

Sygn. akt: KIO 1922/12

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 20 września 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:**     **Renata Tubisz**  
**Członkowie:**         **Bogdan Artymowicz**  
                              **Agnieszka Trojanowska**

**Protokolant:**         **Łukasz Listkiewicz**

wobec cofnięcia w dniu 19 września 2012 r. przed otwarciem rozprawy odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 września 2012 r. przez **wykonawcę Asseco Poland Spółkę Akcyjną z siedzibą w Rzeszowie, ul. Olchowa 14** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Skarb Państwa – Ministra Administracji i Cyfryzacji z siedzibą w Warszawie, ul. Stefana Batorego 5**

przy udziale wykonawcy **Enigma Systemy Ochrony Informacji spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Jutrzenki 116** zgłaszającego swój udział w sprawie sygn. akt KIO 1922/12 po stronie odwołującego

przy udziale wykonawcy **ComaArch Spółki Akcyjnej z siedzibą w Krakowie, Al. Jana Pawła II 39** zgłaszającego swój udział w sprawie sygn. akt KIO 1922/12 po stronie zamawiającego

**postanawia:**

1. umorzyć postępowanie odwoławcze i
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Asseco Poland Spółkę Akcyjną z siedzibą w Rzeszowie, ul. Olchowa 14** kwoty **13 500 zł 00**

**gr** (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy), stanowiącej 90% uiszczzonego wpisu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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**

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na usługę wsparcia utrzymania Systemu ePUAP przez okres 13 miesięcy zostało wszczęte przez zamawiającego Skarb Państwa – Ministra Administracji i Cyfryzacji z siedzibą w Warszawie, ul. Stefana Batorego 5 ogłoszeniem w siedzibie i na stronie internetowej opublikowanym także w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 31 sierpnia 2012r. za numerem 2012/S 167-277361.

W dniu 10 września 2012 r. wykonawca Asseco Poland Spółka Akcyjna z siedzibą w Rzeszowie, ul. Olchowa 14 – dalej odwołujący, wniósł odwołanie wobec obowiązujących w postępowaniu postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz).

Odwołujący zarzucał zamawiającemu:

- 1) art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 2 oraz art. 353<sup>1</sup> kc poprzez określenie zbyt krótkiego terminu wykonywania zamówienia (13 miesięcy), skutkującego uprzywilejowaniem konkretnego wykonawcy, który system zbudował i który od tego momentu świadczy usługi jego utrzymania (zamówienia te udzielane były dotychczas na analogiczny okres czasu), a który tym samym jako jedyny ma możliwość skalkulowania ceny oferty, która będzie adekwatna do kosztów jakie realnie muszą być poniesione w celu wykonania przedmiotu zamówienia.
- 2) art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp, art. 353<sup>1</sup> kc poprzez brak w SIWZ informacji na temat stanu, w jakim znajduje się System przejmowany do utrzymania z dniem 30 listopada od godziny 17.00, co prowadzi do przerzucenia na wykonawcę odpowiedzialności za istniejące w dniu rozpoczęcia wykonywania zamówienia błędy w Systemie, za których usunięcie oraz powstałe skutki odpowiadać winien dotychczasowy wykonawca;
- 3) art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 i ust. 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie opisanie przedmiotu zamówienia w części dotyczącej Obsługi technicznej Infrastruktury, o których mowa w pkt IVI.b ppkt 2) SIWZ oraz wykonania usług konfiguracyjnych i modyfikacyjnych w zakresie oprogramowania Systemu ePUAP, o których mowa w pkt IV.Ic SIWZ oraz §1 ust. 3 projektu umowy w sposób:
  - a. jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty;

- b. zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji,  
co prowadzi do sytuacji w której wykonawca nie jest w stanie skalkulować kosztów zamówienia w powyższym zakresie, a przez to uprzywilejowany jest jeden, konkretny wykonawca, który system zbudował i który od tego momentu świadczy usługi jego utrzymania, a zatem jako jedyny potrafi oszacować koszty wykonania ww. usług;
- 4) art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 i ust. 2 oraz art. 36 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez:
- a. brak jednoznacznego wskazania w warunkach przetargu, czy wykonawca zobowiązany jest wykupić usługi maintenance oprogramowania standardowego, czy też nie, a tym samym, czy zobowiązany jest zapewnić aktualizację tego oprogramowania na żądanie zamawiającego;
  - b. brak jednoznaczności warunków zamówienia powodującej, iż nie wiadomo, w ramach realizacji której z części zamówienia wykonawca ma skalkulować koszty dotyczące zapewnienia aktualizacji oprogramowania standardowego;
- 5) art. 7 ust. 1, art. 353<sup>1</sup> kc, 473 §1 kc, poprzez ukształtowanie warunków umowy w części dotyczącej zapłaty kar umownych tj. §8 ust. 3 projektu umowy w sposób jednostronnie korzystny dla Zamawiającego, naruszający zasady współzycia społecznego, sprzeczny z naturą stosunku zobowiązaniowego oraz nieokreślający okoliczności mogących spowodować opóźnienie, za których powstanie mimo braku swojej winy ma przejąć odpowiedzialność wykonawca;

Z uwagi na powyższe, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu:

- Ad.1) - określenie terminu wykonywania zamówienia na 4 lata liczonych od dnia 30 listopada 2012 r. godz. 17.00.
- Ad.2)
  - o wprowadzenia do umowy oraz opisu przedmiotu zamówienia:
    - mechanizmu przewidującego dokonanie przeglądu Systemu po zawarciu umowy, a przed przejęciem przez wykonawcę odpowiedzialności za prawidłowość jego funkcjonowania;
    - opisu procesu i warunków przejęcia Systemu;
    - postanowienia, zgodnie z którym za usunięcie błędów w Systemie wynikłych w trakcie przeglądu systemu, o którym mowa powyżej odpowiedzialnym jest dotychczasowy wykonawca lub nowo wybrany wykonawca w ramach usług konfiguracyjnych i modyfikacyjnych;

o wprowadzenia do umowy oraz opisu przedmiotu zamówienia postanowienia, w

którym Zamawiający oświadcza, iż system z momentem jego przekazania do utrzymania nie zawiera żadnych błędów, a w przypadku ich wykrycia w czasie przeglądu Systemu, zostaną one rozliczone jak wyżej.

- Ad.3) - opisanie przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z treścią art. 29 ust. 1 i ust. 2, a w szczególności poprzez wskazanie:
  - o w części wycenianej ryczałtowo pkt IV. 1 a) i b) SIWZ - wyłącznie usług, których zakres jest jednoznacznie określony w treści SIWZ;
  - o w części objętej wynagrodzeniem kalkulowanym na podstawie nakładu pracy pkt IV.1 c) - wszystkich usług, których zakres nie jest możliwy do przewidzenia na etapie zawierania umowy, w szczególności wskazanych w treści uzasadnienia
- Ad.4) - jednoznaczne określenie w warunkach zamówienia, że Zamawiający zobowiązany jest zakupić usługi maintenance oprogramowania standardowego u producentów tego oprogramowania;
- Ad.5) - dokonanie modyfikacji §8 ust. 3 projektu umowy poprzez nadanie mu następującego brzmienia:

„Wykonawca nie ponosi odpowiedzialności w wypadku opóźnienia, jeżeli opóźnienie w wykonaniu usług nastąpiło z przyczyn, za które nie ponosi on odpowiedzialności, w szczególności jeżeli Zamawiający nie dopełnia zobowiązań określonych w §3 ust. 3 niniejszej umowy”.

Odwołujący ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wyżej wymienionych przepisów, gdyż będąca przedmiotem odwołania treść postanowień SIWZ uniemożliwia Odwołującemu złożenie oferty oraz konkurowania o przedmiotowe zamówienie z innymi wykonawcami na równych zasadach. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 26 maja 2012r. udzielonego przez dwóch członków zarządu ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji odwołującego, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 10 września 2012r. faksem.

Zamawiający w dniu 11 września 2012 r. przekazał wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu kopię ww. odwołania.

W dniu 13 września 2012r. nastąpiło zgłoszenie przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przez wykonawcę ComArch S.A. Wskazał, że ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż oddalenie odwołania pozwoli na utrzymanie zgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego, tj. czynności

sporządzenia siwz i ogłoszenia, natomiast uwzględnienie odwołania doprowadziłoby do dopuszczenia do postępowania podmiotów nie gwarantujących jego należytego wykonania. Zgłoszenie zostało podpisane przez prezesa zarządu i prokurenta ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do zgłoszenia. Kopię przystąpienia ComArch przekazał stronom postępowania w formie faksu w dniu 13 września 2012 r.

W dniu 14 września 2012r. do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego, zgłosiła swój udział Enigma Systemy Ochrony Informacji spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie. Wskazała na swój interes w rozstrzygnięciu na korzyść odwołującego, gdyż zgłaszający przystąpienie zamierza ubiegać się o udzielenie zamówienia, a uwzględnienie odwołania umożliwi mu prawidłową wycenę i złożenie oferty, a tym samym uzyskanie zamówienia. Zgłoszenie zostało podpisane przez dwóch członków zarządu. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 14 września 2012r.

Odwołujący na posiedzeniu z udziałem stron oświadczył, iż cofa złożone odwołanie.

Izba uznała, że przystąpienie spełnia wymogi określone w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy.

Przepis art. 187 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, iż odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy; w takim przypadku Izba umarza postępowanie odwoławcze, przy czym, jeżeli cofnięcie nastąpiło przed otwarciem rozprawy, odwołującemu zwraca się 90 % wpisu.

Uwzględniając powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 187 ust. 8 zdanie pierwsze ustawy, na posiedzeniu umorzyła postępowanie odwoławcze.

Zgodnie z art. 187 ust. 8 zdanie drugie ustawy, orzeczono o zwrocie Odwołującemu 90% kwoty uiszczonego wpisu.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie** .....

.....