

Sygn. akt: KIO 2204/22

POSTANOWIENIE
z dnia 13 września 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Irmina Pawlik

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 13 września 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 sierpnia 2022 r. przez wykonawcę Redge Technologies Spółka z ograniczona odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Telewizja Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie

postanawia:

1. umarza postępowanie odwoławcze;
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy Redge Technologies Spółka z ograniczona odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710) 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:

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający Telewizja Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Zakup usługi CDN – CDN Selector i Manifest Manipulator wraz z serwisem i utrzymaniem na okres 2 lat na potrzeby Must Carry/Must Offer” (numer referencyjny: ZP/TITT/86/2022). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 10 sierpnia 2022 r. pod numerem 2022/S 153-437535. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710, dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

W dniu 22 sierpnia 2022 r. wykonawca Redge Technologies Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Odwołujący”) wniósł odwołanie wobec treści specyfikacji warunków zamówienia, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 99 ust. 1, ust. 2 i ust. 4 w zw. z art. 16 pkt 1) i pkt 3) ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niewyczerpujący, nieuwzględniający okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty, nieproporcjonalny oraz w sposób uniemożliwiający uczciwą konkurencję i naruszający zasadę równego traktowania wykonawców, poprzez postawienie wymagania, aby wykonawca uruchomił świadczenie Usługi w terminie 7 dni od dnia zawarcia umowy, podczas gdy uruchomienie świadczenia Usługi w tym terminie jest niemożliwe, nierealne dla wykonawców, którzy aktualnie nie wykonują umowy na rzecz Zamawiającego i mieliby zastąpić wykonawcę realizującego umowę na te usługi, a tym samym oznacza uprzywilejowanie (i uniemożliwienie innym wykonawcom złożenie oferty) w Postępowaniu sytuacji wykonawcy aktualnie realizującego umowę posiadającego już niezbędną infrastrukturę u Zamawiającego i mogącego uruchomić Usługę w terminie do 7 dni od dnia zawarcia umowy z Zamawiającym;
2. art. 353¹ ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1360 z późn. zm.) w zw. z art. 8 ust. 1 zw. z art. 16 pkt 3 ustawy Pzp poprzez ukształtowanie postanowień umowy w sposób naruszający zasadę swobody kontraktowania wyrażoną w art. 353¹ KC oraz zasadę proporcjonalności poprzez ukształtowanie stosunku zobowiązaniowego w sposób naruszający jego naturę, równowagę stron oraz prowadzący do nadużycia praw podmiotowych Zamawiającego (jako podmiotu przygotowującego wzór umowy) poprzez brak wskazania we Wzorze Umowy definicji

wad i usterek co powoduje, że brak jest obiektywnych kryteriów uznania, czy dany sposób funkcjonowania Usługi może stanowić wadę lub usterkę;

3. art. 99 ust. 1 ustawy Pzp poprzez brak zdefiniowania wad i usterek, co skutkuje brakiem możliwości rzetelnej oceny ryzyk związanych z realizacją Zamówienia i rzetelnej kalkulacji ceny oferty, co stanowi naruszenie art. 99 ust. 1 PZP nakazującego Zamawiającemu opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty;
4. art. 353¹ KC w zw. z art. 8 ust. 1 zw. z art. 16 pkt 3 ustawy Pzp poprzez ukształtowanie postanowień umowy w sposób naruszający zasadę swobody kontraktowania wyrażoną w art. 353¹ KC oraz zasadę proporcjonalności, poprzez ukształtowanie stosunku zobowiązaniowego w sposób naruszający jego naturę, równowagę stron oraz prowadzący do nadużycia praw podmiotowych Zamawiającego (jako podmiotu przygotowującego wzór umowy) poprzez uprawnienie Zamawiającego do obciążenia wykonawcy z tytułu zwłoki w sunięciu wad i usterek stwierdzonych przy odbiorze Usługi w przypadku gdy, zaburzenia w działaniu Usługi wynikają z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, również w sytuacji gdy ich źródła będą niezależne od wykonawcy – co przy braku definicji we Wzorze Umowy wad i usterek skutkowałoby tym, że wykonawca jest odpowiedzialny za wszelkie zgłoszone wady i usterki Usługi niezależnie od ich źródła;
5. art. 99 ust. 1, ust. 2 i ust. 4 w zw. z art. 16 pkt 1) i pkt 3) ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niewyczerpujący, nieuwzględniający okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty, nieproporcjonalny oraz w sposób uniemożliwiający uczciwą konkurencję i naruszający zasadę równego traktowania wykonawców, poprzez postawienie wymogu komponentu CDN Selektor w zakresie zbudowania go w modelu 3 warstwowym oraz wymagając aby warstwa EDGE oferowała nie mniej niż 80 serwerów umożliwiających dystrybucję treści na poziomie nie mniej niż 20-40 Gbps/s oraz nie mniej niż 20 na poziomie 90 Gbp, w sytuacji gdy CDN stanowi aktualnie usługę powszechnie dostępną na rynku, której jakość można określić obiektywnymi kryteriami, takimi jak: pojemność szczytowa (zdefiniowana w gigabitach lub terabitach na sekundę, bądź liczbą jednocześnie obsługiwanych użytkowników), pojemność ciągła (zdefiniowana w terabajtach lub petabajtach w miesiącu), liczba styków do operatorów publicznych sieci telekomunikacyjnych lub punktów wymiany ruchu, graniczny czas odpowiedzi na żądanie użytkownika i inne, a aktualne wymaganie narzuca konkretne rozwiązanie / architekturę, promując dostawców spełniających te wymagania, co w żaden sposób nie wpływa na jakość usługi oraz nie realizuje żadnego z dodatkowych wymagań funkcjonalnych w OPZ;

6. art. 99 ust. 1, ust. 2 i ust. 4 w zw. z art. 16 pkt 1) i pkt 3) ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niewyczerpujący, nieuwzględniający okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty, nieproporcjonalny oraz w sposób uniemożliwiający uczciwą konkurencję i naruszający zasadę równego traktowania wykonawców, poprzez postawienie wymogu dla komponentu CDN Selektor w zakresie warstwy sieciowej składającej się interkonektów:
- a) międzynarodowych o przepustowości powyżej 2 Tbps do minimum dwóch dostawców Tier-1 posiadających status CAIDA AS rank (światowy ranking największych dostawców hurtowego dostępu do internetu) nie większy niż 15, podczas gdy istotą usługi CDN w scenariuszu must-carry / must-offer jest obsługa przede wszystkim użytkowników krajowych sieci telekomunikacyjnych, oraz
 - b) krajowych >800Gbps w tym łącza do węzła wymiany ruchu IX (tzw. Internet eXchange) >1Tbps w tym wymagając w sposób niewyczerpujący i ogólny na „kilkuset polskich operatorów”, w tym łącza z OVH, Polskimi Sieciami Szerokopasmowymi oraz Atende, podczas gdy firmy te nie świadczą usług dostępu do internetu dla użytkowników końcowych (ang. *Internet Service Provider* („ISP”)) ani nie są dostawcami IP Transit, w konsekwencji czego ww. wymagania SWZ promują dostawców usług CDN, którzy takie interkonekty posiadają, podczas gdy w ramach świadczenia usług CDN posiadanie takich interkonektów nie znajduje żadnego uzasadnienia.
7. art. 99 ust. 1 i ust. 4 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niewyczerpujący i nieuwzględniający wszystkich okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty przez wykonawców oraz w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję poprzez brak wymagania interkonektu do sieci UPC skutkiem czego stawia w uprzywilejowanej sytuacji tych wykonawców, którzy takiego styku nie posiadają, podczas gdy UPC jest drugą firmą pod względem liczby użytkowników internetu stacjonarnego i postawienie takiego wymagania jest uzasadnione celem i potrzebami Zamawiającego, a brak postawienia takiego wymogu powoduje, że wykonawca (w przypadku uwzględnienia pozostałych zarzutów) będzie musiał konkurować z podmiotami, które nie posiadają odpowiedniej infrastruktury.
8. art. 112 ust. 1 w zw. z art. 116 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia poprzez bezzasadne wymaganie zezwolenia na świadczenie usługi telekomunikacyjnej objętej przedmiotem zamówienia, w sytuacji gdy dla świadczenia usług CDN nie jest konieczny wpis do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych prowadzonego przez Urząd Komunikacji Elektronicznej – co w konsekwencji powoduje istotne ograniczenie kręgu podmiotów mogących złożyć ofertę w Postępowaniu,

konkurencyjności i naruszenie zasady równego traktowania wykonawców, poprzez uniemożliwienie dostępu do udziału w Postępowaniu i uzyskania zamówienia wykonawcom, którzy nie są wpisani do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych, a spełniają warunek udziału z pkt. 7.3.2 SWZ potwierdzający posiadanie wiedzy i doświadczenia umożliwiającego realizację przedmiotowego Zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji treści SWZ w sposób szczegółowo opisany w odwołaniu.

Izba ustaliła, iż w terminie wskazanym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

Zamawiający w dniu 31 sierpnia 2022 r. złożył pismo, w którym poinformował, iż unieważnił przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia, gdyż wystąpiły okoliczności powodujące, że dalsze prowadzenie postępowania jest nieuzasadnione, a do pisma załączył informację z dnia 31 sierpnia 2022 r. o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 256 w związku z art. 137 ust. 7 ustawy Pzp oraz art. 256 ustawy Pzp. Zamawiający wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp.

W dniu 1 września 2022 r. wpłynął wniosek Odwołującego o umorzenie postępowania odwoławczego w całości na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp oraz zwrot uiszczonego wpisu od odwołania. Odwołujący wskazał, iż Zamawiający w dniu 31 sierpnia 2022 r. na podstawie art. 256 w zw. z art. 137 ust. 7 PZP unieważnił Postępowanie, z uwagi na to, że wystąpiły okoliczności powodujące, że dalsze prowadzenie postępowania jest nieuzasadnione, co zgodnie z orzecznictwem może stanowić podstawę do umorzenia postępowania odwoławczego na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, iż czynność unieważnienia postępowania podjęta przez Zamawiającego w dniu 31 sierpnia 2022 r. nie została zaskarżona w ustawowym terminie na wniesienie odwołania. Zamawiający w dniu 13 września 2022 r. złożył pismo, w którym poinformował, iż w terminie na wniesienie odwołania wobec ww. czynności nie przekazano mu kopii odwołania. Zamawiający na posiedzeniu potwierdził powyższe.

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdziła, że w przedmiotowym przypadku zachodzi podstawa do umorzenia postępowania odwoławczego w oparciu o art. 568 pkt 2 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 568 pkt 2 ustawy Pzp Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne.

Art. 552 ust. 1 ustawy Pzp nakazuje, aby Izba orzekając wzięła za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego. Zamawiający w dniu 31 sierpnia 2022 r. unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia, a wobec tej czynności w ustawowo określonym terminie nie został wniesiony środek ochrony prawnej, co oznacza, że unieważnienie postępowania stało się ostateczne. Tym samym postępowanie o udzielenie zamówienia na zakup usługi CDN – CDN Selector i Manifest Manipulator wraz z serwisem i utrzymaniem na okres 2 lat na potrzeby Must Carry/Must Offer o nr ref. ZP/TITT/86/2022 formalnie zakończyło się (*vide* art. 7 pkt 18 ustawy Pzp). Powyższe powoduje, że dalsze prowadzenie postępowania odwoławczego stało się zbędne. Odwołujący wniósł odwołanie wobec treści specyfikacji warunków zamówienia, która już nie obowiązuje. Merytoryczne rozpoznanie istoty sporu - zgodności z ustawą Pzp treści dokumentów zamówienia – jest pozbawione celu, ponieważ dokumenty te dotyczą ostatecznie unieważnionego, zakończonego postępowania o udzielenie zamówienia.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w oparciu o art. 568 pkt 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp w zw. z § 9 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), nakazując dokonanie na rzecz Odwołującego zwrotu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Przewodniczący: