

POSTANOWIENIE
z dnia 14 marca 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Kurowska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu w dniu 14 marca 2022 roku w Warszawie, na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 lutego 2022 r. przez wykonawcę **T-Mobile Polska S.A. z siedzibą w Warszawie,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Komendę Wojewódzką Policji w Gdańsku,**

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze;

2. nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku bankowego na rzecz wykonawcy T-Mobile Polska S.A. z siedzibą w Warszawie kwoty **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej równowartość uiszczanego wpisu.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2020 ze 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.**

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Komenda Wojewódzka Policji w Gdańsku - (dalej jako „**Zamawiający**”) prowadzi postępowanie pn. „Usługa dzierżawy od operatorów telekomunikacyjnych na potrzeby KWP w Gdańsku, 70 cyfrowych łączy telekomunikacyjnych ETH L 2, umożliwiających transmisję danych w postaci pakietowej” (dalej „**Postępowanie**”).

W dniu 28 lutego 2022 roku wykonawca T-Mobile Polska S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej „**Odwolujący**”) wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 99 ust. 1 i 4 Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp poprzez niedopuszczenie możliwości składania ofert częściowych, co jest uzasadnione ze względu na zachowanie zasad uczciwej konkurencji, przy jednoczesnym braku przekonującego uzasadnienia dla niedopuszczenia składania ofert częściowych;
2. art. 99 ust. 1 i 4 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp w zw. z art. 436 pkt 1 Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mających wpływ na przygotowanie oferty, uniemożliwiający przygotowanie i wycenę oferty, nieadekwatny, naruszający uczciwą konkurencję i zasady współżycia społecznego oraz równowagę stron umowy w zakresie, w jakim Zamawiający wskazał nierealny termin realizacji usług określając go jako datę sztywną rozpoczęcia świadczenia usług (24 maja 2022 r.) i nie przewidując terminu na uruchomienie usług;
3. 99 ust. 1 i 4 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty i oszacowanie jej kosztów oraz w sposób preferujący jednego wykonawcę (dotychczasowego dostawcę usług), w zakresie, w jakim Zamawiający postawił wymaganie, że wymaga wyłącznie podejścia kablowego (ust. IV pkt 8 ppkt 5 zd. 1 SWZ);
4. art. 99 ust. 1 i 4 w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp oraz art. 353¹ w zw. z art. 5 oraz art. 487 § 2 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 433 pkt 4 Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia oraz sporządzenie wzoru umowy w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań mających wpływ na przygotowanie oferty, uniemożliwiający przygotowanie i wycenę oferty, naruszający uczciwą konkurencję

oraz zasady współżycia społecznego i równowagę stron umowy w zakresie w jakim Zamawiający wymaga, aby bez dodatkowej opłaty Wykonawca zobowiązał się do likwidacji jednostki Policji (bez względu na przyczyny likwidacji, bez jakiegokolwiek limitu takich likwidacji i jakiegokolwiek ograniczenia w zakresie terminu w jakim mogłoby to nastąpić) - § 6 ust. 11 Umowy;

5. art. 99 ust. 1 i 4 w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp oraz art. 353¹ w zw. z art. 5 oraz art. 487 § 2 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 433 pkt 4 Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia oraz sporządzenie wzoru umowy, w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań mających wpływ na przygotowanie oferty, uniemożliwiający przygotowanie i wycenę oferty, naruszający uczciwą konkurencję oraz zasady współżycia społecznego i równowagę stron umowy w zakresie w jakim Zamawiający wymaga:

a) aby bez dodatkowej opłaty Wykonawca zobowiązał się do zapewnienia dostosowanego przebiegu łącza i deklarowanych parametrów technicznych usługi w przypadku zmiany lokalizacji jednostki Policji (bez względu na warunki techniczne w nowej lokalizacji) - § 6 ust. 11 Umowy;

b) aby bez dodatkowej opłaty Wykonawca zobowiązał się do zestawienia nowego dodatkowego łącza o parametrach wymaganych przez Zamawiającego dla utworzonych nowych jednostek Policji (bez względu na warunki techniczne w nowej lokalizacji) - § 6 ust. 12 Umowy;

c) dostarczył sprzęt do nowej lokalizacji oraz świadczył usługi w nowej lokalizacji bez dodatkowego wynagrodzenia tj. w ramach wynagrodzenia, które uwzględnia tylko 70 pierwotnych lokalizacji oraz sprzęt na ich potrzeby;

6. art. 436 pkt 3 Pzp poprzez brak określenia łącznej maksymalnej wysokości bonifikat (które są de facto karami umownymi), których może dochodzić Zamawiający.

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

1. modyfikację SWZ poprzez dopuszczenie możliwości składania ofert częściowych;
2. modyfikację pkt II.2.7. ogłoszenia o zamówieniu oraz rozdz. IV pkt 2 i rozdz. IX SWZ poprzez zmianę planowanego terminu uruchomienia łącza i realizacji zamówienia poprzez wskazanie, że nastąpi to w terminie 6 miesięcy od dnia podpisania umowy;

3. modyfikację rozdz. IV pkt 8 ppkt 5 zd. 1 SWZ poprzez dopuszczenie realizacji łączy dostępowych również w technologii radiowej w paśmie koncesjonowanym, a co za tym idzie wykreślenie rozdz. IV pkt 8 ppkt 5 zd. 2 SWZ;
4. modyfikację § 6 ust. 14 Umowy poprzez:
 - a) wprowadzenie postanowień dających Wykonawcy możliwość naliczenia jednorazowej opłaty za likwidację łączy stanowiącej równowartość miesięcznej opłaty abonamentowej za to łącze pomnożonej przez ilość miesięcy pozostałych do końca Umowy

ewentualnie

wprowadzenie postanowień wyodrębniających w § 6 Umowy (oraz odpowiednio w formularzu ofertowym) wynagrodzenia wykonawcy z tytułu zestawienia łączy w danej lokalizacji i wprowadzenie z tego tytułu opłaty instalacyjnej rozliczanej po podpisaniu protokołu odbioru usług, oraz
 - b) określenie maksymalnej liczby łączy, które mogą być zlikwidowane w trakcie trwania umowy, oraz
 - c) określenie, że Zamawiający może skorzystać z prawa do rezygnacji ze świadczenia łączy w danej lokalizacji nie wcześniej niż po upływie 12 miesięcy od uruchomienia usług potwierdzonego protokołem odbioru, oraz
 - d) określenie zamkniętego katalogu okoliczności, które mogą być podstawą do żądania przez Zamawiającego zaprzestania świadczenia usługi i likwidacji łączy w danej lokalizacji;
5. modyfikację § 6 ust. 11 i 12 Umowy poprzez:
 - a) wprowadzenie możliwości odmowy przeniesienia łączy lub zestawienia nowego łączy w przypadku braku warunków technicznych w nowej lokalizacji lub w przypadku braku porozumienia między wykonawcą i Zamawiającym co do wysokości ceny jednostkowej,
 - b) wskazanie, że z tytułu przeniesienia łączy do nowych lokalizacji oraz zestawienia nowego łączy wykonawcy będzie przysługiwała opłata jednorazowa w wysokości pokrywającej uzasadnione koszty przeniesienia łączy oraz zestawienia nowego łączy,

- c) dookreślenie kwestii wysokości ceny jednostkowej za świadczenie usług w nowych lokalizacjach i dostawę sprzętu do nowych lokalizacji poprzez wskazanie, że wykonawca będzie każdorazowo proponował wysokość ceny jednostkowej z uwzględnieniem rynkowych stawek świadczenia tego typu usług;
6. modyfikację § 7 ust. 7 Umowy poprzez wskazanie, że przewidywany tam limit kar umownych dotyczy również bonifikat, o których mowa w § 5 ust. 2 Umowy
- ewentualnie

wprowadzenie obok limitu kar umownych, o których mowa w § 7 ust. 7 Umowy limit dla łącznej maksymalnej wysokości bonifikat, których Zamawiający może dochodzić na podstawie Umowy na poziomie 10% wynagrodzenia brutto Wykonawcy.

Izba ustaliła, że do postępowania odwoławczego nie przystąpił żaden wykonawca.

Izba ustaliła, że w dniu 9 marca 2022 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której zawarł oświadczenie o utrzymaniu braku możliwości składania ofert częściowych przez Wykonawców. Jednocześnie Zamawiający dokonał modyfikacji (w sposób wskazany przez Zamawiającego):

- pkt II.2.7 Ogłoszenia o zamówieniu oraz rozdziału IV pkt 2 i rozdz. IX SWZ poprzez zmianę planowanego terminu uruchomienia łączy i realizacji zamówienia poprzez wskazanie, że nastąpi to w terminie 6 miesięcy od dnia podpisania umowy,
- rozdz. IV pkt 8 ppkt 5 zd. 1 SWZ poprzez dopuszczenie realizacji łączy dostępowych również w technologii radiowej w paśmie koncesjonowanym, a co za tym idzie wykreślenie rozdz. IV pkt 8 ppkt 5 zd. 2 SWZ;
- dot. odstąpienia od umowy w zakresie pojedynczego łącza bez dalszego ponoszenia opłat i § 6 ust. 11 i 12 Umowy: dostosowanie przez Wykonawcę przebiegu łącza w przypadku zmiany lokalizacji jednostki Policji oraz zestawienie nowego łącza w przypadku uruchomienia nowej jednostki Policji;
- § 7 ust. 7 umowy poprzez wskazanie, że przewidziany limit kar umownych dotyczy również bonifikat.

Jednocześnie w piśmie z dnia 11 marca 2022 r. Odwołujący oświadczył, że „(...) w związku z pismem Zamawiającego z dnia 9 marca 2022 r., w którym Zamawiający oświadczył, iż zmienia część postanowień SWZ, a zmiany te czynią zadość żądaniom Wykonawcy (a zatem uwzględnia część zarzutów odwołania z dnia 28 lutego 2022 r.), oświadczam, że cofam zarzuty i żądania odwołania z dnia 28 lutego 2022 r., które nie zostały uwzględnione przez Zamawiającego”.

Izba uznała, że Zamawiający dokonując modyfikacji SWZ w zakresie wskazanym w piśmie z dnia 9 marca 2022 r., uwzględnił w części zarzuty i żądania przedstawione w odwołaniu, co zostało potwierdzone przez Odwołującego. Jednocześnie Izba ustaliła, że Odwołujący wycofał pozostałe zarzuty i żądania (które nie zostały uwzględnione przez Zamawiającego). Jednocześnie na posiedzeniu z udziałem stron Odwołujący i Zamawiający zgodnie wnosili o umorzenie postępowania odwoławczego. Wobec powyższego Izba stwierdziła, że zachodzą przesłanki umożliwiające umorzenie postępowania odwoławczego i, zgodnie z przepisem art. 522 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych oraz § 9 ust. 1 pkt 2 lit. b 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), z których wynika, że w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w całości koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, znosi się wzajemnie jeżeli przed otwarciem rozprawy zamawiający uwzględnił w części zarzuty przedstawione w odwołaniu i pozostałe zarzuty zostały przez odwołującego wycofane, a w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca albo uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego w części zarzutów przedstawionych w odwołaniu – w takim przypadku Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Przewodniczący: