

Sygn. akt: KIO 1557/15

WYROK
z dnia 4 sierpnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 sierpnia 2015 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 lipca 2015 r. przez wykonawcę **Asseco Poland S.A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - **Agencję Nieruchomości Rolnych, ul. Inflancka 4, 00-189 Warszawa,**

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;
 - 2.2 zasądza od wykonawcy **Asseco Poland S.A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów** na rzecz zamawiającego - **Agencji Nieruchomości Rolnych, ul. Inflancka 4, 00-189 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 (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

Postępowanie prowadzone jest przez Zamawiającego – Agencję Nieruchomości Rolnych z siedzibą w Warszawie na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) [ustawa Pzp), w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Zakup usługi asysty technicznej i konserwacji przy eksploatacji oprogramowania Zintegrowanego Systemu Informatycznego w ANR na okres dwóch lat od 1 stycznia 2016 r.” Odwołujący - ASSECO Poland S.A. z Rzeszowa zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. przepisu art. 29 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp z uwagi na opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, nie uwzględniając wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ i mających wpływ na sporządzenie oferty,
2. przepisu art. 91 ust. 2 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp z uwagi na opisanie kryterium oceny ofert w sposób, który uniemożliwia prawidłowe skalkulowanie ceny ofertowej w odniesieniu do przedmiotu zamówienia, co utrudnia uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców.

Wskazując na powyższe wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu modyfikację ogłoszenia i SIWZ w sposób określony w treści uzasadnienia odwołania, a także przeprowadzenie dowodu z dokumentacji postępowania.

Odwołujący stwierdził również, że ma interes w uzyskaniu tego zamówienia, a także interes w złożeniu odwołania, ponieważ może on ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, wyrażającego się w takim niejednoznacznym sformułowaniu opisu przedmiotu zamówienia i takim opisanie kryteriów oceny ofert, które utrudniają uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców, przez co może negatywnie wpłynąć na możliwość uzyskania zamówienia. Wobec powyższego interes Odwołującego oraz możliwość poniesienia szkody określona w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp została wykazana.

W uzasadnieniu odwołania podał, w szczególności, że w Załączniku nr 1 do wzoru Umowy [załącznik nr 5 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ)] pt. Procedura Odbioru, Zamawiający opisał procedury jednak bez wskazania terminów, które

obowiązują Zamawiającego. Konsekwencją takiego braku jest niemożność oszacowania realnych terminów dla Zlecenia Aktualizacji. W Załączniku nr 2 do wzoru Umowy pt. Procedura Realizacji Aktualizacji/Szkolenia w pkt 2 określił, że wykonawca składa Zamawiającemu propozycję Warunków Wykonania. Propozycja Warunków Wykonania jest składana na wzorze Zlecenie Aktualizacji, który stanowi załącznik b. do ww. Procedury. Formularz zawiera tabelę „Pozostałe warunki Zlecenia (punkty kontrolne realizacji Aktualizacji)”, „w której wykonawca musi wskazać terminy przekazania produktów Aktualizacji, akceptacji produktów Aktualizacji, jak i terminu realizacji Aktualizacji. Brak wskazania konkretnych terminów akceptacji produktów Aktualizacji przez Zamawiającego uniemożliwia określenie terminu realizacji Aktualizacji. Jednocześnie w Załączniku nr 5 - wzorze Umowy w par. 8 w ust. 1 - Zasady odpowiedzialności - Zamawiający określił kary umowne za każdy dzień opóźnienia w wykonaniu zobowiązań Wykonawcy, co oznacza, że to Wykonawca jest odpowiedzialny i karany z tytułu przedłużających się odbiorów po stronie Zamawiającego. Podkreślił, że przy braku określenia terminów akceptacji i odbiorów po stronie Zamawiającego wykonawca nie może uchylić się od odpowiedzialności z tytułu opóźnień. W związku z powyższym Odwołujący wniósł o zobowiązanie Zamawiającego do modyfikacji treści Ogłoszenia i uzupełnienie procedur o terminy akceptacji i odbioru wszystkich produktów Aktualizacji po stronie Zamawiającego tj. dokumentacji, AOP, oprogramowania, dokumentacji szkoleniowej, szkolenia, planu wdrożenia i PTA.

Odnosnie drugiego zarzutu, podniósł, że przedmiotem zamówienia są: usługi utrzymania - eksploatacja Oprogramowania ZSI oraz usługi rozwoju - Aktualizacja Oprogramowania ZSI, które to usługi Zamawiający niezależnie zdefiniował (Załącznik nr 5 do SIWZ pt. Umowa par. 3] oraz zgodnie z Załącznikiem nr 2 do SIWZ Formularz Oferty Zamawiający oczekuje niezależnej wyceny dla poszczególnych usług – zgodnie z tabelą. W tabeli tej należy podać dla usługi z poz.1: Wynagrodzenie ryczałtowe za usługi określone w projekcie umowy w § 3 ust 1 lit. a) ust. 2,3,4,5,6,1: Wartość netto...zł; podatek VAT w kwocie ...zł; oraz Wartość brutto...zł. Z kolei dla usługi z poz. 2 należało podać: Wynagrodzenie za usługi wymienione w projekcie umowy w § 3 ust. 1 lit. b) wraz z dokumentacją, przy założeniu max limitu 1000 roboczodni: a) cena roboczodnia nettozł, podatek VAT w kwocie zł; oraz cena roboczodnia bruttozł; b) łączna wartość netto...zł; podatek VAT w kwocie...zł; oraz łączna wartość bruttozł. W ostatniej pozycji należało podać: Łączna wartość umowy wyrażoną podobnie, jako wartość netto oraz podatek VAT – w zł oraz wartość brutto w...zł. Podkreślił, że wynagrodzenie ryczałtowe określone w pkt 1 dotyczy usługi utrzymania, zaś wynagrodzenie za usługi w pkt 2 dotyczy usługi rozwoju. Podał również, że w Załączniku nr 5 do SIWZ pt. Umowa w par. 6 ust. 6 Zamawiający określił, że kwota ryczałtu nie może przekroczyć 50 % łącznego wynagrodzenia z tytułu realizacji

Umowy. Zdaniem Odwołującego wprowadzone ograniczenie narusza wolną konkurencję z uwagi na sztywne narzucenie, że usługi utrzymania nie mogą stanowić więcej niż 50 % ceny oferty. Takie ograniczenie sprawia, że wykonawca nie może traktować każdej z usług, jako usługę odrębną o określonym zakresie i realnej wartości, a wręcz narzuca konieczność finansowania jednej usługi z budżetu drugiej. Takie ograniczenie jest działaniem, które w sposób istotny obniża zdolność Odwołującego do złożenia oferty, która byłaby konkurencyjna. Wskazał, że „Analogiczne stanowisko do powyższego zajęła Izba w wyroku KIO 547/15, w którym Izba orzekła: *kalkulacja powinna być realna, pozwalająca na zbilansowanie kosztów realizacji danego zamówienia. W szczególności, nie jest akceptowalna sytuacja, że wykonawca nisko kalkuluje cenę oferty, zakładając korzyści z innych ubocznych świadczeń, czy przewidując osiągnięcie zysku na innych płaszczyznach działalności [tego rodzaju sytuacje opisuje stan faktyczny postępowania prowadzonego przez Prokuraturę Okręgową w Krakowie na analogiczny przedmiot zamówienia - sprawa o sygnaturze akt KIO 437/13]. (...) Wyeliminowania wymaga więc ryzyko, że wykonawca będzie bilansował koszty realizacji tego zamówienia innymi powiązаныmi z nim usługami o wyższej wartości jak np. usługami pogrzebowymi. Ewentualne upatrywanie dodatkowych wpływów będących ubocznym skutkiem realizacji świadczenia stanowiącego przedmiot postępowania, w ekonomii nazywane subsydiowaniem skośnym (krzyżowym), tj. finansowaniem (wspieraniem) części działalności danego przedsiębiorcy z innego źródła - związanego pośrednio ze świadczeniem wspieranym (subsydiowanym) lub też niezwiązanym z tym świadczeniem i tym samym pokrywaniem strat, jakie przynosi pewien obszar działalności gospodarczej przedsiębiorstwa nie jest właściwe dla oceny poprawności kalkulacji ceny oferty. Przedmiotowe zamówienie nie może bowiem służyć do uzyskania dodatkowego rynku sprzedaży szerszej palety usług, świadczonych przy okazji i w następstwie usługi świadczonej dla zamawiającego. Wykonawca zatem winien dokonać autonomicznej wyceny kosztów świadczenia usługi dla Zamawiającego, która pozwoli na samodzielne bilansowanie tego zadania. Dodatkowo podniósł, że usługi rozwojowe to w praktyce budżet ramowy, który Zamawiający może ale nie musi zlecić. Oznacza to, że ograniczenie 50% przerzuca ryzyko finansowania ryczału na niepewny budżet usługi rozwoju. Reasumując, wniósł o zobowiązanie Zamawiającego do modyfikacji treści SIWZ i usunięcie ograniczenia, które utrudnia uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o jego oddalenie podnosząc, co następuje:

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy Pzp [opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, nie uwzględniając wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ i mających wpływ na sporządzenie oferty] wskazał, że (...) Procedura Odbioru stanowiąca Załącznik nr 1 do Umowy reguluje w sposób ogólny procedurę odbioru Aktualizacji określonych w § 3 ust. 1 lit b) i c) Umowy oraz Szkoleń, o których mowa w § 3 ust. 3 Umowy. Procedura opisuje fazy odbioru dzieląc je na Etap I - odbiór oprogramowania ZSI i Dokumentacji oraz Etap II— Odbiór Szkolenia, Planu Wdrożenia i Wdrożenia; opisuje sposób dokonywania odbiorów oraz wymogi, jakie są konieczne do ich dokonania. W załączniku tym nie zostały wskazane terminy odbiorów obowiązujące Zamawiającego, ponieważ zgodnie z formularzami stanowiącymi Załącznik nr 2 do Umowy - „Procedura Realizacji Aktualizacji/Szkolenia” są one każdorazowo uzgadniane przez Strony Umowy, z uwzględnieniem specyfiki odbieranego Produktu”. Wskazał także na Załącznik nr 2 do Umowy, który (...) zawiera następujące formularze: „Zgłoszenie Aktualizacji”, „Zlecenie Aktualizacji”, „Zgłoszenie Szkolenia” oraz „Zlecenie Szkolenia”. Zamawiający chcąc Zlecić Wykonawcy wykonanie Aktualizacji bądź” przeprowadzenie Szkolenia, zgodnie z pkt 1 Procedury realizacji Aktualizacji/Szkolenia przekazuje Wykonawcy dokument „Zgłoszenie Aktualizacji” bądź „Zgłoszenie Szkolenia”. Wykonawca na podstawie zgłoszenia składa propozycję Warunków Wykonania Aktualizacji lub Szkolenia. Warunki Wykonania zawierają wycenę pracochłonności i czasu {w roboczogodzinach} niezbędnego dla wykonania Aktualizacji/Szkolenia. Te muszą zostać zaakceptowane przez Zamawiającego. Na podstawie zaakceptowanych Warunków Wykonania Kierownicy Projektu podpisują dokument Zlecenia Aktualizacji/Szkolenia i przekazują ten dokument do zatwierdzenia Prezesowi ANR. W tym dokumencie Kierownicy Projektu obydwu stron Umowy ustalają zarówno termin przekazania jak i termin akceptacji Produktu Aktualizacji bądź Produktu Szkolenia.” Zdaniem Zamawiającego, (...) Oczywistym jest, iż terminy te będą ustalane w oparciu o przedstawioną przez Wykonawcę w Warunkach Wykonania wycenę pracochłonności danych prac i, że termin przekazania Produktu będzie nie krótszy niż ustalony czas niezbędny na jego wykonanie. Podkreślił, że powyższa procedura uzgodnień nie jest jedynie deklaracją Zamawiającego, lecz jest wymuszona przez treść formularza zlecenia Aktualizacji, stanowiący załącznik do wzoru umowy, który wyraźnie przewiduje konieczność uzgodnienia terminu akceptacji Aktualizacji. Wobec powyższego, zarzuty Odwołującego są całkowicie niezrozumiałe. Warunki Wykonania Aktualizacji bądź przeprowadzenia Szkolenia określa bowiem w całości Wykonawca i to on decyduje o oszacowaniu czasu niezbędnego do wykonania Produktu. Natomiast terminy określone w

Zleceniu Aktualizacji/Szkolenia są uzgadniane wspólnie przez Strony na podstawie zaakceptowanych Warunków Wykonania przedstawionych przez Wykonawcę. Co więcej, na etapie tworzenia SIWZ nie jest możliwe ustalenie terminów akceptacji dla konkretnych zleceń, ponieważ nie jest znany ich zakres przedmiotowy. Jest oczywiste, że terminy te będą różne w zależności od charakterystyki i stopnia skomplikowania danego zlecenia. W momencie przystąpienia do prac przez Wykonawcę terminy odbioru prac będą już określone w danym Zleceniu. Nie ma, zatem ryzyka dla Wykonawcy, że będzie on karany z tytułu „przedłużających się odbiorów po stronie Zamawiającego.” Dodatkowo podał, że (...)niezależnie od uzgodnionych terminów akceptacji, Odwołujący i tak nie byłby w żadnym przypadku karany w związku z przedłużającą się procedurą weryfikacji po stronie Zamawiającego, ponieważ jej czas nie ma żadnego znaczenia dla oceny, czy przekazany przez Odwołującego produkt jest zgodny z umową. Nie ma żadnych wątpliwości, że jeżeli produkt będzie należycie wykonany w momencie jego przekazania, to niezależnie od zapisów umowy oraz czasu akceptacji przez Zamawiającego, brak jest podstaw do naliczenia jakichkolwiek kar umownych, Powyższe potwierdza także wprost zapis ust. 3.2. pkt. lit. b SIWZ {powtórzony w § I ust. 1 lit. b wzoru umowy), gdzie wprost Zamawiający stwierdził, że „za termin wykonania danej Aktualizacji uważa się datę przekazania wszystkich produktów Aktualizacji wolnych od Wad.”

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 91 ust. 2 ustawy Pzp w związku z art. 7 tej ustawy [opisanie kryterium oceny ofert w sposób, który uniemożliwia prawidłowe skalkulowanie ceny ofertowej w odniesieniu do przedmiotu zamówienia, co utrudnia uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców] wskazał na § 6. ust. 6 umowy Pzp i zawarte w nim zastrzeżenie, że kwota ryczałtu określona w ust. 1 lit. a) stanowiąca wynagrodzenie z tytułu świadczenia usług utrzymania (§ 3 ust. 1 lit. a, ust. 2,4,5, 6) nie może przekroczyć 50% łącznego wynagrodzenia z tytułu realizacji niniejszej Umowy], stwierdził, że (...) Zamawiający w żaden sposób nie narusza zasady, o której mowa w art. 7 ust. 1 Ustawy mówiącej o przeprowadzeniu postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, ponieważ warunki umowy zawarte w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia są jednakowe dla wszystkich podmiotów zainteresowanych udziałem w postępowaniu. Wymaganie sformułowane przez Zamawiającego nie jest w żaden sposób sprzeczne z Ustawą - takiego sposobu uregulowania wynagrodzenia nie zakazuje żaden przepis Ustawy, nie jest on również sprzeczny z podstawowymi zasadami prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w trybie zamówień publicznych. Okoliczność tę potwierdza dotychczasowa praktyka zamawiających, którzy bardzo często w podobny sposób regulują wymagania dotyczące ceny zamówienia”. Powołał się na orzecznictwo i tytułem przykładu wskazał wyrok KIO 1402/11, podnosząc, że „Nie budzi

wątpliwości Izby, że postanowienie specyfikacji, zgodnie, z którym wykonawcy winni uwzględnić wartość usługi transportu wewnątrzszpitalnego w wysokości nie większej, niż 30% ceny oferty ma charakter merytorycznego wymagania zamawiającego, Izba podzieliła pogląd zamawiającego, że w okolicznościach postępowania, wymaganie to odnosi się do opisu przedmiotu zamówienia w zakresie ilościowym, ustala rozmiar usług wchodzących w skład przedmiotu zamówienia”. Podniósł także, że (...) Izba zważyła, że dychotomiczny charakter przedmiotu zamówienia, na który składają się dwie usługi, różniące się zakresem oraz podlegające opodatkowaniu według różnych stawek podatku od towarów i usług, miał dla zamawiającego istotne znaczenie, co znalazło odzwierciedlenie w licznych postanowieniach specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dotyczących m.in. Opisu poszczególnych elementów zamówienia, kar umownych, wystawiania faktur. Również w postanowieniach dotyczących sposobu obliczania ceny zamawiający podkreślił rozdzielność tych usług. Izba uznała również, że postanowienie specyfikacji ustalające dopuszczalny maksymalny procentowy udział każdej z usług w cenie oferty, ma znaczenie dla realizacji zamówienia, w tym dla rozliczania umowy. Wykonawcy oferują, zamawiającemu nie jedno, kompleksowe świadczenie, ale składają ofertę na dwie niezależne usługi wchodzące w skład przedmiotu zamówienia i mające w nim nierówny udział”. Podkreślił, że „W cytowanym wyroku KIO w żaden sposób nie kwestionuje sposobu, w jaki Zamawiający uregulował sposób wynagradzania, co jednoznacznie przemawia za tym, iż jest on prawidłowy. W innym postępowaniu analizowanym przez KIO na skutek wniesienia odwołania Zamawiający również określił wynagrodzenie za część prac poprzez wprowadzenie ograniczenia mówiącego, iż wartość części prac nie może przekroczyć określonej części wartości całego zamówienia: W załączniku tym Zamawiający wskazał również, że: "Wartość prac przygotowawczych określona przez Wykonawcę w Tabeli Opracowań Projektowych nie może przekroczyć 15% wartości zamówienia". Z powyższego wynika, że wykonawcy określając wartość prac przygotowawczych, niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia, nie mogli oszacować jej ponad kwotę stanowiącą 15% wartości zamówienia”. Reasumując stwierdził, że (...) taki sposób określenia wynagrodzenia w postępowaniu o udzielenie zamówienia stanowi utartą praktykę rynkową i nie jest on kwestionowany. Okoliczność tę potwierdza również fakt, iż w analogiczny sposób jak w niniejszym postępowaniu wymagania dotyczące ceny sformułował Urząd Zamówień Publicznych w postępowaniu o dzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie i utrzymanie Portalu Internetowego Urzędu Zamówień Publicznych³. W pkt XVI 2. SWIZ postępowania w Urząd Zamówień Publicznych, jako Zamawiający w następujący sposób uregulował sposób obliczania ceny: Cena brutto za realizację całego zamówienia podana przez wykonawcę w ofercie, musi stanowić sumę wszystkich składników wycenionych przez wykonawcę, w Formularzu oferty, przy czym cena

za realizację I Etapu nie może przekraczać 50% wartości brutto całego zamówienia”. jego zdaniem, „Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia przygotowana przez Zamawiającego jest więc zgodna z przepisami prawa, zwyczajami oraz respektuje zasady dotyczące uczciwej konkurencji oraz jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia”. Podał, że „Kwestionowane wymaganie jest też uzasadnione potrzebami Zamawiającego, a konkretnie koniecznością należytej dbałości o bezpieczeństwo projektu poprzez odpowiedni rozkład jego finansowania. Jest oczywiste, że Wykonawcy są zainteresowani przeniesieniem jak największej części wynagrodzenia na część ryczałtową, jednakże takie podejście obniża prawdopodobieństwo odpowiedniego zaangażowania i należytej realizacji pozostałej części usług realizowanych w oparciu o zlecenia aktualizacji. Dodatkowo Zamawiający wskazuje, że przyjęty rozkład wynagrodzenia jest konsekwencją szacunków dotyczących rzeczywistego zaangażowania Wykonawcy w obie części zamówienia, dokonanych w oparciu o doświadczenia z poprzednich lat świadczenia analogicznych usług”.

Rozpoznając odwołanie Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

Odnosnie pierwszego zarzutu, dotyczącego naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust.1 ustawy Pzp, Izba ustaliła, że wykonawca wskazał w odwołaniu na wadliwy opis przedmiotu zamówienia - w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ i mających wpływ na sporządzenie ofert - albowiem brak jest określenia po stronie Zamawiającego terminów akceptacji i odbioru wszystkich produktów Aktualizacji, a mianowicie: AOP, dokumentacja, oprogramowanie, dokumentacja szkoleniowa, szkolenie, plan wdrożenia i PTA. Powyższe odniósł do formularza Zlecenia Aktualizacji tabeli – Pozostałe warunki zlecenia (punkty kontrolne realizacji Aktualizacji) [załącznik nr 2 do projektu umowy wg załącznika nr 5 do siwz]. Izba podzieliła pogląd Zamawiającego, że tylko w takim zakresie odwołanie w przedmiocie tego zarzutu może być rozpoznane. W związku bowiem z dyrektywą z art. 192 ust.7 ustawy Pzp w zw. z art. 180 ust.3 tej ustawy Izba orzeka tylko w granicach zarzutu podniesionego w odwołaniu, a odwołanie powinno wskazywać czynność, której dotyczy zarzut niezgodności z przepisami ustawy, a także okoliczności faktyczne odnoszące się do tego zarzutu.

Rozpoznając ten zarzut, Izba stwierdziła, że Procedura Odbioru stanowiąca Załącznik nr 1 do Umowy opisuje fazy odbioru dzieląc je na Etap I - odbiór oprogramowania ZSI i Dokumentacji oraz Etap II— Odbiór Szkolenia, Planu Wdrożenia i Wdrożenia. Opisuje także - tak jak podnosił Zamawiający - sposób dokonywania odbiorów oraz wymogi, jakie są konieczne do ich dokonania. W załączniku tym istotnie nie zostały wskazane terminy odbiorów obowiązujące Zamawiającego, albowiem zgodnie z formularzami stanowiącymi Załącznik nr 2 do Umowy - Procedura Realizacji Aktualizacji/Szkolenia" te terminy - z uwzględnieniem specyfiki odbieranego Produktu - są każdorazowo uzgadniane przez Strony Umowy. Z kolei Załącznik nr 2 do Umowy, zawiera formularze: „Zgłoszenie Aktualizacji”, „Zlecenie Aktualizacji”, „Zgłoszenie Szkolenia” oraz „Zlecenie Szkolenia”. Zamawiający chcąc zlecić wykonawcy wykonanie Aktualizacji bądź przeprowadzenie Szkolenia, zgodnie z pkt 1 Procedury realizacji Aktualizacji/Szkolenia przekaże wykonawcy dokument „Zgłoszenie Aktualizacji” bądź „Zgłoszenie Szkolenia”. Wykonawca na podstawie zgłoszenia będzie składał propozycję Warunków Wykonania Aktualizacji lub Szkolenia. Warunki Wykonania będą zawierały wycenę pracochłonności i czasu (w roboczogodzinach) niezbędnego dla wykonania Aktualizacji/Szkolenia. Ta propozycja będzie wymagała akceptacji Zamawiającego. Na podstawie zaakceptowanych Warunków Wykonania Kierownicy Projektu podpiszą dokument Zlecenia Aktualizacji/Szkolenia i prześlą ten dokument do zatwierdzenia Prezesowi ANR. W tym dokumencie Kierownicy Projektu obydwu stron Umowy ustalą zarówno termin przekazania jak i termin akceptacji Produktu Aktualizacji bądź Produktu Szkolenia. Izba podzieliła pogląd Zamawiającego, że terminy te będą ustalane w oparciu o przedstawioną przez Wykonawcę w Warunkach Wykonania wycenę pracochłonności danych prac i, że termin przekazania Produktu nie powinien być krótszy od czasu niezbędnego na jego wykonanie. Izba zgodziła się również ze stanowiskiem Zamawiającego, że omawiana procedura uzgodnień nie jest jedynie deklaracją Zamawiającego, lecz jest wymuszona przez treść formularza zlecenia Aktualizacji, stanowiącego załącznik do wzoru Umowy, który także przewiduje konieczność uzgodnienia terminu akceptacji Aktualizacji. Zatem warunki Wykonania Aktualizacji bądź przeprowadzenia Szkolenia określa w pierwszej kolejności wykonawca, decydując o oszacowaniu czasu niezbędnego do wykonania Produktu. Z kolei terminy określone w Zleceniu Aktualizacji/Szkolenia są uzgadniane wspólnie przez Strony na podstawie zaakceptowanych Warunków Wykonania przedstawionych przez wykonawcę. Izba, za zasadne uznała stanowisko Zamawiającego, że na etapie tworzenia SIWZ nie jest możliwe ustalenie terminów akceptacji dla konkretnych zleceń, chociażby dlatego, że na tym etapie nie jest znany ich zakres przedmiotowy i, że terminy te będą różne w zależności od charakterystyki i stopnia skomplikowania danego zlecenia. W momencie przystąpienia do prac przez wykonawcę terminy odbioru prac będą określone w danym Zleceniu. Zdaniem

Izby, obawy wykonawcy, że będzie on karany z tytułu „przedłużających się odbiorów po stronie Zamawiającego”, nie są uzasadnione. Izba zwraca uwagę, że zgodnie z warunkami Umowy, jeżeli produkt będzie należycie wykonany w momencie jego przekazania, to brak byłoby podstaw do naliczenia kar umownych. Powyższe – jak wskazał Zamawiający - potwierdza postanowienie ust. 3.2. pkt. lit. b SIWZ (powtórzone w § I ust. 1 lit. b wzoru Umowy), które stanowi, że „za termin wykonania danej Aktualizacji uważa się datę przekazania wszystkich produktów Aktualizacji wolnych od Wad”. Tym samym podnoszony w odwołaniu zarzut naruszenia art. 29 ust.1 w zw. z art. 7 ust.1 ustawy Pzp nie podlega uwzględnieniu.

Odnosnie drugiego zarzutu, dotyczącego kwestionowanego przez Odwołującego § 6 ust. 6 umowy Pzp i zawartego w nim zastrzeżenia [kwota ryczału określona w ust. 1 lit. a), stanowiąca wynagrodzenie z tytułu świadczenia usług utrzymania (§ 3 ust. 1 lit. a, ust. 2, 4, 5, 6) nie może przekroczyć 50% łącznego wynagrodzenia z tytułu realizacji niniejszej Umowy], Izba stwierdza przede wszystkim, że to wymaganie dotyczy w równym stopniu wszystkich podmiotów zainteresowanych udziałem w tym postępowaniu. Tym samym obiektywnie nie narusza zasady, o której mowa w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, stanowiącej o przeprowadzeniu postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Izba zwraca ponadto uwagę, że przedmiotem zamówienia jest jedna usługa [„Zakup usługi asysty technicznej i konserwacji przy eksploatacji oprogramowania Zintegrowanego Systemu Informatycznego w ANR (...)], obejmująca dwa świadczenia: utrzymanie oraz rozwój i wykonawcy są zobowiązani złożyć ofertę na kompleksowe świadczenie. Izba uznała argumentację Zamawiającego, że kwestionowane wymaganie [tzw. parytet 50 %] może być uzasadnione jego potrzebami, wynikającymi z konieczności należytej dbałości o bezpieczeństwo projektu i związany z tym odpowiedni rozkład finansowania tego zamówienia, a przyjęty rozkład wynagrodzenia jest konsekwencją szacunków dotyczących rzeczywistego zaangażowania wykonawcy w obie części zamówienia, dokonanych w oparciu o doświadczenia z poprzednich lat świadczenia analogicznych usług. Tym samym również nie podlega uwzględnieniu podnoszony w odwołaniu zarzut naruszenia art. 91 ust. 2 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz stosownie do postanowień § 3 pkt 2 lit. b) 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) na podstawie przedłożonego rachunku uwzględniono wniosek o zasądzenie na rzecz zamawiającego wynagrodzenie pełnomocnika w kwocie 3.600 zł.

.....