

Sygn. akt: KIO 727/18

**POSTANOWIENIE**  
z dnia 25 kwietnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Andrzej Niwicki**

**Paweł Trojan**

**Agnieszka Trojanowska**

po rozpoznaniu na posiedzeniu bez udziału stron dnia 25 kwietnia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 kwietnia 2018 r. przez wykonawcę **Netia S.A. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Instytut Meteorologii i Gospodarki Wodnej Państwowego Instytut Badawczy z siedzibą w Warszawie** przy udziale wykonawcy **T-Mobile S.A. z siedzibą w Warszawie** zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

**postanawia:**

1. umarza postępowanie odwoławcze;
2. nakazuje zwrot z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **Netia S.A. z siedzibą w Warszawie** kwoty **13 500 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy), stanowiącej 90% uiszczanego wpisu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 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: Instytut Meteorologii i Gospodarki Wodnej Państwowy Instytut Badawczy, ul. Podleśna 61, 01-673 Warszawa prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Dostawę, wdrożenie, migrację z obecnie wykorzystywanej sieci oraz utrzymanie w pracy operacyjnej sieci WAN dla IMGW-PIB”. Znak sprawy AZ/6/PN/U/AI/ko/18. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia została opublikowana dn. 6 kwietnia 2018 r.

Odwolujący: Netia S.A. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie od czynności sformułowania Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wraz z załącznikami („SIWZ”), w tym „Opisu Przedmiotu Zamówienia Specyfikacja Techniczna” – zał. nr 1 do SIWZ („OPZ”).

Zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 PZP przez przewidzenie w OPZ wymogu, by wykonawca był autoryzowanym przedstawicielem producenta urządzeń sieciowych wykorzystywanych do realizacji usługi (PU27 OPZ in fine), co nie jest konieczne dla prawidłowego wykonania usługi będącej przedmiotem Zamówienia, a w konsekwencji prowadzi do rażącego naruszenia uczciwej konkurencji i nierównego traktowania wykonawców;
2. art. 22 ust. 1 pkt. 2 PZP oraz art. 22 ust. 1a PZP przez sformułowanie wymogu by wykonawca był autoryzowanym przedstawicielem producenta urządzeń sieciowych wykorzystywanych do realizacji usługi (PU27 OPZ in fine), a zatem warunku udziału w postępowaniu, który nie został wskazany w ogłoszeniu o zamówieniu i jest nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia.
3. art. 29 ust. 1 PZP i art. 29 ust. 2 PZP poprzez nałożenie na wykonawcę:
  - a) obowiązku przeniesienia 10 łączy (ok. 12% całkowitej liczby łączy) do nowych, nieznanymi lokalizacji (PU20 OPZ),
  - b) obowiązku instalacji i konfiguracji w sieci WAN nieokreślonej liczby nowych łączy dostępowych dla nowych, nieznanymi lokalizacji (PU30 OPZ), a zatem opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nieprecyzyjny i niedokładny, niepozwalający wykonawcy na ocenę możliwości realizacji zamówienia oraz jego należytej wycenę, a w konsekwencji prowadzący do nieporównywalności złożonych ofert i naruszenia zasad uczciwej konkurencji;
4. art. 29 ust. 1 PZP oraz art. 353.1 §1 KC w zw. z art. 139 ust. 1 PZP przez przyznanie Zamawiającemu prawa do jednostronnego wypowiedzenia umowy w części z zachowaniem

1-miesięcznego okresu wypowiedzenia w każdym czasie w przypadku „wyłączenia lokalizacji z użytkowania”, co tworzy istotne ryzyko znacznego zmniejszenia zakresu zamówienia, a zatem opisanie istotnych warunków realizacji przedmiotu zamówienia w sposób nieprecyzyjny i niedokładny, niepozwalający wykonawcy na jego należytą wycenę, a nadto przekracza granicę swobody umów w zakresie arbitralnego wypowiedzania umów zawartych na czas oznaczony;

5. art. 29 ust. 2 PZP oraz art. 353.1 §1 KC i art. 387 §1 KC w zw. z art. 139 ust. 1 PZP przez przewidzenie we wzorze umowy (§1 ust. 4 wzoru umowy) oraz w OPZ (PU27 OPZ) obowiązku dostarczenia Zamawiającemu w terminie 5 dni roboczych od dnia zawarcia umowy, szczegółowego harmonogramu wdrożenia przedmiotu umowy wraz z opisem realizacji, podczas gdy dla sporządzenia takiego harmonogramu wraz z opisem realizacji konieczne jest uzyskanie przez wykonawcę od Zamawiającego informacji, które mają zostać przekazane w tym samym terminie (5 dni roboczych od dnia zawarcia umowy), co skutkuje (i) nałożeniem na wykonawcę obowiązku spełnienia świadczenia niemożliwego, (ii) kreuje zobowiązanie niezgodne z ustawą i zasadami współżycia społecznego, (iii) powoduje uprzywilejowanie dotychczasowego wykonawcy, który jako jedyny posiada informacje dotyczące architektury istniejącej sieci WAN oraz infrastruktury sieciowej.

Wobec zarzutów odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji SIWZ przez:

1. usunięcie z PU27 OPZ wymogu, by wykonawca był „autoryzowanym przedstawicielem producenta urządzeń sieciowych wykorzystywanych do realizacji usługi”;
2. doprecyzowanie postanowienia PU20 OPZ przez dookreślenie lokalizacji, do których Zamawiający będzie mógł żądać przeniesienia łączy oraz wyłączenie obowiązku przeniesienia lokalizacji w przypadku, gdy wykonawca nie posiada możliwości technicznych świadczenia usługi we wskazanej przez Zamawiającego lokalizacji docelowej, ewentualnie odrębne określenie zasad rozliczenia nakładów inwestycyjnych niezbędnych dla świadczenia usługi w docelowej lokalizacji wraz z ustaleniem odpowiednich terminów rozpoczęcia świadczenia usługi w lokalizacji docelowej (nie krótszych niż 3 miesiące);
3. doprecyzowanie postanowienia PU30 OPZ przez dookreślenie lokalizacji, w których Zamawiający będzie mógł żądać uruchomienia nowego łącza, albo wskazanie maksymalnej liczby takich nowych lokalizacji i wyłączenia obowiązku uruchomienia łącza w nowej lokalizacji w przypadku, gdy wykonawca nie posiada możliwości technicznych świadczenia w niej usługi, ewentualnie odrębne określenie zasad rozliczenia nakładów inwestycyjnych niezbędnych dla świadczenia usługi w nowej lokalizacji wraz z ustaleniem odpowiednich terminów rozpoczęcia świadczenia usługi w nowej lokalizacji (nie krótszych niż 3 miesiące);

4. usunięcie całego postanowienia § 15 ust. 4 wzoru umowy (zał. 10 do SIWZ) albo ograniczenie możliwości wypowiedzenia umowy do zakresu, którego wartość nie przekroczy 10 % wartości brutto umowy;
5. zmianę terminu na dostarczenie harmonogramu wdrożenia przedmiotu umowy wraz opisem realizacji na termin „5 dni roboczych od dnia dostarczenia wykonawcy informacji na temat obecnie użytkowanej sieci /.../ w szczególności w lokalizacjach kategorii 0 oraz 4”.

Dnia 20 kwietnia 2018 r. wykonawca T-Mobile S.A. z siedzibą w Warszawie zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego.

Dnia 23 kwietnia 2018 r. odwołujący złożył pisemny wniosek o umorzenie postępowania w całości na podstawie art. 186 ust. 2 ustawy pzp, a w razie stwierdzenia, że nie wystąpiły przesłanki umorzenia postępowania, oświadczył, że cofa w całości odwołanie wniesione w sprawie.

W związku z powyższym Izba na posiedzeniu bez udziału stron – działając na podstawie art. 187 ust. 8 oraz art. 192 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp - postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze wywołane wyżej opisanym odwołaniem.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do treści art. 187 ust. 8 zdanie drugie ustawy Pzp oraz § 5 ust. 1 pkt 3 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 których wynika, że jeżeli cofnięcie odwołania nastąpiło przed otwarciem rozprawy, odwołującemu zwraca się 90% wpisu.

**Przewodniczący:** .....

.....

.....