

POSTANOWIENIE
z dnia 24 kwietnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Mateusz Zientak

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 24 kwietnia 2017r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 kwietnia 2017r. przez wykonawcę C. S.A., ul. (...) w postępowaniu prowadzonym przez PKP I. Spółka Akcyjna, (...)

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,
2. znieść koszty postępowania odwoławczego wzajemnie i nakazać zwrot z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy C. S.A., ul. (...) kwoty 15 000 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej uiszczony wpis od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 wraz 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: PKP I. Spółka Akcyjna, (...) wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Dostawa, wdrożenie i utrzymanie systemu do planowania, optymalizacji i rozliczania pracy drużyn trakcyjnych i konduktorskich oraz obiegowania taboru”, numer referencyjny: 13/03/1172017.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 30 marca 2017 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2017/S 063-118796.

Nie zgadzając się z niektórymi postanowieniami ogłoszenia i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ Odwołujący: C. S.A., ul. (...) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów prawa:

1. art. 22 ust. 1a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 wraz ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp oraz art. 22d ust. 1 Pzp w związku z art. 22 ust. 1b pkt 3 ustawy Pzp oraz w zw. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez sformułowanie warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania zdolności technicznej i zawodowej w sposób niejednoznaczny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, w zakresie w jakim Zamawiający uzna, że Wykonawca spełnia przedmiotowy warunek jeżeli wykaże, że w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzonej działalności jest krótszy - w tym okresie, należycie wykonał (rozdział VIII pkt 2.1.3.1 SIWZ):

1) 2 usługi polegające na wdrożeniu systemu informatycznego do planowania pracy z wykorzystaniem algorytmów optymalizacyjnych w zakresie tworzenia miesięcznych harmonogramów pracy dla co najmniej 500 pracowników;

2) 2 usługi polegające na wdrożeniu systemu informatycznego umożliwiającego bieżącą dyspozycję oraz rozliczenie wynagrodzeń co najmniej 500 pracowników;

3) 2 usługi polegające na wdrożeniu systemu informatycznego do planowania pracy środków transportowych z wykorzystaniem algorytmów optymalizacyjnych dla co najmniej 100 pojazdów.

2. art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust. 1a ustawy Pzp w zw. z art. 22d ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 22 ust. 1b pkt 3 ustawy Pzp oraz w zw. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez sformułowanie przez Zamawiającego w załączniku nr 5 do umowy (rozdział 2 pkt 2.2) wymagań w stosunku do zespołu projektowego wykonawcy, których spełnianie będzie oceniane na etapie realizacji umowy, a które stanowią de facto warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej, w sytuacji gdy 2

Zamawiający nie postawił tego warunku w zakresie dysponowania zespołem projektowym w ogłoszeniu o zamówieniu ani w SIWZ;

3. art. 29 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty i oszacowanie jej kosztów oraz w sposób niejednoznaczny i nie wyczerpujący, w zakresie, w jakim w SIWZ oraz w załącznikach do wzoru umowy:

a) Zamawiający wymaga oświadczenia wykonawcy, że oferowany przez niego system spełnia na dzień złożenia oferty w określonym stopniu wymagania Zamawiającego, w szczególności w zakresie krytycznych funkcjonalności i jednocześnie, Zamawiający zastrzega sobie prawo weryfikacji na etapie badania i oceny ofert oświadczenia na podstawie testów na działającej, testowej wersji systemu przeprowadzonych przy współudziale przedstawiciela wykonawcy w zakresie wszystkich bądź wskazanej przez Zamawiającego części deklarowanych przez wykonawcę funkcjonalności bez dookreślenia czy testy zostaną przeprowadzone w stosunku do wszystkich wykonawców czy tylko w stosunku do wykonawcy, którego oferta zostanie oceniona jako najkorzystniejsza oraz bez dookreślenia sposobu i oceny przeprowadzonych testów (rozdział V pkt 4 SIWZ);

b) Cena za udzielenie licencji i przeniesienie praw autorskich i majątkowych nie może przekroczyć 50% wartości zamówienia, podczas gdy Zamawiający wymaga jednocześnie żeby oferowany przez wykonawcę system spełniał na dzień złożenia oferty w określonym stopniu wymagania Zamawiającego, w szczególności w zakresie krytycznych funkcjonalności (rozdział XIV pkt 2 SIWZ

4. art. 353 i Kodeksu cywilnego w związku z art. 7, art. 14, art. 29 oraz art. 139 ust. 1 Pzp poprzez sporządzenie wzoru umowy oraz załączników do umowy w sposób naruszający zasady współzycia społecznego i nie gwarantujący równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji w zakresie, w jakim:

a) wykonawca zobowiązany jest oświadczyć, że zapoznał się z infrastrukturą Zamawiającego i potwierdza, że infrastruktura ta jest odpowiednia do zapewnienia poprawnego działania Systemu zgodnie z umową, pomimo że Zamawiający nie udostępnił wykonawcom opisu posiadanej przez siebie infrastruktury oraz nie dopuścił w dokumentacji postępowania możliwości przeprowadzenia przez wykonawców przed złożeniem ofert wizji lokalnej umożliwiającej zapoznanie się z posiadaną przez Zamawiającego infrastrukturą (§ 3 ust. 1 lit. g) umowy);

b) w przypadku uznaniu przez administrację podatkową, że z tytułu przedmiotowych transakcji wykonawcy lub zamawiający nie wykonał prawidłowo zobowiązań podatkowych, Wykonawca zobowiązuje się do poniesienia obciążeń nałożonych na Zamawiającego przez administrację podatkową (§12 ust. 16 zdanie 2 umowy);

c) zgodnie z §12 ust. 17 umowy Zamawiający jest upoważniony do potrącenia 3

wierzytelności wynikających z tytułu naliczonych kar umownych oraz innych wierzytelności wynikających z umowy z wynagrodzeniem wykonawcy, na zasadach określonych w kodeksie cywilnym, a tym samym nie przewidziano procedury reklamacyjnej w przypadku nałożenia przez Zamawiającego kar umownych, która umożliwiałaby wykonawcy zgłoszenie zastrzeżeń, co do zasadności nałożenia kary umownej;

d) w załączniku nr 8 do umowy SLA i zasady świadczenia wsparcia i helpdesk w pkt 4 Zamawiający określił nierealne i niemożliwe do dotrzymania parametry wydajnościowe systemu;

e) w załączniku nr 11 do umowy stanowiącym wzór umowy na depozyt kodów źródłowych (dalej: „umowa na depozyt”):

- Zamawiający nałożył na wykonawcę obowiązek przekazania Zamawiającemu kodów źródłowych do całego Oprogramowania, a zatem zarówno do Oprogramowania Dedykowanego jak i Oprogramowania Standardowego w wersji zgodnej z zainstalowaną u Zamawiającego (§2 ust. 1 umowy na depozyt);
- Zamawiający przewidział, że kody (pliki) źródłowe będą deponowane u Zamawiającego w postaci określonej zasadami uregulowanymi w umowie na depozyt (§2 ust. 5 umowy na depozyt);
- Przewidziano, że wykonawca ma prawo dochodzić do Zamawiającego zapłacenia kary umownej wysokości 100.000 (sto tysięcy) złotych w przypadku każdorazowego ziszczenia się jednej z okoliczności określonych w tym postanowieniu umowy o depozyt, która to kara jest nieadekwatna do naruszenia za które została przewidziana (§5 ust. 1 umowy o depozyt);
- Zamawiający nie jest zobowiązany do zapłaty kary umownej określonej w § 5 ust. 1 umowy o depozyt jeżeli którakolwiek z okoliczności wskazanych w tym postanowieniu umowy o depozyt była wynikiem działania osób, których działania Zamawiający nie mógł nawet przy zachowaniu należytej staranności zapobiec lub przewidzieć (§5 ust. 2 umowy o depozyt);
- Kara umowna zastrzeżona dla Zamawiającego w § 5 ust. 3 umowy o depozyt jest rażąco wygórowana i nieadekwatna do naruszenia którego dopuścił się wykonawca.

Jednocześnie Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu modyfikacji ogłoszenia o zamówieniu i treści SIWZ poprzez:

1. wskazanie w rozdziale VIII pkt 2.1.3.1 SIWZ, iż Zamawiający uzna, że Wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej jeżeli wykaże, że w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzonej działalności jest krótszy - w tym okresie, należycie wykonał:
 - 1) 2 usługi polegające na wdrożeniu systemu informatycznego do planowania pracy z wykorzystaniem algorytmów optymalizacyjnych w zakresie tworzenia miesięcznych 4

harmonogramów pracy dla co najmniej 3600 pracowników;

- 2) 2 usługi polegające na wdrożeniu systemu informatycznego umożliwiającego bieżącą dyspozycję oraz rozliczenie wynagrodzeń co najmniej 3600 pracowników;
- 3) 2 usługi polegające na wdrożeniu systemu informatycznego do planowania pracy środków transportowych kolejowych z wykorzystaniem algorytmów optymalizacyjnych dla co najmniej 450 pojazdów.
2. określenie wymogów w zakresie dysponowania zespołem projektowym wykonawcy w ramach warunków udziału w postępowaniu, a nie na etapie realizacji zamówienia;
3. wprowadzenie do opisu przedmiotu zamówienia następujących zmian:
 - a) wykreślenie pkt 4 rozdziału V SIWZ ewentualnie wskazanie, na jakich zasadach będą prowadzone testy oraz w jaki sposób będą oceniane przez Zamawiającego;
 - b) wykreślenie pkt 2 rozdział XIV SIWZ;
4. wprowadzenie do wzoru umowy oraz załączników do umowy następujących zmian:
 - a) wykreślenie § 3 ust. 1 lit. g) umowy ewentualnie opublikowanie przez Zamawiającego szczegółowego opisu infrastruktury lub dopuszczenie w dokumentacji postępowania możliwości przeprowadzenia przez wykonawców przed złożeniem ofert wizji i lokalnej umożliwiającej zapoznanie się z posiadaną przez Zamawiającego infrastrukturą;
 - b) wykreślenie §12 ust. 16 zdanie 2 umowy;
 - c) zastąpienie obecnego brzmienia § 12 ust. 17 umowy postanowieniem zgodnie z którym każdorazowe naliczenie kar umownych przewidzianych w umowie zostanie poprzedzone przeprowadzeniem stosownego postępowania reklamacyjnego mającego na celu umożliwienie Wykonawcy niezwłoczne usunięcie uchybień w wykonaniu umowy oraz ustalenie istnienia przesłanek naliczenia kar umownych;
 - d) wykreślenie pkt 4 załącznika nr 8 do umowy SLA i zasady świadczenia wsparcia i helpdesk tj. wykreślenie wskaźników wydajności;
 - e) w załączniku nr 11 do umowy stanowiącym wzór umowy na depozyt kodów źródłowych (dalej: „umowa na depozyt”):
 - wskazanie w §2 ust. 1 umowy o depozyt oraz odpowiednie zmodyfikowanie pozostałych postanowień umowy poprzez wskazanie, że wykonawca jest zobowiązany do

przekazania Zamawiającemu kodów źródłowych wyłącznie do Oprogramowania Dedykowanego i jednoznacznie określić, że obowiązek przekazania kodów źródłowych i kluczy do kodów źródłowych nie dotyczy Oprogramowania Standardowego;

- wskazanie w §2 ust. 5 umowy o depozyt, że kody źródłowe zostaną zdeponowane u podmiotu trzeciego np. bank lub notariusz, który zostanie wspólnie wybrany przez strony w momencie zawarcia umowy o depozyt, a także określenie zasad podejmowania kodów źródłowych z depozytu;

5

- zwiększenie kary umownej określonej w §5 ust. 1 umowy o depozyt ze 100.000 zł do 500.000 zł w przypadku każdorazowego ziszczenia się jednej z okoliczności określonych w tym postanowieniu umowy o depozyt, która to kara jest nieadekwatna do naruszenia za które została przewidziana;

- wykreślenie §5 ust. 2 umowy o depozyt;

- obniżenie kary umownej określonej w § 5 ust. 3 umowy o depozyt z 500.000 zł do 100.000 zł.

Na posiedzeniu niejawnym w dniu 24 kwietnia 2017r. przed Izbą Odwołujący złożył pismo z dnia 21 kwietnia 2017r. o cofnięciu części zarzutów odwołania nieuwzględnionych przez Zamawiającego i wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego.

Pismem z dnia 21 kwietnia 2017r., które złożył przed Izbą na posiedzeniu niejawnym w dniu 24 kwietnia 2017r., Zamawiający udzielił odpowiedzi na przedmiotowe odwołanie oświadczając, że uwzględni w części zarzuty podniesione w odwołaniu i wniósł o umorzenie postępowania.

Jednocześnie Zamawiający wobec treści powyższego pisma Odwołującego o cofnięciu części zarzutów odwołania wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła, że do chwili obecnej do Izby nie wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izba zważyła, co następuje.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając przedmiotowe odwołanie na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron stwierdziła, że postępowanie odwoławcze należało umorzyć na podstawie przepisu art. 186 ust.3a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 wraz ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp.

Zgodnie z art.186 ust. 3a ustawy Pzp w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu i wycofania pozostałych zarzutów przez odwołującego, Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia części zarzutów. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w 6

postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów.

Zgodnie z art.185 ust.2 zd. 1 cyt. ustawy Pzp Wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje.

W niniejszej sprawie zgłoszenie takie nie zostało skutecznie dokonane po stronie Zamawiającego.

Orzekając o kosztach postępowania Izba wzięła pod uwagę treść art.186 ust.6 pkt 1 ustawy Pzp i § 5 ust. 1 pkt 2 lit.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 ze zm.).

Z wskazanych przepisów wynika, iż w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę, jeżeli zamawiający uwzględnił w części zarzuty przedstawione w odwołaniu i pozostałe zarzuty zostały przez odwołującego wycofane, a w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił, wypełniając wymogi określone w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy, żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia części zarzutów, Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

W niniejszej sprawie umorzenie postępowania nastąpiło w okolicznościach, o których mowa w ust.3a art.186 ustawy Pzp, a w takiej sytuacji w myśl ust.6 pkt 1 powyższego przepisu koszty postępowania odwoławczego znosi się wzajemnie.

Mając powyższe na uwadze, na zasadzie art.186 ust.2 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:.....