

Sygn. akt: KIO 845/15

**POSTANOWIENIE**

**z dnia 6 maja 2015 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Andrzej Niwicki**

Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron dnia 6 maja 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 kwietnia 2015 r. przez wykonawcę **Comarch S.A. z siedzibą w Krakowie** w postępowaniu prowadzonym przez **RWE Stoen Operator sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**

**postanawia:**

1. umorzyć postępowanie odwoławcze;
2. nakazać zwrot z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **Comarch S.A. z siedzibą w Krakowie** kwoty **13 500 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy), stanowiącej 90% uiszczonego wpisu.

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 niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

## **Uzasadnienie**

Zamawiający; RWE Stoen Operator Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie prowadzi w trybie przetargu ograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostarczenie i wdrożenie zintegrowanego Systemu informatycznego - centralnej aplikacji CBO (Centralnej Bazy Odczytowej, wraz z systemem klasy MDMS (Meter Data Management System)”, ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 24 grudnia 2013 r. pod numerem 2013/S 249-437896

Odwołujący: Comarch S.A. z siedzibą w Krakowie, wniósł odwołanie wobec treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 29 ust. 1 pzp oraz art. 353.1 kodeksu cywilnego w związku z art. 139 ust. 1 pzp poprzez wprowadzenie do siwz postanowień niejasnych, niejednoznacznych, a także wprowadzających znaczną nierównowagę stron stosunku zobowiązaniowego - szczegółowo przywołanych w treści uzasadnienia odwołania;

2) art. 29 ust. 1 pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niewyczerpujący, bez uwzględnienia wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na przygotowanie oferty - szczegółowo przywołanych w treści uzasadnienia odwołania.

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji siwz zamówienia w sposób określony w uzasadnieniu odwołania.

Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, ponieważ jest podmiotem zdolnym do jego wykonania, posiadającym w tym zakresie odpowiednie kompetencje i doświadczenie. Poprzez naruszenie przepisów ustawy w sposób określony w uzasadnieniu odwołania Odwołujący może być pozbawiony możliwości złożenia oferty.

Zamawiający przekazał Odwołującemu treść siwz pocztą elektroniczną w dniu 14 kwietnia 2015 r., (wydruk wiadomości e-mail stanowi załącznik do odwołania).

Odwołujący wnosi o:

1) doprecyzowanie definicji Błędu klasy A i Błędu klasy B, aby opisy tych błędów się nie pokrywały (poprzez odesłanie do procesów biznesowych i funkcjonalności Systemu określonych w odpowiednich miejscach OPZ);

2) rezygnację z pojęć ocennych lub w odpowiednich przypadkach ich doprecyzowanie, np. poprzez określenie procesów biznesowych i funkcjonalności kluczowych dla Zamawiającego);

3) usunięcie z Załączników nr 3 i 8 do umowy postanowień, które wykraczają poza definicję Błędu, ponieważ nie będzie możliwe zakwalifikowanie nieprawidłowości

nieokreślonych w definicjach Błędu do określonej klasy Błędu i w konsekwencji przypisanie tej nieprawidłowości odpowiedniego SLA.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie przedstawił następujące stanowisko:

1/ Zarzuty opisane w pkt 1 uzasadnienia odwołania nie zasługują na uwzględnienie zgodnie z żądaniem odwołującego, jednak zamawiający częściowo zgada się ze stanowiskiem w odwołaniu i stwierdza, że żądanie usunięcia z definicji błędu całego pkt 2 nie jest możliwe, ponieważ część ta precyzuje, że przez Błąd należy rozumieć także stan niedziałania Systemu, niezależnie od przyczyn takiego działania.

Zamawiający świadomie ukształtował w ten sposób definicję, ponieważ jego oczywistym celem jest uzyskanie działającego, gotowego rozwiązania i nie może w szczególności dokonać odbioru rozwiązania niesfunkcjonującego w całości lub w części. Byłoby to sprzeczne nie tylko z podstawowymi celami biznesowymi zamawiającego, lecz także z ogólną konstrukcją umowy o dzieło, o którą oparty jest przedmiotowy projekt umowy i zgodnie z którą wykonawca na zasadzie ryzyka odpowiada za osiągnięcie umówionego rezultatu.

Chcąc uniknąć jakichkolwiek wątpliwości w przedmiotowym zakresie zamawiający dokona zmiany załącznika nr 4 do siwz – Wzór umowy, prowadzącej do jednoznacznego stwierdzenia, że jeżeli przyczyną odmowy odbioru jest stwierdzenie Błędów, które wystąpiły z przyczyn leżących po stronie zamawiającego lub osób trzecich, za które zamawiający ponosi odpowiedzialność, to wykonawca nie jest zobowiązany do zapłaty kar umownych za zwłokę w dokonaniu danego odbioru. Jest też oczywiste, że wykonawca z tytułu tego rodzaju zdarzeń nie może ponosić odpowiedzialności na zasadach ogólnych, ponieważ Błędy spowodowane przez zamawiającego lub osoby trzecie nie są z pewnością zawinionymi przyczynami nienależytego wykonania umowy (tu – opóźnienia).

2/ Zarzuty opisane w pkt 2 uzasadnienia odwołania w ocenie zamawiającego częściowo zasługują na uwzględnienie.

Zamawiający zgadza się z odwołującym, iż sformułowanie „kluczowy dla zamawiającego” proces biznesowy oraz „kluczowa dla zamawiającego” funkcjonalność, są o tyle nieprecyzyjne, że powodują wątpliwość, czy klasyfikacja danego Błędu nie zależy wyłącznie od uznania zamawiającego i w związku z tym mogą prowadzić do niejasnych relacji pomiędzy definicjami. W związku z tym zamawiający zrezygnuje z pojęć „kluczowe dla zamawiającego” procesy i funkcjonalności oraz wprowadzi do załącznika nr 4 do siwz - wzoru umowy, następujące definicje:

a/ Kluczowy proces: procesy biznesowe: Opis przedmiotu zamówienia, to jest: zarządzanie danymi pomiarowymi, bilansowanie handlowe, bilansowanie techniczne i zarządzanie

systemem, zgodnie z ich opisem dokonany w załączniku nr 1 do siwz – Opis przedmiotu zamówienia.

b/ Kluczowa funkcjonalność – funkcjonalność realizowana w ramach krytycznego procesu biznesowego.

Co do pozostałych zarzutów z pkt 2 uzasadnienia odwołania, zamawiający nie podziela stanowiska odwołującego, w szczególności stwierdza, że nie jest możliwe sprowadzenie gwarancji jakości i utrzymania Systemu wyłącznie do kwestii usuwania Błędów, jak oczekuje tego odwołujący. 3/ Zamawiający uwzględni zarzut opisany pkt 3 uzasadnienia odwołania i dokona modyfikacji załącznika nr 4 do siwz – wzór umowy, zgodnie z żądaniem odwołującego.

4/ Zamawiający uwzględni zarzut opisany pkt 4 uzasadnienia odwołania i dokona modyfikacji załącznika nr 4 do siwz – wzór umowy, zgodnie z żądaniem odwołującego.

5/ Zarzuty opisane w pkt 5 uzasadnienia odwołania nie zasługują na uwzględnienie. Zamawiający stwierdza, że kwestionowane zapisy, zamieszczone w § 4 „podstawowe zasady realizacji umowy”, mają charakter ogólnych wytycznych dla wykonawcy i jest oczywiste, że są to bardziej zasady interpretacyjne, niż skonkretyzowane zobowiązania. Na taki charakter kwestionowanych zapisów wskazuje nie tylko ich redakcja, lecz także ich zamieszczenie w § 4 zatytułowanym „Podstawowe zasady realizacji umowy”. W ocenie zamawiającego kwestionowane postanowienia nie naruszają art. 29 ust. 1 ustawy pzp, ani żadnego innego przepisu prawa, a w szczególności nie nakładają na wykonawcę żadnych zobowiązań, których zakresu jako profesjonalista nie jest w stanie przewidzieć, jednak w celu usunięcia wątpliwości zamawiający dokona modyfikacji załącznika nr 4 do siwz – wzór umowy, w ten sposób, że pierwsze zdanie w § 4 ust. 2 zostanie zastąpione zdaniem: „celem zamawiającego jest wdrożenie Systemu, będącego rozwiązaniem: (...)”

6/ Zarzut opisany w pkt 6 uzasadnienia odwołania nie zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający wyraźnie przewidział w treści wzoru umowy, w § 9 ust. 10, „rozsądny limit nadmiarowości zwymiarowania”, którego wprowadzenia żąda odwołujący. Negatywne konsekwencje nieprawidłowego, nadmiarowego zwymiarowania infrastruktury, wskazane przez odwołującego w odwołaniu, zostaną poniesione przez wykonawcę dopiero wówczas, gdy powołany audytor oceni, że nadmiarowość przekroczyła 20%, a nie 15%, jak oczekuje tego odwołujący. Wynika to wprost z zapisu w brzmieniu:

7/ Zamawiający uwzględni zarzut opisany pkt 7 uzasadnienia odwołania i dokona modyfikacji załącznika nr 4 do siwz – wzór umowy, zgodnie z żądaniem odwołującego.

8/ Zamawiający uwzględni zarzut opisany pkt 8 uzasadnienia odwołania i dokona modyfikacji załącznika nr 4 do siwz – wzór umowy, zgodnie z żądaniem odwołującego.

9/ Zarzut opisany w pkt 9 uzasadnienia odwołania nie zasługuje na uwzględnienie. Wskazane przez odwołującego zapisy wzoru umowy nie naruszają żadnego przepisu prawa.

10/ Zamawiający częściowo uwzględnił zarzut opisany pkt 10 uzasadnienia odwołania i dokonał modyfikacji załącznika nr 4 do siwz – wzór umowy, zgodnie z żądaniem odwołującego.

11/ Zamawiający częściowo uwzględnił zarzut opisany pkt 11 uzasadnienia odwołania. Zamawiający zadeklarował, że przewidziane piśmie zmiany, zostaną niezwłocznie wprowadzone i przekazane wszystkim wykonawcom wraz z ujednoliconym tekstem załącznika nr 4 do siwz.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego nie przystąpił skutecznie żaden wykonawca.

Dnia 5 maja 2015 r. odwołujący złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej oświadczenie o cofnięciu odwołania.

W związku z powyższym Izba - działając na podstawie art. 187 ust. 8 oraz art. 192 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp - postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze wywołane wyżej opisanym odwołaniem, na posiedzeniu wyznaczonym na dzień 6 maja 2015 r.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do treści art. 187 ust. 8 zdanie drugie ustawy Pzp oraz § 5 ust. 1 pkt 3 a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** .....