

Sygn. akt: KIO 1460/21

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 22 czerwca 2021 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący:** Agata Mikołajczyk

**Członkowie:** Emil Kuriata  
Aneta Mlącka

**Protokolant:** Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 22 czerwca 2021 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 maja 2021 roku przez odwołującego: **T-Mobile Polska S.A. z siedzibą w Warszawie** (ul. Marynarska 12, 02-674 Warszawa) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Zakład Ubezpieczeń Społecznych z siedzibą w Warszawie** (ul. Szamocka 3/5, 01-748 Warszawa),

- przy udziale wykonawcy: **Integrated Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** (ul. Marcina Kasprzaka 18/20 01-211 Warszawa) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

**postanawia:**

1. umarza postępowanie odwoławcze;
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego: **T-Mobile Polska S.A. z siedzibą w Warszawie** (ul. Marynarska 12, 02-674 Warszawa) kwoty **13.500 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy), stanowiącej 90% kwoty uiszczanego wpisu.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 z późn. 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**.

.....

.....

.....

### **Uzasadnienie**

Odwołanie zostało wniesione w dniu 17 maja 2021 r. na podstawie art. 513 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 z późn. zm.; dalej: „Pzp”) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Zamawiającego: Zakład Ubezpieczeń Społecznych w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „System telefonii stacjonarnej IP dla C/ZUS oraz podległych jednostek terenowych ZUS”, znak postępowania: TZ/271/3/21 - dalej: „Postępowanie”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 5 maja 2021 r. w Dzienniku Urzędowym UE pod numerem 2021/S 087-224398. Zarzuty podniesione w odwołaniu dotyczą treści ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji warunków zamówienia (SWZ).

Wnoszący odwołanie wykonawca: T- Mobile Polska S.A. z siedzibą w Warszawie (Odwołujący) zarzucił Zamawiającemu, że w toku przedmiotowego Postępowania naruszył następujące przepisy ustawy Pzp:

1. art. 99 ust. 1 i 4 w zw. z art. 16 Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, niedostatecznie wyczerpujący, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty i oszacowanie jej kosztów, a także naruszający uczciwą konkurencję, w zakresie, w jakim w Zamawiający nie wskazał dokładnej lokalizacji DC2 (drugiego z obiektów Data Center) ograniczając się do wskazania, że DC2 będzie zlokalizowany w ośrodku jednego z wiodących dostawców obiektów kolokacji w aglomeracji warszawskiej, podczas gdy dla kalkulacji ceny oferty i jej sporządzenia istotne znaczenie ma, jaka konkretnie będzie lokalizacja tego obiektu (ust. 4.1. pkt 4 lit. b) załącznika nr 1 do SWZ - Opis przedmiotu zamówienia - dalej jako: „OPZ”),
2. art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 PZP poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, niedostatecznie wyczerpujący oraz nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty i oszacowanie jej kosztów, a także naruszający uczciwą konkurencję, w zakresie, w jakim Zamawiający wskazał, że wdrożenie i uruchomienie komponentów centralnych Systemu zostanie zakończone w terminie maksymalnie 17 tygodni od dnia podpisania umowy, w sytuacji gdy Zamawiający nie podał dokładnej lokalizacji DC2 (drugiego z obiektów Data Center) ograniczając się do wskazania, że DC2 będzie zlokalizowany w ośrodku jednego z

wiodących dostawców obiektów kolokacji w aglomeracji warszawskiej oraz nie wskazał, kiedy ta informacja zostanie podana (ust. 6.4. pkt 4 lit. d),

3. art. 240 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 Pzp poprzez opisanie kryterium oceny ofert „maksymalny czas na zakończenie całości wdrożenia” w związku z brakiem wskazania dokładnej lokalizacji Data Center 2 oraz terminu, w jakim ta lokalizacja zostanie podana wykonawcy, w sposób niejednoznaczny oraz uniemożliwiający weryfikację ofert oraz prowadzący do ich nieporównywalności, a zarazem w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
4. art. 353 1 w. zw. z art. 5 oraz art. 487 5 2 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp poprzez sporządzenie wzoru umowy w sposób naruszający zasady współzycia społecznego i równowagę stron umowy oraz nadmiernie obciążający wykonawcę w zakresie, w jakim:
  - a. Zamawiający przewidział nadmiernie wysokie bonifikaty w przypadkach opisanych w § 5 ust. 4 i 8 załącznika nr 2 do SWZ - Projektowane postanowienia umowy (dalej jako: „Wzór umowy”) oraz nadmiernie wysokie kary umowne w przypadkach określonych w § 6 ust. 1-17 Wzoru umowy,
  - b. Zamawiający nie wprowadził we Wzoru umowy procedury reklamacyjnej, która umożliwiałaby wykonawcy zgłoszenie zastrzeżeń, co do zasadności nałożenia kar umownych i bonifikat oraz ich wysokości, a także usunięcie naruszeń przed ich nałożeniem,
5. art. 436 pkt 3 Pzp poprzez brak określenia łącznej maksymalnej wysokości bonifikat (które są de facto karami umownymi), których może dochodzić Zamawiający,
6. art. 439 Pzp poprzez brak zawarcia we Wzorze umowy postanowień dotyczących zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowień SWZ i Załączników, w sposób uwzględniający argumentację odwołania zawartą w jego uzasadnieniu, tj.:

1. modyfikację ust. 4.1. pkt 4 lit. b) OPZ poprzez wskazanie dokładnej lokalizacji DC2, ewentualnie, jeżeli nie jest to możliwe modyfikację OPZ poprzez zadeklarowanie, że

Zamawiający zapewni i nieodpłatnie udostępni wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego łącze światłowodowe 2j, biegnące od DC2 do jednego z neutralnych punktów wymiany ruchu IP, zlokalizowanych w aglomeracji warszawskiej, posiadającego przyłącza od minimum trzech wiodących operatorów telekomunikacyjnych w Polsce, zaś zmiana punktu wymiany ruchu IP po wyłonieniu operatora DC2, będzie wymagała zgody wykonawcy,

2. modyfikację ust. 6.4. pkt 4 lit. d) OPZ poprzez wskazanie, że 17-tygodniowy termin zakończenia wdrożenia i uruchomienie komponentów centralnych Systemu będzie liczony od dnia udostępnienia wykonawcy informacji na temat dokładnej lokalizacji Data Center 2,
3. modyfikację opisu kryterium oceny ofert „maksymalny czas na zakończenie całości wdrożenia” poprzez wskazanie, że termin, jaki wykonawca zadeklaruje w zakresie tego kryterium będzie liczony od udostępnienia wykonawcy informacji na temat dokładnej lokalizacji Data Center 2,
4. zmianę wysokości kar umownych i bonifikat przewidzianych we Wzorze umowy poprzez ich obniżenie:
  - a. zmniejszenie bonifikat, o których mowa w 5 5 ust. 4 Wzoru umowy do poziomu nie większego niż:
    - P1 - 3000 PLN,
    - P2 - 2000 PLN,
    - P3 - 2000 PLN,
    - P4 - 300 PLN,
  - b. zmniejszenie bonifikat, o których mowa w S 5 ust. 8 Wzoru umowy do poziomu nie większego niż:
    - System - 2000 PLN,
    - Łącze SIP Trunk - 0,5% wartości średniej miesięcznej faktury brutto za usługi telekomunikacyjne dla wszystkich Jednostek organizacyjnych Zamawiającego (abonamenty oraz połączenia telefoniczne),
    - Linia analogowa - 3% wartości średniej miesięcznej faktury brutto za usługi telekomunikacyjne dla danej linii analogowej ewentualnie
    - 0,2% wartości średniej miesięcznej faktury brutto za usługi telekomunikacyjne dla danej Jednostki organizacyjnej;
  - c. zmniejszenie kar umownych, o których mowa w 5 6 ust. 1-17 Wzoru umowy do poziomu nie większego niż 50%;
5. wprowadzenie do Wzoru umowy postanowienia, zgodnie z którym każdorazowe naliczenie kar umownych i bonifikat przewidzianych w umowie zostanie poprzedzone przeprowadzeniem stosownego postępowania reklamacyjnego mającego na celu

- umożliwienie wykonawcy niezwłoczne usunięcie uchybień w wykonaniu umowy oraz odniesienie się przez Wykonawcę do podanych przez Zamawiającego podstaw naliczenia kar umownych,
6. wprowadzenie obok wskazanego w S 6 ust. 23 Wzoru umowy limitu kar umownych limitu dla łącznej maksymalnej wysokości bonifikat, których Zamawiający może dochodzić na podstawie umowy na poziomie 10 % wynagrodzenie brutto wykonawcy ,
  7. wprowadzenie do Wzoru umowy postanowień dotyczących zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.

Wykonawca T-Mobile wskazał, że (...) *ma interes we wniesieniu odwołania. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów ustawy, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, gdyż objęta odwołaniem czynność Zamawiającego (ukształtowane w Postępowaniu warunki zamówienia) uniemożliwia Odwołującemu ubieganie się o udzielenie zamówienia i przygotowanie prawidłowej oferty, a tym samym, wybór jego oferty i uzyskanie przedmiotowego zamówienia może okazać się niemożliwe. Wskazujemy, iż uwzględnienie odwołania doprowadzi do eliminacji dokonanego przez Zamawiającego nadmiernie rygorystycznego i nieproporcjonalnego do przedmiotu zamówienia ograniczenia kręgu potencjalnych wykonawców, w tym Odwołującego, którzy będą mogli złożyć ofertę z realną szansą na uzyskanie zamówienia. Wskazujemy nadto, iż objęta odwołaniem czynność Zamawiającego prowadzi do możliwości poniesienia szkody przez Odwołującego polegającej na uniemożliwieniu Odwołującemu złożenia oferty i ubiegania się o udzielenie zamówienia. Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania, gdyż sprzeczna z ustawą ww. czynność Zamawiającego w sposób negatywny oddziałuje na możliwość udziału Odwołującego w postępowaniu i uzyskania przed Odwołującego przedmiotowego zamówienia”.*

**Do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego** przystąpienie zgłosił wykonawca Integrated Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wnosząc o uwzględnienie odwołania.

**Odwołujący** w piśmie z dnia 21 czerwca 2021 r. (data wpływu do akt sprawy 21/06/2021) oświadczył, że na podstawie art. 520 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych cofa wniesione odwołanie i wniósł o zwrot kwoty wpisu uiszczanego od odwołania na rachunek bankowy z którego został zapłacony.

**Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Zgodnie z art. 520 ust. 1 ustawy Pzp r.: „*Odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy*”.

Izba stwierdziła, że oświadczenie o wycofaniu odwołania zostało złożone w piśmie z dnia 21 czerwca 2021 r. przez osobę uprawnioną do reprezentowania Odwołującego i odwołanie zostało na podstawie wskazanego art. 520 ust. 1 ustawy Pzp skutecznie wycofane przed otwarciem rozprawy dla której termin został wyznaczony na dzień 22 czerwca 2021 r.

Zgodnie zatem z art. 568 pkt 1 cytowanej ustawy, Izba postanowiła o umorzeniu postępowania odwoławczego. Wskazany art. 568 pkt 1 cytowanej ustawy stanowi, że w przypadku cofnięcia odwołania Izba umarza postępowania odwoławcze w formie postanowienia.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba miała na uwadze art. 557 ustawy Pzp oraz § 9 ust. 1 pkt 3 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r., poz. 2437). Zgodnie z dyspozycją wskazanego art. 557 w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei zgodnie z § 9 ust. 1 pkt 3 lit. a) wskazanego rozporządzenia w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w całości na skutek cofnięcia odwołania, najpóźniej w dniu poprzedzającym dzień, na który został wyznaczony termin rozprawy lub posiedzenia z udziałem stron lub uczestników postępowania odwoławczego, odwołującemu zwraca się 90% wpisu. Tym samym Izba, uwzględniając wskazane przepisy, nakazała zwrócić na rzecz Odwołującego 90% kwoty wpisu od odwołania uiszczonego w przedmiotowej sprawie w wysokości 15.000 zł.

Mając powyższe na uwadze postanowiono jak w sentencji.

.....  
.....  
.....