

sygn. akt KIO 2141/22

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 1 września 2022 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Marek Bienias**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 1 września 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 sierpnia 2022 r. przez wykonawcę **T-Mobile Polska S.A. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie**

**postanawia:**

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,
2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **T-Mobile Polska S.A. z siedzibą w Warszawie** kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 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 – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego prowadzonego w trybie sektorowych negocjacji z ogłoszeniem, którego przedmiotem jest „Usługa transmisji danych w sieci WAN na potrzeby PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w latach 2023 - 2027”, znak 6060/ILG 8/18365/05431/21/P. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 1.04.2022 r. w Dzienniku Urzędowym UE pod numerem 2022/5 065-172618.

W dniu 16 sierpnia 2022 r. wykonawca T-Mobile Polska S.A. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie od następujących czynności zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. **art. 99 ust. 1, 2 i 4 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1), 2) i 3) Pzp, art. 436 pkt 1 Pzp oraz art. 353<sup>1</sup> w zw. z art. 5 Kodeksu cywilnego w związku z art. 8 ust. 1 Pzp** poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia oraz sporządzenie Projektowanych Postanowień Umowy (PPU), w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań mających wpływ na przygotowanie oferty, uniemożliwiający przygotowanie i wycenę oferty, nieadekwatny, naruszający uczciwą konkurencję, naruszający zasady współżycia społecznego i równowagę stron umowy w zakresie w jakim Zamawiający wskazał termin instalacji wszystkich łączy i zgłoszenie ich do odbioru, a także rozpoczęcia realizacji usług na 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy, przy czym ograniczając go jednocześnie **datą sztywną (nie później niż dnia do 28 listopada 2023 r.)**, co *de facto* oznacza, iż termin ten jest nieokreślony i niewystarczający;
2. **art. 99 ust. 1, 2 i 4 w zw. z art. 16 pkt 1), 2) i 3) Pzp oraz art. 353<sup>1</sup> w zw. z art. 5 oraz art. 487 § 2 Kodeksu cywilnego w związku z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 433 pkt 1) i 4) Pzp** poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia oraz sporządzenie PPU, w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań mających wpływ na przygotowanie oferty, uniemożliwiający przygotowanie i wycenę oferty, naruszający uczciwą konkurencję, naruszający zasady współżycia społecznego i równowagę stron umowy w zakresie w jakim:
  - a. w ramach wynagrodzenia wykonawcy za Prawo Opcji nie wyodrębniono opłaty instalacyjnej z tytułu zestawienia Łączy w danej lokalizacji (§ 3 i §12 PPU),
  - b. w § 12 ust. 7 PPU w związku z § 4 ust. 7 PPU Zamawiający wskazał, że

Wykonawca na pisemny wniosek Zamawiającego dokona zmian w świadczonych usługach transmisji danych w okresie obowiązywania umowy, polegających na zestawieniu nowego łącza transmisji danych w danej lokalizacji, niezależnie od tego, czy będzie to technicznie możliwe;

- c. w § 12 PPU Zamawiający zaniechał doprecyzowania, że w przypadku gdy realizacja zamówienia w ramach Prawa Opcji w zakresie nowych lokalizacji nie będzie technicznie możliwa lub w przypadku, gdy uruchomienie nowej lokalizacji byłoby niewspółmierne pod względem kosztów, co wykonawca powinien Zamawiającemu wykazać - Prawo Opcji nie będzie wykorzystane lub Zamawiający poniesie opłatę związaną z uruchomieniem łącza wyliczoną jako suma uzasadnionych wydatków poniesionych na instalację łącza;
- d. w § 12 PPU ppkt 5.7.1. i 5.7.2. Zamawiający użył pojęć niejasnych i dających możliwość dowolnej interpretacji przez Zamawiającego na etapie realizacji Umowy;
- e. w § 15 ust. Z PPU poprzez obciążenie wykonawcy karami umownymi za opóźnienie a nie za zwłokę;
- f. w § 15 ust. 14 PPU poprzez określenie łącznej wysokości kar umownych do 50% łącznej wartości wynagrodzenia netto (za zamówienie podstawowe i Prawo Opcji);
- g. w Pkt 20 OPZ w zakresie w jakim Zamawiający nie przekazał jakichkolwiek informacji i dokumentów dotyczących wskazanego tam sposobu dokonywania zgłoszeń serwisowych, niezbędnych do sporządzenia i wyceny oferty. **UWAGA - OPZ stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa Zamawiającego, dlatego Odwołujący nie podaje żadnych szczegółów zawartych w tym punkcie.**

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

1. Modyfikację § 17 ust. 3 i 4 PPU poprzez:

- a. zmianę sposobu liczenia terminu rozpoczęcia świadczenia usług i terminu osiągnięcia gotowości wszystkich łącza do świadczenia usług poprzez wskazanie go jako wyłącznie 12 miesięcy od dnia podpisania umowy, tj. poprzez rezygnację z ograniczenia iż nastąpi to nie później niż dnia do 28.11.2023r.;

2. Modyfikację § 3 ust. 13 PPU a także § 12 poprzez:

a. Wprowadzenie postanowień w § 3 ust. 13 PPU (oraz odpowiednio w SWZ) zgodnie z którymi wynagrodzenie wykonawcy z tytułu zestawienia nowego łącza w ramach Prawa Opcji, oprócz kwoty wyliczonej zgodnie z pkt 13.2. będzie dodatkowo obejmowało również opłatę instalacyjną odpowiednią dla danego łącza według stawek wskazanych w Załączniku IIR 7 do Umowy,

ewentualnie

wskazanie, że z tytułu zestawienia nowego łącza w ramach Prawa Opcji wykonawcy będzie przysługiwała opłata instalacyjna w wysokości pokrywającej uzasadnione koszty zestawienia nowego łącza,

b. Wprowadzenie w § 12 PPU możliwości odmowy zestawienia nowego łącza w przypadku braku warunków technicznych w nowej lokalizacji lub w przypadku braku porozumienia między wykonawcą i Zamawiającym, co do wysokości jednorazowej opłaty instalacyjnej;

**3.** Modyfikację § 12 poprzez doprecyzowanie:

a. w pkt 5.7.1. - co oznacza „zmiana wolumenu uruchomionych Usług”

b. w pkt 5.7.2. - co Zamawiający rozumie poprzez „istotne zmiany parametrów łącz”

**4.** Modyfikację § 15:

a) ust. 2 poprzez zastąpienie kar umownych za opóźnienie karami za zwłokę;

b) ust. 14 poprzez obniżenie łącznej wysokości kar umownych do 30% łącznej wartości wynagrodzenia netto za zamówienie podstawowe,

**5.** Uzupełnienie OPZ o dane dotyczące opisanego w pkt 20 OPZ sposobu realizacji zgłoszeń serwisowych, umożliwiające sporządzenie i wycenę oferty.

W przedmiotowym postępowaniu po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie z dnia 31 sierpnia 2022 r. uwzględnił odwołanie w części dotyczącej zarzutów: nr 2 lit. a (w ramach wynagrodzenia wykonawcy za Prawo Opcji nie wyodrębniono opłaty instalacyjnej z tytułu zestawienia łącza w danej lokalizacji (§3 i §12 PPU), nr 2 lit. d (w § 12 PPU ppkt 5.7.1. i 5.7.2. Zamawiający użył pojęć niejasnych i dających możliwość dowolnej interpretacji przez Zamawiającego na etapie

realizacji Umowy) oraz nr 2 lit. f (w §15 ust. 14 PPU poprzez określenie łącznej wysokości kar umownych do 50% łącznej wartości wynagrodzenia netto za zamówienie podstawowe i Prawo Opcji).

Odwołujący w piśmie z dnia 31 sierpnia 2022 r. cofnął zarzuty i żądania odwołania wniesionego w dniu 16 sierpnia 2022 r., które nie zostały uwzględnione przez Zamawiającego.

W konsekwencji Izba, na podstawie art. 568 pkt 3 w zw. z art. 522 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.), umorzyła postępowanie odwoławcze, orzekając w formie postanowienia na podstawie art. 553 zd. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy 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. 2020 r. poz. 2437), z którego wynika, że 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:** .....