

Sygn. akt: KIO 2609/20

POSTANOWIENIE
z dnia 27 października 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Patyk

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 27 października 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 października 2020 r. przez wykonawcę **Netia S.A. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Naczelną Dyрекcję Archiwów Państwowych w Warszawie**,

przy udziale wykonawcy **T-Mobile Polska S.A. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 2609/20 po stronie Odwołującego,

postanawia:

1. Umarza postępowanie odwoławcze.
2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołującego - wykonawcy **Netia S.A. z siedzibą w Warszawie** kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) 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 – Naczelna Dyrekcja Archiwów Państwowych w Warszawie [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *świadczenie usługi wdrożenia i utrzymania sieci WAN* (znak postępowania: BDG-WO.261.5.2020).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 30 września 2020 r. pod numerem 2020/S 190-459212.

W dniu 12 października 2020 r. wykonawca Netia S.A. z siedzibą w Warszawie [dalej „Odwołujący”] wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 29 ust. 1 Ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 Ustawy, poprzez określenie w części II pkt. III 1.1) oraz 2) SIWZ terminu realizacji zamówienia w sposób nie uwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mających wpływ na czas niezbędny do realizacji przedmiotu zamówienia, jako terminu zbyt krótkiego, w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i faktycznie uniemożliwiający realizację przedmiotu zamówienia w wyznaczonym terminie;
2. art. 29 ust. 1 Ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 Ustawy, poprzez określenie w części III SIWZ §2 ust. 2 Wzoru umowy, zbyt krótkiego czasu, tj. 1 miesiąca od zawarcia Umowy przekazania do akceptacji Zamawiającego Projektu Technicznego, podczas gdy wskazany termin nie uwzględnia konieczności podjęcia przez wykonawców, niezbędnych czynności zmierzających do przygotowania się do jej świadczenia, a w konsekwencji jest dla nich niemożliwy do dotrzymania, co narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, i faktycznie uniemożliwia realizację przedmiotu zamówienia w wyznaczonym terminie;
3. art. 29 ust. 1 Ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 Ustawy, poprzez określenie w części II pkt. III 8. 3) oraz 5) SIWZ obowiązku wykonania dwóch odrębnych przyłączy lub dwóch odrębnych instalacji wewnątrz budynków, w sposób nie uwzględniający konieczności uzyskania zgody właścicieli budynku lub właściwego konserwatora zabytków, wymaganych do realizacji przedmiotu zamówienia, co skutkuje brakiem uwzględnienia wszelkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na przygotowanie oferty i oszacowanie jej kosztów i dodatkowo narusza zasady współżycia społecznego i faktycznie uniemożliwia realizację przedmiotu zamówienia zgodnie z SIWZ;
4. art. 29 ust. 1 Ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 Ustawy, poprzez określenie w części III SIWZ §3 ust. 6 Wzoru umowy, obowiązku Wykonawcy polegającego na uzyskaniu przed

przekazaniem do odbioru Projektu przyłączenia każdej z LAP wszelkich niezbędnych pozwoleń, uzgodnień, ekspertyz, opinii właściwych organów administracji, podczas gdy w przypadku potrzeby uzyskania ww. pozwoleń wymagane mogą być czynności ze strony Zamawiającego jako podmiotu posiadającego tytuł prawny do lokalizacji, co w konsekwencji oznacza, że dla Wykonawców wskazany obowiązek jest niemożliwy do dotrzymania, bez współdziałania Zamawiającego, co narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, prowadząc do nieuzasadnionego uprzywilejowania dotychczasowego dostawcy usług, a także narusza zasady współżycia społecznego i faktycznie uniemożliwia realizację przedmiotu zamówienia zgodnie z SIWZ;

5. art. 29 ust. 1 Ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 Ustawy poprzez wskazanie w pkt. III.1.3) lit. d) ogłoszenia o zamówieniu jako kryterium kwalifikacji posiadania przez co najmniej jedną osobę, potwierdzoną certyfikatami Fortinet Fortinet NetWork Security Expert na poziomie NSE 8, znajomość konfigurowania urządzeń Fortinet lub innego równoważnego certyfikatu wydanego przez niezależną jednostkę akredytowaną do wydania tego typu certyfikatów (posiadany wyłącznie przez kilkanaście osób w Polsce), podczas gdy wskazana kwalifikacja nie jest konieczna dla prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia, co skutkuje naruszeniem zasady proporcjonalności.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji SIWZ poprzez:

a) określenie terminu rozpoczęcia świadczenia usługi transmisji danych jako 150 dni od daty zawarcia Umowy, w szczególności poprzez:

a. zmianę części II pkt. III 1.1) SIWZ w ten sposób, że otrzymałby on brzmienie:

„wykonanie Usługi Wdrożenia WAN w10 LAP (w tym w LCAP)w terminie 150 dni od dnia zawarcia Umowy;”

b. zmianę części II pkt. III 1. 2) SIWZ w ten sposób, że otrzymałby on brzmienie:

„wykonanie Usługi Wdrożenia WAN począwszy od 6 miesiąca obowiązywania Umowy w takiej liczbie LAP, aby średnia wykonanych Usług Wdrożenia WAN w LAP liczona na koniec każdego miesiąca wynosiła nie mniej niż cztery LAP w miesiącu,”

b) zmianę w części II pkt. III 8. 3) 5) SIWZ, w ten sposób, że otrzymałaby brzmienie:

„3)ZŁD będzie zaterminowane na oddzielnym CPE niż PŁD i podłączone do innego węzła sieci Wykonawcy, pod warunkiem uzyskania wszelkich wymaganych pozwoleń, uzgodnień, ekspertyz oraz opinii właściwych organów administracji.”

5)ZŁD będzie zrealizowane całkowicie redundantnie do PŁD za pomocą medium ciągniętego fizycznie innymi studzienkami telekomunikacyjnymi, pod warunkiem uzyskania wszelkich wymaganych pozwoleń, uzgodnień, ekspertyz oraz opinii właściwych organów administracji,

na odcinku od węzła Wykonawcy do danej LAP niż medium przeznaczone dla PŁD oraz wchodzić do budynku innym wejściem kablowym, a następnie będzie prowadzone innymi drogami wewnątrz budynku. Uszkodzenie ciągu komunikacyjnego dla jednego z doprowadzonych mediów nie może powodować awarii medium, przez które jest dostarczane drugie z nich.”

c) zmianę postanowienia SIWZ §3 ust. 6 Projektu umowy, w ten sposób, że otrzymałby brzmienie:

„Wykonawca przed przekazaniem do odbioru Projektu przyłączenia każdej z LAP uzyska wszelkie niezbędne pozwolenia, uzgodnienia, ekspertyzy, opinie właściwych organów administracji, w tym konserwatora zabytków a Zamawiający zobowiązuje się dokonać wszelkich czynności prawnych lub faktycznych, które będą dla osiągnięcia ww. celów konieczne, jeżeli, zgodnie z powszechnie obowiązującym prawem jest to konieczne dla realizacji przedmiotu Umowy.”

d) zmianę postanowienia §2 ust. 2 Projektu umowy, w ten sposób, że otrzymałby brzmienie:

„Wykonawca w terminie trzech miesięcy od dnia zawarcia Umowy przekaże do akceptacji Zamawiającego Projekt Techniczny oraz HRPZ. HRPZ uwzględniać będzie termin wykonania Usługi Wdrożenia WAN dla LCAP i 5 pierwszych LAP oraz termin wykonania Usługi Wdrożenia WAN dla pozostałych LAP zgodnie ze złożoną ofertą.”

e) zmianę pkt. III.1.3) lit. d) ogłoszenia o zamówieniu, poprzez jego wykreślenie.

Do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego w dniu 15 października 2020 r. zgłosił przystąpienie wykonawca T-Mobile Polska S.A. z siedzibą w Warszawie.

Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przez ww. wykonawcę przystąpienia do postępowania odwoławczego, który stał się tym samym jego uczestnikiem.

W dniu 26 października 2020 r. Zamawiający przekazał drogą elektroniczną odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględni odwołanie w całości, tj. w zakresie wszystkich zarzutów wskazanych w punktach 1 – 5 odwołania. Przedmiotowe pismo zostało podpisane przez osobę upoważnioną do działania w imieniu Zamawiającego.

Zgodnie z art. 186 ust. 2 ustawy Pzp, w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub

unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Wobec powyższych ustaleń, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zachodzą przesłanki do wydania postanowienia o umorzeniu postępowania odwoławczego na podstawie art. 186 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp oraz na podstawie § 3 i § 5 ust. 1 pkt 1 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972 ze zm.).

Mając na uwadze powyższe postanowiono jak w sentencji.

Przewodniczący: