

POSTANOWIENIE
z dnia 12 lutego 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Katarzyna Prowadzisz

Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 12 lutego 2019r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 stycznia 2019r. przez wykonawcę Orange Polska S.A., Al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez Krajowy Ośrodek Wsparcia Rolnictwa, ul. Karolkowa 30, 01-207 Warszawa

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,
2. znieść koszty postępowania odwoławczego wzajemnie i nakazać zwrot z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy Orange Polska S.A., Al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa kwoty 15 000 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej uiszczony wpis od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 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 Warszawie.

Przewodniczący:.....

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający: Krajowy Ośrodek Wsparcia Rolnictwa, ul. Karolkowa 30, 01-207 Warszawa wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Świadczenie usług telekomunikacyjnych sieci rozległej WAN”, numer referencyjny: 49/2019/C.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 18 stycznia 2019 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2019/S 013-026452.

W tym samym dniu na stronie internetowej Zamawiającego zamieszczona została Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, zwana dalej SIWZ.

Nie zgadzając się z niektórymi postanowieniami ogłoszenia i SIWZ Odwołujący: Orange Polska S.A., Al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa w dniu 28 stycznia 2019 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy:

1. art. 29 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp - poprzez niejednoznaczne określenie terminu rozpoczęcia świadczenia usług w odmienny sposób zależnie od daty podpisania umowy, na który to termin wykonawca nie wpływa - nie pozwala to wykonawcy ocenić w jakim czasie będzie musiał rozpocząć świadczenie usług, co w konsekwencji uniemożliwia skalkulowanie ceny oferty (§ 4 ust. 1 Istotnych Postanowień Umowy);

2. art. 29 ust. 1 w zw. z art. 142 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący, nieuwzględniający wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty w zakresie czasu trwania umowy ze względu na możliwość wypowiedzenia umowy ze skutkiem natychmiastowym umowy z powodu nie przedstawiania polisy OC (§ 14 ust. 3 pkt 2) Istotnych Postanowień Umowy) bez konieczności dodatkowego wezwania wykonawcy do uzupełnienia polisy OC, niezależnie od tego, czy wykonawca w istocie posiada ubezpieczenie, co pozwala Zamawiającemu na wypowiedzenie umowy zawartej na czas oznaczony bez uzasadnionego powodu w dowolnym momencie trwania umowy;

3. art. 29 ust. 1 w zw. z art. 142 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący, nieuwzględniający wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty w zakresie czasu trwania umowy ze względu na możliwość wypowiedzenia umowy ze skutkiem natychmiastowym w

przypadku naruszenia „Wytycznych Bezpieczeństwa Informacji dla Kontrahentów” lub zasad przetwarzania danych osobowych (§ 14 ust. 3 pkt 3) Istotnych Postanowień Umowy), niezależnie od tego, czy doprowadziło do ujawnienia danych chronionych lub osobowych, co pozwala Zamawiającemu na wypowiedzenie umowy zawartej na czas oznaczony bez uzasadnionego powodu w dowolnym momencie trwania umowy;

4. art. 29 ust. 1 ustawy Pzp i z art. 484 § 2 kc w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez zastrzeżenie rażąco wygórowanych kar umownych w przypadku niedotrzymania parametrów świadczonej usługi, co jest nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia i ilości świadczonych usług (§ 5 Załącznika nr 4 do Istotnych Postanowień Umowy).

Jednocześnie wnosił o nakazanie Zamawiającemu zmiany postanowień SIWZ poprzez:

1. zmianę brzmienia § 4 ust. 1 Istotnych Postanowień Umowy w następujący sposób „Wykonawca uruchomi Usługi i rozpocznie świadczenie Usług w terminie 4 tygodni od daty zawarcia Umowy. W przypadku uruchomienia Usług przed dniem 09 maja 2019 roku, rozpoczęcie świadczenia Usług nastąpi w dniu 09 maja 2019 roku”;

2. dodanie w § 14 ust. 3 pkt 2) IPU zastrzeżenia, że w przypadku niedostarczenia przez Wykonawcę dokumentu kontynuacji ubezpieczenia OC, prawo do natychmiastowego wypowiedzenia od umowy powinno przysługiwać Zamawiającemu dopiero po nie przedłużeniu tego dokumentu przez Wykonawcę po uprzednim wezwaniu Zamawiającego;

3. dodanie w § 14 ust. 3 pkt 3) IPU zastrzeżenia, że wypowiedzenie umowy w przypadku naruszenia przez Wykonawcę wytycznych bezpieczeństwa jest możliwe jedynie w przypadku istotnych naruszeń, a także wyszczególnienia, jakiego rodzaju naruszenia zasad ochrony informacji mogą skutkować wypowiedzeniem umowy;

4. usunięcie § 5 Załącznika nr 4 do umowy, ewentualnie

5. zmianę brzmienia § 5 Załącznika nr 4 do umowy poprzez usunięcie możliwości wypowiedzenia Umowy przez Zamawiającego oraz obniżenia kary umownej z 10% wartości Umowy do wysokości 1% wartości Umowy, w przypadku:

1) pięciokrotnego przekroczenia parametru Miesięcznej Dostępności Usługi przez Wykonawcę w pięciu kolejno następujących po sobie miesiącach,

2) pięciokrotnego przekroczenia parametru Czasu Usunięcia Awarii przez Wykonawcę w pięciu kolejno następujących po sobie awariach,

3) dziesięciokrotnego przekroczenia parametru gwarantowanej wartości Opóźnienia Pakietów przez Wykonawcę w dziesięciu kolejno następujących po sobie miesiącach,

4) dziesięciokrotnego przekroczenia parametru gwarantowanej wartości Zmienności Opóźnienia Pakietów przez Wykonawcę w dziesięciu kolejno następujących po sobie miesiącach, ewentualnie

5) modyfikację § 5 ust. 2 Załącznika nr 4 do umowy poprzez usunięcie możliwości wypowiedzenia Umowy przez Zamawiającego oraz obniżenia kary umownej z 30% wartości umowy do wysokości 3% wartości umowy w przypadku co najmniej dziesięciokrotnego przekroczenia parametru wartości Utraty Pakietów przez Wykonawcę w dziesięciu kolejno następujących po sobie miesiącach.

Na posiedzeniu niejawnym w dniu 12 lutego 2019r. przed Izłą pełnomocnik Zamawiającego oświadczył, że uwzględnił zarzuty z pkt 1, 2, 4 odwołania w całości, a także z pkt 3 w części.

Wskutek tego oświadczenia Odwołujący oświadczył, że cofa pozostałe zarzuty w zakresie nieuwzględnionym przez Zamawiającego i wnosi o umorzenie postępowania.

Izba ustaliła, że do chwili obecnej do Izby nie wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izba zważyła, co następuje.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając przedmiotowe odwołanie na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron stwierdziła, że postępowanie odwoławcze należało umorzyć na podstawie przepisu art. 186 ust.3a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 wraz ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp.

Zgodnie z art.186 ust. 3a ustawy Pzp w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu i wycofania pozostałych zarzutów przez odwołującego, 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 albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia części zarzutów. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów.

Zgodnie z art.185 ust.2 zd. 1 cyt. ustawy Pzp Wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje.

W niniejszej sprawie zgłoszenie takie nie zostało skutecznie dokonane po stronie Zamawiającego.

Orzekając o kosztach postępowania Izba wzięła pod uwagę treść art.186 ust.6 pkt 1 ustawy Pzp i § 5 ust. 1 pkt 2 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

Z wskazanych przepisów wynika, iż w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę, jeżeli zamawiający uwzględnił w części zarzuty przedstawione w odwołaniu i pozostałe zarzuty zostały przez odwołującego wycofane, a w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił, wypełniając wymogi określone w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy, żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia części zarzutów, Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

W niniejszej sprawie umorzenie postępowania nastąpiło w okolicznościach, o których mowa w ust.3a art.186 ustawy Pzp, a w takiej sytuacji w myśl ust.6 pkt 1 powyższego przepisu koszty postępowania odwoławczego znosi się wzajemnie.

Mając powyższe na uwadze, na zasadzie art.186 ust.2 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:.....

.....

.....