

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 10 lutego 2021 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:**

**Przewodniczący: Małgorzata Matecka**

**Jolanta Markowska**

**Agata Mikołajczyk**

**Protokolant: Adam Skowroński**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 10 lutego 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 stycznia 2021 r. przez wykonawcę GMV Innovating Solutions Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Górnośląsko – Zagłębiowska Metropolia

przy udziale:

- A. wykonawcy Mennica Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego
- B. wykonawcy Thales Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

**postanawia:**

1. umarza postępowanie odwoławcze,
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy GMV Innovating Solutions Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie kwoty 13 500 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy), stanowiącej 90% uiszczzonego wpisu.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019, ze zm.) w związku z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020, ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący:** .....

.....

.....

## **Uzasadnienie**

Zamawiający Górnośląsko – Zagłębiowska Metropolia prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia pn. ŚKUP 1.5 – Unowocześnienie systemu pobierania opłat za przejazdy publicznym transportem zbiorowym” (nr referencyjny: ZP.270.4.2020). Wartość ww. zamówienia przekracza kwotę, od której uzależniony jest obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej zgodnie z przepisami wydanymi na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 28 grudnia 2020 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2020/S 252-635226. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia, zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020, ze zm.), jako wszczętego i niezakończonego przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy dotychczasowe, tj. przepisy ustawy Pzp.

W dniu 7 stycznia 2021 r. wykonawca GMV Innovating Solutions Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie na treść ogłoszenia o zamówieniu oraz treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia („SIWZ”).

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 41 pkt 4 ustawy Pzp oraz art. 387 § 1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ustawy Pzp, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, bez uwzględnienia wszystkich wymagań oraz okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz zaniechaniu opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieutrudniający uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, tj. w sposób uniemożliwiający odwołującemu złożenie oferty i ubieganie się o udzielenie zamówienia, a także nakładający na wykonawców obowiązek spełnienia świadczenia, które jest niemożliwe do spełnienia, poprzez:
  - a) ustanowienie wymogu modernizacji oprogramowania zainstalowanego w urządzeniach wskazanych w punktach 8, 10 oraz 11 Rozdziału III SIWZ - Opis Przedmiotu Zamówienia oraz urządzeń i oprogramowania wskazanego w punkcie 7 Rozdziału III SIWZ — Opis Przedmiotu Zamówienia, pomimo braku posiadania przez zamawiającego uprawnienia tak do ingerencji w same urządzenia jak i zainstalowane w nich

- oprogramowanie, w tym braku przekazania przez zamawiającego tzw. kodów źródłowych do oprogramowania pozwalających jego modernizację oraz protokołów komunikacyjnych, co uniemożliwia sporządzenie oferty i realizację zamówienia,
- b) poprzez iluzoryczne umożliwienie wykonawcy - w przypadku gdy modernizacja oprogramowania nie będzie możliwa - wymiany urządzeń na nowe, co:
- a. wiąże się z dodatkowym bardzo wysokim kosztem niewspółmiernym w stosunku do kosztu związanego tylko z modernizacją oprogramowania,
  - b. powoduje, iż przedsiębiorstwo Asseco Data Systems S.A. (dostawca urządzeń, w których ma być dokonana modernizacja oprogramowania) nie będzie zainteresowane umożliwieniem takiej modernizacji podmiotom trzecim,  
  
co w konsekwencji sprawia, że wykonanie zamówienia publicznego jest niemożliwe do objęcia normalnym ryzykiem kontraktowym, które to ryzyko jest niemożliwe do oszacowania, co w konsekwencji uniemożliwia przygotowanie należytej wyceny oferty,
2. art. 7 ust 1 ustawy Pzp poprzez preferowanie wykonawcy Asseco Data Systems S.A. oraz jego dostawców tj. AEP TICKETING SOLUTIONS S.R.L. oraz spółki ALMEX GmbH (właściciel marki Hoeft&Wessel) będących dostawcą urządzeń wraz z zainstalowanym oprogramowaniem, które to oprogramowanie ma być zmodernizowane w ramach wykonania przedmiotu zamówienia niniejszego postępowania, podczas gdy Ustawa nakazuje zamawiającemu przygotowanie i przeprowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców,
3. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 3 oraz art. 15 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W związku z podniesionymi zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i:

1. nakazanie zamawiającemu równego traktowania wszystkich podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia w przedmiotowym postępowaniu w sposób umożliwiający zachowanie zasad uczciwej konkurencji,
2. nakazanie zamawiającemu wprowadzenia zmian w treści ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ oraz opisanie przedmiotu zamówienia, w sposób który będzie jednoznaczny i wyczerpujący i nie będzie utrudniał uczciwej konkurencji oraz będzie umożliwiał złożenie oferty, tj. w sposób opisany w uzasadnieniu zarzutów zawartych w odwołaniu

tj. w następującym zakresie: a. Rozdział III SIWZ — Opis Przedmiotu Zamówienia, co odpowiada treści pkt II. 2.4 b) Ogłoszenia o zamówieniu oraz inne punkty załączników do SIWZ szczegółowo wskazane w treści odwołania w ten sposób, że zamawiający:

- 1) W ramach przedmiotu zamówienia będzie wymagał od wszystkich wykonawców uczestniczących w postępowaniu bezwzględnej wymiany urządzeń typu UKP, UKAS, SAD na nowe wraz z oprogramowaniem, lub
- 2) Usunie z zakresu zamówienia obowiązek wykonania jakichkolwiek czynności związanych z urządzeniami UKP, UKAS, SAD tj. w zakresie obowiązku modernizacji ich oprogramowania lub wymiany urządzeń - przy jednoczesnym założeniu, iż wymagane zmiany w oprogramowaniu tych urządzeń zostaną wprowadzone przez podmioty uprawnione do dokonywania takich modyfikacji zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa i posiadające do tego możliwości techniczne na podstawie odrębnej/ych umów zawartych przez zamawiającego z tymi podmiotami, w wyniku czego następnie zmienione oprogramowanie zostanie włączone do nowego systemu SKUP 1.5. poprzez zamówione przez Zamawiającego otwarte interfejsy API.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosiło dwóch wykonawców: Mennica Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie oraz Thales Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie.

W dniu 4 lutego 2021 r. do Prezesa Izby wpłynęło pismo zamawiającego stanowiące odpowiedź na odwołanie. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W dniu 9 lutego 2021 r. do Prezesa Izby wpłynęło pismo odwołującego zawierające oświadczenie o cofnięciu odwołania.

Mając na uwadze, iż odwołanie zostało wniesione do Prezesa Izby w dniu 7 stycznia 2021 r., do postępowania odwoławczego, zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020, ze zm.), zastosowanie mają przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp z 2019 r.”.

Zgodnie z przepisem art. 568 pkt 1) ustawy Pzp z 2019 r. Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku cofnięcia odwołania.

Uwzględniając treść oświadczenia odwołującego o cofnięciu odwołania, działając na podstawie art. 568 pkt 1) ustawy Pzp z 2019 r., Izba umorzyła postępowanie odwoławcze, orzekając w formie postanowienia.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 ustawy Pzp z 2019 r. oraz § 9 ust. 1 pkt 3 lit. a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

**Przewodniczący:** .....

.....

.....