

Sygn. akt: KIO 1412/20

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 29 lipca 2020 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Ewa Kisiel**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 29 lipca 2020 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 czerwca 2020 r. przez wykonawcę **T-mobile S.A. z siedzibą w Warszawie przy ul. Marynarskiej 12** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Okręgowe Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni przy ul. Opata Hackiego 14,**

przy udziale:

- A. wykonawcy Vector Smart Data Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni przy ul. Krzemowej 6,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,
- B. wykonawcy Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie przy Al. Jerozolimskich 160,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**postanawia:**

1. umarza postępowania odwoławcze,
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **T-mobile S.A. z siedzibą w Warszawie przy ul. Marynarskiej 12** kwoty **13 500 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy), stanowiącej 90% uiszczanego wpisu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 j.t.) na niniejsze postanowienie w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gdańsku.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Okręgowe Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni przy ul. Opata Hackiego 14 (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 j.t.), zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”, którego przedmiotem jest „Usługa zdalnego odczytu układów pomiarowo – rozliczeniowych”.

Wartość zamówienia przekracza kwotę, określoną w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 15 czerwca 2020 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2020/S 114-277684.

W dniu w dniu 25 czerwca 2020 r. wykonawca T-mobile S.A. z siedzibą w Warszawie przy ul. Marynarskiej 12 (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu oraz Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”).

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpili wykonawcy:

1. Vector Smart Data Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni przy ul. Krzemowej 6,
2. Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie przy Al. Jerozolimskich 160.

W dniu 3 lipca 2020 r. do Izby, w formie elektronicznej na adres: [odwolania@uzp.gov.pl](mailto:odwolania@uzp.gov.pl) wpłynęło pismo Zamawiającego „Odpowiedź na odwołanie” w której Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz dopuszczenie dowodów wskazanych w uzasadnieniu. W treści uzasadnienia Zamawiający podał m. in. że:

„Ad. Zarzut 1.

Opis warunku udziału w postępowaniu - doświadczenie.

W pierwszej kolejności Zamawiający wskazuje, iż uwzględnił zarzut braku zdefiniowania pojęcia „usługa zdalnego odczytu” w opisie przedmiotu zamówienia stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ, w związku z czym uczynił to w drodze Modyfikacji SIWZ w dniu 2 lipca 2020 r. dodając niżej zacytowaną definicję:

(...) Biorąc pod uwagę powyższe, a także treść warunku udziału w postępowaniu, zarzut braku proporcjonalności jest nieaktualny.

Dodatkowo, Zamawiający dokonał definicji „usługi zdalnego odczytu” na potrzeby weryfikacji spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia, nadając mu poniższe brzmienie: (...)

Zamawiający wyszedł zatem naprzeciw wątpliwościom i zarzutom Odwołującego, nie mogąc jednak zgodzić się w całości na jego żądanie.

W tym miejscu wskazuje się, iż pierwsze z dwóch alternatywnych żądań Odwołującego w zakresie zmiany opisu spełniania warunku udziału w postępowaniu, jest identyczna z tym jaki pierwotnie widniał w Ogłoszeniu i SIWZ.

Drugi z zapisów, wskazanych przez Odwołującego, jest niedopuszczalny, albowiem nie uwzględnia on specyfiki zamówienia.

Mylnie bowiem zakłada, bądź interpretuje SIWZ, Odwołujący, iż przedmiot zamówienia zakłada „dostarczenie infrastruktury” a następnie zapewnienie „usługi wsparcia”, w związku z czym Jego zdaniem warunek doświadczenia winien być sformułowany na takiej podstawie, lecz w sposób proporcjonalny. Wydaje się zatem, iż Odwołujący nie zauważa, jednej z głównych cech specyfiki przedmiotu zamówienia, którą zakłada chmurowa infrastruktura Systemu, która z kolei wyklucza możliwość żądanego przez Odwołującego sformułowania warunku udziału w postępowaniu, ze względu na jego nieadekwatność, a wręcz oderwanie od istoty przedmiotu zamówienia. Zamawiający w modyfikacji SIWZ z dnia 02 lipca 2020 r. rozszerzył definicję CHMURY zawartą w opisie przedmiotu zamówienia - w Załączniku nr 1 do SIWZ, aby jeszcze wydatniej wskazać na oczekiwania Zamawiającego.

Opis przedmiotu zamówienia w Ogłoszeniu, SIWZ, załącznikach do SIWZ, a nawet sama nazwa zamówienia wskazuje wyraźnie, iż wręcz niedopuszczalne nieprzewidziane zamówieniem jest „dostarczenie/sprzedaż infrastruktury” oraz „wsparcie” w jej używaniu, lecz zamówieniem tym objęta jest sama „usługa zdalnego odczytu”. Żaden z elementów infrastruktury nie będzie przedmiotem sprzedaży ani własności Zamawiającego, lecz stanowić będzie narzędzie Wykonawcy do wykonania przedmiotu zamówienia, którym jest zdalny odczyt. Zamawiającego nie interesuje też „wsparcie” w obsłudze infrastruktury, lecz uzyskanie „zdalnego odczytu”, a zatem to nie Zamawiający, lecz Wykonawca, ma te dane odczytać, przekazać do chmury, przetworzyć m.in. w raporty, i w sposób kompletny i prawidłowy dostarczyć czysty „wsad” do faktury rozliczeniowej, a Zamawiający ma jedynie ten „wsad” zobaczyć w chmurze.

Mając powyższe na względzie Zamawiający wskazuje, iż zarzut Odwołującego, prawdopodobnie ma źródło w nieprawidłowym odczytaniu Przedmiotu zamówienia.

(...) Zamawiający nie widzi zatem potwierdzenia zarzutu naruszenia zasad proporcjonalności, zapewnienia uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zamawiający przeczy także temu, iż w sposób nieuprawniony eliminuje z postępowania podmioty gwarantujące należyte wykonanie zamówienia, w szczególności iż zarówno sformułowanie zarzutu, jak i żądana propozycja zmiany opisu spełniania tego warunku, wskazuje, iż nie ma on na celu umożliwienie Zamawiającemu odpowiedniej i proporcjonalnej weryfikacji wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia. lecz takie jego sformułowanie, które będzie odległe od specyfiki przedmiotu zamówienia, po to aby umożliwić samodzielne złożenie oferty przez wykonawców, którzy nie zdobyli minimum wymaganego doświadczenia.

Ad. Zarzut 2a,

Zarzut dotyczący treści załącznika nr 1 (listy adresowej) do załącznika nr 1 do SIWZ, i żądanie dopuszczenia we wskazanym zakresie modułów komunikacyjnych wewnętrznych został przez Zamawiającego uwzględniony co uwidoczniło w modyfikacji SIWZ z dnia 02 lipca 2020 r.

Ad. Zarzut 2b.

Zarzut dotyczący nieuwzględnienia w dokumentacji przetargowej integratora Kamstrup Multical 403 został przez Zamawiającego uwzględniony co uwidoczniło w modyfikacji SIWZ z dnia 02 lipca 2020 r. gdzie oprócz integratora Kamstrup Multical 66 C dodano także Integrator Kamstrup Multical 403 i tak samo jak pierwotnie dla integratora Kamstrup 66C dopuszczono również wniesienie baterii poza obudowę INTEGRATORA i umieszczenie jej bezpośrednio przy INTEGRATORZE w dedykowanej plombowanej obudowie. W związku z powyższym wnoszę jak na wstępie”.

W dniu 10 lipca 2020 r. do Izby w formie pisemnej wpłynęło ze strony Odwołującego pismo o cofnięciu w części zarzutów odwołania, tj. zarzutu z pkt III. 1 petitum odwołania. Natomiast w dniu 29 lipca 2020 r. do Izby w formie elektronicznej na adres: [odwolania@uzp.gov.pl](mailto:odwolania@uzp.gov.pl) ze strony Odwołującego wpłynęło oświadczenie o cofnięciu w całości odwołania.

### **Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.**

*Zgodnie z art. 187 ust. 8 ustawy Pzp, odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy; w takim przypadku Izba umarza postępowanie odwoławcze. Zgodnie zaś z art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.*

Odwołujący złożył skuteczne oświadczenie o cofnięciu wniesionego przez siebie odwołania, co nastąpiło przed otwarciem rozprawy. Uwzględniając powyższe, Krajowa Izba

Odwoławcza, działając na podstawie art. 187 ust. 8, art. 192 ust. 1 zdanie 2 Pzp, postanowiła, w drodze postanowienia, umorzyć postępowania odwoławcze w sprawie.

Stosownie do art. 187 ust. 8 zd. 2 Pzp, *jeżeli cofnięcie odwołania nastąpiło przed otwarciem rozprawy, odwołującemu zwraca się 90% wpisu*. Analogiczne brzmienie posiada przepis § 5 ust. 1 pkt 3 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Ponieważ Odwołujący cofnął odwołanie przed otwarciem rozprawy, Izba na podstawie art. 187 ust. 8 zdanie 2 Pzp oraz § 5 ust. 1 pkt 3 lit. a powołanego rozporządzenia postanowiła o dokonaniu zwrotu Odwołującym z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych łącznej kwoty 13 500 zł, stanowiących 90% uiszczzonego wpisu.

**Przewodniczący:** .....