

POSTANOWIENIE
z dnia 18 marca 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

po rozpoznaniu w dniu 18 marca 2022 r. w Warszawie, na posiedzeniu niejawnym bez udziału Stron, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 marca 2022 r. przez wykonawcę **T-Mobile Polska S.A., ul. Marynarska 12, 02-674 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Miasto Stołeczne Warszawa w imieniu którego postępowanie prowadzi: Miejskie Centrum Sieci i Danych Urzędu m.st. Warszawy we współpracy z Biurem Zamówień Publicznych m.st. Warszawy, adres do korespondencji: ul. Niecała 2, 00-098 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **Orange Polska S.A., Al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

postanawia:

1. Umarza postępowanie odwoławcze.
2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **T-Mobile Polska S.A., ul. Marynarska 12, 02-674 Warszawa** kwoty **15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy)**, stanowiącej wniesiony wpis.

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 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**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Miasto Stołeczne Warszawa, zwane dalej „Zamawiającym”, prowadzi postępowanie w celu zawarcia umowy ramowej, którego przedmiotem jest „Umowę ramowa na świadczenie usług telefonii komórkowej dla Urzędu m.st. Warszawy”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 25 lutego 2022 r. pod numerem 2022/S 040-102689.

W dniu 7 marca 2022 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca T-Mobile Polska S.A. z siedzibą w Warszawie, zwany dalej „Odwołującym”, wniósł odwołanie wobec ogłoszenia o zamówieniu i warunków zamówienia ustalonych przez Zamawiającego, zarzucając Zamawiającemu, że w toku postępowania naruszono następujące przepisy ustawy Pzp:

1. art. 99 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, niejednoznaczny, nieuwzględniający wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz uniemożliwiający przygotowanie i wycenę oferty w zakresie, w jakim: w Załączniku nr 1 do umowy ramowej - Opis przedmiotu zamówienia w pkt 3.2 w poz. 17 tabeli oraz w pkt 3.4 poz. 8 (9) tabeli, Zamawiający wpisał zastrzeżenie: „cena urządzenia nie wliczona w cenę abonamentu”, przy jednoczesnym określeniu sztywnej ceny, jaką zapłaci Zamawiający za aparaty telefoniczne oraz modemy, co uniemożliwia Wykonawcy sporządzenie prawidłowej oferty;
2. art. 99 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 oraz art. 436 pkt 1 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nieadekwatny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, nieuwzględniający wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz uniemożliwiający przygotowanie i wycenę oferty w zakresie oraz naruszający obligatoryjne wymagania ustawy Pzp w zakresie określenia terminów realizacji umowy, w zakresie, w jakim: Zamawiający w § 2 ust. 1 i 2 Załączników nr 5a i 5b do umowy ramowej nie określił, w jakim terminie na nastąpić odpowiednio: rozpoczęcie świadczenia usług, dostawa kart SIM oraz dostawa Urządzeń, a tym samym, nie gwarantuje Wykonawcom odpowiedniego minimalnego okresu na realizację powyższych świadczeń, co prowadzi do naruszenia zasad uczciwej konkurencji poprzez preferowanie dotychczasowego operatora, uniemożliwia Wykonawcy nie tylko przygotowanie oferty, ale także ustalenie możliwości jej złożenia, a także prowadzi do sytuacji, w

której czas przeznaczony na przygotowanie do uruchomienia usługi oraz dostawę Urządzeń lub kart SIM, będzie obiektywnie zbyt krótki i niemożliwy do dotrzymania dla wykonawcy innego niż dotychczas świadczący usługi objęte przedmiotem zamówienia;

3. art. 353¹ w. zw. z art. 5 oraz art. 487 § 2 Kodeksu cywilnego w związku z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez sporządzenie wzoru umowy w sposób naruszający zasady współżycia społecznego i równowagę stron umowy oraz nadmiernie uciążliwy dla wykonawcy, w zakresie, w jakim w §1 ust. 4 Załączników nr 5a i 5b do umowy ramowej, Zamawiający przewidział, że w przypadku rozbieżności pomiędzy postanowieniami którejs z umów wykonawczych a postanowieniami Załączników do niej bądź postanowieniami Umowy Ramowej, rozstrzygające będą postanowienia, które są korzystniejsze dla Zamawiającego, co stoi ponadto w sprzeczności z zasadami interpretacji umów obowiązującymi w prawie cywilnym.

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

- 1) w OPZ w pkt 3.2 w poz. 17 tabeli oraz w pkt 3.4 poz. 8 (9) tabeli - usunięcie zastrzeżenia: „cena urządzenia nie wliczona w cenę abonamentu”;
- 2) w § 2 ust. 1 i 2 Załączników nr 5a i 5b do umowy ramowej, określenie dnia, od którego ma rozpocząć się świadczenie usług i terminu, w którym ma zostać wykonana dostawa Urządzeń i kart SIM poprzez wskazanie terminu określonego w dniach liczonych od dnia zawarcia umowy wykonawczej, nie krótszego niż:
dla rozpoczęcia świadczenia usług (§ 2 ust. 1 Załącznika 5a i 5b) - 60 dni od dnia zawarcia umowy,
dla dostawy Urządzeń (§ 2 ust. 2 Załącznika 5a) - 60 dni od dnia zawarcia umowy,
dla dostawy kart SIM w ilości pozwalającej na Świadczenie Usług (§2 ust. 2 Załącznika 5b) - 60 dni od dnia zawarcia umowy,
w każdym przypadku, pod warunkiem, iż nie później niż w dniu zawarcia umowy, Zamawiający przekaże Wykonawcy komplet dokumentów, w tym niezbędnych upoważnień, wymaganych dla przeniesienia numerów Zamawiającego (zgodnie z pkt 8 OPZ).
- 3) w § 1 ust. 4 Załączników nr 5a i 5b do umowy ramowej - zmianę określonego sposobu rozstrzygania rozbieżności i wskazanie właściwej, obiektywnej i stosowanej w odniesieniu do obu stron hierarchii dokumentów o znaczeniu rozstrzygającym (np. postanowienia Umowy ramowej przeważać będą nad postanowieniami umów wykonawczych, a treść postanowień umów wykonawczych nad treścią załączników do nich).

Zamawiający w piśmie z dnia 9 marca 2022 r. (wpływ pisma do Krajowej Izby Odwoławczej w tej samej dacie) wskazał, że informacja o wniesieniu odwołania została przekazana wykonawcom w dniu 8 marca 2022 r. poprzez publikację na stronie prowadzonego postępowania.

W dniu 10 marca 2022 r. (pismem z tej samej daty) do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wniesione przez wykonawcę Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie.

W dniu 16 marca 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło pismo Zamawiającego, w którym oświadczył, iż uwzględnia w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu i wnosi o umorzenie postępowania odwoławczego na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron.

Wobec ustalenia, że Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu a do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca, gdyż tylko wykonawca zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego - zgodnie z art. 522 ust. 2 ustawy Pzp - może wnieść sprzeciw co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez zamawiającego, Izba stwierdziła, że zaszły przesłanki do umorzenia postępowania odwoławczego zgodnie z art. 522 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.).

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 574 i art. 576 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.) oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 2 i § 9 ust. 1 pkt 2 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)

Przewodniczący: