

WYROK
z dnia 19 listopada 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa
Członkowie: Agata Mikołajczyk
Aneta Młacka

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 listopada 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 listopada 2015 r. przez wykonawcę **Asseco Poland S.A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów** w postępowaniu prowadzonym przez **Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, al. Jana Pawła II 70, 00-175 Warszawa**

przy udziale:

- A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Comarch S.A., Comarch Polska S.A., al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego
- B. wykonawcy **Hewlett Packard Enterprise Polska Sp. z o.o., ul. Szturmowa 2a, 02-678 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

- 1. oddala odwołanie
- 2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Asseco Poland S.A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Asseco Poland S.A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów** tytułem wpisu od odwołania.

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

Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, al. Jana Pawła II 70, 00-175 Warszawa, dalej zwana także „Zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na „Utrzymanie i Rozwój Systemu Informatycznego Agencji – SIA (ZSZiK, IACSplus, GIS, SIZ, PZSIPplus, PA)” Postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu ograniczonego. W dniu 22 października 2015 roku Zamawiający wykonawcom zaproszonym do składania ofert przekazał Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia(SIWZ).

Od postanowień SIWZ czterech wykonawców wniosło odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, w tym również wykonawca wykonawcę Asseco Poland S.A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów, zwany dalej także „Odwołującym”.

Prezes KIO zarządzeniem z dnia 9 listopada 2015 roku zarządził łączne rozpoznanie wniesionych odwołań. W dniu 16 listopad 2015 roku Zamawiający dokonał modyfikacji treści postanowień SIWZ w konsekwencji której trzech wykonawców cofnęło wniesione odwołania, co skutkowało wydaniem przez Izbę oddzielnego Postanowienia o umorzeniu postępowania w zakresie tych trzech wycofanych odwołań. Również Odwołujący Asseco dokonał częściowego wycofania zarzutów odwołania, pozostawiając do rozpoznania przez Izbę zarzuty oznaczone w odwołaniu nr od I – III, dlatego też tylko te zarzuty podlegały rozpoznaniu przez Izbę i tylko w tym zakresie przedstawiony zostanie stan faktyczny objęty zarzutami.

Na wstępie odwołania Odwołujący podał iż zarzuca Zamawiającemu:

1. naruszenie przepisu art. 29 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, nie uwzględniając wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ i mających wpływ na sporządzenie oferty,
2. naruszenie przepisu art. 29 ust 2 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców,

Podnosząc powyższe wniósł o nakazanie Zamawiającemu

- uwzględnienie odwołania poprzez nakazanie Zamawiającemu modyfikacji Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w sposób określony w treści uzasadnienia odwołania,
- przeprowadzenie dowodu z dokumentacji postępowania

W zakresie zarzutu pierwszego zarzucił Zamawiającemu, że opis przedmiotu zamówienia jest niekompletny i nie umożliwia skalkulowania ceny ofertowej, a także powoduje nierówne traktowanie wykonawców - brak przekazania części kodów i dokumentacji aplikacji IACSplus

1. Zamawiający w SIWZ określił, że przedmiotem zamówienia jest utrzymanie i rozwój Systemu Informatycznego Agencji SIA, w skład którego wchodzi aplikacje ZSZIK, IACSplus, GIS, SIZ, PZSIPplus, PA. Wśród systemów składowych wymienione są IACSplus oraz PZSIPplus.

2. W przekazanych przez Zamawiającego wraz ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia kodach źródłowych oraz dokumentacji brakuje pełnej informacji na temat Aplikacji IACSplus. Do SIWZ załączono dokumentację analityczną i kody źródłowe w zakresie wprowadzania wniosków oraz jedynie dokumentację analityczną (bez kodów źródłowych) w zakresie kontroli administracyjnej i naliczania dla płatności ONW i WZL. Zamawiający nie przekazał dokumentacji i kodów źródłowych dla kontroli administracyjnej i naliczania dla 22 innych płatności. Brak dotyczy znacznej większości zakresu Aplikacji IACSplus. IACSplus jest „siostrzaną” aplikacją, w stosunku do aplikacji ZSZIK, z tą różnicą, że dotyczy innych okresów finansowania - IACSplus dotyczy programów pomocowych w perspektywie unijnej 2014-2020, podczas gdy aplikacja ZSZIK jest oprogramowaniem wspierającym programy pomocowe w perspektywach budżetu Unii Europejskiej i 2004-2006 oraz 2007-2013. Już samo porównanie liczby płatności w okresach 2004-2006 i 2007-2013 w stosunku do okresu 2014- 2020 na podstawie aktów prawnych (<http://www.minrol.gov.pl/pol/Wsparcie-rolnictwa-i-rybolowstwa/Platnosci-bezposrednie/Platnosci-bezposrednie> w- 2015-r: <http://www.minrol.gov.pl/Wsparcie-rolnictwa-i-rybolowstwa/PROW-2014-2020/Legislacja-PROW-2014-2020>) wskazuje, że perspektywa 2014-2020 jest zdecydowanie bardziej rozbudowana w stosunku do wcześniejszych perspektyw. Obsługiwane będzie 27 rodzaje płatności (w stosunku do 16 rodzajów płatności w poprzedniej perspektywie) o bardziej rozbudowanych zasadach przyznawania, co powoduje zdecydowanie większy stopień komplikacji niż w poprzednich perspektywach unijnych. Oczywiście zdecydowanie większy poziom komplikacji powoduje, że aplikacja IACSplus jest bardziej złożona niż aplikacja ZSZIK. Odwołujący obecnie realizuje umowy na utrzymanie i rozwój systemu SIA. Rokrocznie Zamawiający zleca modyfikację (rozwój) aplikacji SIA z uwagi na zmiany legislacyjne, określając te coroczne plany jako „Kampanie” (lata) płatności dopłat dla rolników. Złożoność poszczególnych Kampanii Odwołujący zaprezentował w formie tabeli:

Lp.	Kampania	Aplikacja	Ilość linii kodu
1.	Kampania 2013	ZSZIK	37 000
2.	Kampania 2014	ZSZIK	22 000
3.	Kampania 2015	IACSplus	Ponad 500 000

Zatem brak wiedzy Wykonawców na temat stopnia skomplikowania i złożoności całej Aplikacji IACSplus w przypadku tak istotnego udziału tej Aplikacji w całym systemie SIA powoduje brak możliwości prawidłowego skalkulowania oferty dla wykonawców nieświadomych tego faktu. Zamawiający ma obowiązek opisać przedmiot zamówienia w taki sposób, aby wszyscy wykonawcy biorący udział w postępowaniu wzięli pod uwagę wszystkie elementy cenotwórcze.

Podkreślił, że z uwagi na fakt, że Asseco jest obecnym wykonawcą umowy na utrzymanie i rozwój SIA, naturalnie posiada większą wiedzę o elementach kosztotwórczych, jakie należy wziąć pod uwagę prawidłowo kalkulując cenę ofertową niż inni potencjalni wykonawcy zaproszeni do złożenia ofert.

W związku z powyższym Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu:

1. przekazanie wykazu oprogramowania standardowego niezbędnego do zapewnienia środowisk pomocniczych (deweloperskich) niezbędnych Wykonawcy do realizacji usług utrzymania i rozwoju,
2. przekazania kodów źródłowych oraz dokumentacji analitycznej, technicznej i administratora do Aplikacji IACSplus

lub jeżeli przekazanie kodów źródłowych i dokumentacji do Aplikacji IACSplus nie jest możliwe, to:

3. określenie złożoności Aplikacji IACSplus poprzez złożoność w punktach funkcyjnych IFPUG. [Metoda punktów funkcyjnych IFPUG jest stosowana przez Zamawiającego do wymiarowania swoich systemów informatycznych. Metody punktów funkcyjnych [w tym metoda IFPUG) są zgodnie za normą ISO 14143 jedyną obiektywną miarą złożoności oprogramowania i jako takie mogą być wykorzystane do obiektywnego szacowania ofert].

W zarzucie drugim zarzucił Zamawiającemu iż opis przedmiotu zamówienia jest niekompletny i nie umożliwia skalkulowania ceny ofertowej, a także powoduje nierówne traktowanie wykonawców - brak przekazania kodów i dokumentacji aplikacji PZSIPplus

1. W przekazanych przez Zamawiającego kodach źródłowych oraz dokumentacji brakuje jakiegokolwiek informacji na temat Aplikacji PZSIPplus. Brak kodów i dokumentacji dla Aplikacji PZSIPplus powoduje brak możliwości prawidłowego skalkulowania oferty. Według wiedzy Odwołującego, który jest obecnym wykonawcą systemu SIA, PZSIPplus technologicznie oparty jest na innym oprogramowaniu standardowym, niż dotychczas wykorzystywana przez Zamawiającego aplikacja PZSIP.

2. brak szczegółowych informacji powoduje niemożność wyceny utrzymania oraz kosztów rozwoju, w tym na przykład konieczności wyceny zakupu oprogramowania standardowego, które nie zostało wymienione w SIWZ. Wykonawcy nieświadomi tych informacji nie będą w stanie właściwie określić koszty usług utrzymania i rozwoju. Z uwagi na fakt, że Asseco jest obecnym wykonawcą umowy na utrzymanie i rozwój SIA, naturalnie

posiada większą wiedzę o elementach kosztotwórczych, jakie należy wziąć pod uwagę prawidłowo kalkulując cenę ofertową, a rolą Zamawiającego jest w możliwie maksymalnym zakresie doprowadzić do zrównania tej wiedzy u wykonawców biorących udział w postępowaniu.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. przekazanie wykazu oprogramowania standardowego niezbędnego do zapewnienia środowisk pomocniczych (deweloperskich) niezbędnych Wykonawcy do realizacji usług utrzymania i rozwoju oraz
2. przekazania kodów źródłowych oraz dokumentacji analitycznej, technicznej i administratora do Aplikacji PZSIPplus
lub jeśli przekazanie kodów źródłowych i dokumentacji do Aplikacji PZSIPplus nie jest możliwe, to
3. określenie złożoności Aplikacji PZSIPplus poprzez złożoność w punktach funkcyjnych IFPUG. [Metoda punktów funkcyjnych IFPUG jest stosowana przez Zamawiającego do wymiarowania swoich systemów informatycznych. Metody punktów funkcyjnych (w tym metoda IFPUG) są zgodnie z normą ISO 14143 jedyną obiektywną miarą złożoności oprogramowania i jako takie mogą być wykorzystane do obiektywnego szacowania ofert].

W zarzucie trzecim – podobnie jak w dwóch zarzutach powyższych Odwołujący zarzucił, że opis przedmiotu zamówienia jest niekompletny i nie umożliwia skalkulowania ceny ofertowej, a także powoduje nierówne traktowanie wykonawców - zakres opisu przedmiotu zamówienia pokrywa się z zakresem określonym w zawartej umowie ramowej na świadczenie usług rozwojowych

W dniu 7 października 2015 roku została podpisana umowa o udzielenie zamówienia publicznego na „Usługi budowy i rozwoju nowych systemów IT w ARiMR oraz modyfikację aktualnie istniejących systemów IT w ARiMR wraz z mechanizmami mającymi wpływ na istniejące systemy (Umowa ramowa rozwojowa)” (postępowanie znak DZP-2611-2/2 014). Przedmiotem zamówienia w Umowie ramowej rozwojowej są modyfikacje Systemu Informatycznego Agencji - SIA. Termin obowiązywania Umowy ramowej rozwojowej to 48 miesięcy poczynając od dnia zawarcia umowy lub do dnia wyczerpania środków finansowych przeznaczonych na realizację Umowy ramowej rozwojowej.

Przedmiotem postępowania znak DZP-2611-3/2015, w sprawie którego składane jest Odwołanie są również, jak w Umowie ramowej rozwojowej, modyfikacje Systemu Informatycznego Agencji i - SIA. Planowany przez Zamawiającego okres obowiązywania umowy wynosi 47 miesięcy od momentu udzielenia zamówienia. Oznacza to, że Zamawiający podpisując umowę w przedmiotowym postępowaniu w niezmienionym kształcie, przez okres co najmniej 3 lat ARiMR będzie stroną dwóch umów, których przedmiotem są te same usługi modyfikacji Systemu Informatycznego Agencji - SIA. Assec

w dniu 22 lipca 2015 roku wniosło odwołanie stawiając analogiczny zarzut w odniesieniu do treści ogłoszenia o zamówieniu, jednakże Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 3 sierpnia 2015 r. sygn. akt 1563/15 uznała zarzut za przedwczesny, który skrytykuje się w momencie przekazania Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Odwołujący (jako obecny wykonawca SIA, a także wcześniej jako wieloletni główny podwykonawca w ramach umowy SIA) posiada wiedzę, że w ramach usług rozwoju SIA, Zamawiający zleca dostosowanie systemu SLA do potrzeb kolejnych Kampanii (lat) płatności dopłat dla rolników, a zakres modyfikacji systemu SIA jest również możliwy do zlecenia na podstawie Umowy ramowej rozwojowej, jak w oparciu o projekt umowy z przedmiotowego postępowania. Zamawiający ani w postępowaniu na Umowę ramową rozwojową, ani w niniejszym postępowaniu, nie wskazał żadnych zasad, według których będzie dokonywał wyboru umowy, w ramach której będzie dokonywał zamówienia danej modyfikacji, a to narusza przepis art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, ponieważ utrudnia uczciwą konkurencję i zasadę równego traktowania wykonawców. Odwołujący jest jednym z trzech podmiotów, który podpisał Umowę ramową rozwojową, w związku z czym poniósł niebagatelne koszty z tym związane.

Wykonawcy niezaangażowani w Umowę ramową rozwojową - w przedmiotowym postępowaniu to konsorcjum Sygnity S.A., Indra Sistemas SA, Indra Sistemas Polska Sp. z o.o. i Ericpol Sp. z o.o. oraz konsorcjum Atos Polska S.A., BULL SAS i Atos It Services Sp. z o.o. nie są obciążani tak jak Odwołujący balastem kosztów opisanym powyżej, zatem ich pozycja do złożenia oferty w przedmiotowym postępowaniu jest zdecydowanie korzystniejsza w stosunku do Odwołującego. Podkreślenia wymaga fakt, że dla uwzględnienia odwołania w tym zakresie wystarczającym jest uprawdopodobnienie naruszenia przepisów w powyższym zakresie.

Dla poparcia swojego stanowiska przywołał orzeczenie KIO 2852/12 w którym to Izba stwierdziła, że *„Zgodnie z treścią art 29 ust 2 ustawy Pzp przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Należy wskazać, iż norma prawna uregulowana w powyższym przepisie stanowi normę o charakterze lex specialis w odniesieniu art. 7 ust 1 ustawy Pzp regulującego zasady odnoszące się do uczciwej konkurencji. Jej szczególny charakter objawia się tym, iż odnosi się ona jedynie do opisu przedmiotu zamówienia, a nie wszystkich czynności podmiotu zamawiającego przedsięwziętych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Ponadto jej treść odnosi ten skutek, iż w toku postępowania odwoławczego za wystarczające należy uznać jedynie uprawdopodobnienie naruszenia uczciwej konkurencji.*

Analiza normy prawnej wyrażonej w art 29 ust 2 ustawy Pzp wskazuje, iż aby doszło do jej naruszenia treść merytoryczna opisu przedmiotu zamówienia musi być sformułowana w ten sposób, iż przy określonych realiach rynkowych i gospodarczych (tj. w określonej sytuacji

rynkowej) dochodzi do faktycznego monopolu jednego wykonawcy, producenta, dystrybutora (monopolu podmiotowego) lub monopolu jednego określonego rodzaju produktu (monopolu przedmiotowego) lub w ten sposób, iż opis przedmiotu zamówienia w inny sposób ogranicza dostęp do zamówienia reprezentatywnej części uczestników rynku "

W związku z powyższym wniósł o zobowiązanie Zamawiającego do modyfikacji treści SIWZ poprzez wyłączenie z zakresu postępowania usług rozwojowych będących przedmiotem postępowania na Umowę ramową rozwojową. Z ostrożności procesowej Odwołujący wskazał, że w razie braku możliwości uwzględnienia powyższego żądania z przyczyn, które wykaże Zamawiający, wystarczającym będzie dla Odwołującego wskazanie konkretnych kryteriów, zgodnie z którymi Zamawiający będzie rozstrzygał w ramach której umowy będzie dokonywał zamówień modyfikacji.

Do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego skutecznie przystąpił wykonawca Hewlett Packard Enterprise Polska Sp. z o.o., ul. Szturmowa 2a, 02-678 Warszawa, który poparł stanowisko Odwołującego wobec treści SIWZ i potrzeby jego uzupełnienia.

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie tylko w zakresie zarzutu oznaczonego nr III.

Również do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego skutecznie przystąpił wykonawca Comarch S.A., Comarch Polska S.A., al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków, który poparł stanowisko i argumenty podnoszone przez Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie, złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania i Przystępujących przedstawione na piśmie i do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy Izba uznała iż pozostawione do rozpoznania Izbie zarzuty nie potwierdził się i wobec tego odwołanie zostało oddalone.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem całego odwołania wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Jednocześnie Izba stwierdziła, że wypełniono materialno-prawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, *środki ochrony prawnej 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 ustawy.* Krąg osób uprawnionych do złożenia odwołania na treść SIWZ jest szeroki. Uprawnienie to przysługuje co do zasady wszystkim podmiotom,

mieszczącym się w definicji wykonawcy zawartej w art. 2 pkt 11 ustawy Pzp. Wynika to szczególności z tego, że w odwołaniu od treści SIWZ wykonawca wskazuje na brak możliwości uzyskania zamówienia, poprzez wadliwe i niekonkurencyjne postanowienia SIWZ, które utrudniają mu złożenie prawidłowej i zgodnej z przepisami Pzp oferty, bądź w sposób znaczny ograniczają jego szanse na jego prawidłową realizację. Dlatego też w zakresie odwołań od treści postanowień SIWZ wystarczające jest wykazanie jedynie hipotetycznej szkody polegającej na niewłaściwym sformułowaniu treści SIWZ, która może utrudniać wykonawcy dostęp do zamówienia. Na tym etapie postępowania interes wykonawcy jest interesem faktycznym, w szerokim tego słowa znaczeniu.

Nie należy jednak tracić z pola widzenia zasady, że podmiot który potencjalnie może złożyć ofertę winien wykazać spełnianie przesłanki interesu poprzez podnoszenie tylko takich zarzutów, które chronią jego podmiotowy interes, a nie interes także innych podmiotów. W tej sprawie wypowiedział się Sąd Okręgowy w Warszawie, który w uzasadnieniu wyroku z dnia 7 grudnia 2011 r. w sprawie o sygn. V Ca 1973/11, wskazał, że *„przepis art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, Nr 113, poz. 759, ze zm.), w aktualnym swym brzmieniu, powinien być interpretowany szeroko. Jednakże jednoznacznie stwierdził, że „Przepis ten jednak, wbrew sugestiom skarżącego, nie pełni funkcji publicznych. Postępowanie odwoławcze ma jedynie na celu ochronę interesów osoby wnoszącej środki ochrony prawnej...”*.

Taka interpretacja tego przepisu znajduje odzwierciedlenie w stanowisku Zamawiającego, który w odpowiedzi na zarzut ozn. nr III oraz w stanowisku co do zarzutu I i II prezentowanego na rozprawie stwierdził, że Odwołujący wnosząc odwołanie nie zmierza do ochrony swojego interesu w uzyskaniu zamówienia, lecz zmierza wprost do uniemożliwienia udzielenia zamówienia jakiegokolwiek wykonawcy, w tym także samemu Odwołującemu, który wolałby realizować modyfikacje systemu w ramach umowy ramowej. Stwierdził, że Odwołujący nie wniósł odwołania w celu ochrony jego interesu polegającego na uzyskaniu zamówienia w tym konkretnym postępowaniu, lecz w celu zapewnienia sobie uzyskania zamówienia w innym postępowaniu niż to, w którym wniósł odwołanie.

W uzupełnieniu stanowiska podał, że Zamawiający zawarł już z Odwołującym w dniu 7 października 2015 r. umowę ramową, obejmującą swym zakresem także usługi modyfikacji SIA mieszczącą się także w zakresie niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Podkreślił, że Odwołujący jest wykonawcą, który obecnie świadczy te właśnie usługi na rzecz Zamawiającego na podstawie umowy nr 72/DI/2013/2618. Okoliczności powyższe w sposób logiczny wskazują zatem, iż rzeczywistym celem Odwołującego we wniesieniu odwołania jest co najmniej ograniczenie, a w szczególnych okolicznościach także uniemożliwienie w zakresie Usług modyfikacji, objętych przedmiotem niniejszego postępowania uzyskanie zamówienia z umowy ramowej innym podmiotom.

Odwołujący w odniesieniu do stanowiska Zamawiającego podał, że swój interes w uwzględnieniu zarzutów, w których wnosi o nakazanie Zamawiającemu uzupełnienie opisu przedmiotu zamówienia, wywodzi z tego iż *„intencją odwołującego jest to, aby wszyscy wykonawcy posiadali pełną wiedzę co do zakresu przedmiotowego zamówienia i wszyscy w sposób prawidłowy skalkulowali cenę w oparciu o pełny zakres usług, który będzie do wykonania w ramach tej umowy, gdyż tylko wtedy odwołujący może konkurować z wykonawcami w zakresie ceny oferty”*.

Odnosząc się do powyższych stanowisk stron Izba uznała, że biorąc pod uwagę szerokie rozumienie interesu wykonawcy przy odwołaniach od treści postanowień SIWZ, taki interes określony w art 179 ust.1 Pzp po stronie Odwołującego występuje.

Osią sporu w przedmiotowej sprawie jest kwestia, czy Zamawiający przekazał wykonawcom wszystkie możliwe do przekazania informacje, a ponadto czy te przekazane informacje umożliwiają wykonawcom złożenie poprawnych merytorycznie ofert. Aby ocenić powyższą kwestie niezbędne jest zauważenie, że zamówienie dotyczy usługi z branży IT polegającej na opracowaniu programów dla zapewnienia kontynuacji utrzymania Systemu Informatycznego Agencji (SIA), a także zapewnienia ciągłości jego rozwoju. Najogólniej należy wskazać, że zamówienie dotyczy programów IT mających na celu obsługę wniosków o płatności bezpośrednio dla rolników.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba stwierdza, że dokonując oceny treści postanowień SIWZ należało mieć na względzie zasadniczą różnicę jaka występuje pomiędzy wymaganiami dla opisu przedmiotu zamówienia np. w zakresie robót budowlanych, gdzie Zamawiający jest w stanie ustalić i opisać każde wymagane od wykonawcy działanie, tak aby uzyskać oczekiwany przedmiot zamówienia, a tym zamówieniem gdzie mamy do czynienia z zamówieniem, którego opis i wymagania podlegają ciągłym uzupełnieniom. Te uzupełnienia wynikają z konieczności dostosowania programu SIA do wymagań prawa krajowego oraz Unii Europejskiej, a także wytycznych Komisji Europejskiej oraz pewnych zdarzeń, które mogą zasady przyznawania dopłat, a także kontroli ich udzielania modyfikować.

Dlatego też za słuszne należy uznać stanowisko Zamawiającego, który na rozprawie stwierdził, że *„biorąc pod uwagę powyższe tak opisał warunki udziału w postępowaniu, aby mogły brać w nim udział podmioty wysoce profesjonalne w dziedzinie IT, a profesjonalizm w zakresie tego zamówienia wymaga nie tylko analizy treści SIWZ, ale także śledzenia zmieniających się przepisów prawa i wytycznych KE w tym zakresie. Cały opracowany system będzie podlegał ciągłym zmianom co w świecie IT jest to procesem naturalnym i każdy wykonawca biorący udział w postępowaniu musi mieć tego świadomość ..., musi śledzić legislację, pozyskiwać kody źródłowe, gdyż system jest „żywy” i ciągle będzie ulegał i będzie ulegał zmianom i modyfikacjom”*.

Izba uznając zasadność stanowiska Zamawiającego wskazuje, że ta sytuacja wynika także wprost z opisu przedmiotu zamówienia gdzie wskazano, że *„Usługa Modyfikacji SIA rozumiana jako rozwój oprogramowania, poprzez zmianę istniejących oraz tworzenie nowych modułów w zależności od zmian prawnych oraz przepisów wykonawczych i wewnętrznych Agencji, zmian wymagań użytkowników, zaleceń audytorów, bądź z potrzeby integracji tych systemów z innymi systemami informatycznymi.*

Ponadto w tym kontekście oceniając stanowisko Zamawiającego iż przekazał wykonawcom wszystkie zarówno niezbędne jak i posiadane informacje w oparciu o które wykonawcy mogą złożyć oferty w przedmiotowym postępowaniu Izba stwierdza, że Odwołujący przeciwnego dowodu na ta okoliczność nie przedstawił. Według Odwołującego dowodem na zasadność zarzutów w szczególności zarzutu I i II jest jego wiedza wynikająca z tego, że świadczy usługi obecnie zamawiane dla Zamawiającego oraz brak przedłożenia danych z umowy 19 w zakresie zadania 4 i 5, gdzie dokumentacja została już wytworzona i Zamawiający ją posiada, a wykonawcom nie przekazał danych analitycznych.

Zamawiający odnosząc się do tych kwestii stwierdził, że nie uchyła się od obowiązku informacyjnego dla wykonawców, natomiast nie może udostępnić dokumentacji, której nie posiada, a więc nie można oczekiwać spełnienia żądania niemożliwego. Natomiast w zakresie zadania 4, dotyczącego dokumentacji analitycznej, potwierdził, że tę dokumentację posiada, ale *według jego wiedzy zadanie to będzie dzielone na dwa zadania. Na dzień rozprawy nie udało się określić rozdziału tych zadań, co do ich wielkości, a więc przekazanie jakichkolwiek informacji na chwilę obecną byłoby przekazaniem informacji niepełnych i takich, które mogłyby wprowadzić w błąd wykonawców. Jeśli chodzi o kody źródłowe dotyczące zadania 5 to Zamawiający na chwilę obecną je posiada i w najbliższym czasie przekaże je wykonawcom.*

Izba w tym zakresie podzieliła zasadność stanowiska Zamawiającego. Izba oceniając treść żądań Odwołującego stwierdza, że Odwołujący zdaje sobie sprawę ze specyfiki tego postępowania i ograniczonej możliwości Zamawiającego przekazania wykonawcom wszystkich danych wraz z SIWZ, gdyż stawia w tym zakresie żądania alternatywne.

W I i II zarzucie Odwołujący wskazywał przede wszystkim na kwestię, że żaden z wykonawców zaproszonych do składania ofert nie dysponuje wiedzą porównywalną z jego wiedzą, wynikająca z faktu świadczenia dla Zamawiającego tożsamej z zamawianą usługi. Dlatego też jego zdaniem istnieje ryzyko, że wykonawcy Ci złożą oferty nie obejmujące całości zadania, co będzie miało przełożenie na cenę oferty. Oceniając powyższe Izba stwierdza niezasadność podnoszonych kwestii, a ponadto niestosowność wyciągania takich wniosków przez Odwołującego. Wynika to przede wszystkim z faktu, że czterech zaproszonych wykonawców wniosło odwołania od treści SIWZ, w tym każdy z nich podnosił kwestię braku pełnego i jednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia zgodnie z

wymaganiami wynikającymi z przepisu art. 29 ust.1 i 2 Pzp. Jak wyżej zostało podane Zamawiający w dniu 16 listopada 2015 roku dokonał modyfikacji treści postanowień SIWZ w wyniku których trzech z ww. wykonawców cofnęło złożone odwołania. Fakt ten niewątpliwie wskazuje, że dokonane zmiany spowodowały sytuację, że dla tych wykonawców treść opisu przedmiotu zamówienia stała się na tyle jasna, że uznali iż są w stanie złożyć poprawne oferty. Wywodzenie w tej sytuacji przez Odwołującego jakoby Ci wykonawcy nadal nie byli świadomi zakresu zadań objętych tym zamówieniem, jest zdaniem Izby niczym nieuzasadnione.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba stwierdza niezasadność zarzutu nr I i II, gdyż Odwołujący nie wykazał, że Zamawiający nie przekazał wykonawcom dokumentów które były w jego dyspozycji, bądź bez przeszkód mógł je dla potrzeb wykonawców wytworzyć. Nie zostało także wykazane, że w oparciu o przekazane dane oraz te, które wykonawcy mogą pozyskać ze źródeł zewnętrznych, jak przepisy prawa, czy wytyczne Unii Europejskiej nie jest możliwe sporządzenie poprawnej oferty.

W zakresie zarzutu III wskazać należy, że zarzut Odwołującego zmierzał do zobowiązania Zamawiającego do ustalenia zakresu modyfikacji systemu informatycznego Agencji - SIA, która będzie zlecana w ramach umowy ramowej oraz w ramach przedmiotowego zamówienia. Planowana wartość umowy ramowej rozwojowej wynosi 54 471 513,60 PLN netto. Niewątpliwym w sprawie jest, że Zamawiający zawarł w dniu 7 października 2015 r. umowę ramową, obejmującą swym zakresem także usługi modyfikacji SIA mieszczącą się także w zakresie niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący świadczy te właśnie usługi na rzecz Zamawiającego na podstawie umowy nr 72/DI/2013/2618.

Zamawiający w odpowiedzi na przedmiotowy zarzut podał, iż Odwołujący formułując treść żądania ma na celu wyłączenie tychże usług z zakresu zamówienia i przymuszenie Zamawiającego do zlecenia tychże usług w ramach Umowy ramowej rozwojowej. Praktyczną konsekwencją uwzględnienia żądania Odwołującego byłoby ograniczenie konkurencji do trzech wykonawców, z którymi Zamawiający zawarł umowę ramową, przy czym, co także istotne Odwołujący byłby w takim przypadku w naturalny sposób w uprzywilejowanej pozycji wobec dwóch konkurentów, w związku z wykonywaniem przedmiotowych usług. Wobec tego celem Odwołującego jest nie dążenie do konkurencyjności postępowania, lecz do nakazania lub zakazania Zamawiającemu zamawiania w ramach umowy ramowej określonej części usług objętych przedmiotem zamówienia w niniejszym postępowaniu, czy też nakazania lub zakazania tego zamawiania w postępowaniu niniejszym. Taka sytuacja powodowałaby paraliżowanie działań Zamawiającego, który po to zawarł umowę ramową, aby w sposób elastyczny zależny od okoliczności miał możliwość realizacji swoich zadań ustawowych.

Istotną kwestią wymagającą odniesienia Izby jest podnoszone przez Zamawiającego stanowisko, że KIO w wyroku z dnia 3 sierpnia 2015 roku o sygn. KIO 1563/15 nie uwzględniła tego zarzutu z powodu, iż na etapie tamtego postępowania był on przedwczesny i możliwość jego podniesienia materializuje się dopiero po przekazaniu zaproszonym do złożenia ofert wykonawcom Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Przeciwno takiemu stanowisku oponował Zamawiający.

Zdaniem Izby z analizy treści przedmiotowego ww. wyroku KIO brak jest podstaw do przyznania racji Odwołującemu, otóż w tamtym odwołaniu Odwołujący podniósł, że cyt: „Zamawiający ani w postępowaniu na umowę ramową rozwojową, ani w niniejszym postępowaniu, nie wskazał żadnych zasad, według których będzie dokonywał wyboru umowy, w ramach której będzie dokonywał zamówienia danej modyfikacji”. Tym samym zarzut ten jest tożsamy z zarzutem podnoszonym w tym postępowaniu odwoławczym.

KIO w wyroku z 3 sierpnia KIO 1563/15 stwierdziła (str 17), że „W ocenie Izby podniesiony w odwołaniu zarzut niejednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia poprzez dopuszczenie przez zamawiającego możliwości zawarcia równoległe dwóch umów na usługi rozwojowe, nie zasługuje na uwzględnienie”. Tym samym zarzut III podniesiony w przedmiotowym odwołaniu był podnoszony przez Odwołującego w poprzednim postępowaniu zakończonym wyrokiem z 3 sierpnia 2015 roku i został w tym wyroku oddalony. Tym samym ponowne rozstrzygnięcie o tym zarzucie jest niedopuszczalne.

Nadto dodać należy na marginesie tego zarzutu, że brak jest jakichkolwiek podstaw do przyjęcia twierdzeń Odwołującego, że Zamawiający będzie dowolnie według własnego wyboru dokonywał zlecenia modyfikacji systemu, bądź to poprzez udzielenie zamówienia w umowie ramowej bądź umowy z tego postępowania. Z analizy treści umowy ramowej wynika, że inny jest zakres możliwości realizacji zadań z umowy ramowej, a inny z tego postępowania, a to, co do zasady wyklucza możliwość równoczesnego zlecenia tych samych modyfikacji, wg dwóch różnych umów, chyba że zaistnieją szczególne okoliczności wynikające ze specyfiki tego zamówienia.

Wobec tego odwołanie w zakresie zarzutów I-II podtrzymanych przez Odwołującego jest niezasadne, a w stosunku do zarzutu III niedopuszczalne jest jego ponowne rozpoznawanie i tym samym całe odwołanie podlegało oddaleniu.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co – ze wskazanych wyżej względów – nie miało miejsca w przedmiotowym postępowaniu.

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.1 ustawy Pzp.

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) 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. 238).

Przewodniczący:

.....

.....