikacji). Co istotne, jak słusznie zwrócił uwagę Zamawiający, Odwołujący w ogóle nie kwestionował, że określony przez Zamawiającego maksymalny pułap ilości błędów krytycznych jest za niski. Nie wskazywał bowiem w żaden sposób, że Zamawiający powinien inaczej określić graniczne wymagania co do dopuszczalnej liczby błędów krytycznych, stwierdzając jedynie ogólnikowo, iż mimo zachowania staranności, mogą pojawić się błędy krytyczne w liczbie większej niż 70 miesięcznie oraz, że liczba 20 dotyczy wykonywanych w przyszłości, obecnie nieznanym co do zakresu i przedmiotu, modyfikacji systemu i nie sposób określić, czy jest ona wystarczającym poziomem ryzyka, czy nie. Zatem, Odwołujący kwestionował samą zasadę wprowadzenia takiego limitu, co, zdaniem Izby, w zakresie usług, objętych przedmiotem zamówienia jest w pełni uzasadnione.

Co do zarzutu, iż Zamawiający naruszył przepisy art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, art. 48 ust. 2 pkt 10 ustawy Pzp oraz art. 91 ust. 2 ustawy Pzp przez dokonanie modyfikacji ogłoszenia o zamówieniu w zakresie wprowadzenia nowych zapisów dotyczących opisanie kryteriów

oceny ofert, znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert, w taki sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję oraz, który nie zapewnia obiektywizmu oceny i porównania ofert, umożliwiając Zamawiającemu dokonanie oceny dowolnej i uznaniowej, stwierdzić należy, że postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, także te wprowadzone modyfikacją, przez określenie konkretnych, mierzalnych wartości liczbowych w pełni zapewniają ten obiektywizm. Należy też poczynić uwagę, że zasadność wprowadzenia przez Zamawiającego w tym postępowaniu dodatkowych kryteriów oceny ofert innych niż cena, a opierających się na deklarowanej liczbie błędów krytycznych na testach akceptacyjnych oraz deklarowanej liczbie błędów krytycznych miesięcznie była już przedmiotem rozpoznania Krajowej Izby Odwoławczej (wyrok z dnia 12 czerwca 2015 roku wydany w sprawach o sygn. akt: KIO 1107/15 i KIO 1114/15). Podstawą faktyczną zarzutów podniesionych przez Odwołującego, która może być rozpoznana w niniejszej sprawie, jest modyfikacja ogłoszenia o zamówieniu polegająca na wprowadzeniu dodatkowych postanowień w zakresie odrzucenia oferty w przypadku zadeklarowania liczby błędów krytycznych przekraczającej liczbę oznaczoną przez Zamawiającego jako dopuszczalna. Postanowienia te znalazły się w sekcji ogłoszenia o zamówieniu dotyczącej Informacji dodatkowych, w tym w zakresie kryteriów udzielenia zamówienia. W ocenie Izby, postanowienia te, wbrew twierdzeniom Odwołującego, wykluczają możliwość dowolnej i uznaniowej oceny. Jak już wyżej wspomniano, odnoszą się do konkretnych wartości, w pełni porównywalnych i pozwalających na zachowanie obiektywizmu oceny oferty.

Mając powyższe na uwadze, Izba uznała, że zarzuty podniesione przez Odwołującego są całkowicie nieuzasadnione.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, a także stosownie do postanowień zawartych w § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 pkt 1 oraz § 5 ust. 4 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2 ww. Rozporządzenia wysokość wpisu od odwołania w niniejszej sprawie wynosi 15.000 zł. Natomiast z brzmienia przepisu § 3 pkt 1 Rozporządzenia, o którym mowa powyżej, wynika, że do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się wpis. Zamawiający nie składał wniosku o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego na jego rzecz.

Mając na uwadze powyższe Izba zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

W świetle powyższego, orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący: