

POSTANOWENIE
z dnia 01 lutego 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Aneta Młacka**
Członkowie: **Małgorzata Matecka**
Agata Mikołajczyk

po rozpoznaniu na posiedzeniu bez udziału stron w dniu 01 lutego 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 05 stycznia 2021 r. przez Wykonawcę **Orange Polska S.A. (Al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa)** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Spółka Akcyjna we Wrocławiu (ul. Na Grobli 19, 50-421 Wrocław)** przy udziale Wykonawców:

- **SUEZ Woda sp. z o.o. (ul. Płocka 108, 09-400 Płock)** zgłaszającego przystąpienie po stronie Odwołującego
- **EMILTEL S.A. (ul. F. Klimczaka 1, 02-797 Warszawa)** zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego
postanawia:

1. odrzucić odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża Wykonawcę **Orange Polska S.A. (Al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa)** i:
2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez Wykonawcę **Orange Polska S.A. (Al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa)** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 580 ust. 1 i 2 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:
Członkowie:
.....

Sygn. akt KIO 73/21

UZASADNIENIE

Zamawiający Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Spółka Akcyjna we Wrocławiu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Wykonanie usługi polegającej na budowie i obsłudze zdalnego systemu stacjonarnego odczytu danych z urządzeń pomiarowych służących do obsługi infrastruktury MPWiK S.A. Wrocław”. Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się 22 grudnia 2020 roku w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2020/S 249-622461.

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), jako wszczętego i niezakończony przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy dotychczasowe, tj. przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm., dalej jako „ustawa Pzp”).

05 stycznia 2021 r. Wykonawca Orange Polska S.A. wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu:

- naruszenie art. 29 ust. 2 Pzp i art. 7 ust. 1 Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, wymaganie wdrożenia stacjonarnego automatycznego systemu odczytu wodomierzy i innych przyrządów do pomiarów wody na terenie Miasta Wrocławia w oparciu o technologię LoRaWAN oraz w razie potrzeby także innych technologii, w tym GSM, GPRS, EDGE, UMTS, HSPA, LTE, LTE Advanced, LTE CAT-M1, NB-IoT, przy czym z wykorzystaniem technologii LoRaWAN powinno być odczytywanych co najmniej 95% wszystkich urządzeń pomiarowych (pkt 2 i 3 opz), która to technologia nie jest niezbędna do realizacji zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w SIWZ, ponieważ Zamawiający nie sformułował wymagań i parametrów sieci odczytowej, a realizację przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami i parametrami określonymi przez Zamawiającego można zapewnić z zastosowaniem innych technologii niż LoRaWAN, w szczególności GS, GPRS, EDGE, UMTS, HSPA, LTE, LTE Advanced, LTE CAT – M1, NB-IoT i WIZE,

- naruszenie art. 29 ust. 1 Pzp i art. 7 ust. 1 Pzp – poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, nie uwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, z uwagi na wymaganie dostarczenia sprzętu i oprogramowania do systemu odczytu inkasenckiego (drive-by / walk-by), a także do konfiguracji nakładek – tak, aby możliwe było dokonywanie odczytów dostarczonych i zamontowanych przez Wykonawcę wodomierzy w tym trybie i konfigurowania ich – w przypadku awarii Systemu AMR lub w trudnych warunkach terenowych (pkt II.2.3) opz) oraz wymagania aby przenośne terminale inkasenckie były wyposażone w oprogramowanie pozwalające na mobilny odczyt modułów radiowych metodą walk-by lub drive-by oraz umożliwiły konfigurację i programowanie parametrów pracy modułów radiowych (pkt 111.3.7) opz), podczas gdy wymagania te są sprzeczne z określonym przez Zamawiającego w siwz zdalnym sposobem dokonywania odczytu danych z urządzeń pomiarowych i wykluczają się z wymaganiami związanymi ze zdalnym odczytem danych określonymi w siwz;

- naruszenie art. 22 ust. 1a Pzp i art. 7 ust. 1 Pzp - poprzez sformułowanie warunków udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny w stosunku do przedmiotu zamówienia, z uwagi na: wymaganie wykazania przez wykonawcę realizacji usługi polegającej na wymianie wodomierzy głównych, zainstalowanych na przyłączach wodociągowych, w ilości co najmniej 9000 sztuk łącznie (pkt 6.5.1 pkt 1) lit. b) siwz), podczas gdy wskazana ilość jest nadmierna, nieproporcjonalna i nieadekwatna do oceny kompetencji wykonawców do wykonania zamówienia w odniesieniu do charakterystyki, zakresu, stopnia złożoności, warunkami realizacji zamówienia, określonych przez Zamawiającego, co narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasadę proporcjonalności, wymaganie wykazania przez wykonawcę realizacji dostawy co najmniej 1000 sztuk wodomierzy o średnicy min. DN 50 (pkt 6.5.1 pkt 1) lit. c) siwz), podczas gdy ilość ta jest nieproporcjonalna i nieadekwatna do oceny kompetencji wykonawców do wykonania zamówienia w odniesieniu do charakterystyki, zakresu, stopnia złożoności, warunkami realizacji zamówienia, określonych przez Zamawiającego, co narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasadę proporcjonalności;

- naruszenie art. 22 ust. 1a i art. 7 ust. 1 Pzp poprzez sformułowanie warunku udziału w postępowaniu w pkt 6.5.1 pkt 1

lit. a) siwz w sposób uniemożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia z uwagi na zaniechanie sformułowania definicji pojęć „antena” i „koncentrator”, ponieważ różni wykonawcy w oparciu o wybrane technologie LPWA mogą mieć różne, w znaczeniu odmienne rozumienie tych pojęć.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmian w treści SIWZ.

Zamawiający w dniu 25 stycznia 2021 roku przesłał pismo, z którego wynika, że wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie artykułu 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W piśmie wskazano także, że termin publikacji Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia na stronie Zamawiającego to 22 grudnia 2020 roku.

Izba zważyła, co następuje.

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 stycznia 2021 r.

Zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020), do postępowań odwoławczych, o których mowa w uchylanej ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r., poz. 2019). Z uwagi na powyższe, Izba wydając postanowienie w niniejszej sprawie w postępowaniu odwoławczym, stosowała przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 r. oraz wydane na ich podstawie rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (t.j. Dz.U. 2020 z dnia 31 grudnia 2020 roku, poz. 2437) w zakresie kosztów tego postępowania.

Zgodnie z artykułem 528 pkt 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Zgodnie z artykułem 515 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, odwołanie wobec treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia lub konkurs lub wobec treści dokumentów zamówienia wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia dokumentów na stronie internetowej, w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne.

Jak wskazano powyżej: ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 22 grudnia 2020 roku. Zgodnie z oświadczeniem Zamawiającego, w tym samym dniu, tj. 22 grudnia 2020 roku, Zamawiający opublikował Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia na swojej stronie internetowej.

10-dniowy termin na wniesienie odwołania upłynąłby 1 stycznia 2021 roku, tj. w dniu ustawowo wolnym od pracy. Jednakże zgodnie z artykułem 509 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, jeżeli koniec terminu do wykonania czynności przypada na sobotę lub dzień ustawowo wolny od pracy, termin upływa dnia następnego po dniu lub dniach wolnych od pracy. Kolejnym dniem po dniach wolnych od pracy był 4 stycznia 2021 roku (poniedziałek), zatem zgodnie z powyżej zacytowanymi uregulowaniami, termin na wniesienie odwołania upływał 4 stycznia 2021 roku.

Do dnia 4 stycznia 2021 roku Odwołujący nie wniósł odwołania w żadnej z form przewidzianych w ustawie (nie przesłał również w dniu 4 stycznia 2021 roku odwołania w takiej formie, w jakiej uczynił to po upływie terminu na wniesienie odwołania).

Odwołujący wniósł odwołanie dopiero w dniu 5 stycznia 2021 roku (na adres poczty elektronicznej), a zatem już po upływie terminu przewidzianego na wniesienie odwołania zgodnie z przepisami ustawy.

Wykonawca nie wykazał, że wniesienie odwołania w terminie 4 stycznia 2021 roku nie było możliwe. Zgodnie z informacją przekazaną przez Departament Odwołań Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 4 stycznia 2021 roku nie stwierdzono wystąpienia awarii w działaniu skrzynki podawczej ePUAP - wpłynęło kilkadziesiąt odwołań. Okoliczność, że Wykonawca po próbie przesłania odwołania stwierdził wystąpienie awarii nie oznacza, że wystąpiły okoliczności uzasadniające przywrócenie terminu na wniesienie odwołania.

W postępowaniu wywołanym wniesieniem skargi możliwe jest przywrócenie terminu na podstawie artykułu 585 ustawy Prawo zamówień publicznych z 11 września 2019 roku.

W odniesieniu do wniesienia odwołania w postępowaniu odwoławczym do Krajowej Izby Odwoławczej ustawa nie przewiduje takiej możliwości.

Tym samym Izba uznała, że odwołanie zostało wniesione po terminie przewidzianym w ustawie. W konsekwencji, odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie art. 528 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 574 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 i § 8 ust. 1 zdanie pierwsze Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (t.j. Dz.U. 2020 z dnia 31 grudnia 2020 roku, poz. 2437), zaliczając w koszty postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00 zł uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....