

Poznań, dnia 27 grudnia 2018 roku

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

Odwołujący: **Softiq sp. z o.o.**
ul. Robotnicza 2
44-100 Gliwice
tel.: +48 32 72 32 326,
faks: +48 32 32 31 355
e-mail: biuro@softiq.pl

Zamawiający: **Ministerstwo Rodziny, Pracy i Polityki Społecznej**
ul. Nowogrodzka 1/3/5
00-513 Warszawa
tel.: +48 22 661-14-90
faks: +48 22 661-14-71,
email: zamowienia@mrpips.gov.pl
<https://www.gov.pl/web/rodzina/bip-postepowanie-o-udzielenie-zamowienia-publicznego>

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „*Usługi dotyczące systemu Broker SI PSZ*” znak sprawy: 44/DI/PN/2018” („zwane dalej „**Zamówieniem**”).

ODWOŁANIE

Działając w imieniu wykonawcy Softiq sp. z o.o. (zwanego dalej „**Odwołującym**”), w oparciu o załączone pełnomocnictwo, na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2018 r., poz. 1986, zwanej dalej „**Pzp**”):

1. wnoszę odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegających na sformułowaniu treści wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 5 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanego dalej „**SIWZ**”), w sposób niezgodny z przepisami Pzp w zakresie:
 - 1.1. nałożenia na wykonawców obowiązku dokonywania w ramach usługi rozwoju dostarczania kolejnych wersji Broker SI PSZ, w których wykonane zostaną zmiany wynikające ze zmian prawnych (§ 5 ust. 1 pkt 3 wzoru

umowy), w ramach wynagrodzenia ryczałtowego określonego w § 9 ust. 2 pkt 2), zamiast wynagrodzenia rozliczanego za roboczogodziny, określonego w § 9 ust. 2 pkt 1) wzoru umowy i tym samym przerzucenie całego ryzyka na wykonawców,

- 1.2. opisu przedmiotu zamówienia tj. nieprecyzyjne i niedokładne opisanie przedmiotu Zamówienia, co uniemożliwia przeprowadzenie prawidłowej wyceny przedmiotu Zamówienia oraz narusza zasady uczciwej konkurencji,
2. zaskarżonej czynności Zamawiającego zarzucam naruszenie:
 - 2.1. art. 7 ust. 1 Pzp, art. 5 Kc, art. 29 ust. 1 i 2 Pzp oraz 632 § 1 Kc, art. 353¹ Kc w zw. z art. 14 Pzp i 139 ust. 1 Pzp, poprzez dokonanie opisu przedmiotu Zamówienia w sposób niedokładny, niewyczerpujący, bez uwzględnienia wszystkich okoliczności, które mogą mieć wpływ na sporządzenie oferty, a tym samym uniemożliwiający dokonanie wyceny oferty oraz naruszenie równości stron stosunku cywilnoprawnego oraz przekroczenie zasady swobody umów w wyniku przerzucenia ryzyka realizacji Zamówienia na wykonawcę tj. obciążenia wykonawcy ryzykiem dokonywania zmian w przedmiocie Zamówienia wynikających ze zmian prawnych w ramach usługi rozwoju, w ramach wynagrodzenia ryczałtowego bez możliwości jego zwiększenia;
3. z uwagi na powyższe zarzuty wnoszę o:
 - 3.1. uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu zmiany wzoru umowy w taki sposób, że zmiany wynikające ze zmian prawnych, o których mowa w § 5 ust. 1 pkt 3) wzoru umowy rozliczane będą tak jak zmiany określone w § 5 ust. 1 pkt 1) i 2) wzoru umowy tj. zgodnie z § 9 ust. 2 pkt 1) wzoru umowy, czyli za roboczogodziny świadczenia usług,
 - 3.2. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji według przedstawionych na rozprawie rachunków,
4. **ponadto wskazuję, że:**
 - 4.1. przedmiotem Zamówienia są usługi (CPV 72000000);
 - 4.2. ogłoszenie o Zamówieniu ukazało się w Dz. U. UE z dnia 20.12.2018 r., pod numerem Dz.U./S S245 561148-2018-PL.

UZASADNIENIE

1. [warunki formalne odwołania]

- 1.1. Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej dnia 20.12.2018 r. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego.
- 1.2. W konsekwencji termin na złożenie odwołania dotyczącego treści SIWZ upływa 30.12.2018 r. Z uwagi na fakt, iż termin ten przypada w niedzielę, ulega on przesunięciu do dnia 31.12.2018 r. Zatem niniejsze odwołanie składane jest w przepisany 10-dniowym terminie.

- 1.3. Odwołujący wskazuje, że wpis od odwołania w kwocie stosownej do dyspozycji § 1 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości oraz zasad pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z dnia 15 marca 2010 r., nr 41, poz. 238) został uiszczony na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych.
- 1.4. Odwołujący, zgodnie z treścią art. 180 ust. 5 ustawy Pzp, przesłał kopię odwołania do Zamawiającego za pośrednictwem poczty elektronicznej.

2. [interes w korzystaniu ze środka ochrony prawnej]

- 2.1. Odwołujący ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. Odwołujący prowadzi działalność w zakresie świadczenia usług zbieżnych z przedmiotem Zamówienia, a tym samym jest podmiotem żywo i bezpośrednio zainteresowanym w uzyskaniu Zamówienia. W swojej dotychczasowej praktyce Odwołujący realizował wiele takich zamówień, których przedmiot był zbliżony do zakresu Zamówienia.
- 2.2. W związku z powyższym, Odwołujący posiada wymagane doświadczenie, wiedzę i zasoby potrzebne do ubiegania się o Zamówienie. Tymczasem naruszenia Pzp, jakich dopuścił się Zamawiający, uniemożliwiają Odwołującemu ubieganie się o Zamówienie.
- 2.3. Niezgodne z zasadami uczciwej konkurencji i przepisami prawa sformułowanie przez Zamawiającego postanowień SIWZ nie pozwalają na złożenie rzetelnej oferty. Wykonawca nie będzie mógł złożyć oferty w postępowaniu, a zatem nie będzie miał możliwości uzyskać Zamówienia. To w sposób oczywisty spowodować może szkodę w majątku Odwołującego, który nie osiągnie przychodu i zysku na poziomie zakładanej przez niego oferty cenowej.
- 2.4. Uwzględnienie odwołania doprowadzi do wyeliminowania powyższego, co pozwoli Odwołującemu na złożenie oferty na warunkach zgodnych z zasadami uczciwej konkurencji.

3. [uzasadnienie prawne]

A. Opis stanu faktycznego

- 3.1. Zgodnie z § 2 ust. 1 wzoru umowy, przedmiot umowy stanowią:
 - 1) usługi rozwoju Broker SI PSZ;**
 - 2) usługi administrowania oraz usuwania awarii i błędów Broker SI PSZ;
 - 3) usługi wsparcia Użytkowników, w tym świadczenia usług dotyczących Broker SI PSZ:
 - a) helpdesk;
 - b) konsultacji grupowych.
- 3.2. Zgodnie z § 5 ust. 1 wzoru umowy, w ramach usługi rozwoju Wykonawca zobowiązuje się dostarczać Zamawiającemu kolejne wersje Broker SI PSZ, w których zostaną wykonane zmiany:
 - 1) wynikające z wymagań zdefiniowanych przez Zamawiającego na dzień zawarcia umowy, wyszczególnionych w rozdziale 5 załącznika nr 2 do umowy;

- 2) wynikające z potrzeb i wymagań funkcjonalnych Użytkowników;
- 3) wynikające ze zmian prawnych;**
- 4) wynikające z aktualizacji platformy sprzętowo-systemowej – upgrade oprogramowania, modernizacja platformy sprzętowo-systemowej;
- 5) wynikające z modernizacji technologicznej Broker SI PSZ, opisanej w rozdziale 6 załącznika nr 2 do umowy.

3.3. Stosownie do treści § 9 ust. 1 i 2 wzoru umowy za wykonanie przedmiotu umowy Zamawiający zapłaci Wykonawcy wynagrodzenie maksymalnie do kwoty (słownie:), w której zawarta jest kwota podatku od towarów i usług obliczona według ustalonych ustawowo stawki i zasad (VAT). Wynagrodzenie, o którym mowa w ust. 1, płatne będzie w sposób następujący:

- 1) za wykonanie przedmiotu umowy w zakresie, o którym mowa w § 5 ust. 1 pkt 1 i 2 – do łącznej kwoty z VAT zł (słownie:), przy czym wynagrodzenie za dany okres rozliczeniowy będzie obliczone jako iloczyn liczby roboczogodzin świadczenia usługi i ceny jednostkowej za roboczogodzinę, która wynosi zł z VAT (słownie:);
- 2) za wykonanie przedmiotu umowy w zakresie, o którym mowa w § 5 ust. 1 pkt 3 i 4 – w formie ryczałtu w łącznej kwocie z VAT zł (słownie:), przy czym wynagrodzenie za każdy z 15 trzymiesięcznych okresów świadczenia usług będzie wynosić zł z VAT (słownie:), a za jeden dwumiesięczny okres świadczenia usług będzie wynosić zł z VAT (słownie:);**
- 3) za wykonanie przedmiotu umowy w zakresie, o którym mowa w § 5 ust. 1 pkt 5, w kwocie z VAT zł (słownie:) – wynagrodzenie jednorazowe;
- 4) za wykonanie przedmiotu umowy w zakresie, o którym mowa w § 2 ust. 1 pkt 2 – w formie ryczałtu w łącznej kwocie z VAT zł (słownie:), przy czym wynagrodzenie za każdy z 15 trzymiesięcznych okresów świadczenia usług będzie wynosić zł z VAT (słownie:), a za jeden dwumiesięczny okres świadczenia usług będzie wynosić zł z VAT (słownie:);
- 5) za wykonanie przedmiotu umowy w zakresie, o którym mowa w § 2 ust. 1 pkt 3 lit. a – w formie ryczałtu w łącznej kwocie z VAT zł (słownie:), przy czym wynagrodzenie za każdy z 15 trzymiesięcznych okresów świadczenia usług będzie wynosić zł z VAT (słownie:), a za jeden dwumiesięczny okres świadczenia usług będzie wynosić zł z VAT (słownie:);
- 6) za wykonanie przedmiotu umowy w zakresie, o którym mowa w § 2 ust. 1 pkt 3 lit b – do łącznej kwoty z VAT zł (słownie:), przy czym płatność za dany okres rozliczeniowy będzie obliczona jako iloczyn liczby osób, które uczestniczyły w konsultacjach grupowych i ceny jednostkowej za uczestnika konsultacji grupowych, która wynosi zł z VAT (słownie:);

3.4. Z powyższego wynika, iż zmiany wynikające ze zmian prawnych rozliczane mają być w ramach wynagrodzenia ryczałtowego, odrębnie określonego przez wykonawcę.

B. Brak jednoznacznego i dokładnego opisu przedmiotu zamówienia

- 3.5. Zgodnie z art. 29 ust. 1 Pzp, *Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.*
- 3.6. Powyższy przepis stawia Zamawiającemu wymóg opisywania przedmiotu zamówienia w taki sposób, aby wykonawca na etapie wyceny oferty posiadał wiedzę o **wszystkich wymaganiach i okolicznościach mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty**. Przekazany wykonawcom opis określać musi zakres świadczenia wykonawcy w sposób umożliwiający rzetelną jego wycenę.
- 3.7. Celem wprowadzenia art. 29 ust. 1 Pzp było więc ułatwienie wykonawcom sporządzania ofert. Specyfika zamówień publicznych prowadzi bowiem do zachwiania klasycznej zasady prawa cywilnego, tj. zasady równowagi stron stosunku umownego (art. 353¹ kc). Zamawiający tworząc bowiem całą dokumentacją przetargową narzuca w całości warunki umowy oraz sposób realizacji zamówienia. Przynajmniej to można do wzoru umowy, na gruncie kodeksu cywilnego, z tym jednak zastrzeżeniem, że wykonawcy nie mogą indywidualnie negocjować odstępstw od tego wzoru.
- 3.8. W świetle powyższego, tym bardziej istotne jest, by wykonawca na etapie sporządzania oferty miał pełną świadomość zakresu zobowiązania, które na siebie przyjmuje. Brak tej świadomości, uniemożliwia prawidłowe sporządzenie oferty, co w każdym wypadku powodować będzie szkodę dla zamawiającego. W wypadku bowiem, gdy wykonawca zbyt wysoko oszacuje ryzyka związane z realizacją zamówienia, Zamawiający zapłaci wyższą kwotę za wykonanie zamówienia, niż by zapłacił przy precyzyjnym opisie zamówienia. Jeżeli zaś wykonawca zbyt nisko oszacuje cenę ofertową, to i tak będzie on dążył do osiągnięcia zysku na zakładanym poziomie, wskutek czego prace przez niego świadczone będą często wykonywane w większym pośpiechu oraz z zastosowaniem materiałów gorszej jakości. Cel wykonawcy (osiągnięcie zysku) jest bowiem sprzeczny z celem zamawiającego (prawidłowa realizacja zamówienia).
- 3.9. Art. 29 Pzp wskazuje sposób, w jaki należy opisać przedmiot zamówienia. Nie wskazuje jednak, jakie dokumenty składają się na ukształtowanie tego przedmiotu, tj. jaki jest możliwy zakres zaskarżenia dokumentów pochodzących od Zamawiającego.
- 3.10. W doktrynie panuje dość jednoznaczne stanowisko, że przedmiotem zaskarżenia (w zamówieniach ponadprogowych) mogą zostać objęte wszystkie dokumenty składające się na dokumentację przetargową, w tym wzór umowy. To one kształtują bowiem warunki przetargowe. Inne stanowisko prowadziłoby do absurdalnych sytuacji, w których Zamawiający mogliby w lakoniczny sposób formułować SIWZ, przerzucając niekorzystne dla wykonawców lub zagrażające konkurencji warunki do innych dokumentów przetargowych.
- 3.11. Potwierdza to także dyspozycja art. 36 ust. 1 Pzp, zgodnie z którą SIWZ zawiera co najmniej opis przedmiotu zamówienia (art. 36 ust. 1 pkt 3 Pzp), a także wzór

umowy (art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp). Wskazuje to, że opisanie przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia, o którym mowa w art. 29 Pzp, odbywa się co najmniej poprzez ww. trzy dokumenty, tj. SIWZ, OPZ, oraz wzór umowy. Dokumenty te są bowiem komplementarne, wzajemnie się one uzupełniają.

3.12. Powyższe wskazuje, że oparcie odwołania na zarzucie naruszenia art. 29 Pzp może obejmować swoim zakresem zaskarżenia tak same postanowienia SIWZ, jak i postanowienia OPZ czy wzoru umowy.

C. Brak uzasadnienia dla przyjęcia rozliczania ryczałtowego

3.13. Należy wskazać, że zgodnie z przyjętą we wzorze definicją, poprzez zmiany prawne należy rozumieć zmiany w Broker SI PSZ wynikające z uchwalonej lub wydanej przez właściwy organ zmiany powszechnie obowiązujących aktów prawnych, bądź uchwalenia lub wydania przez właściwy organ nowych aktów prawnych powodujących konieczność modyfikacji Broker SI PSZ (§ 1 pkt 23 wzoru umowy).

3.14. Dotychczasowa obsługa systemu Broker oparta była o rozliczanie zmian prawnych w ramach wynagrodzenia za roboczogodziny. Rozliczanie takie następowało tak jak zmiany wynikające z potrzeb i wymagań funkcjonalnych Zamawiającego tj. w razie wystąpienia zmiany prawnej wykonawca wydawał odpowiednie polecenie zmiany, a wykonawca rozliczał je według zaoferowanej stawki za roboczogodziny. Powodowało to, iż w sytuacji braku zmian Zamawiający nie płacił zbędnego ryczałtu, natomiast w razie znacznych zmian pozwalało wykonawcy zabezpieczyć się przed ryzykiem niedoszacowania zamówienia, z uwagi na nieprzewidywane zdarzenia jakim są zmiany prawne. Rozwiązanie to rozkładało więc w sposób sprawiedliwy ryzyka związane z realizacją umowy.

3.15. W obecnym postępowaniu nastąpiła istotna zmiana. W aktualnym modelu, to wykonawca ponosi ryzyko wynikające z konieczności oszacowania wynagrodzenia przy czym, co ważne czynnik wpływający na to wynagrodzenie po pierwsze nie wynika z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, po drugie szacowanie takie jest trudne w ramach ryczałtu, zwłaszcza w perspektywie 4 lat obowiązywania umowy i zmienności systemu prawnego.

3.16. System informatyczny Broker jest połączony z wieloma systemami publicznych służb zatrudnienia. Jest sercem dla całego systemu informatycznego. Zmiany dokonywane w tym systemie są bardzo zależne od zmian w innych systemach informatycznych. Oznacza to, iż jakakolwiek zmiana prawna wpływająca na inne systemy powiązane będzie miała bezpośrednie przełożenie na system Broker. Co więcej skala tych zmian może być znacząca i często prowadzi do fundamentalnych zmian w systemie, wymagających wielu godzin pracy wykonawcy.

3.17. W załączniku nr 2 do wzoru umowy (PROCEDURA ROZWOJU BROKERA SI PSZ) wskazane zostały akty prawne wpływające na system Broker. Jest tam blisko 40 aktów prawnych, których częstotliwość zmian jest znacząca. Co więcej jest to lista aktów prawnych na dzień zawarcia umowy. Ich liczba może się więc zmienić. Dodatkowo w załączniku tym wskazane zostało, iż **„Obecnie trwają prace nad**

ustawą o rynku pracy oraz aktami wykonawczymi do tej ustawy, które zastąpią ustawę z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy, rozporządzenie Ministra Gospodarki i Pracy z dnia 27 października 2004 r. w sprawie rejestru. W chwili uchwalenia ww. aktów prawnych, staną się one aktami obowiązującymi, regulującymi kwestie funkcjonalności i zakresy danych Brokera SI PSZ.” Już tylko ta zmiana może spowodować ogromny nakład pracy, którego nie da się w sposób dokładny oszacować za pomocą wynagrodzenia ryczałtowego, zwłaszcza, że na chwilę obecną nie jest znany zakres i ostateczna wersja ustawy i rozporządzeń wydanych na mocy tej ustawy.

- 3.18. Podkreślić należy, że niezależnie od posiadania uprzywilejowanej pozycji uprawnienie Zamawiającego do ustalenia warunków umowy nie ma jednak charakteru absolutnego. *„Zamawiający przygotowując i prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w tym kształtując treść postanowień umownych, powinien kierować się naczelną zasadą prawa zamówień publicznych, tj. określoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasadą zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie powinny mieć negatywnego wpływu na konkurencję pomiędzy wykonawcami poprzez jej ograniczenie czy zakłócenie. Taka sytuacja będzie występować między innymi w przypadku obciążenia wykonawcy umowy w sprawie zamówienia publicznego nadmiernym ryzykiem kontraktowym, którego prawidłowe oszacowanie będzie bardzo trudne lub wręcz niemożliwe. Jest bowiem rzeczą oczywistą, iż obciążenie wykonawcy ryzykiem kontraktowym wywołuje konsekwencje na gruncie szacowania kosztów realizacji zamówienia, co ostatecznie przekłada się na cenę oferty. Jeżeli zatem zamawiający obciąży drugą stronę przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego nadmiernym i trudnym do oszacowania ryzykiem kontraktowym, to efektem tego będzie złożenie ofert nieporównywalnych, w których ww. ryzyko zostało oszacowane w sposób znacząco odmienny, jak i z pewnością zmniejszeniem kręgu potencjalnych wykonawców. Tym samym dojdzie do zakłócenia konkurencji pomiędzy wykonawcami. Kolejnym, niemniej istotnym zagrożeniem jest sytuacja „przeszacowania” cen ofertowych przez wykonawców, którzy nie znając dokładnie skali nałożonego na nich ryzyka, będą go szacować na bezpiecznym, a zatem wysokim poziomie.”¹*
- 3.19. W niniejszej sprawie Zamawiający przerzucił ciężar ryzyka oszacowania takich zmian na wykonawców (bez względu na ich ilość, niemożliwą do przewidzenia), i to w sytuacji, gdy nie mają oni na to żadnego wpływu, a co więcej których inicjatorem często jest sam Zamawiający.
- 3.20. W sytuacji rozliczania godzinowego ryzyko rozłożone jest sprawiedliwie tj. Zamawiający nie płaci za godziny w ramach ryczałtu, które nie zostały faktycznie wypracowane, a wykonawca ma szansę uzyskania wyższego wynagrodzenia w razie intensyfikacji prac.
- 3.21. Przyjęcie wynagrodzenia ryczałtowego spowoduje pozbawienie wykonawcy prawa do zwiększenia wynagrodzenia nie tylko ze względu na treść art. 632 § 1

¹ tak KIO w wyroku z dnia 22.10.2018 r. (KIO 2030/18).

Kc, ale także wobec braku możliwości dokonania zmiany umowy w trybie art. 144 Pzp.

3.22.Z uwagi na powyższe odwołanie niniejsze jest w pełni uzasadnione.



/radca prawny Filip Kolarczyk/

Załączniki:

1. pełnomocnictwo,
2. dowód uiszczenia opłaty skarbowej od pełnomocnictwa,
3. informacja z KRS dotycząca Odwołującego,
4. dowód uiszczenia wpisu od odwołania,
5. dowód doręczenia Zamawiającemu kopii odwołania.