

Sygn. akt: KIO 2218/13

WYROK
z dnia 1 października 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 października 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 września 2013 r. przez wykonawcę "Hewlett-Packard Polska" sp. z o.o., ul. Szturmowa 2a, 02-678 Warszawa, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, al. Jana Pawła II 70, 00-175 Warszawa.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża "Hewlett-Packard Polska" Sp. z o.o., ul. Szturmowa 2a, 02-678 Warszawa, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez "Hewlett-Packard Polska" Sp. z o.o., ul. Szturmowa 2a, 02-678 Warszawa, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od "Hewlett-Packard Polska" Sp. z o.o., ul. Szturmowa 2a, 02-678 Warszawa, na rzecz Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, al. Jana Pawła II 70, 00-175 Warszawa, 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 – Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, ul. Poleczki 33; 02-822 Warszawa, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie dialogu konkurencyjnego, na „*Utrzymanie i rozwój aplikacji SIA, PA, PZ SIP, FOTO SIP na lata 2013 - 2015*” na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 14 grudnia 2011 roku, w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, pod numerem: 2011/S 240-389419.

Zamawiający dnia 6 września 2013 roku przesłał wykonawcom informację o zmianie (modyfikacji) treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami.

Dnia 16 września 2013 roku wykonawca Hewlett-Packard Polska sp. z o.o., ul. Szturmowa 2A; 02-678 Warszawa (zwany dalej „*odwołujący*”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Zdaniem odwołującego, zaskarżone czynności uniemożliwiają odwołującemu złożenie oferty w postępowaniu, ponieważ zamawiający pismem zmieniającym treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia:

- 1) wprowadził do treści artykułu 8 Wzoru Umowy stanowiącego załącznik nr 2 do s.i.w.z. ust. 9 - ust. 12 regulujące wykonanie zastępcze, przy jednoczesnym braku określenia maksymalnej kwoty, za którą takie wykonanie zastępcze może być zrealizowane, a także przy jednoczesnym braku wcześniejszego wezwania wykonawcy do usunięcia powstałych w toku realizacji zamówienia nieprawidłowości, co przy ustalonym przez zamawiającego mechanizmie i wysokościach kar umownych, a także zastrzeżeniu możliwości dochodzenia odszkodowania uzupełniającego w sposób oczywisty narusza równość stron i z uwagi na konieczność przyjęcia wysokiego ryzyka finansowego uniemożliwia złożenie przez odwołującego oferty.

Działania zamawiającego są również sprzeczne z przewidzianym przez ustawę z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (t.j. Dz. U. z 2009 r. Nr 157, poz. 1240 i 1241, ze zm. - zwaną dalej „ustawą o finansach publicznych”) sposobem wydatkowania środków publicznych, ponieważ przyjęte przez zamawiającego założenia dotyczące wykonania zastępczego prowadzą do potrzeby uwzględniania i wyceniania przez wykonawców w swych ofertach niezwykle wysokich i niemożliwych do precyzyjnego określenia ryzyk kosztów i prowadzi do złożenia w postępowaniu ofert zawierających ceny na wyjątkowo wysokim poziomie, a wynikające z wyżej opisanych przyczyn, co stanowi naruszenie art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, w związku z art. 5 kc, art. 353¹ kc, art. 480 § 1 kc i art. 636 § 1 kc w związku z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp, a także art. 44 ust. 3 pkt 1) ustawy o finansach publicznych,

2) wprowadził do artykułu 5 Umowy ust. 14, treścią którego określił, że:

„Z chwilą otrzymania modelu IFPUG wraz z Propozycją, zgodnie z częścią 3.11. ust. 2 pkt 2 lit. A) w Załączniku nr 4A do Umowy, Wykonawca udziela Zamawiającemu wyłącznej licencji uprawniającej do korzystania z utworów na polach eksploatacji, o których mowa w ust. 5 i 6”,
podczas gdy, w ww. załączniku nr 4A do Umowy nie określono zasad przekazania modelu IFPUG, co stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 w związku z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp,

3) wprowadził do artykułu 5 Umowy ust. 14 obowiązek przekazania wyłącznej licencji w zakresie modelu IFPUG oraz przejścia na zamawiającego praw autorskich z tego tytułu. Co więcej, zamawiający określił, że wykonawca przenosi na niego prawa autorskie w ramach wynagrodzenia za modyfikację.

Jednocześnie, przyjęty model świadczenia usług rozwoju nie zakłada, że każda propozycja będzie zaakceptowana (tj. nie za każdą propozycję wykonawca otrzyma wynagrodzenie). Konsekwencją powyższego jest powstanie sytuacji, w której wykonawca będzie miał obowiązek przekazania pełnego modelu IFPUG jednak zamawiający będzie nabywał prawa autorskie jedynie dla części przekazanego modelu.

Ponadto, wraz z przekazaniem kwartalnego modelu IFPUG zamawiający straci licencje dla tych części, dla których nie została zaakceptowana propozycja, co stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 w związku z art. 29 ust 1 ustawy Pzp,

4) wprowadził do załącznika 4C do Umowy („Sposób wyceny Usług Modyfikacji”) ust. 22, o następującej treści:

„Z końcem każdego kwartału realizacji Usługi Wykonawca zobowiązany jest do przekazania Zamawiającemu aktualnego modelu IFPUG w EA, zawierającego wszystkie modele IFPUG przekazane w danym kwartale w ramach Usługi Rozwoju zgodnie z częścią 3.2. ust. 2 pkt 2 lit. A) Załącznika nr 4 A do Umowy”, podczas gdy, w ww. załącznik nr 4A do Umowy nie zawiera części 3.2., a więc w przekazanych odwołującemu dokumentach brak jest informacji na które powołuje się zamawiający, co stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 w związku z art. 29 ust 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania poprzez nakazanie zamawiającemu:

- 1) wykreślenia postanowień artykułu 8 ust. 9 - ust. 12 Umowy dotyczących wykonania zastępczego, lub alternatywnie
- 2) wprowadzenia zmiany postanowienia artykułu 8 ust. 9 Umowy poprzez zastąpienie słowa „opóźnienie” użytego w pkt 1) i pkt 2) słowem „zwłoka” oraz jednocześnie nadanie artykułowi 8 ust. 9 mu następującej treści: *„Zamawiającemu, po uprzednim wezwaniu Wykonawcy do realizacji opóźnionych zgłoszeń lub Produktów w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie, nie krótszym niż 7 dni podmiotowi trzeciemu na koszt i ryzyko Wykonawcy. Wartość wykonania zastępczego nie*

przekroczy równowartości kwoty należnej z tytułu wykonania odpowiedniej części zamówienia przez Wykonawcę”,

- 3) nadanie dotychczasowym lit. l) i lit. m) w załączniku nr 4A część 3.11. ust. 2 pkt 2) w do umowy odpowiednio nazwy lit. m) i lit. n) oraz dodanie po lit. k) nowego punktu, tj. nowej lit. l) o następującym brzmieniu: „*zasady przekazania modelu IFPUG*”, zawierającego procedurę przekazania modelu IFPUG, lub alternatywnie, wprowadzenie do załącznika nr 4A część 3.11 szczegółowych zasad przekazania modelu IFPUG,
- 4) skorygowania postanowień artykułu 5 ust. 14 umowy poprzez doprecyzowanie jego treści w zakresie dotyczącym praw autorskich i licencji dla modelu IFPUG, w szczególności dla sytuacji dotyczącej licencji dla przekazywanych modeli IFPUG, zawierających elementy niezaakceptowanych przez zamawiającego propozycji,
- 5) skorygowania postanowień załącznika 4C do umowy poprzez ich doprecyzowanie i wskazanie prawidłowego odniesienia do postanowień dotyczących zasad przekazywania Zamawiającemu aktualnego modelu IFPUG w EA,
- 6) zasądzenia od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego w postępowaniu.

Odwołujący wykazał na swój interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz fakt, że może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, a także interes w złożeniu odwołania, w tym, że ww. czynność zamawiającego, tj. zmiana treści s.i.w.z. uniemożliwia odwołującemu złożenie w wyznaczonym terminie oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Gdyby niewskazane w przedmiotowym odwołaniu czynności i zaniechania zamawiającego odwołujący mógłby zarówno brać udział w dalszym toku postępowania, jak i uzyskać, a następnie należycie wykonywać zamówienie. Obecny stan faktyczny uniemożliwia odwołującemu dalszy udział w postępowaniu. W ocenie odwołującego może on ponieść szkodę wyrażającą się nieuzyskaniem zamówienia.

Do postępowania odwoławczego nie przystąpił żaden z wykonawców.

Zamawiający dnia 1 października 2013 roku (pismem z dnia 30 września 2013 roku), na posiedzeniu, złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza dopuściła dowód z dokumentów składających się na dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołujący wskazał, w zakresie wprowadzonych do treści art. 8 ustępów od 9 do 12 dotyczących zagadnienia wykonania zastępczego, iż nie były one przedmiotem dialogu konkurencyjnego podczas którego zamawiający omawiałby restrykcyjne mechanizmy, które zamierzał wprowadzić do umowy, a które miały na celu zabezpieczenie interesów zamawiającego na etapie realizacji zamówienia, a także samej realizacji zamówienia (np. kwestie odszkodowawcze, kary za niedotrzymanie SLA, kary z tytułu niedotrzymania poziomów jakości itp.). Informacja o wykonaniu zastępczym nie pojawiała również się na wcześniejszych etapach postępowania.

Pomimo możliwości wcześniejszego przedyskutowania omawianej kwestii z wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia w postępowaniu, zamawiający wprowadził przedmiotowy postanowienia do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dopiero w dniu 6 września 2013 r. Odwołujący wskazał, że obecne brzmienie przepisu jest sprzeczne z podstawowymi zasadami prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a także z podstawowymi zasadami dotyczącymi kształtu umów. Zdaniem odwołującego zamawiający, pomimo iż jest dysponentem postępowania nie ma nieograniczonej swobody w kształtowaniu postanowień dokumentacji.

Zakwestionowane przez odwołującego postanowienia stanowią, w jego ocenie, nadużycie w rozumieniu art. 5 k.c. oraz przekraczają granice swobody zawierania umów określone w art. 353¹ k.c., ponieważ stawiają wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia w sytuacji, w której zamawiający może bez wcześniejszego wezwania do usunięcia nieprawidłowości powierzyć wykonanie części przedmiotu zamówienia podmiotowi trzeciemu, bez jednoczesnego określenia limitu kosztów, jakie wykonawca może z tego tytułu ponieść. Odwołujący wskazał, że przedmiotowa umowa ma elementy umowy o dzieło, do której referuje w treści załączników do umowy sam

zamawiający. Powyższe przesądza o okoliczności, że w sprawie powinien znaleźć zastosowanie art. 636 § 1 k.c.

Z cytowanego przepisu wynika, że zamawiający, w przypadku gdy wykonawca będzie realizował umowę w sposób sprzeczny z jej postanowieniami, może zastosować instytucję wykonania zastępczego, jednak jedynie w sytuacji gdy wcześniej zavezwie wykonawcę do zmiany sposobu wykonywania umowy i po wyznaczeniu wykonawcy stosownego terminu na podjęcie takiego działania. Taka konstrukcja przepisu gwarantuje stronie realizującej umowę (wykonawcy), że bez jej wiedzy i bez wcześniejszego zawiadomienia o stanowisku przyjmującego świadczenie (zamawiającego), nie zostanie obciążona kosztami realizacji umowy przez podmiot trzeci. Tym bardziej, że w przedmiotowej sprawie koszty te są nieograniczone i mogą znacznie przekraczać wartość wynagrodzenia, które wykonawca otrzymałby za realizację tej części zamówienia, a niezależnie od powyższych okoliczności wykonawca i tak zostanie obciążony wysokimi karami umownymi z tytułu niedotrzymania poziomów SLA oraz z tytułu niedotrzymania poziomów jakości (zgodnie z załącznikiem nr 11 do umowy). Co do samych kosztów wykonania zastępczego, odwołujący wskazał, że brak ich ograniczenia wpływa znacząco na brak możliwości skalkulowania ceny oferty na poziomie gwarantującym konkurencyjność, ponieważ odwołujący będzie zobligowany do poniesienia zwielokrotnionych (względem ich rzeczywistej ceny) kosztów realizacji poszczególnych zadań. Dodatkowo, odnosząc się do zasad ogólnych określonych w Księdze III k.c., a w szczególności w art. 480 § 1 k.c. zastępcze wykonanie czynności odnośnie terminu realizacji umowy jest dopuszczalne jedynie w razie zwłoki, a nie jak przewidział zamawiający opóźnienia. Obecny kształt umowy w zakresie wykonania zastępczego, zdaniem odwołującego, jest sprzeczny z regulacjami k.c. i tym samym rozszerza ryzyko powierzenia wykonania umowy w omawianym zakresie stronom trzecim także w sytuacjach, w których niedotrzymanie terminu będzie niezawinione przez wykonawcę.

Odwołujący podniósł, że wprowadzenie zmiany do umowy na obecnym etapie postępowania jest zmianą istotną i uniemożliwia odwołującemu złożenie konkurencyjnej oferty.

Odnośnie zarzutów od 2-4 (IFPUG), odwołujący wskazał, co następuje.

Zamawiający wprowadził we wzorze umowy stanowiącym załącznik nr 2 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia następującą zmianę. Do art. 5 dotyczącego praw autorskich został dodany ust. 14 regulujący licencje oraz prawa autorskie dla modelu IFPUG. W zakresie przekazania modelu IFPUG przepis ten referuje do części 3.11 ust. 2 pkt 2 lit. a) załącznika nr 4A do umowy. Jednak wspomniany w załączniku nr 4A zapis nie określa żadnych zasad dotyczących przekazania modelu IFPUG. Co więcej żaden z zapisów załącznika 4A nie określa zasad przekazywania modelu IFPUG.

Zamawiający wprowadził we wzorze umowy stanowiącym załącznik nr 2 do s.i.w.z. istotną zmianę. Odwołujący zwraca uwagę, że przyjęty model świadczenia usług rozwoju nie zakłada, że każda propozycja będzie zaakceptowana. W związku z tym nie za każdą propozycję wykonawca otrzyma wynagrodzenie. Natomiast art. 5 ust. 14 zakłada, że wykonawca przenosi prawa autorskie w ramach wynagrodzenia za modyfikacje. Konsekwencją takiego uregulowania jest to, że wykonawca będzie miał obowiązek przekazania pełnego modelu IFPUG jednak zamawiający będzie nabywał prawa autorskie jedynie dla części przekazanego modelu. Co więcej w raz z przekazaniem kwartalnego modelu IFPUG zamawiający straci licencje dla tych części, dla których nie została zaakceptowana propozycja. W efekcie zamawiający będzie posiadał model IFPUG, którym nie będzie się mógł posługiwać, ponieważ nie będzie miał do jego części ani licencji ani praw autorskich.

Zamawiający wprowadził we wzorze umowy stanowiącym Załącznik nr 2 do s.i.w.z. następującą zmianę. Do załącznika 4C dodano pkt. 22 określający obowiązek przekazania Zamawiającemu aktualnego modelu IFPUG w EA zgodnie z częścią 3.2 ust. 2 pkt 2 lit. a) załącznika 4a do umowy. Wskazana referencja jest błędna, bo załącznik 4a nie zawiera części 3.2. Niezależnie od błędnej referencji należy wskazać, że załącznik 4A nie określa zasad przekazywania modelu IFPUG.

Zgodnie z treścią art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający ma obowiązek przekazania wykonawcom kompletnego opisu przedmiotu zamówienia umożliwiając tym samym przygotowanie niepodlegającej odrzuceniu, kompletnej i konkurencyjnej cenowo oferty, czego w przedmiotowej sprawie, zdaniem odwołującego, zaniechano.

Na rozprawie pełnomocnik odwołującego oświadczył, że wycofuje zarzuty opisane pod Nr 2 i 4 odwołania.

Izba pozostając w granicach zarzutów przedstawionych w odwołaniu, tj. odnosząc się tylko do zarzutów, które w toku rozprawy zostały przez odwołującego podtrzymane, a mianowicie zarzutu 1 i 3 odwołania (zarzuty nr 2 i 4 w toku rozprawy zostały przez odwołującego wycofane) Izba stwierdziła, że zarzuty odwołującego są niezasadne.

Odnosnie zarzutu Nr 3 stwierdzić należało, że zamawiający pismem z dnia 20 września 2013 roku zmodyfikował treść załącznika Nr 2 – wzoru umowy - art. 5 ust. 14 w ten sposób, że punkt ten otrzymał brzmienie, które jasno i precyzyjnie definiuje sposób przekazania zamawiającemu aktualnego modelu IFPUG, cyt. *„Z chwilą otrzymania modelu IFPUG zgodnie z ust. 13 Załącznika nr 4C do Umowy, Wykonawca udziela Zamawiającemu wyłącznej licencji uprawniającej do korzystania z utworów na polach eksploatacji, o których*

mowa w ust. 5 i 6. Przedmiotowa licencja jest licencją terminową udzieloną do dnia otrzymania przez Zamawiającego modelu IFPUG za dany kwartał, w którym poszczególne modele IFPUG objęte licencją zostały Zamawiającemu przekazane, zgodnie z ust. 22 Załącznika nr 4C do Umowy. Z chwilą otrzymania przez Zamawiającego modelu IFPUG za dany kwartał Wykonawca przenosi na Zamawiającego autorskie prawa majątkowe do powstałych utworów, na polach eksploatacji wskazanych w ust. 5 i 6, w ramach wynagrodzenia za Modyfikacje, których dane modele IFPUG dotyczyły”.

Ponadto zamawiający w załączniku nr 4C „Sposób wyceny Usług Modyfikacji” do wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 2 do s.i.w.z., pkt 22 dokonał zmiany nadając mu następujące brzmienie: *„Z końcem każdego kwartału realizacji Usług Wykonawca zobowiązany jest do przekazania Zamawiającemu aktualnego modelu IFPUG w EA, zawierającego wszystkie modele IFPUG przekazane, zgodnie z ust. 13, w danym kwartale w ramach zrealizowanych Modyfikacji”.*

Z powyższego wynika, że wykonawca będzie miał obowiązek przekazania modelu IFPUG, a zamawiający nabędzie prawa autorskie tylko i wyłącznie (w ramach danego kwartału) w zakresie zrealizowanych modyfikacji. Zrealizowane modyfikacje to oczywiście te zgłoszone przez wykonawcę modyfikacje, które uzyskały akceptację zamawiającego i znajdują swoje zastosowanie. Automatyzm przyjętego rozwiązania wyklucza przejęcie praw autorski do produktów, których zamawiający nie przyjął do realizacji. Nadto wskazać należy, że brak konkretnego żądania odwołującego, co do postawionego zarzutu w związku z modyfikacją zamawiającego z dnia 20 września 2013 roku uznać należało za wypełniającą żądanie odwołującego w sposób wystarczający, niedający podstaw do żądania modyfikacji zmienionego postanowienia wzoru umowy.

Odnosnie zarzutu Nr 1 stwierdzić należało, co następuje.

Zamawiający wprowadził do treści artykułu 8 ustępy od 9 do 12 o następującym brzmieniu:

„9. Niezależnie od powyższego, w przypadku, gdy zaistnieje chociażby jedna z poniższych okoliczności:

- 1) opóźnienie Wykonawcy w Czasie Reakcji lub Czasie Realizacji wynoszące przynajmniej 4-krotne przekroczenie SLA przewidzianego dla danego rodzaju zgłoszenia w ramach którejkolwiek z Usług, zgodnie z Załącznikiem nr 11 do Umowy;*
- 2) opóźnienie Wykonawcy w przekazaniu któregośkolwiek Produktu do odbioru w ramach Usług rozwoju wynoszące przynajmniej 2-krotne przekroczenie czasu dostarczenia Produktu wynikające z ustalonego harmonogramu Modyfikacji*
 - Zamawiającemu przysługiwać będzie uprawnienie do zlecenia realizacji opóźnionych zgłoszeń lub Produktów podmiotowi trzeciemu na koszt i ryzyko Wykonawcy.*

10. *Z uprawnienia, o którym mowa w ust. 9 Zamawiający może skorzystać w każdym czasie realizacji Umowy.*
11. *Jeżeli zamawiający podejmie decyzję o skorzystaniu z uprawnienia wskazanego w ust. 9, niezwłocznie zawiadomi o tym pisemnie, faksem lub mailem Koordynatora Umowy po stronie Wykonawcy. Z chwilą otrzymania przez Wykonawcę ww. zawiadomienia, zaprzestanie on jakichkolwiek czynności związanych ze świadczeniem danej Usługi w części objętej opóźnieniem.*
12. *Uprawnienia Zamawiającego określone w ust. 9-11 nie ograniczają w żaden sposób jego uprawnień określonych w innych częściach Umowy, w szczególności uprawnienia do odstąpienia od Umowy oraz naliczania i dochodzenia kar umownych”.*

W ocenie Izby kwestionowane przez odwołującego postanowienia, zostały przez zamawiającego sformułowane w sposób jednoznaczny, precyzyjny i w równej mierze dotyczący wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu. Izba nie podziela poglądu odwołującego, iż zamawiający zobowiązany jest do podania maksymalnej kwoty, za którą wykonanie zastępcze może być zrealizowane.

Jak słusznie wskazał zamawiający każdy wykonawca zastępczy będzie realizował zamówienie zlecone w oparciu o zakres wskazany przez zamawiającego, jak i czas jego trwania. Stąd wycena wykonanych prac możliwa jest do ustalenia dopiero po negocjacjach z wykonawcą zastępczym i to ta wartość zostanie przeniesiona na konto wykonawcy realizującego zamówienie podstawowe. Zamawiający na etapie specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie jest w stanie stwierdzić jak określony wykonawca zastępczy będzie chciał zrealizować zamówienie, jaki czas i zasób osobowy będzie konieczny do wykonania tego zlecenia, w końcu zamawiający nie jest w stanie określić, jaką cenę wynegocjuje w trakcie procedury dodatkowej.

Z całą mocą należy podkreślić, że wykonawca zastępczy przystępując do realizacji zlecenia będzie w odmiennej sytuacji niż wykonawca podstawowy, gdyż będzie zmuszony do ustalenia stanu faktycznego przed przystąpieniem do realizacji zlecenia, będzie to usługa „dorywcza”, tym samym konieczność powołania osób do realizacji tego zlecenia wymagać będzie poniesienia dodatkowych (być może zwiększonych kosztów), jak i presja czasu również będzie odgrywała znamioną rolę. Izba nie podziela również stanowiska odwołującego, że zamawiający nie przewidział wezwania wykonawcy do usunięcia nieprawidłowości. Zamawiający wskazał bowiem, w art. 8 ust. 11 wzoru umowy, iż o podjęciu decyzji zamawiającego o skorzystaniu z wykonania zastępczego wykonawca zostanie powiadomiony niezwłocznie pisemnie, faksem lub mailem.

Dodatkowo, za czynnik wskazujący na wszczęcie procedury zmierzającej do udzielenia zamówienia zastępczego należy uznać dodane do art. 8 ustępy 9 – 12, gdzie zamawiający

podał, że opóźnienie wykonawcy w czasie reakcji lub czasie realizacji wynoszące przynajmniej 4-krotne przekroczenie SLA przewidzianego dla danego rodzaju zgłoszenia, czy opóźnienie wykonawcy w przekazaniu któregośkolwiek z produktu do odbioru w ramach usług rozwoju wynoszące przynajmniej 2-krotne przekroczenie czasu dostarczenia produktu wynikające z ustalonego harmonogramu modyfikacji, które do zaniechania (opóźnienia) wykonawcy powodować będą uprawnienie zamawiającego do zlecenia zamówienia zastępczego, na koszt i ryzyko wykonawcy. Powyższe prowadzi do wniosku, iż wykonawcy składający swoje oferty w przedmiotowym postępowaniu, na równych prawach, w przypadku opóźnień określonych przez zamawiającego, będą ponosić konsekwencje niewłaściwej realizacji umowy.

Zdaniem Izby odwołujący nie wykazał, że modyfikacja specyfikacji istotnych warunków zamówienia z dnia 20 września 2013 roku narusza wskazywane przez odwołującego przepisy kodeksu cywilnego, czy ustawy o finansach publicznych. Wzór umowy sporządzony został w sposób równy dla uczestników przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a położenie zamawiającego, jako gospodarza postępowania z oczywistych względów, jako dysponenta środków publicznym, może wywoływać jego korzystniejszą sytuację, która ujawnia się w możliwości ustanawiania warunków umowy, w sposób, który pozwoli mu na właściwy nadzór nad realizacją umowy. Wykonawca zaś, jako strona przyszłej umowy musi poddać się rygorowi zwiększonego wysiłku, wysiłku który okupiony jest zyskiem, z wyłączeniem wadliwego zachowania skutkującego naliczaniem kar umownych, czy tak jak w przedmiotowym przypadku, poniesieniem kosztów wykonawstwa zastępczego.

Powyższe oznacza, że prawidłowe i terminowe działanie wykonawcy nie jest zagrożone jakąkolwiek sankcją ze strony zamawiającego, co oznacza, że zarzuty odwołującego są bezzasadne.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący: