Sygn. akt: KIO 1516/24

POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 21 maja 2024 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz
Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 21 maja 2024 roku, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 kwietnia 2024 roku przez wykonawcę *Orange Polska spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie*
w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – *Zarząd Dróg Miejskich w Warszawie*
przy udziale uczestnika po stronie Odwołującego *Asseco Poland spółka akcyjna z siedzibą w Krakowie*

postanawia:

1. Umarza postępowanie odwoławcze.

2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy *Orange Polska spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie* kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej wniesiony wpis.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca: ……

Sygn. akt: KIO 1516/24

U Z A S A D N I E N I E

Zamawiający *Zarząd Dróg Miejskich w Warszawie* prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: *Usługa wdrożenia i utrzymania systemu sterowania i zarządzania oświetleniem na terenie m.st. Warszawy*.
(Numer postępowania nadany przez Zamawiającego: ZDM/UM/DZP/16/PN/4/24).
Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 21 lutego 2024 r. pod numerem Dz.U. S: 37/2024 107357-2024 oraz w tym samym dniu udostępniono dokumenty zamówienia na stronie internetowej Zamawiającego.
W dniu 19 kwietnia 2024 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem Dz.U. S 78/2024 234846-2024 została ogłoszona zmiana Ogłoszenia o zamówieniu. W tym samym dniu udostępniono na stronie internetowej Zamawiającego dokumenty wprowadzające zmiany w dotychczasowych dokumentach Postępowania.

W dniu 29 kwietnia 2024 roku Odwołujący, działając na podstawie art. 513 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej „Ustawą" lub „Prawem zamówień publicznych", wniósł odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu i warunków zamówienia wynikających ze specyfikacji warunków zamówienia (dalej także: „SWZ") – odnośnie czynności Zamawiającego z dnia 19 kwietnia 2024 roku.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 522 ust. 1 w zw. z art. 286 ust. 1 Ustawy w zakresie w jakim Zamawiający, który uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu z dnia 04 marca 2024 r.
w sprawie KIO 729/24 będąc tym samym zobowiązany do wykonania czynności zgodnie z żądaniem zawartym w uznanym przez siebie odwołaniu dokonuje zmian opisu przedmiotu zamówienia w sposób niezgodny z żądaniem uznanego odwołania, a zarazem dokonując ich z naruszeniem:

a) art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 Ustawy w zakresie w jakim dokonuje zmian opisu przedmiotu w sposób nieprzejrzysty, niejednoznaczny i niewyczerpujący,
bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty;

b) art. 99 ust. 2, art. 431, art. 433 pkt 3 w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 Ustawy w zw. z art. 353 (1) kodeksu

cywilnego (dalej „kc") oraz art. 5 kc w zw. z 8 ust. 1 Ustawy w zakresie w jakim wprowadza do SWZ postanowienia w sposób rażąco naruszające równowagę kontraktową stron, przerzucając na wykonawców niemożliwe do oszacowania ryzyka kontraktowe, w tym wynikające z okoliczności niezależnych od wykonawcy lub zależnych od Zamawiającego, poprzez nieprecyzyjne lub rażąco niekorzystne dla wykonawców postanowienia SWZ, sprzeciwiając się tym samym naturze stosunku zobowiązaniowego oraz zniechęcając wykonawców do składania ofert w Postępowaniu i ograniczając konkurencję;

c) art. 99 ust. 2 w zw. 16 pkt. 3 Ustawy w zakresie w jakim dokonuje zmian opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieproporcjonalny oraz nadmiarowy, nieuzasadniony obiektywnymi potrzebami Zamawiającego;

2) art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 Ustawy poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nieprzejrzysty, niejednoznaczny i niewyczerpujący, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty;

Odwołujący wniósł o: uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji warunków zamówienia, w sposób opisany w treści Uzasadnienia:

Zarzut 1:

- dokonanie modyfikacji Opisu Przedmiotu Zamówienia w zakresie powyższego punktu poprzez doprecyzowanie przez Zamawiającego górnej liczby harmonogramów, których utworzenia musi umożliwiać Aplikacja poprzez dokładne wskazanie, że taką górną granicą ma być np. 100, 1.000, lub 10.000 harmonogramów,
- dokonanie modyfikacji Opisu Przedmiotu Zamówienia w zakresie powyższego punktu poprzez szczegółowe doprecyzowanie przez Zamawiającego wymagań dotyczących separowania danych,
- dokonanie modyfikacji Opisu Przedmiotu Zamówienia w zakresie powyższego punktu przez:

a) wskazanie, że w przypadku nowych typów opraw lub zasilaczy zakupionych lub planowanych do zakupu przez Zamawiającego w okresie 8 lat obowiązywania Umowy, Zamawiający zapewni Wykonawcy możliwość wcześniejszej weryfikacji egzemplarzy testowych celem potwierdzenia ich pełnej kompatybilności z istniejącym systemem. W przypadku gdy Wykonawca zgłosi uzasadnione zastrzeżenia co do działania nowych typów opraw/zasilaczy nie będzie ponosił odpowiedzialności za ich działanie w ramach systemu sterowania i zarzadzania oświetleniem na terenie m. st. Warszawy;

b) Jednoznaczne oświadczenie przez Zamawiającego, że w przypadku istniejącej infrastruktury Zamawiającego katem ZHAGA D4i;

c) Jednoznaczne potwierdzenie przez Zamawiającego, że ponosi on odpowiedzialność za zgodność zasilaczy obecnie zamontowanych w oprawach z certyfikacją ZHAGA D4i, oraz dodatkowo, że w przypadku konieczności wymiany obecnie zamontowanych zasilaczy w oprawach w związku w ich nieprawidłowym działaniem, np. w przypadku błędnych danych przekazywanych do dostarczonego systemu, lub wskutek problemów wynikających z wieloletniej pracy zasilaczy (tysiące godzin pracy), wymianę taką wykona Zamawiający na swój koszt i ryzyko, bez odpowiedzialności odszkodowawczej po stronie dostawcy systemu sterowania i zarządzania oświetleniem na terenie m st. Warszawy.

- dokonanie modyfikacji Opisu Przedmiotu Zamówienia w zakresie powyższego punktu poprzez zmianę treści wymagania wskazanego w pkt. 3.5.4.10 OPZ na następującą: Sieć bezprzewodowa musi umożliwić aktualizację oprogramowania oraz wgrywanie harmonogramów na 100% urządzeń. Aktualizacja oprogramowania może odbywać się w porze nocnej, partiami, według zaplanowanego harmonogramu, z tym zastrzeżeniem, że całkowity czas aktualizacji nie może przekraczać 8 godzin. Maksymalne opóźnienie przyjęcia nowego oprogramowania przez daną partię kontrolerów nie powinno przekraczać 30 min.

Aktualizacja oprogramowania układowego nie może powodować zakłócenia normalnej pracy systemu.

Zarzut 2:

- dokonanie modyfikacji Opisu Przedmiotu Zamówienia w zakresie powyższego punktu poprzez jednoznaczne i wyczerpujące doprecyzowanie tego wymagania w sposób umożliwiający wykonawcom sporządzenie i złożenie oferty,
- dokonanie modyfikacji Opisu Przedmiotu Zamówienia w zakresie powyższego punktu poprzez:

a) Usunięcie wymagania zgodnie z którym aplikacja CMS musi umożliwiać tworzenie dowolnych scenariuszy pracy adaptacyjnej z wykorzystaniem czujnika oświetlenia. Wszystkie oprawy muszą pracować ściśle zgodnie z założonym scenariuszem i harmonogramem niezależnie od zakłóceń sieci.

lub ewentualnie

b) Jednoznaczne i wyczerpujące doprecyzowanie tego wymagania w sposób umożliwiający wykonawcom sporządzenie i złożenie oferty, w szczególności poprzez wskazanie przykładów jak Zamawiający rozumie scenariusze pracy adaptacyjnej

- dokonanie modyfikacji Opisu Przedmiotu Zamówienia w zakresie powyższego punktu poprzez doprecyzowania wszelkich użytych pojęć zastosowanych do opisu wymagań raportu oraz dokładne opisanie co ma być w raporcie.

Izba ustaliła, że do postępowania odwoławczego skutecznie przystąpił wykonawca Asseco Poland spółka akcyjna

z siedziba w Krakowie.

Izba stwierdziła, że wykonawca Schreder Polska spółka z ograniczona odpowiedzialnością z siedziba w Warszawie, zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego 30 kwietnia 2024 roku jednocześnie Izba stwierdza, że za pismem z dnia 20 maja 2024 roku ww. wykonawca złożył następujące oświadczenie:

Działając w imieniu wykonawcy – Schreder Polska Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Przystępujący" lub „Spółka"), na podstawie pełnomocnictwa znajdującego się w aktach sprawy, niniejszym cofam przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Wykonawcy Emitel S.A. z dnia 30 kwietnia 2024 roku.

UZASADNIENIE

W związku z doręczoną przystępującemu treścią odpowiedzi na odwołanie Zamawiającego oraz szczegółowym ustosunkowaniem się do zarzutów brak jest podstaw do dalszego podtrzymywania przystąpienia.

Wycofanie oświadczenia o zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego nie jest obwarowane ustawowo żadnym terminem określającym jakiekolwiek skutki, które wynikałby
z cofnięcia zgłoszenia przystąpienia. Izba za skuteczne uznała złożone oświadczenie
o cofnięciu zgłoszenia przystąpienia wykonawcy Schreder Polska spółka z ograniczona odpowiedzialnością z siedziba w Warszawie, tym samym wykonawca ten nie stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Pismem z dnia 20 maja 2024 roku Zamawiający złożył oświadczenie, między innymi,
o następującej treści:

„uwzględniam Odwołanie w zakresie zarzutów 1 pkt 1), pkt 2), pkt 3 lit. b), pkt 3) lit. c), pkt 4) częściowo, zarzut 2 pkt 1), pkt 2) i 3)

wnoszę o oddalenia Odwołania w pozostałej części, tj. w zakresie zarzutów 1 pkt 3 lit. a) i 1 pkt 4) w części nieuwzględnionej,"

W trakcie posiedzenia niejawnego z udziałem stron Zamawiający doprecyzował, że uwzględnił odwołanie w zakresie zarzutu 1 w części oraz w całości w zakresie zarzutu 2. Określenie elementów odwołania uwzględnionych przez Zamawiającego w piśmie procesowym odnosi się do numeracji przyjętej przez Odwołującego w odwołaniu.

Pismem z dnia 20 maja 2024 roku Odwołujący złożył oświadczenie o następującej treści:

Działając w imieniu i na rzecz Odwołującego – Orange Polska S.A., w oparciu o udzielone mi pełnomocnictwo złożone wraz z Odwołaniem, w związku z częściowym uznaniem przez Zamawiającego, w Odpowiedzi na odwołanie z dnia 20 maja 2024, r. zarzutów Odwołującego, niniejszym na podstawie art. 520 § 1 ustawy Prawo zamówień publicznych cofam Odwołanie z dnia 29 kwietnia 2024 r. w części, co do pozostałych zarzutów nie uwzględnionych przez Zamawiającego w Odpowiedzi na odwołanie, tj. co do zarzutu 1 pkt 3 lit. a) i zarzutu 1 pkt 4
w części nieuwzględnionej.

Wobec ustalenia, że Zamawiający uwzględnił w części zarzuty odwołania oraz
w części nieuwzględnionej Odwołujący zarzuty odwołania wycofał, Izba stwierdziła, że zaszły przesłanki do umorzenia postępowania odwoławczego, jak wskazuje podstawę ustawodawca w art. 522 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych oraz wydania postanowienia zgodnie z art. 568 pkt 3 ustawy.

Wymaga zaznaczenia i podkreślenia, że w zakresie zarzutów odwołania uwzględnionych przez Zamawiającego w oparciu o regulację art. 522 ust. 3 zd. 2 ustawy Zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielnie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Żądania Odwołującego zostały w tym uzasadnieniu postanowienia przytoczone.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania
na podstawie art. 574 oraz art. 575 i art. 576 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022, poz. 1710 ze zm.) oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 2 i § 9 ust. 1 pkt 2 lit b 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.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w postanowieniu.

Przewodnicząca: ……