

WYROK
z dnia 28 kwietnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa

Protokolant: Sylwia Muniak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 kwietnia 2017 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18.04.2017 r. przez wykonawcę **A. P. S.A. (...)** w postępowaniu prowadzonym przez **M. S. (...)**

orzeka

1. Uwzględnić odwołanie w zakresie zarzutu oznaczonego w odwołaniu nr 7 i nakazuje zamawiającemu dokonania zmian w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez:

1.1 doprecyzowanie sposobu naliczania kar umownych tak, aby wnioski wykonawcy kierowane do zamawiającego o przekazanie informacji niezbędnych do usunięcia zgłoszenia – bez zwrotu zgłoszenia, nie były traktowane jako podstawa do naliczenia kary umownej,

1.2 Odpowiednie wprowadzenie nakazanych zmian do wszystkich odpowiednich postanowień SIWZ i treści Ogłoszenia o zamówieniu.

1.3 W pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala.

2. Zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000,00 (piętnaście tysięcy) złotych uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

2.1. zasądza od zamawiającego **M. S. (...)** na rzecz odwołującego **A. P. S.A. (...)** kwotę 2 143,00(dwa tysiące sto czterdzieści trzy) złote stanowiącą częściowy zwrot kosztów postępowania odwoławczego poniesionego z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zmianami) 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

M. S. (...), dalej zwany „Zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *Utrzymanie, modyfikacje i szkolenia dla systemu teleinformatycznego Krajowego Rejestru Sądowego*". Znak sprawy BA-F-H-3710-5/17. Ogłoszenie zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 5 kwietnia 2017 roku, Dz. UE 2017/S 067-126346. Również w powyższym dniu Zamawiający udostępnił wykonawcom treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Potencjalny wykonawca zamówienia A. P. S.A. (...), dalej zwany „Odwołującym” wniósł odwołanie od niezgodnej z przepisami Ustawy Pzp czynności Zamawiającego polegającej na sformułowaniu zapisów Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) z naruszeniem przepisów prawa.

We wniesionym odwołaniu zarzucił Zamawiającemu, że poprzez dokonanie w/w czynności opisu naruszył przepisy: art. 7 ust.1, art. 22 ust. 1a, art. 29 ust. 1, 2, 3, art. 36 ust. 1 pkt 3) i pkt 5) Pzp, art. 41 pkt 7)Pzp, a także art.353¹, art. 387, Kodeksu cywilnego w związku z art. 14 i art. 139 ust. 1 Pzp.

Podnosząc powyższe wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji SIWZ w zakresie wskazanym w niniejszym Odwołaniu, poprzez zmianę zaskarżonych zapisów w sposób określony w niniejszym Odwołaniu. Przed przedstawieniem zarzutów i żądań wynikających z odwołania Izba zwraca uwagę na nieprawidłowość w formułowaniu zarzutów przedmiotowego odwołania, otóż zgodnie z treścią art. 180 ust. 3 Pzp odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania.

Treści podniesionego zarzutu nie można zawęzać wyłącznie do twierdzeń zawartych w *petitum* odwołania. Jednakże formułowanie odwołania w ten sposób iż w *petitum* odwołania znajduje się wyłącznie wskazanie przepisów prawa, które nie tworzą zarzutów odwołania, a konkretnych zarzutów i żądań trzeba poszukiwać dopiero w treści uzasadnienia odwołania, jest zdaniem Izby zbyt dużym odstępstwem o ustalonego w przepisie art. 180 ust.3 Pzp wzorca, wskazującego na ustaloną kolejność i układ treści odwołania.

Na wstępie podać należy także, iż Odwołujący na etapie posiedzenia poinformował o wycofaniu zarzut ozn. Nr 1;3 i 6 . Wobec tego stan faktyczny odnoszący się do tych zarzutów te nie zostaje przedstawiony.

- **w zakresie zarzutu ozn. nr 2** Odwołujący zarzucił Zamawiającemu niezgodność zobowiązań nałożonych na Wykonawcę w Załączniku nr 10 do Wzoru Umowy w stosunku do zobowiązań wynikających z treści Rozdziału 1 SIWZ - ppkt 7.2.2. i Rozdziału 2 „Formularz

oferty" oraz braku spójności zapisów samego Załącznika nr 10 do Wzoru Umowy - w zakresie składu Zespołu dedykowanego do realizacji Umowy. Uzasadniając zarzut podał, że w pkt 7.2.2 SIWZ Zamawiający sformułował wymaganie jakimi osobami winien dysponować wykonawca, aby spełniał warunki udziału w postępowaniu w zakresie osób. Jednocześnie Zamawiający oczekuje iż wykonawca na etapie podpisywania umowy o realizację zamówienia przedłoży załącznik nr 10 do Umowy w którym poda dalszy wykaz osób do realizacji zamówienia. Wobec tego wykonawca nie wie dlaczego Zamawiający wymaga dwóch różnych zakresowo wykazów osób, a ponadto nie wie jakie będą konsekwencje w przypadku wskazania w załączniku nr 10 osób, które po weryfikacji przez Zamawiającego nie zostaną przez niego zaakceptowane. Podniósł także iż Zamawiający zastrzegł sobie prawo weryfikacji tych osób bez doprecyzowania na czym ta weryfikacja miałaby polegać. Wskazał, że zachodzi zatem wewnętrzna sprzeczność w obrębie samego Załącznika nr 10 do Umowy oraz jego niezgodność z zapisami Ogłoszenia, SIWZ i Formularza ofertowego (które powinny jednoznacznie wyznaczać zakres wymagań Zamawiającego i zobowiązań Wykonawcy). Nadto, w przypadku udzielenia zamówienia sprzeczność ta powoduje, iż nie jest wiadome jak winna zostać wypełniona tabela w Załączniku nr 10.

- **w zarzucie nr 4** Odwołujący podniósł, że postanowienie § 2 ust 19 Wzoru Umowy (Tom II SIWZ), przewidujące jednostronną możliwość zmiany przez Zamawiającego procedur z Załączników do umowy powoduje niepewność co do zakresu przedmiotu zamówienia, niemożność skalkulowania oferty oraz nadmierne uprzywilejowanie Zamawiającego, jako strony Umowy. Powyższe wynika z §2 ust.19 wzoru Umowy i stanowi naruszenie art. 29 ust 1, art. 144 Pzp oraz art. 353¹ Kodeksu cywilnego w związku z art. 14 i art. 139 ust 1 Pzp.

Uzasadniając zarzut podał, że Zamawiający zastrzega sobie prawo do zmiany procedur określonych w Załącznikach do Umowy, które mogą być dokonywane jednostronnie przez Zamawiającego w trakcie wykonywania umowy, bez zmiany (podwyższenia) wynagrodzenia Wykonawcy. Przywołane w tym ustępie „procedury określone w Załącznikach do Umowy” definiują zarówno zasady realizacji usług, których zmiana może istotnie wpływać na pracochłonność po stronie Wykonawcy, jak również zasady naliczania kar umownych (np. przez zdefiniowanie uchybień zagrożonych karami umownymi). Zastrzeżenie przez Zamawiającego prawa do jednostronnej zmiany przedmiotu Umowy w powyższy sposób powoduje, że w praktyce Zamawiający może wymagać od Wykonawcy świadczenia dowolnych innych usług niż te wymienione w SIWZ. Skutkiem takiego zapisu stanowiącego o niedookreśleniu, otwarciu przedmiotu zamówienia jest niemożność sporządzenia oferty, w której Wykonawca wyceni wszystkie swoje usługi i oszacuje ryzyka związane z realizacją zamówienia. Stanowi to naruszenie art. 29 ust.1 Pzp. Gdyby przyjąć za uprawniony brak określenia przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia w sposób zamknięty, powodowałoby to, iż przedmiot umowy nie zostałby dookreślony,

pozostawałby otwarty - co niewątpliwie przekracza granice swobody umów, gdyż treść takiego stosunku prawnego sprzeciwiałaby się naturze tego stosunku, ustawie oraz zasadom współżycia społecznego.

Wobec powyższego Odwołujący wnosił o wykreślenie z umowy §2 ust.19.

- **w kolejnym zarzucie ozn. nr 5** Odwołujący podniósł, że wskazany w § 2 ust 20 Wzoru umowy (Tom II SIWZ) 30-dniowy termin na rozpoczęcie świadczenia usług od dnia przekazania kodów źródłowych i dokumentacji Systemu jest zbyt krótki w stosunku do złożoności zamówienia i zmian, które zajdą w Systemie w okresie od przekazania dokumentacji Systemu w niniejszym postępowaniu do dnia zawarcia Umowy. Może to spowodować, że doszłoby do zawarcia umowy o świadczenie niemożliwe - nieważnej na podstawie art. 387 kc. Podniósł, że według jego obliczeń biorąc pod uwagę wielkość systemu i możliwość ciągłych jego zmian także na etapie przejmowania czynności po podpisaniu umowy, a także tego, że wykonawca uzyska dostęp do kodów źródłowych dopiero od dnia podpisania umowy to wskazany termin 30 dniowy jest zbyt krótki. Niezbędne jest jego wydłużenie i Odwołujący wskazał, iż właściwym będzie termin 90 dni.

Wobec powyższego wniósł o dokonanie zmiany treści SIWZ tak, aby treść § 2 ust.20 wzoru Umowy otrzymała brzmienie *„Wykonawca rozpocznie świadczenie usług, o których mowa w ust. 1, nie później niż po upływie 90 dni od dnia przekazania mu kodów źródłowych i Dokumentacji Systemu będącej w posiadaniu Zamawiającego. Wykonawca w powyższym terminie ma obowiązek podjąć wszelkie działania skutkujące rozpoczęciem realizacji usług będących przedmiotem Umowy. Wykonawca będzie osiągał gotowość do świadczenia usługi na środowisku testowym.*

- **w zarzucie ozn. nr 7** Odwołujący podniósł, iż postanowienia SIWZ dotyczące podstaw naliczania kar umownych w procesie obsługi Zgłoszeń w sposób nieuzasadniony uprzywilejowują Zamawiającego oraz mogą powodować utrudnienia w realizacji Umowy co stanowi naruszenie art. 353¹ Kodeksu cywilnego w związku z art. 14 i art. 139 ust. 1 Pzp.

Podał iż w ramach procedury obsługi Zgłoszeń Zamawiający dopuszcza możliwość jednokrotnego przekazania Zamawiającemu przez Wykonawcę Zgłoszenia do uzupełnienia lub jednokrotnego przekazania przez Zamawiającego rozwiązanego Zgłoszenia z uwagami do Wykonawcy. Każde kolejne przekazanie Zgłoszenia Wykonawcy lub Zamawiającemu, Zamawiający traktuje jako uchybienie skutkujące karą umowną oraz niekorzystnym dla Wykonawcy naliczaniem czasu obsługi zgłoszenia.

Odwołujący wskazał, że naturalnym elementem obsługi zgłoszeń przez Wykonawcę jest - w szczególności w przypadku analizy zgłoszeń dotyczących błędnego działania oprogramowania - konieczność pozyskiwania od zgłaszającego dodatkowych informacji niezbędnych do ustalenia źródła przyczyny zgłoszenia. Potrzebnymi informacjami mogą być m.in. logi z działania poszczególnych elementów systemu, zrzuty ekranu, informacje o

działaniach użytkownika prowadzących do wystąpienia incydentu, ale także np. wyniki działań diagnostycznych zaleconych do wykonania w Systemie przez osobę diagnozującą zgłoszenie po stronie Wykonawcy. Podkreślił, że według opisanych w SIWZ zasad kolejne przekazania przez Wykonawcę zgłoszenia do uzupełnienia przez Zamawiającego wynikają z udzielonych przez Zamawiającego odpowiedzi na poprzednie uzupełnienia, prowadząc w rezultacie do ustalenia miejsca występowania pierwotnej przyczyny problemu. Odebranie Wykonawcy możliwości wielokrotnego uzupełniania danych w Zgłoszeniu będzie prowadzić do konieczności uwzględnienia przez Wykonawcę w pierwszym zapytaniu do Zamawiającego wszelkich możliwych ścieżek diagnostycznych, uwzględniających np. liczne powiązania z innymi systemami/podsystemami, które wymagać będą od Wykonawcy zadania niezasadnie dużej liczby zapytań, a od Zamawiającego pozyskiwania dużej ilości informacji, z których tylko niektóre będą niezbędne do rozwiązania problemu. Z tego względu możliwość wieloetapowego dochodzenia do przyczyny problemu jest również ze strony Zamawiającego bardziej uzasadniona ekonomicznie. Ponadto wykonawca powinien mieć zagwarantowaną możliwość oceny i odniesienia się do zgłoszonej przez Zamawiającego reklamacji rozwiązania zgłoszenia oraz do jakości i zakresu uzupełnienia Zgłoszenia przez Zamawiającego.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonanie zmian w tym zakresie tak, aby Odwołujący miał możliwość dwukrotnego przekazania zgłoszenia do uzupełnienia Zamawiającemu, jako uchybienie traktując każde kolejne nieuzasadnione przekazanie zgłoszenia do uzupełnienia Zamawiającemu, jak również dopuszczeniem możliwości dwukrotnego nieobjętego sankcjami przekazania lub zwrócenia wykonawcy zgłoszenia, z powodu nieskutecznego docelowego rozwiązania zgłoszenia, a także powiązaniem ewentualnych sankcji finansowych i dotyczących naliczania czasu obsługi Zgłoszenia od oceny, czy kolejne przekazanie zgłoszenia do wykonawcy lub Zamawiającego było zasadne.

- **w kolejnym zarzucie 8** Odwołujący zakwestionował prawo Zamawiającego do arbitralnego decydowania o konieczności wykonania i rozliczenia Nowej Wersji Systemu przy obsłudze Zgłoszenia w ramach usług wsparcia eksploatacji, świadczenia serwisu i wsparcia technicznego dla Systemu co powoduje, że przedmiot zamówienia jest niedookreślony, brak jest danych potrzebnych do oszacowania ryzyka i oceny, czy możliwe będzie skalkulowanie rzetelnej oferty uwzględniającej prawdopodobieństwo wystąpienia określonych zobowiązań umownych, co stanowi naruszenie 29 ust. 1 Pzp, a z drugiej stanowi nieuzasadnione uprzywilejowanie Zamawiającego, co jest naruszeniem art. 353¹ Kodeksu cywilnego w związku z art. 14 i art. 139 ust. 1 Pzp.

Podał, że w załączniku nr 7 do Umowy Zamawiający zobowiązuje wykonawcę do monitorowania konieczności instalacji poprawek dla środowisk technologicznych Systemu.

Zamawiający ustalił tam, że w sytuacji jego decyzji o instalacji np. nowych rozwiązań technologicznych, jeżeli w jego ocenie zajdzie taka potrzeba, Wykonawca zobowiązany będzie do dostarczenia nowej wersji Systemu, a całość prac z tym związanych rozliczona ma zostać w ramach usług wsparcia eksploatacji, świadczenia serwisu i wsparcia technicznego dla Systemu. Zdaniem odwołującego dla tak postawionych warunków realizacji usług wsparcia technicznego dla Systemu Wykonawca nie jest w stanie wycenić swoich usług ani oszacować ryzyk związanych z realizacją zamówienia. Powoduje to, iż przy obecnym brzmieniu SIWZ Odwołujący nie jest w stanie złożyć wiążącej i profesjonalnej oferty. Wskazane postanowienia SIWZ naruszają zatem także obowiązek Zamawiającego uwzględnienia w opisie przedmiotu zamówienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Odwołujący oczekuje wprowadzenia zmian w tym zakresie, polegających na tym aby prace te nie były rozliczane z kosztów utrzymania systemu, lub żąda zobowiązania Zamawiającego do wskazania maksymalnej kwoty, która będzie niezbędna do poniesienia aby oczekiwane zmiany wykonać, po to aby ta kwota mogła zostać zarejestrowana i ujęta w kosztorysie systemu.

- **w zakresie zarzutu 9** Odwołujący podniósł, że postanowienia Załącznika nr 9 oraz Załącznika nr 11 dotyczące wymagań w zakresie przygotowania, przeprowadzania i oceny szkoleń nie zawierają zobiektywizowanych kryteriów odbioru produktów, co powoduje że przedmiot zamówienia jest z jednej strony niedookreślony, brak jest danych potrzebnych do oszacowania ryzyka i oceny, czy możliwe będzie skalkulowanie rzetelnej ceny oferty uwzględniającej prawdopodobieństwo wystąpienia określonych zobowiązań umownych - co stanowi naruszenie 29 ust. 1 Pzp, a z drugiej stanowi nieuzasadnione uprzywilejowanie Zamawiającego - co jest naruszeniem art. 353¹ Kodeksu cywilnego w związku z art. 14 i art. 139 ust. 1 Pzp.

Uzasadniając zarzut podał, iż procedura regulująca zlecenie, wytwarzanie i odbiór produktów szkoleniowych została określona w Załączniku nr 9 „Wytyczne do przygotowania i zrealizowania szkoleń/warsztatów dla użytkowników wewnętrznych, Administratorów Systemu lub osób wskazanych przez Zamawiającego”. Opisane w powyższych dokumentach zasady naruszają równowagę praw Zamawiającego i Wykonawcy oraz uniemożliwiają złożenie racjonalnej i rzetelnej oferty. Opisane w Załączniku nr 9 zasady zmuszają Wykonawcę do zbudowania kompletnego produktu szkoleniowego (pkt. 5.2 Załącznika nr 9) na podstawie kilku podstawowych informacji (w tym „minimalnej tematyki szkolenia”) oraz jednocześnie nie określają kryteriów odbioru tego produktu, poza „uznaniem” przez Zlecającego produktu za wystarczający. Sytuacja taka może powodować konieczność wielokrotnego tworzenia przez Wykonawcę produktu szkoleniowego w zależności od zmieniających się w czasie wymagań Zamawiającego. Brak równowagi

widoczny jest również w przyjętych przez Zamawiającego zasadach rozliczenia „szkolenia niskiej jakości”. Niską jakość szkolenia, zgodnie z Załącznikiem nr 9, stwierdza się gdy, cyt.:

„a. Wykonawca dostarczył mniej niż 80% poprawnie wypełnionych ankiet szkoleniowych wypełnionych i podpisanych przez uczestników obecnych na szkoleniu;

b. Wykonawca uzyskał wynik gorszy niż 60 punktów z wyliczenia średniej jakości szkolenia.”

W ankietach uczestnicy szkolenia oceniają m.in. program szkolenia, metody szkolenia oraz zaakceptowane przed szkoleniem przez Zamawiającego materiały szkoleniowe. W dodatku ta właśnie część produktu szkoleniowego, która została zrealizowana zgodnie z wymaganiami Zamawiającego i przez niego odebrana, stanowi 50% całości oceny szkolenia. Obiektywnej oceny szkolenia nie ułatwia kolejny warunek sformułowany przez Zamawiającego, wymagający aby każda cząstkowa ocena maksymalna była przez uczestnika pisemnie uzasadniona - co w praktyce istotnie zniechęca do wystawiania ocen najwyższych. Drugim, równie istotnym kryterium jakościowego odbioru szkolenia jest dostarczenie przez Wykonawcę nie mniej niż 80% poprawnie wypełnionych ankiet szkoleniowych. Za poprawnie wypełnioną ankietę uznaje się taką, w której uczestnik szkolenia odpowie na wszystkie pytania punktowane zamieszczone na ankiecie, wpisze swoje dane personalne (imię, nazwisko) oraz złoży podpis na ankiecie. Oczywiście jest, że Wykonawca ma więcej niż ograniczony wpływ na kompletność wypełnienia ankiet, a przede wszystkim na decyzję uczestników o ich wypełnieniu. W praktyce takie kryteria odbioru jakościowego szkoleń oznaczają, że Wykonawca zmuszony będzie do ciągłego powtarzania szkolenia na własny koszt.

Kolejnym elementem uniemożliwiającym złożenie racjonalnej i rzetelnej oferty jest określony zarówno w Załączniku nr 9, jak i w projekcie Umowy sposób rozliczania usług szkoleniowych. Sposób ten uzależnia wynagrodzenie Wykonawcy jedynie od liczby godzin szkoleniowych, a tym samym nie uwzględnia czasu, jaki niezbędny jest na przygotowanie tych szkoleń. Odwołujący nie jest w sposób rzetelny określić kosztów godziny szkoleniowej, a co za tym idzie złożyć oferty.

Mając powyższe na uwadze Odwołujący wnosi o modyfikację procedury dotyczącej zlecenia i rozliczania szkoleń w taki sposób, aby była zgodna z powszechną praktyką i uwzględniała:

a. Etap uzgodnień pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą; w wyniku którego doprecyzowany i uzgodniony zostanie zakres szkolenia, sposób realizacji szkolenia, harmonogram tworzenia i dostarczania poszczególnych elementów produktu szkoleniowego,

b. Uzgodnienie pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą czasu niezbędnego na przygotowanie szkolenia, na zasadach analogicznych, jak opisane w Załącznikach 6 i 8,

- c. *Uwzględnienie w wycenie czasu niezbędnego na przygotowanie szkolenia na takich samych zasadach jak godziny szkoleniowe,*
- d. *Zmodyfikowanie ankiet szkoleniowych tak, aby nie sugerowały, ocen niższych niż maksymalne poprzez usunięcie konieczności uzasadniania w ankietach szkoleniowych najwyższych ocen,*
- e. *Odseparowanie oceny jakościowej szkolenia dokonywanej przez jej uczestników od uzgodnionych wcześniej i zaakceptowanych przez Zamawiającego produktów szkoleniowych.*
- f. *Uszczegółowienie zobowiązań Wykonawcy do ponownego przeprowadzenia szkolenia w przypadku, gdy w ramach jednego szkolenia, część grup szkoleniowych oceniła szkolenie pozytywnie a część negatywnie,*
- g. *Zapewnienie mechanizmów, które zobowiążą uczestników szkoleń do wypełnienia ankiet zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, lub przejęcie obowiązku zebrania wszystkich ankiet przez Zamawiającego, a w przypadku braku takich mechanizmów zniesienie wymagania dostarczenia 80% poprawnie wypełnionych ankiet*

- **w zarzucie 10 ostatnim** Odwołujący zakwestionował Uprawnienie Zamawiającego do wyboru dowolnego podmiotu zewnętrznego, który w sposób wiążący dla Wykonawcy określi termin oraz pracochłonność lub liczbę punktów funkcyjnych związanych ze złożonością planowanej Modyfikacji Systemu powoduje, że przedmiot zamówienia jest niedookreślony, brak jest danych potrzebnych do oszacowania ryzyka i oceny, czy możliwe będzie skalkulowanie rzetelnej oferty uwzględniającej prawdopodobieństwo wystąpienia określonych zobowiązań umownych, co stanowi naruszenie 29 ust. 1 Pzp, a z drugiej stanowi nieuzasadnione uprzywilejowanie Zamawiającego, co jest naruszeniem art. 353¹ Kodeksu cywilnego w związku z art. 14 i art. 139 ust. 1 Pzp. Powyższe wynika ze Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, Tom III: OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA - Załączniki do umowy - Załącznik nr 6 do Umowy pkt 5 ppkt 4) oraz Załącznik nr 8 do Umowy pkt 5 ppkt 6).

W pkt 5 ppkt 4) Załącznika nr 6 do Umowy oraz w pkt 5 ppkt 6) Załącznika nr 8 do Umowy przewidziano uprawnienie do wiążącego określania przedmiotu zamówienia w zakresie warunków wykonania modyfikacji Systemu - tj. terminu oraz pracochłonności lub liczby punktów funkcyjnych związanych ze złożonością Modyfikacji Systemu przez podmiot zewnętrzny wybrany przez Zamawiającego. Zgodnie z obecnymi zapisami Zamawiający jest uprawniony zwrócić się do dowolnej firmy zewnętrznej, w tym do bezpośrednich konkurentów Wykonawcy - o określenie w/w warunków, zaś Wykonawca staje się związany takimi warunkami. Z uwagi na fakt, iż głównymi kwestiami spornymi są w takich przypadkach pracochłonność bądź liczba punktów funkcyjnych (związana głównie ze złożonością modyfikacji) i realny czas niezbędny na wykonanie zadania, które przekładają

się bezpośrednio na wynagrodzenie należne wykonawcy, dla obu stron niezwykle istotne jest, by opinia w tym zakresie w razie sporu była jak najbardziej obiektywna.

Obecny zapis SIWZ tego nie gwarantuje, a dodatkowo istotnie zwiększa ryzyko po stronie Wykonawcy, który nie ma żadnej pewności co do tego czy może liczyć na wynagrodzenie odpowiadające faktycznemu nakładowi pracy i jej złożoności - czy też zostanie ono zaniżone - w szczególności w wyniku działań podmiotu konkurencyjnego.

Mając powyższe na uwadze Odwołujący wniósł o dokonanie zmian w przedmiotowych punktach dokumentów SIWZ skutkujących zawężeniem listy podmiotów zewnętrznych do biegłych z dziedziny szacowania złożoności oprogramowania z listy biegłych sądowych prowadzonej przez Prezesa Sądu Okręgowego w W., bądź rzeczoznawców z Izby Rzeczoznawców Polskiego Towarzystwa Informatycznego.

Zamawiający nie przedłożył odpowiedzi na odwołanie, stanowisko w zakresie zarzutów odwołania zaprezentował ustnie do protokołu rozprawy wnosząc o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz zaprezentowane stanowiska stron postępowania ustaliła, że odwołanie częściowo zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Izba uznała, że odwołujący wnosząc odwołanie wykazał spełnienie przesłanek interesu o których mowa w art. 179 ust.1 Pzp,.

Wskazać należy, iż w odwołaniach od treści SIWZ wykonawca nie tyle wskazuje na brak bezpośredniej możliwości uzyskania zamówienia, co na wadliwe i niekonkurencyjne postanowienia SIWZ które utrudniają mu złożenie prawidłowej i zgodnej z przepisami Pzp oferty (co podlega badaniu przez Izbę). Tym samym krąg podmiotów, które mogą korzystać z odwołań od treści SIWZ jest szeroki. Uprawnienie to przysługuje każdemu wykonawcy który potencjalnie może ubiegać się o udzielenie tego zamówienia. Na tym etapie wystarczające jest wykazanie jedynie hipotetycznej szkody polegającej na niewłaściwym sformułowaniu treści SIWZ, które może utrudniać wykonawcy dostęp do zamówienia. Tym samym wystarczająca jest dla uznania interesu danego wykonawcy jedynie deklaracja, że jest zainteresowany uzyskaniem tego zamówienia i tego faktu nie ma obowiązku udowodnić. Na tym etapie postępowania interes wykonawcy jest interesem faktycznym w szerokim tego słowa znaczeniu.

W odwołaniach od treści SIWZ, niezbędnym elementem do właściwej oceny zarzutu, jest właściwe sformułowanie żądań, poprzez które wykonawca wskazuje, jak jego zdaniem należy zmienić treść postanowień SIWZ, aby możliwe było wykonanie zamówienia bez naruszenia zasad Pzp. Izba nie posiada uprawnień do narzucania Zamawiającym konkretnego określenia jego potrzeb oraz sposobu ich opisanie, czy zapewnienia ich realizacji w SIWZ, Izba ocenia czy zakwestionowane przez wykonawcę postanowienia SIWZ nie naruszają prawa i czy mogą być zastąpione treścią żądania sformułowanego przez wykonawcę wnoszącego odwołanie. SIWZ podlega wykładni na podstawie art. 65 k.c. jak każde oświadczenie woli, a więc w taki sposób jak tego wymagają zasady współżycia społecznego i ustalone zwyczaje, rozpatrywane w odniesieniu do okoliczności w których oświadczenie zostało złożone.

Na wstępie Izba podnosi iż Zamawiający nie złożył odpowiedzi na odwołanie w formie pisemnej. Złożenie takiej odpowiedzi należy uznać za szczególnie istotne przy odwołaniach od treści postanowień SIWZ. Stanowisko Zamawiającego wyrażone w formie odpowiedzi na odwołanie (przy tego rodzaju odwołaniach) należy traktować co do zasady jako wyjaśnienie treści SIWZ, a nie tylko jako pismo procesowe zawierające taktykę obrony przed zarzutami wykonawcy. Trudno uznawać iż w kwestii odnoszenia się do zarzutów odwołania w zakresie treści postanowień SIWZ Zamawiający będzie prezentował inne stanowisko na rozprawie, a inne w ramach udzielanej odpowiedzi na pytania wykonawców kierowane w trybie art. 38 Pzp. Jak wskazano w tym postępowaniu wykonawcy wystosowali do Zamawiającego kilkadziesiąt pytań, w tym część zbieżnych z treścią podniesionych w odwołaniu zarzutów, ale Zamawiający jeszcze nie udzielił na nie odpowiedzi. Udzielenie odpowiedzi na odwołanie w formie pisemnej powodowałoby zapoznanie się Odwołującego ze stanowiskiem Zamawiającego w tej kwestii i mogłoby skutkować wycofaniem odwołania lub ograniczeniem zakresu podniesionych zarzutów.

Odnosząc się do zarzutów odwołania Izba stwierdza iż zasadny okazał się tylko zarzut siódmy odwołania, gdyż twierdzenia Zamawiającego w zakresie objętym odwołaniem nie miały bezpośredniego jednoznacznego odniesienia do treści postanowień SIWZ.

Nadto Izba podkreśla, że w odwołaniu od treści SIWZ Izba także orzeka na podstawie dowodów przedłożonych Izbie. To odwołujący stara się o zmianę SIWZ, czyli po jego stronie spoczywa ciężar dowodowy wykazania lub co najmniej uprawdopodobnienia, że kwestionowane w odwołaniu postanowienia SIWZ i jego załączników, są nieprawidłowe i uniemożliwiają wykonawcy złożenie ważnej i konkurencyjnej oferty. W tym postępowaniu odwołujący nie przedstawił jakiegokolwiek dowodu mającego wskazywać na zasadność podniesionego zarzutu.

Odwołujący na etapie posiedzenia cofnął zarzuty odwołania ozn. nr 1;3 i 6.

W zakresie zarzutu drugiego Odwołujący podnosił brak spójności pomiędzy wykazem osób wymaganych w Rozdziale 1 SIWZ - ppkt 7.2.2. i Rozdziale 2 „Formularz oferty” z Załącznikiem nr 10 do Wzoru Umowy - w zakresie składu Zespołu dedykowanego do realizacji Umowy. Odwołujący wnosil o ujednoczenie listy wymaganego personelu tak, aby obowiązał taki sam wykaz personelu dla wykazania spełniania warunku udziału w zakresie potencjału osobowego oraz składanego przed podpisaniem umowy. Nadto podnosił, że z SIWZ nie wynika jaki byłby skutek gdyby wykonawca nie złożył wykazu wymaganego do podpisania umowy, oraz w jaki sposób wykaz ten będzie weryfikowany przez Zamawiającego.

Zamawiający odnosząc się do tego zarzutu wskazał na jego niezasadność, a nadto podniósł, że na etapie składania ofert Zamawiający celem weryfikacji zdolności podmiotu do wykonania zamówienia oczekuje przedstawienia wykazu osób personelu kluczowego, a więc takiego, którego posiadanie determinuje możliwość podjęcia się przedmiotowego zadania. Natomiast w § 3 ust 5 wzoru umowy zamówienia ustalił, że wykonawca zapewni zespół specjalistów dedykowanych do realizacji umowy, a więc zawierający wykaz osób, szerszy niż wykaz personelu kluczowego. W związku z tym podkreślił, że nie ma żadnych wątpliwości, iż wykonawcy są zobowiązani do przedstawienia Zamawiającemu wykazu także innych osób niezbędnych do wykonania zamówienia ale nie zakwalifikowanych jako personel kluczowy. Zamawiający odnosząc się do wątpliwości Odwołującego co do skutku braku nie podania wykazu osób w załączniku nr 10 podał, że niewątpliwym jest, iż dokument załącznika nr 10 jest dokumentem niezbędnym do podpisania umowy.

Izba przedmiotowy wymóg Zamawiającego uznaje za zasadny. Wymóg wykazania się przez wykonawcę personelem, który będzie brał udział w realizacji zamówienia nie może być uznany za żądanie wygórowane. Odwołujący niezasadnie łączy oba wykazy, gdyż w SIWZ Zamawiający jednoznacznie określił, że wykaz o którym mowa w formularzu ofertowym dotyczący osób z zespołu dedykowanego do realizacji umowy jest składany dla wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Powyższa kwestia została objęta zmianą nr 3 SIWZ. Niewątpliwym jest, że wykaz osób z poz. wskazanych w Załączniku nr 10 do Umowy jest wykazem informacyjnym dla Zamawiającego mający wykazać gotowość wykonawcy do przystąpienia do wykonywania zamówienia.

O niedopuszczalności przedłożenia dodatkowego wykazu o którym mowa w załączniku nr 10 do Umowy można by mówić wtedy, gdyby Zamawiający oczekiwał przedłożenia listy personelu, który jest zbędny do wykonania zamówienia, czego odwołujący nie podnosił ani nie wykazał. Izba wskazuje nadto, że przepisu art. 36 ust. 1 pkt 14 Pzp, wynika, iż Zamawiający może w SIWZ postawić wymagania i podać informacje o formalnościach, jakie powinny zostać dopełnione przez wykonawcę już po wyborze oferty, ale jeszcze przed jej zawarciem. Formalności, które w tym zakresie należy dopełnić powinny

być określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający nie może uzależniać podpisania umowy od przedstawienia dodatkowych dokumentów, których nie określił w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Niedopełnienie jakichkolwiek formalności, niezbędnych do zawarcia umowy mogłoby być oceniane przez Zamawiającego jako odmowa zawarcia **umowy**, gdyby konkretne warunki zostały w sposób niebudzący wątpliwości określone, a ich niespełnienie przez wykonawcę mogłoby być uznane za zniweczenie zamiaru zawarcia umowy.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba stwierdza, że podnoszony zarzut jest niezasadny, Odwołujący nie wykazał na czym polega trudności w sporządzeniu listy osób będących wykonywać zamówienie, ani nie sformułował zarzutu, że którakolwiek z osób o których mowa w załączniku do Umowy jest zbędna do wykonania zamówienia, lub też postawione wymagania są wygórowane czy nie związane z przedmiotem zamówienia.

W zakresie zarzutu ozn nr 4 Odwołujący podnosił niezasadne uprawnienie Zamawiającego do jednostronnej możliwość zmiany przez Zamawiającego procedur z Załączników do umowy powodujące niepewność co do przedmiotu zamówienia, a także powodujące niemożność skalkulowania oferty oraz nadmierne uprzywilejowanie Zamawiającego, jako strony Umowy. Odwołujący wywodził iż takie sformułowanie §2 pkt 19 wzoru umowy daje Zamawiającemu możliwość żądania wykonania przez wykonawcę dowolnego świadczenia nieprzewidzianego w SIWZ.

Zamawiający w odpowiedzi na ten zarzut podał, że celem wprowadzenia możliwości zmiany procedur z załączników o których mowa w § 2 pkt 19 było dopuszczenie możliwości takich zmian, które wynikają np. z pewnych zmian technologicznych oraz takich, które upraszczają działanie stron umowy wynikających ze zmieniających się uwarunkowań mających odbicie w postępie technologicznym. Przedmiotowa umowa będzie realizowana przez okres 4 lat i biorąc pod uwagę postęp techniczny w tej branży taki zapis jest niezbędny po to, aby wprowadzać pewne zmiany procedur, które są oczywiste, a nie dokonywać tego każdorazowo w formie aneksu do umowy

Zdaniem Izby stanowisko Odwołującego jest niezasadne. Próba wywodzenia z takiego zapisu SIWZ możliwości rozszerzenia zakresu umowy ponad treść opisaną w SIWZ i odpowiadająca jej treści oferty naruszałaby zasady prawa zamówień publicznych. Zgodnie z treścią art. 140 ust. 1 ustawy Pzp, zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy winien być tożsamy z zobowiązaniem zawartym w ofercie. Zamawiający co do zasady po wyborze najkorzystniejszej oferty musi zawrzeć umowę na warunkach przedstawionych we wzorze umowy i zapłacić wskazaną przez wybranego wykonawcę cenę. Świadczenie wykonawcy jest odzwierciedleniem opisu przedmiotu zamówienia oraz warunków umowy zawartych w dokumentacji przetargowej. Zamawiający bez uregulowania tej kwestii w SIWZ nie może zwiększać zakresu zamówienia, nawet z jednoczesnym zwiększeniem

wynagrodzenia wykonawcy. Tego rodzaju zmiana w sposób oczywisty naruszałaby naczelne zasady prawa zamówień publicznych chyba, że dotyczyłoby to sytuacji określonych w przepisie art. 144 Pzp.

Izba w tym zakresie akceptuje stanowisko Zamawiającego który na rozprawie wskazał, że celem wprowadzenia możliwości zmiany procedur z załączników o których mowa w § 2 treść pkt 19 było dopuszczenie możliwości takich zmian, które wynikają np. z pewnych zmian technologicznych oraz takich, które upraszają działanie stron umowy wynikających ze zmieniających się uwarunkowań mających odbicie w postępie technologicznym.

W zakresie zarzutu piątego dotyczącego potrzeby wydłużenia z 30 do 90 dni terminu na rozpoczęcie świadczenia usług od dnia przekazania kodów źródłowych i dokumentacji Izba uznaje ten zarzut za nieudowodniony i tym samym niezasadny. Odwołujący wskazywał, że tak określony termin jest zbyt krótki, ponieważ przekazany wykonawcy system będzie od daty zawarcia umowy ulegał znaczącym modyfikacjom, a wykonawca w chwili zawarcia umowy nie będzie w stanie określić zakresu zmian jakie wystąpiły w systemie pomiędzy złożeniem oferty, a podpisaniem Umowy z Zamawiającym. Dlatego też biorąc pod uwagę wielkość tego systemu i ciągłych jego zmian oraz tego, że wykonawca uzyska dostęp do kodów źródłowych dopiero od dnia podpisania umowy to wskazany termin 30 dniowy jest zbyt krótki.

Zamawiający odnosząc się do tej kwestii podniósł, że niezasadnym jest przyjmowanie iż w najbliższym okresie kilku miesięcy nastąpi jakakolwiek większa zmiana systemu KRS. Nadto podniósł, że Zamawiający przy zamówieniach na podobny wielkościowo przedmiot zamówienia ustala zazwyczaj 14 dniowy termin na wdrożenie się wykonawcy do rozpoczęcia świadczenia usług. Tutaj termin ten wydłużono dwukrotnie i jest on wystarczający. Ponadto podniósł, że Odwołujący kwestionuje to jak i inne postanowienia SIWZ w sytuacji, kiedy przy dużym zainteresowaniu ze strony wykonawców tym postępowaniem nikt, poza Odwołującym nie zakwestionował w tym zakresie opisu przedmiotu zamówienia.

Izba odnosząc się do treści tego zarzutu wskazuje, że Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów poza przypuszczeniami, że pomiędzy złożeniem oferty, a podpisaniem umowy nastąpić może nastąpić tak duża zmiana w Systemie, że uniemożliwi wykonawcy terminowe rozpoczęcie realizacji umowy i termin 30 dniowy będzie zbyt krótki. Przyjąć nadto należy, że oferty w tym postępowaniu biorąc pod uwagę postawione wymagania złożą podmioty profesjonalne, posiadające odpowiednią wiedzę i doświadczenie w realizacji takich projektów. Ponadto udostępniona wykonawcom dokumentacja dotycząca tego postępowania jest wystarczająca (o czym świadczy chociażby fakt cofnięcia zarzutu odwołania w tym zakresie) i tym samym profesjonalnemu wykonawcy winien w zupełności wystarczyć termin

wskazany w pkt 20 § 2 czyli 30 dni na zapoznanie się z systemem i rozpoczęcie świadczenia usług objętych przedmiotem zamówienia.

Odwołujący w zarzucie siódmym podniósł brak jasnych podstaw naliczania kar umownych w procesie obsługi Zgłoszeń powodujących niezasadne uprzywilejowanie w tym zakresie Zamawiającego. Wskazywał przede wszystkim na kwestie, że Zamawiający pozbawia wykonawcę możliwości dopytywania się Zamawiającego o dodatkowe informacje niezbędne do ustalenia źródła przyczyny zgłoszenia nieprawidłowości w funkcjonowaniu systemu. W tym zakresie Odwołujący postawił żądanie, aby miał możliwość dwukrotnego zwrotu przekazanego zgłoszenia Zamawiającemu celem uzupełnienia go o niezbędne informacje i dopiero przypadek ponownego zwrotu Zgłoszenia mógłby podlegać sankcji kar umownych.

Zamawiający powyższy zarzut uznał za niezasadny wskazując, że z chwilą przekazania zgłoszenia naprawy Zamawiający przekazuje również wykonawcy niezbędne według niego informacje dla usunięcia sytuacji wynikającej ze Zgłoszenia. W przypadku zwrotu zgłoszenia Zamawiającemu, następuje zwieszenie terminu przewidzianego w SIWZ na usunięcia usterki i tym samym danie wykonawcy możliwości dokonania jeszcze kolejnego zwrotu Zgłoszenia może znacznie wydłużyć czas usunięcia usterki Systemu, czego Zamawiający nie może zaakceptować.

Odnosząc się do powyższego zarzutu Izba uznaje go po części za zasadny, gdyż niewątpliwym jest, iż do usunięcia zgłoszenia niezbędne jest posiadanie pełnej wiedzy o nieprawidłowościach w działaniu systemu. Zamawiający nie wykazał, że przekazanie informacji wykonawcy wraz ze zgłoszeniem naprawy, będzie odzwierciedlało pełną jego wiedzę w tym zakresie. Ponadto Zamawiający nie wykazał, że z postanowień SIWZ wynika jednoznacznie, że dalsze dopytywanie Zamawiającego w tym zakresie nie będzie powodowała negatywnych konsekwencji dla wykonawcy w postaci naliczania kar umownych. Biorąc pod uwagę powyższe Izba, po pierwsze, nie uwzględnia żądań Odwołującego w oczekiwanej wersji, iż wykonawca mógłby bez konsekwencji (niezależnie od tego czy przekazane informacje wraz ze zgłoszeniem są wystarczające do naprawy systemu) zwrócić dwa razy każde przekazane mu zgłoszenie. Taka sytuacja mogłaby prowadzić do wielokrotnego zwrotu każdego zgłoszenia np. po aby wykonawca miał więcej czasu na przygotowanie się do usunięcia zgłoszenia. Nadto, po drugie, Izba nie akceptuje takiej treści postanowień SIWZ, które nie regulują jednoznacznie kwestii, jak należy ocenić występowanie do Zamawiającego przez wykonawcę o przekazanie-uzupełnienie niezbędnych informacji, jak również nie precyzują sytuacji wykonawcy jeśli Zamawiający niezwłocznie nie przekaże wykonawcy niezbędnych mu informacji.

Izba uznaje za zasadne stanowisko Zamawiającego, aby wykonawca po otrzymaniu zgłoszenia naprawy, przystąpił do jego realizacji i jednocześnie miał możliwość dopytywania

Zamawiającego o informacje niezbędne do usunięcia nieprawidłowości w działaniu Systemu opisanej w zgłoszeniu.

Dlatego też Izba uwzględniła powyższy zarzut utrzymując prawo wykonawcy do jednorazowego zwrotu Zgłoszenia i nakazała Zamawiającemu doprecyzowanie sposobu naliczania kar umownych tak, aby wnioski wykonawcy kierowane do Zamawiającego o przekazanie informacji niezbędnych do usunięcia zgłoszenia – bez kolejnego zwrotu zgłoszenia, nie były traktowane jako podstawa do naliczenia kary umownej. Zdaniem Izby powyższa kwestia nie znajduje pełnego odzwierciedlenia w uregulowaniach treści postanowień SIWZ, a w szczególności w załączniku nr 5 pkt 5 ppkt 3 i 14.

W zarzucie ósmym Odwołujący kwestionował możliwość arbitralnego decydowania przez Zamawiającego o konieczności wykonania i rozliczenia Nowej Wersji Systemu przy obsłudze Zgłoszenia w ramach usług wsparcia eksploatacji, świadczenia serwisu i wsparcia technicznego dla Systemu. Powyższe powoduje, zdaniem Odwołującego, że przedmiot zamówienia pozostaje niedookreślony poprzez brak danych potrzebnych do oszacowania ryzyka i oceny, czy możliwe będzie skalkulowanie rzetelnej oferty uwzględniającej prawdopodobieństwo wystąpienia określonych zobowiązań umownych. Podnosił, że takie uprawnienie Zamawiającego umożliwia mu żądanie od wykonawcy dostarczenia nowych wersji systemu, bez należytego wynagrodzenia z tego tytułu, gdyż całość tych prac miałaby zostać rozliczana w ramach usługi wsparcia. Jest to niezasadne i wnosił, że jeśli taka potrzeba wystąpi to winna być rozliczana w ramach zmian funkcjonalnych o których mowa w § 2 ust.1 pkt 2 Umowy. Takie niedookreślone zakresowo uprawnienie Zamawiającego powoduje według Odwołującego brak możliwości wyceny przedmiotu zamówienia. W zakresie żądania ewentualnego w tej materii Odwołujący oczekiwał zobowiązania Zamawiającego do określenia maksymalnej kwoty, która będzie niezbędna do poniesienia aby te zmiany wykonać.

Zamawiający wnosząc o nieuwzględnienie zarzutu zwracał w szczególności uwagę na kwestie, że zgodnie z załącznikiem nr 7 do Umowy do obowiązków wykonawcy należy monitorowanie konieczności instalowania i wdrażania nowych rozwiązań technologicznych systemu oraz dokonywanie niezbędnych zmian w zakresie jego konfiguracji. Zamawiający podał, iż powyższe monitorowanie systemu i podejmowanie adekwatnych działań, ma na celu uniemożliwić dostęp do tego systemu podmiotom nieuprawnionym. Podał także, iż wbrew obawom Odwołującego, biorąc pod uwagę obecnie realizowane zamówienia wartość tych robót nie jest zbyt duża, wynosi ona ok od 10 do 15 % kosztów wartości utrzymania systemu. Podkreślił także, że zgodnie z SIWZ obowiązek dostarczenia oprogramowania gotowego i narzędziowego leżą po stronie Zamawiającego, a do obowiązków wykonawcy będzie należało jego instalowanie oraz monitorowanie utrzymania Systemu.

Powyższy zarzut Izba oddała, zgodnie z ww. załącznikiem nr 7 do wskazane tam obowiązki stanowią nieodłączną część przedmiotu zamówienia. Z dokumentacji postępowania, która jest dostępna wykonawcy jednoznacznie wynika jakie wersje oprogramowania dotychczas są stosowane w tym systemie. W oparciu o nie wykonawca ma możliwość rozeznania się w zakresie potrzebnych modyfikacji i zmian w systemie, a znając zakres może dokonać ich wyceny, a koszt ich wykonania wkalkulować w cenę oferty. Należy podkreślić, że wykonanie każdego zamówienia jest obarczone pewnym ryzykiem i rolą wykonawcy jest wycena tego ryzyka, tak aby ustalić cenę ofertową, która z jednej strony będzie konkurencyjna wobec innych ofert, a z drugiej pozwoli na pokrycie ewentualnych niedających się dokładnie wyszacować kosztów wykonania zamówienia. Izba uznaje za Zamawiającym, że profesjonalny wykonawca nie powinien mieć problemów z ustaleniem szacunkowej wielkości kosztów w tym zakresie. Brak jest podstaw do stwierdzenia, że sytuacja przedstawiona w zarzucie zarówno uniemożliwia wykonawcy wyceny kosztu wykonania zamówienia, jak i możliwości ustalenia w których jego elementach występuje pewne ryzyko poniesienia dodatkowych kosztów niezbędnych dla wykonania przedmiotu zamówienia, zgodnie z wymaganiami postanowień SIWZ.

Podnosząc zarzut dziewiąty Odwołujący wskazał na możliwość wystąpienia problemów z wykazaniem iż szkolenie personelu wskazanego przez Zamawiającego zostało przeprowadzone w sposób prawidłowy. Ocena szkolenia będzie opierała się o treści ankiet wypełnionych przez uczestników szkolenia, a wykonawca szkolenia nie ma żadnego wpływu na to, czy i jak te ankiety zostaną wypełnione. Ponadto podnosił, iż w zakresie ankiet szkoleniowych zawarto punkty dotyczące programu szkolenia, metod szkolenia, które wykonawca przed przeprowadzeniem szkolenia przedstawia Zamawiającemu do zatwierdzenia. Tym samym ocenie podlegają dane z ankiet, które zostały ustalone przez Zamawiającego, a konsekwencje tego będzie ponosił wykonawca. Wnosił o dokonanie modyfikacji ankiet tak, aby ocena została rozdzielona na treści, które zależą od wykonawcy oraz na te które wynikają ze stanowiska Zamawiającego.

Zamawiający wnosząc o oddalenie tego zarzutu podał, że ankiety odzwierciedlają powszechnie obowiązujące standardy na rynku usług szkoleniowych. Podkreślił, że wykonawca jako organizator szkoleń winien przygotować na odpowiednim poziomie merytorycznym program oraz dopilnować, aby przed jego zakończeniem uczestnicy wypełnili rozdane im ankiety. Powinien zapewnić także odpowiednich wykładowców tak, aby zostały przekazane uczestnikom wiadomości, niezbędne dla administratorów systemu oraz użytkowników wewnętrznych.

Izba uznaje zarzut za bezzasadny. Rolą wykonawcy jest przeprowadzenie odpowiednio skutecznego szkolenia personelu wskazanego przez Zamawiającego, a w tym celu wykonawca winien w szczególności przygotować odpowiedni program szkoleniowy i

zapewnić prawidłowe jego przeprowadzenie. Izba nie stwierdza, aby postawione przez Zamawiającego były trudne lub niemożliwe do spełnienia przez wykonawców. Zdaniem Izby Odwołujący podnosi do rangi problemu drobne kwestie, mogące zdarzyć się przy wypełnianiu ankiet przez uczestników szkolenia.

W zarzucie 10 Odwołujący wskazał iż Zamawiający naruszył art. 29 ust.1 Pzp oraz art. 353¹ kc, gdyż nie zapewnił niezależnego arbitra do rozstrzygnięcia ewentualnych sporów pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą w zakresie terminu realizacji, pracowitości lub ustalenia liczby punktów funkcyjnych związanych ze złożonością planowanej Modyfikacji Systemu. Wskazał, że w dotychczasowym postanowieniu SIWZ, takim arbitrem może być dowolny podmiot zewnętrzny wskazany przez Zamawiającego. Zdaniem Odwołującego taka sytuacja jest niedopuszczalna ponieważ może zaistnieć przypadek, że do rozstrzygnięcia sporu będzie wybrany podmiot z branży IT będący konkurentem rynkowym wykonawcy, który *de facto* może być zainteresowany wydatnieniem niekorzystnej dla wykonawcy opinii czy oceny, od której według SIWZ wykonawca nie ma możliwości odwołania się. Odwołujący wnosił, aby lista podmiotów została zawężona do biegłych sądowych wpisanych na listę Prezesa SO w W. bądź rzeczoznawcy Polskiego Towarzystwa Informatycznego.

Zamawiający wskazywał na bezprzedmiotowość tego zarzutu. Nie ma on żadnego wpływu na możliwość złożenia oferty, czy skalkulowania ceny ofertowej. Dotyczy ona sporu, który ewentualnie może powstać.

Izba uznaje zasadność stanowiska Zamawiającego o bezprzedmiotowości tego zarzutu. Nie ma on żadnego wpływu na wynik postępowania, Możliwość zaistnienia opisanej w zarzucie sytuacji wykracza daleko poza etap postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, dlatego też nie może zostać uwzględniony. Jednakże Izba zauważa możliwość wystąpienia problemu opisanego przez Odwołującego, dlatego też poddaje pod rozagę Zamawiającemu takie ustalenie tej kwestii, aby ograniczyć wystąpienie kolizji interesów pomiędzy wykonawcą, a wskazanym do rozstrzygnięcia sporu podmiotem, np. poprzez ustalenie, że w razie zaistnienia przedmiotowego sporu Zamawiający przedstawi wykonawcy listę co najmniej trzech podmiotów z których wykonawca niezwłocznie wskaże jeden podmiot dla dokonania wyceny.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 ustawy Pzp

W zakresie kosztów postępowania zasądzonych przez Izbę wskazać należy, że odwołanie A. zostało uwzględnione tylko częściowo. Wobec częściowego uwzględnienia i częściowego oddalenia odwołania należało zastosować przepis § 5 pkt 4 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz

rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczenia, według, którego w przypadkach nieuregulowanych w ustępach 1, 2 i 3 Izba orzeka o kosztach postępowania uwzględniając, że strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. Biorąc pod uwagę podniesione zarzuty Izba uznała, że odwołujący wygrał postępowanie w 1/7. Odnosząc się w tym zakresie do użytego w art. 192 ust. 10 ustawy Pzp zwrotu *stosownie do jego wyniku* należy w oparciu o wykładnię zasad obliczania takich kosztów wskazaną w postanowieniu SN z dnia 31 stycznia 1991 r. II CZ 255/90, LEX nr 5314 stwierdzić iż stosunkowe rozdzielanie pomiędzy strony kosztów *polega na rozdzielanie kosztów między stronami, stosownie do wyniku postępowania i do wysokości w jakiej zostały poniesione*. Stosunkowy podział kosztów procesu (100 k.p.c.) dotyczy ich całości co oznacza przyjęcie za podstawę obliczeń sumy należności obu stron, ustalonej stosownie do zasad z art. 98 § 2 i 3 k.p.c. (oraz art. 99 k.p.c. w przypadkach tam wskazanych). Sumę tę dzieli się proporcjonalnie do stosunku w jakim strony utrzymały się ze swymi roszczeniami lub obroną, otrzymując w wyniku kwoty, stanowiące ich udziały w całości kosztów. Jeżeli poniesione przez stronę koszty przewyższają obciążający ją udział zasądzeniu na jej rzecz podlega różnica.

Jak wynika z postanowienia Sądu Okręgowego w G. z 20 lipca 2016 r. sygn. akt X Ga 280/16 – w przypadku rozstrzygnięcia, w którym część odwołania wniesionego do Krajowej Izby Odwoławczej zostaje oddalona, zaś część uwzględniona zasada odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego oznacza obowiązek stosunkowego rozdzielania kosztów postępowania odwoławczego w takiej części, w jakiej odwołanie odniosło skutek. Identyczny pogląd wyrażono w wyroku Sądu Okręgowego w W. z 22 stycznia 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 1992/15, wyroku Sądu Okręgowego w G. z dnia 17.11.2016 roku sygn. akt 653/16 oraz w postanowieniu Sądu Okręgowego we W. z dnia 3 października 2013 r. sygn. akt X Ga 286/13.

W przedmiotowej sprawie Izba – co wynika z sentencji orzeczenia – częściowo oddaliła i częściowo uwzględniła odwołanie. Izba stwierdziła, że zasadny okazał się 1 zarzut, zaś za niezasadne należało uznać 6 zarzutów. Odwołujący uiścił wpis w wysokości 15 000,00 zł. Obie strony nie wniosły o zasądzenie kosztów zastępstwa prawnego. Tym samym koszty postępowania odpowiadają kwocie uiszczanego wpisu. Odwołujący poniósł koszty postępowania w kwocie 15 000,00 zł i wygrał tylko 1 z 7 zarzutów sprawy, a to stanowi udział w kwocie poniesionych kosztów w wysokości 2 143,00 złote. Kwota ta stanowi wielkość należnych kosztów dla odwołującego od zamawiającego obejmujących częściowy zwrot wpisu.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) i § 5 pkt 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238ze zm.).

Przewodniczący