

Sygn. akt: KIO 573/23

WYROK
z dnia 13 marca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 marca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 marca 2023 r. przez Odwołującego – **IBC Advisory Spółka Akcyjna**, ul. Mokotowska 1, 00-640 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Województwo Wielkopolskie, Wojewódzki Urząd Pracy**, ul. Szyperska 14, 61-754 Poznań

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego – IBC Advisory S.A. i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł 00 gr. (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. 2022 r., poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Wojewódzki Urząd Pracy w Poznaniu, w trybie podstawowym bez negocjacji na *badanie rynku pracy* (sygn. postępowania: wuPXXV/2/3322/1/2023), ogłoszonym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 24.02.2023 r., 2023/BZP 00110373/01, wobec treści ogłoszenia na część I i część II, w zakresie opisu przedmiotu zamówienia oraz postanowień projektowanej umowy, Wykonawca ABC Advisory S.A. z siedzibą w Warszawie (Odwołujący), wniósł w dniu 01.03.2023 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 573/23).

Odwołujący zarzuciła Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 99 ustawy Pzp przez jego niezastosowanie, wyrażające się w nieprecyzyjnym opisie oczekiwań Zamawiającego w zakresie sposobu wykonania zamówień określonych w postanowieniu § 2 ust. 3 lit. b i c projektowanych postanowień umów, które w szczególności nie tworzą wystarczającej podstawy do oceny możliwości realizacji przedmiotu zamówienia w określonym terminie oraz utrudniają rzetelną kalkulację ceny ofertowej oraz utrudniają rzetelną kalkulację ceny ofertowej;
2. art. 8 ust. 1 Ustawy w zw. z art. 353 (1) k.c. art. 471 k.c. art. 473 § 1 k.c., art. 483 § 1 i art. 484 k.c., art. 5 k.c. art. 16, art. 99 ust. 1 i art. 433 Ustawy Pzp przez ich niezastosowanie, wyrażające się w określeniu w projektowanych postanowieniach umów, a mianowicie: § 10 ust. 1, § 10 ust. 2, § 10 ust. 7 (dotyczy każdej części), wygórowanej wysokości kar umownych, a zatem kar umownych, których wysokość określona została w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, z przekroczeniem granicy dopuszczalnej swobody umów oraz w warunkach nadużycia prawa podmiotowego do samodzielnego kształtowania warunków umowy przez Zamawiającego;
3. art. 16 Ustawy, przez naruszenie zasady przejrzystości oraz uczciwej konkurencji w związku z nieprecyzyjnym opisem przedmiotu zamówienia oraz zamiarem sankcjonowania wykonawców w wymiarze i okolicznościach, które nie mają racjonalnego uzasadnienia, a w konsekwencji wprowadzającym nieuzasadnione ograniczenie potencjalnego grona wykonawców zdolnych do należytego wykonania przedmiotu zamówienia.

Mając powyższe na względzie Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w którym uwzględnił w części zarzuty dotyczące ustalenia wysokości kar umownych w § 10 ust. 2 i 7 projektowanych

postanowieniach umowy, wnosząc o umorzenie w tym zakresie odwołania. W pozostałym zakresie wniósł o oddalenie odwołania (pismo z 10.03.2023 r.).

Odwołujący na posiedzeniu złożył oświadczenie o podtrzymaniu odwołania w zakresie zarzutów nieuwzględnionych przez Zamawiającego, tj. zarzutu nr 1 i 3.

Na podstawie art. 522 ust 4 Ustawy Izba skierowała do rozpoznania odwołanie w zakresie zarzutów podtrzymanych przez Odwołującego.

Stanowisko Izby

Do rozpoznania zarzutów w odwołaniu zastosowanie znajdowały przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. zm.), obowiązującej w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, zwana dalej Ustawą.

Odwołanie nie podlegało odrzuceniu.

Rozpoznając odwołanie Izba miała na uwadze stan faktyczny ustalony w oparciu o dokumentację postępowania złożoną do akt sprawy (wskazana poniżej), w tym treść swz,

Izba ustaliła i zważyła.

Przedmiot zamówienia obejmuje przygotowanie i przeprowadzenie badania rynku pracy objętego dwoma częściami zamówienia oraz sporządzenie opracowania obejmującego wyniki tego badania. Zamawiający w załącznikach nr 7a i 7b zamieścił szczegółowy opis przedmiotu zamówienia dla każdej z części. Zamawiający zamieścił opis obszarów, jak również oraz szczegółowe wytyczne dotyczące tych obszarów.

W ramach wykonania przedmiotu umowy wykonawca zobowiązany będzie do realizacji zadań wskazanych w umowie w par. 1 ust. 2, tj.:

- a) przygotowanie raportu metodologicznego oraz narzędzi badawczych ,
- b) przygotowanie i przeprowadzenie badania ilościowego,
- c) przygotowanie i przeprowadzenie badania jakościowego,
- d) przygotowanie opracowania podsumowującego wyniki badania w wersji elektronicznej,
- e) druk opracowania podsumowującego wyniki badania oraz transport i dostarczenie do siedziby Zamawiającego,
- f) *zaangażowanie dodatkowego pracownika/dodatkowych pracowników w realizację badania.*
- g) *zaangażowanie w prace Zespołu Badawczego Eksperta.*

W ust. 3 Zamawiający wskazał produkty, jakie wykonawca przygotowuje w ramach realizacji przedmiotu umowy, tj.:

- a) raport metodologiczny, kwestionariusz ankiety, scenariusze IDI,
- b) oczyszczona baza danych z badania ilościowego,
- c) transkrypcje przeprowadzonych wywiadów IDI,
- d) opracowanie podsumowujące wyniki badania w wersji elektronicznej,
- e) 80 egzemplarzy wydrukowanego opracowania podsumowującego wyniki badania, wraz z plikiem tekstowym z przeznaczeniem do publikacji w Internecie.

Realizowanie zadań, o których mowa w ust. 2 oraz przygotowywanie produktów, o których mowa w ust. 3 musi następować zgodnie z terminami wskazanymi w Harmonogramie realizacji zamówienia, który stanowi Załącznik nr 1 do Umowy.

Przekroczenie terminu realizacji któregoś z zadań, o których mowa w ust. 2 lub przekazania któregoś z produktów, o których mowa w ust. 3 z winy Wykonawcy (w szczególności na skutek nieprzestrzegania terminów realizacji zadań wskazanych w Harmonogramie realizacji zamówienia lub zwłokę w nanoszeniu poprawek wynikających z uwag Zamawiającego) nie powoduje zmian terminów realizacji pozostałych zadań oraz przekazywania pozostałych produktów wskazanych w Harmonogramie realizacji zamówienia.

Po realizacji wszystkich zadań i akceptacji wszystkich produktów przez Zamawiającego, Zamawiający niezwłocznie potwierdzi odbiór zamówienia poprzez sporządzenie i przekazanie Wykonawcy Protokołu Odbioru Przedmiotu Umowy, którego wzór stanowi Załącznik nr 2 do Umowy. Podpisanie przez upoważnionych przedstawicieli Zamawiającego i Wykonawcy Protokołu Odbioru Przedmiotu Umowy, o którym mowa w ust. 6 nastąpi w terminie 14 dni od daty akceptacji ostatniego zadania wskazanego w Harmonogramie realizacji zamówienia.

W par. 2 projektowanych postanowień umownych Zamawiający zastrzegł uprawnienie do weryfikacji Produktów Badania wskazując w poszczególnych ustępach na:

1. *Zamawiający zastrzega sobie prawo przeprowadzenia weryfikacji merytorycznej realizacji wszystkich zadań określonych w § 1 ust. 2 oraz wszystkich produktów, o których mowa w § 1 ust. 3, w celu sprawdzenia ich zgodności z wymaganiami zawartymi w Umowie, Specyfikacji Warunków Zamówienia, Opisie Przedmiotu Zamówienia oraz ofercie Wykonawcy z dnia.....*
2. *W ramach weryfikacji merytorycznej, o której mowa w ust. 1 Zamawiający zastrzega sobie prawo do zgłaszania uwag i żądania naniesienia poprawek w realizacji wszystkich zadań, o których mowa w § 1 ust. 2 oraz wszystkich produktów, o których mowa w § 1 ust. 3*
3. *Ponadto w przypadku opracowania podsumowującego wyniki badania w wersji elektronicznej w ramach weryfikacji merytorycznej Zamawiający zastrzega sobie możliwość w szczególności do:*
 - a) *zgłaszania uwag zarówno w stosunku do treści jak i szaty graficznej opracowania,*
 - b) *pozyskania od Wykonawcy wyników innych zestawień niż te przedstawione w opracowaniu, jeżeli znajdują się one w materiale empirycznym,*

- c) zwrócenia się do Wykonawcy o uporządkowanie treści, rozwinięcie lub ograniczenie zagadnień poruszanych w opracowaniu, jeżeli pozwala na to zgromadzony materiał empiryczny oraz jeżeli w ocenie Zamawiającego wpływa to na wartość merytoryczną oraz/lub na przejrzystość opracowania,
- d) oczekiwania wprowadzenia zmian związanych z dostępnością materiału cyfrowego.
4. Zamawiający zastrzega sobie możliwość odmowy dokonania weryfikacji merytorycznej opracowania podsumowującego wyniki badania, w przypadku nie uwzględnienia w opracowaniu co najmniej jednego z elementów, wskazanych w OPZ.
5. Odmowa dokonania weryfikacji merytorycznej opracowania podsumowującego wyniki badania, o której mowa w ust. 4 zostanie zgłoszona Wykonawcy w ciągu maksymalnie 1 dnia roboczego od dnia przekazania opracowania podsumowującego wyniki badania przez Wykonawcę. Zamawiający jest zobowiązany do wskazania przyczyny odmowy, tj. elementu/elementów którego/któregoś brakuje w opracowaniu. Odmowa przyjęcia opracowania do weryfikacji merytorycznej nie powoduje zmiany żadnego z terminów wyznaczonych w Harmonogramie realizacji zamówienia.
6. W przypadku zgłoszenia uwag i żądania naniesienia poprawek, o których mowa w ust 2 i 3 przez Zamawiającego, Wykonawca jest zobowiązany do ich uwzględnienia oraz dołożenia wszelkich starań, aby naniesione poprawki zapewniły jakość zgodną z oczekiwaniami Zamawiającego.

We wzorze umowy opisane zostały zasady stałej współpracy i kontaktów stron umowy na każdym etapie realizacji przedmiotu umowy.

Termin realizacji określony został odrębnie dla każdej części liczbą dni roboczych i wynosi odpowiednio dla części nr 1 115 dni, a dla części 2 – 95 dni od podpisania umowy.

W załączniku nr 1 do umowy – harmonogramie opisane zostały poszczególne etapy (produkty) ze wskazaniem dni roboczych i terminów na zgłaszanie uwag po wskazanych produktach.

W odwołaniu kwestionowane jest uprawnienie Zamawiającego wskazane we wzorach umów dla poszczególnych części zamówienia w par. 2 ust. 3 lit. b i c, a dotyczące weryfikacji merytorycznej wyników badań polegające na możliwości:

- pozyskania od Wykonawcy wyników innych zestawień niż te przedstawione w opracowaniu, jeżeli znajdują się one w materiale empirycznym;
- zwrócenia się do Wykonawcy o uporządkowanie treści, rozwinięcie lub ograniczenie zagadnień poruszanych w opracowaniu, jeżeli pozwala na to zgromadzony materiał empiryczny oraz jeżeli w ocenie Zamawiającego wpływa to na wartość merytoryczną oraz/lub na przejrzystość opracowania,

W tym zakresie uzasadnienie zarzutów naruszenia art. 99 i 16 Ustawy sprowadzone zostało do jednego zdania:

W ocenie Wykonawcy takie określenie uprawnień Zamawiającego jest naruszeniem zasadny oznaczoności przedmiotu zamówienia, w tym obowiązku jednoznacznego i precyzyjnego

opisu potrzeb i wymagań (już na etapie składania publikacji ogłoszenia o zamówieniu), albowiem każdy wykonawca, biorący udział w Przetargu, ma prawo znać oczekiwania Zamawiającego w zakresie sposobu wykonania zamówienia.

Izba oddaliła odwołanie w całości – w zakresie zarzutów podtrzymanych przez Odwołującego uznając, iż nie ma podstaw do twierdzenia, iż oczekiwania Zamawiającego w zakresie dotyczącym opracowania prezentującego wynik badań nie są znane, co miałyby prowadzić do wniosku, iż nie jest możliwe do oceny, że zamówienie może być wykonane w terminie przewidzianym na realizację przedmiotu zamówienia, czy też że nie jest możliwa rzetelna kalkulacja wynagrodzenia. Wprawdzie Odwołujący kładł akcent na znaczenie klauzuli umownej opisującej uprawnienie Zamawiającego do weryfikacji merytorycznej wyników badań przed ich ostatecznym odbiorem, co może przyjąć postać żądania przedstawienia innego zestawienia, uporządkowania informacji, czy też innego ujęcia zagadnień, to całkowicie pominął w uzasadnieniu opis szczegółowych wymagań związanych z przedmiotem umowy. Na rozprawie wprost stwierdził, iż dla wykonawców jest jasne czego Zamawiający oczekuje, natomiast niejasnym miał być sposób wykonania zadania poprzez wprowadzenie możliwości żądania poprawienia wyników badań lub ujęcia ich w innym zestawieniu na podstawie pozyskanych w trakcie badania informacji. Odwołujący dopiero na rozprawie wyjaśniał na czym miałyby polegać naruszenie zasad postępowania prowadzonego na podstawie przepisów Ustawy, w tym wskazał na ryzyka, jakie dla wykonawców wiążą się z uprawnieniem zastrzeżonym dla Zamawiającego. Jednocześnie nie budziło wątpliwości, iż wprowadzone do umowy zapisy wprost odnosiły się do efektów wcześniejszych etapów, związanych z prowadzonymi badaniami. Zamawiający wskazał również na praktykę, z jaką spotkał się przy wcześniejszych umowach obejmujących rzeczowo porównywalny przedmiot zamówienia, polegającą na odmowie uwzględnienia uwag i wniosków Zamawiającego co do konieczności uzupełnienia opracowań, z uwagi na brak zastrzeżonych na tą okoliczność klauzul umownych. Zamawiający przedstawił przykładową korespondencję jaką prowadził z Odwołującym w związku z umową realizowaną w 2019 r., co poprzedzało wprowadzenia aktualnych zapisów w projektowanych postanowieniach umów, które obecnie u Zamawiającego funkcjonują od 2020 roku.

Analiza odwołania, prezentowana w zasadzie w jednym akapicie podważającym możliwość wprowadzenia klauzuli uprawniającej Zamawiającego do wystąpienia o przedstawienie dodatkowego zestawienia (lit. b.), uporządkowanie treści, rozwinięcie lub ograniczenie zagadnień poruszanych w opracowaniu (lit c.), w zasadzie nie pozwala w żaden sposób odnieść się do pozostałych postanowień dokumentacji, w szczególności nie uwzględnia opisu przedmiotu zamówienia w tym wytycznych dotyczących przedmiotu opracowania i

procesu, jaki będzie udziałem Wykonawcy i Zamawiającego na każdym etapie realizacji zamówienia. Odwołujący kwestionując możliwość żądania dodatkowego opracowania nie odniósł się do specyfiki zamówienia, które z racji wkładu twórczego wymaga pozostawienia pewnej swobody ale też nie oznacza, iż Zamawiający może być pozbawiony narzędzi do tego aby uzyskać efekt opracowania, który w najwyższym stopniu okaże się dla niego przydatny. Ponieważ w odwołaniu nie ma w zasadzie żadnej analizy całości postanowień, a zarzut opiera się na uprawnieniu, które Zamawiający w sposób rzeczowy uzasadnił nie tylko wskazaniem na charakter i zakres prac, ale również zgodnością z przepisami prawa autorskiego, Izba nie miała podstaw do przyjęcia wniosków Odwołującego jako rzetelnych i uzasadnionych. Nie można pominąć istotnego elementu klauzul, które pozostają w związku z pracami, jakie będzie zobowiązany wykonać Wykonawca, tj. pozyskanymi w trakcie badań danymi empirycznymi, na podstawie których mają być opracowywane wnioski końcowe, które mają uwzględniać wytyczne Zamawiającego. To również na podstawie tych wytycznych Zamawiający może formułować swoje oczekiwania co do ostatecznego kształtu opracowania, co nie może być utożsamiane z brakiem precyzji, czy też niejednoznacznością zakresu zamówienia.

Odwołujący nie kwestionował zakresu zamówienia i szczegółowych wytycznych ujętych w załącznikach nr 7a i 7b do swz, które stanowią podstawę dla oceny merytorycznej wyników badań i nie przedstawił żadnych konkretnych przykładów działań, które obrazowałyby sposób naruszenia ustalonych w postępowaniu zasad. Tym samym Izba nie miała podstaw do stwierdzenia, iż zastrzeżone dla Zamawiającego uprawnienie wykracza poza zakres przedmiotu zamówienia lub prowadzi do zmiany zasad na jakich zamówienie będzie realizowane, w szczególności mając na uwadze mechanizm uzgodnień, koniecznych dla poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia.

W świetle powyższego odwołanie zostało oddalone.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. § 5, § 8 ust 2 pkt. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 31 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437). Izba zaliczyła do kosztów postępowania odwoławczego wpis i obciążyła nim Odwołującego w całości.

Przewodniczący: