

POSTANOWIENIE

z dnia 21 lutego 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Piotr Kozłowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym **21 lutego 2017 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 6 lutego 2017 r.

przez wykonawcę: **Polkomtel sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Świadczenie usług telekomunikacyjnych w zakresie telefonii stacjonarnej, telefonii mobilnej oraz mobilnego dostępu do Internetu* (nr postępowania WZP.272.3.2017)

prowadzonym przez zamawiającego: **Województwo Kujawsko-Pomorskie – Urząd Marszałkowski Województwa Kujawsko-Pomorskiego z siedzibą w Toruniu**

przy udziale wykonawcy: **Netia S.A. 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 Polkomtel sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie kwoty 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) – uiszczonej przez powyższego odwołującego tytułem wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 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 Toruniu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający, Województwo Kujawsko-Pomorskie – Urząd Marszałkowski Województwa Kujawsko-Pomorskiego z siedzibą w Toruniu, prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp” lub „pzp”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego usługi pn. *Świadczenie usług telekomunikacyjnych w zakresie telefonii stacjonarnej, telefonii mobilnej oraz mobilnego dostępu do Internetu* (nr postępowania WZP.272.3.2017). Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2017/S_017-027860 z 25 stycznia 2017 r. W tym samym dniu Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu na swojej stronie internetowej, na której udostępnił również specyfikację istotnych warunków zamówienia {zwaną również dalej w skrócie „SIWZ” lub „s.i.w.z.”}. Wartość tego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp

6 lutego 2017 r. Odwołujący, Polkomtel sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie {dalej również: „Polkomtel”} – wniósł w formie pisemnej odwołanie wobec wskazanych w odwołaniu postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że przez wprowadzenie zakwestionowanych postanowień SIWZ naruszył następujące przepisy ustawy pzp:

1. Art. 29 ust. 1-3 – przez sporządzenie wadliwego opisu przedmiotu zamówienia {dalej również: „OPZ”} obejmującego połączenie usług telefonii komórkowej oraz stacjonarnej w jednym postępowaniu bez możliwości składania ofert częściowych, co stanowi sztuczne połączenie odmiennych typów świadczeń, oraz ustanowienie monopolu jednego wykonawcy, który wykonuje aktualnie usługi telefonii stacjonarnej w 21 spośród 23 lokalizacji objętych zakresem tych usług, wobec braku ustalenia w § 3 wzorca umowy odpowiedniego minimalnego terminu na wybudowanie i uruchomienie łączy.
2. Art. 22 ust. 1a – przez wadliwy opis w rozdziale IV pkt 1.3 lit. a specyfikacji warunku udziału w postępowaniu, wymagający doświadczenia w wykonaniu usług telekomunikacji zarówno komórkowej, jak i stacjonarnej, co uniemożliwia udział w postępowaniu podmiotom, które mają doświadczenie w realizacji jednego z tych odrębnych rodzajów usług telekomunikacyjnych.
3. Art. 29 ust. 1-3 – przez wadliwe opisanie przedmiotu zamówienia na usługi telefonii stacjonarnej, polegające na użyciu szeregu nieprecyzyjnych, niejasnych postanowień oraz uniemożliwieniu skalkulowania oferty w sposób gwarantujący możliwość

osiągnięcia założonego zysku {przy czym w uzasadnieniu odwołania sprecyzowano poniższe zarzuty dotyczące opisu przedmiotu zamówienia na telefonię komórkową}:

- 1) W Pkt 2.8 OPZ –nakładającym na wykonawcę obowiązek zapewnienia na żądanie Zamawiającego wymianę użytkowanych przez co najmniej 1 rok i 6 miesięcy, a kupionych w ciągu pierwszych 12 miesięcy w ramach niniejszej umowy urządzeń za cenę i na zasadach, o których mowa w punktach 2.1, 2.2, 2.3, 2.5, 2.6, w szczególności wymianę nieznaney liczby urządzeń w cenach od 20 zł do 200 zł, przy czym abonament za dane urządzenie będzie uiszczany w okresie minimalnie od 6 miesięcy do maksymalnie 18 miesięcy.
- 2) W pkt 5 OPZ – z którego wynika, że Zamawiający ponownie zastrzega dla siebie uprawnienie do nabywaniem urządzeń w stałej i nierynkowej cenie (od 10 zł do 200 zł), przy czym czas trwania uiszczania abonamentu może się mieścić w widełkach od 36 maksymalnie do 12 miesięcy minimalnie, a wykonawcy nie znają rzeczywistej liczby tak nabywanych urządzeń, co najwyżej wiedzą, iż ich liczba nie może przekroczyć 10% nieznaney liczby urządzeń zakupionych w okresie pierwszych 24 miesięcy trwania umowy.
- 3) , W pkt 6 OPZ – z którego nie wynikają istotne dla sporządzenia oferty informacje posiadane przez Zamawiającego (terminy zakończenia dotychczas posiadanych umów), co jednocześnie stawia w uprzywilejowanej pozycji dotychczasowego wykonawcę zamówienia, który te informacje posiada.
- 4) W § 6 ust. 1 w zw. z § 7 wzorca umowy – z których wynika, że czas trwania abonamentu może wynosić zarówno 36 miesięcy, jak i 13 miesięcy (1 miesiąc plus 12 miesięcy).

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących zmian specyfikacji:

1. Umożliwienia składania ofert częściowych, odrębnie w zakresie telefonii komórkowej oraz telefonii stacjonarnej.
2. Umożliwienia ubiegania się o udzielenie zamówienia wykonawcom, którzy legitymują się doświadczeniem odrębnie dla kontraktów na usługi telefonii komórkowej oraz telefonii stacjonarnej.
3. Wykreślenia postanowienia zawartego w pkt 2.8 OPZ, ewentualnie urealnienia cen urządzeń (bez określania cen maksymalnych).
4. Wykreślenia postanowienia zawartego w pkt 5 OPZ, ewentualnie urealnienia cen urządzeń (bez określania cen maksymalnych).
5. Podania informacji na temat terminów zakończenia dotychczasowych umów i wygaśnięcia zobowiązań z nich wynikających.

6. Sporządzenia projektu umowy w taki sposób, aby wykonawca, stosując zasadę pewności obrotu i możliwości zaplanowania sprzedaży na określonym poziomie, miał pewność, że zawarta umowa pozwoli mu sprzedać zamówioną ilość towaru.

Dodatkowo odwołujący podał w uzasadnieniu dodatkowe okoliczności faktyczne i prawne, które jego zdaniem uzasadniają wniesienie odwołania w powyższym zakresie.

9 lutego 2017 r. wpłynęło do Prezesa Izby w formie pisemnej zgłoszenie przez Netię S.A. z siedzibą w Warszawie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego.

17 lutego 2017 r. wpłynęła do Izby w formie pisemnej odpowiedź na odwołanie {datowana na 15 lutego 2017 r.}, w której Zamawiający oświadczył, że uwzględni odwołanie w całości.

Zamawiający poinformował również, że na swojej stronie internetowej opublikował zmiany ogłoszenia i specyfikacji (w tym opisu przedmiotu zamówienia, wzorów umów, formularza ofertowego, wykazu jednostek) oraz dodał załącznik dotyczący wykazu umów, a także przedłużył termin składania ofert.

W tych okolicznościach Izba zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 186 ust. 2 ustawy pzp w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem, że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Skuteczne skorzystanie przez którąkolwiek ze stron postępowania odwoławczego z przysługującej jej tzw. czynności dyspozytywnej (czyli uwzględnienia w całości zarzutów odwołania przez zamawiającego lub cofnięcia odwołania przez odwołującego) – powoduje zakończenie postępowania odwoławczego bez merytorycznego rozpoznania zarzutów odwołania.

Zamawiający w sposób niebudzący wątpliwości wyraził wolę uwzględnienia w całości zarzutów zawartych w odwołaniu.

Izba zważyła, że dla wywarcia skutku w postaci umorzenia postępowania

odwoławczego konieczne i wystarczające jest uwzględnienie przez Zamawiającego w całości zarzutów zawartych w odwołaniu. Natomiast dalsze czynności, które Zamawiający podejmie w celu uczynienia zadość żądaniom odwołania, pozostają poza oceną Izby w ramach ustalenia zaistnienia przesłanki umorzenia postępowania odwoławczego. Tym niemniej przypomnieć należy, że art. 186 ust. 2 zd. drugie ustawy pzp nakazuje w takim przypadku Zamawiającemu wykonać w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia czynności zgodnie z żądaniami zawartymi w odwołaniu. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie poinformował o dokonaniu takich zmian, które jednak nie były przedmiotem rozpoznania przez Izbę.

Wobec stwierdzenia, że Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, a po jego stronie nie przystąpił żaden wykonawca, Izba – działając na podstawie art. 186 ust. 2 w zw. z art. 192 ust. 1 zd. 2 ustawy pzp – umorzyła postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez udziału Stron i Przystępującego.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba uwzględniła, że ponieważ uwzględnienie w całości zarzutów odwołania nastąpiło przed otwarciem posiedzenia, z mocy art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy pzp koszty te znoszą się wzajemnie, jednocześnie nakazując dokonanie na rzecz Odwołującego zwrotu kwoty uiszczonej tytułem wpisu, zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 1 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 ze zm.).

Przewodniczący: