



Warszawa, 06 luty 2012 r.

**Prezes Krajowej Izby Odwoławczej**  
**Ul. Postępu 17A**  
**02-676 Warszawa**

**Zamawiający**  
 Ministerstwo Pracy i Polityki Społecznej  
 Ul. Nowogrodzka 1/3/5  
 00-513 Warszawa  
 tel. +48 22 661-17-58, faks +48 22 661-14-71  
 e-mail: elzbieta.sandomierska@mpips.gov.pl

**Odwołujący**  
 Asseco Poland S.A.  
 ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów  
 Biuro w Warszawie  
 tel +48 22 574 82 00 faks +48 22 574 82 74  
 e-mail: slawomir.walczak@asseco.pl  
 katarzyna.szymanowicz@asseco.pl

### ODWOŁANIE

W sprawie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Ministerstwo Pracy i Polityki Społecznej – dalej: „Zamawiający” - w trybie przetargu nieograniczonego w przedmiocie: „Wykonanie i wdrożenie Centralnego Systemu Informatycznego Zabezpieczenia Społecznego (CSIZS) w ramach projektu Emp@tia – Platforma komunikacyjna obszaru zabezpieczenia społecznego” (znak sprawy: 1/DI/PN/2012) - zwanego dalej „Postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2012/S 18-029082 w dniu 27/01/2012 r.

Działając na podstawie art. 180 ust. 1 w związku z art. 182 ust. 2 pkt 1) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz.U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, wykonawca Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie, zwany dalej „Odwołującym”, wnosi niniejszym odwołanie wobec treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”) w zakresie dotyczącym określenia przez Zamawiającego wynagrodzenia za wykonywanie modyfikacji Systemu wynikających z aktualizacji środowiska systemowego oraz ze zmian otoczenia prawnego (Załącznik nr 2 do SIWZ – Formularz Oferty – punkt 2 Tabelki zawartej w punkcie 3 oraz § 9 ust. 1 punkt 2) załącznika nr 5 do SIWZ – Wzór Umowy).

Asseco Poland SA Biuro w Warszawie, ul. Grójecka 127, 02-383 Warszawa, tel.: +48 22 574 82 00, fax: +48 22 574 82 74, http://www.asseco.pl, e-mail: info@asseco.pl, NIP: 522-000-37-82, REGON: 010334578 Sąd Rejonowy w Rzeszowie, XII Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego, KRS: 0000033391 Kapitał zakładowy w wysokości 77 565 530 PLN Jest opłacony w całości

Wzrostek Obsługi Klienta  
 Sławomir Walczak

Zdaniem Odwołującego, treść wskazanych powyżej zapisów SIWZ stanowi naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

- Art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez określenie przedmiotu zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
- Art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp poprzez określenie przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, a tym samym w sposób mogący utrudniać uczciwą konkurencję.
- Art. 353<sup>1</sup> KC w związku z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wykroczenie Zamawiającego poza zasadę swobody umów tj. ukształtowanie stosunku prawnego niezgodnie z zasadami współżycia społecznego;
- Art. 487 KC w związku z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wykroczenie Zamawiającego poza zasadę ekwiwalentności świadczeń stron wynikających z umowy wzajemnej.

Z uwagi na powyższe, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji SIWZ zgodnie z treścią uzasadnienia.

Odwołujący ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wyżej wymienionych przepisów, gdyż będąca przedmiotem odwołania treść SIWZ w zakresie dotyczącym przedmiotu zamówienia oraz kalkulacji wynagrodzenia uniemożliwia Odwołującemu złożenia rzetelnej i profesjonalnej oferty, a w konsekwencji konkurowania z innymi wykonawcami na równych zasadach.

#### Uzasadnienie

Zgodnie z treścią punktu 2.1.2) SIWZ Przedmiotem zamówienia jest m.in. „*świadczenie usługi utrzymania CSIZS przez 24 miesiące, polegającej na:*

- a) *Administrowaniu CSIZS*
- b) *Przyjmowaniu zgłoszeń awarii, błędów i usterek funkcjonowania CSIZS oraz na usuwaniu awarii CSIZS, błędów i usterek CSIZS w czasie zapewniającym wymaganą dostępność dla poszczególnych produktów;*
- c) *Świadczeniu usług helpdesk i udzielaniu konsultacji*
- d) *Wykonywaniu modyfikacji CSIZS wynikających z aktualizacji środowiska systemowego oraz ze zmian otoczenia prawnego*
- e) *Wykonywaniu modyfikacji CSIZS niewynikających ze zmian otoczenia prawnego.*”

Zgodnie natomiast z treścią Formularza ofertowego Wykonawcy zostali zobowiązani do określenia jednej ceny ryczałtowej za wszystkie elementy określone w punkcie 2.1.2 litera a) – d). Jedynie w zakresie punktu e) – wykonywanie modyfikacji CSIZS niewynikających ze zmian otoczenia prawnego, Zamawiający przewidział wynagrodzenie bazujące na cenach jednostkowych zaoferowanych przez Wykonawcę (osobogodziny).

W związku z powyższym zasadne jest stwierdzenie, iż treść SIWZ jest niezgodna z art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp, a w konsekwencji z zasadami udzielania zamówień publicznych

wynikającymi z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp tj. zasadą równego traktowania oraz uczciwej konkurencji.

Z treści art. 29 ust. 1 ustawy Pzp wynika, iż przedmiot zamówienia należy opisywać:

- w sposób jednoznaczny i wyczerpujący,
- za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń,
- uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Nie ulega wątpliwości, że przedmiot zamówienia obejmuje zarówno prace o ściśle określonym zakresie (pkt od a) do c)), co do których zasadnym jest ustalenie wynagrodzenia ryczałtowego, jak i prace, których zakres jest niemożliwy do określenia, ani na etapie składania ofert, ani w trakcie realizacji zamówienia, aż do jego zakończenia (pkt d) i e)). Jest to niemożność obiektywna i nieprzewidywalna, zarówno dla Zamawiającego, jak i Wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. Nikt nie jest obecnie (przed składaniem ofert) w stanie przewidzieć choćby przybliżonego zakresu usług w zakresie przyszłych modyfikacji Systemu.

Zamawiający zdaje sobie najwyraźniej sprawę z charakteru tych usług, przewidując ruchome, kosztorysowe wynagrodzenie Wykonawcy z tytułu modyfikacji wynikających ze zmian innych, niż zmiany prawne (pkt e)). Niezrozumiałe jest natomiast odrębne potraktowanie zmian wynikających z aktualizacji środowiska systemowego oraz ze zmian otoczenia prawnego (pkt d)). Tymczasem zmiany te są równie nieprzewidywalne, jak pozostałe zmiany. Zamawiający, próbując doprecyzować możliwy zakres zmian prawnych wskazał w treści załącznika nr 1 do SIWZ stanowiącego opis przedmiotu zamówienia (s. 9-17) - i to jedynie przykładowo - blisko 100 aktów prawnych, co do których Wykonawcy mają obowiązek modyfikacji CSiZS. Nie wiadomo jednak, które z tych aktów mają się zmienić i w jakim zakresie. Tym bardziej nie jest możliwy do oszacowania zakres pracy Wykonawcy konieczny do poniesienia dla uwzględnienia tych zmian. Otwarta lista aktów prawnych w żaden sposób nie pozwala na określenie zakresu prac Wykonawcy i - w konsekwencji - na określenie wynagrodzenia, które byłoby ekwiwalentne do przedmiotu zamówienia. W konsekwencji, trudno wyobrazić sobie, aby oferty składane przez wykonawców były porównywalne, co następnie może uniemożliwić wybór oferty najkorzystniejszej.

Zdaniem Odwołującego, wynikający z treści SIWZ zakres zobowiązania wykonawcy z tytułu realizacji zamówienia, za wykonanie którego przysługiwać mu będzie wynagrodzenie ryczałtowe narusza wyrażoną w art. 487 §2 kodeksu cywilnego zasadę ekwiwalentności świadczeń stron wynikających z umowy wzajemnej. Treść tego przepisu w powiązaniu z dyspozycją art. 29 ust. 1 ustawy Pzp przesądza, iż trudno mówić o ekwiwalentności świadczeń w sytuacji, w której wykonawca kalkulując cenę swojej oferty nie jest w stanie odnieść jej do dającego się przewidzieć zakresu usług.

Sprzeczność przyjętego przez Zamawiającego sposobu określenia/opisu przedmiotu zamówienia z przepisami ustawy Pzp znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. W tym miejscu przywołać należy treść następujących orzeczeń Izby:

- wyrok z dnia 2 marca 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 184/10 w którym stwierdzono m.in.:
  - „[...] Izba nie podziela stanowiska zamawiającego, że jeżeli strony umówiły się na wynagrodzenie ryczałtowe, to uzgodniona cena ryczałtowa należy się za całą, zarówno znany, jak i nie znany dokładnie od początku przedmiot zamówienia”.
  - „Kwestionowane postanowienia SIWZ narzucają takie warunki, iż każdy z wykonawców będzie mógł inaczej identyfikować poszczególne ryzyka, co może prowadzić do złożenia nieporównywalnych ofert, a tym samym naruszenia art. 7 Pzp,

zgodnie z którym zamawiający ma obowiązek przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców w zgodności z przepisami ustawy Pzp."

- Wyrok z dnia 14 lipca 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 812/09, KIO/UZP 833/09 w którym stwierdzono m.in.:
  - „Art. 29 ust. 1 Pzp nakazuje dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący. W wyniku udzielenia zamówienia – strony powinny zawrzeć umowę na z góry określony przedmiot zamówienia, który powinien być opisany zgodnie z art. 29 Pzp. Natomiast zamawiający obwarował opis przedmiotu zamówienia zdarzeniami przyszłymi i niezdefiniowanymi (wskazane przez odwołujących w pkt 7.4.3 Opisu przedmiotu zamówienia, § 3 ust. 2.1 Wzoru umowy, pkt 9 Wyceny opracowania), które jednak z dużym prawdopodobieństwem wystąpią w trakcie wykonywania przedmiotu zamówienia (np. nieprzewidziane wyniki konsultacji społecznych czy niewiadome kierunki rozwiązań legislacyjnych, a w tym wewnętrznych uregulowań samego zamawiającego), że w rzeczywistości opis przedmiotu zamówienia staje się dalece niewyczerpujący i nie pozwalający na sporządzenie rzetelnej, profesjonalnej oferty”.

Mając na uwadze wskazane powyżej okoliczności Odwołujący wnosi o wyłączenie wynagrodzenia Wykonawcy za modyfikacje Systemu wynikające z aktualizacji środowiska systemowego oraz ze zmian otoczenia prawnego z wynagrodzenia ryczałtowego i o przyjęcie dla tego zakresu zamówienia wynagrodzenia kosztorysowego w jednym z dwóch wariantów:

- 1) poprzez zastosowanie metody punktów funkcyjnych lub
- 2) poprzez odniesienie do nakładu pracy (stawki godzinowej lub dniówkowej).

Odwołujący w pierwszej kolejności wnosi o zastosowanie metody punktów funkcyjnych, gdyż jest to metoda bardziej obiektywna. Również w zakresie innych zmian (pkt e)), zdaniem Odwołującego, Zamawiający powinien rozważyć zastosowanie tej metody. Alternatywnie Odwołujący wnosi o objęcie zmian prawnych tą samą metodą rozliczeń, jaką Zamawiający przewidział do rozliczania innych zmian (stawka godzinowa) i – w konsekwencji – o zwiększenie puli godzin przewidzianych na rozliczanie modyfikacji Systemu.

Odwołujący wnosi również o odpowiednie dostosowanie powyższych zmian do wzoru umowy (§ 9 ust. 1 pkt 3) stanowiącego załącznik do SIWZ.

Zważywszy, że pierwotne ukształtowanie przedmiotu zamówienia oraz zasad kalkulacji jednego z elementów ceny oferty uniemożliwia Wykonawcom dokonanie kalkulacji ceny oferty i spowoduje złożenie nieporównywalnych, nieodpowiadających przedmiotowi zamówienia ofert, Odwołujący wnosi jak na wstępie.

Z poważaniem

Kierownik Obsługi Klienta

Stawomir Walczak

Załączniki:

- 1) dowód uiszczenia wpisu,
- 2) dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu,
- 3) odpis z Krajowego Rejestru Sądowego,
- 4) pełnomocnictwo do złożenia ww. odwołania.