

Sygn. akt KIO 1666/21

POSTANOWIENIE
z dnia 12 lipca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący Marek Koleśnikow

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu **12 lipca 2021 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **31 maja 2021 r.** przez wykonawcę **T-Mobile Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Marynarska 12, 02-674 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Urząd Dozoru Technicznego ul. Szczęśliwicka 34, 02-353 Warszawa**

p o s t a n a w i a:

- 1) umorzyć postępowanie odwoławcze;**
- 2) znieść wzajemnie koszty postępowania odwoławczego i nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty **15.000,00 zł** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy **T-Mobile Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Marynarska 12, 02-674 Warszawa.****

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019, z 2020 r. poz. 288, 875, 1492, 1517, 2275 i 2320 oraz z 2021 r. poz. 464) 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

Urząd Dozoru Technicznego ul. Szczęśliwicka 34, 02-353 Warszawa, zwany dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019, z 2020 r. poz. 288, 875, 1492, 1517, 2275 i 2320 oraz z 2021 r. poz. 464), zwanej dalej „NPzp”, którego przedmiotem jest »Świadczenie usług kolokacji dla Głównego i Zapasowego CPD, numer referencyjny: ZP-DI-54/21«.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 19 maja 2021 r., nr 2021/S 096-251185.

Wobec czynności i zaniechań zamawiającego w ww. postępowaniu w dniu 31 maja 2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł odwołanie wykonawca T-Mobile Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Marynarska 12, 02-674 Warszawa, zwany dalej „odwołującym”.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 112 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i pkt 3 Pzp przez sformułowanie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej lub finansowej w zakresie posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, tj. usług kolokacji prowadzenia ośrodka typu Data Center w odniesieniu do części 2 zamówienia – świadczenia usług kolokacji dla Zapasowego CPD w sposób nadmierny, nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz ograniczający konkurencję w zakresie w jakim zamawiający wymaga aby wykonawca wykazał się posiadaniem tego ubezpieczenia z sumą gwarancyjną wynoszącą co najmniej 15 mln zł (rozdział 2 pkt 1 lit. d SWZ);
- 2) art. 240 ust. 2 Pzp w zw. z art. 241 ust. 3 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp przez określenie kryterium oceny ofert „Kryterium czas relokacji sprzętu” i sposobu dokonywania jego oceny, w sposób naruszający uczciwą konkurencję i preferujący jednego wykonawcę w zakresie, w jakim najwyżej punktowany jest czas relokacji sprzętu możliwy do zaoferowania tylko przez jednego wykonawcę, obecnie świadczącego usługi na rzecz zamawiającego (rozdział 12 pkt 1 lit. d SWZ);
- 3) art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 Pzp przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, niedostatecznie wyczerpujący oraz nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty i osza-

cowanie jej kosztów, a także naruszający uczciwą konkurencję, w zakresie, w jakim zamawiający wskazał, że:

- a) w ramach części nr 2 – przygotowanie usług kolokacji dla Zapasowego CPD ma nastąpić w terminie maksymalnie do 60 dni od dnia zawarcia umowy, w sytuacji gdy w momencie składania ofert nie wiadomo kiedy zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego oraz nie jest znana lokalizacja Głównego CPD, które zamawiający pozyska w ramach części nr 1 zamówienia co powoduje, że wykonawcy nie są w stanie oszacować czy będą w stanie w tym czasie przygotować usługi kolokacji dla Zapasowego CPD, w tym zapewnić fizyczne połączenie Głównego CPD z Zapasowym CPD w technologii DWDM przy spełnieniu wszystkim wymagań określonych w rozdziale X OPZ (rozdział 1 pkt 5 lit. b SWZ),
 - b) w ramach części nr 2 – wykonawca usługi dla Zapasowego CPD jest zobowiązany do fizycznego połączenia Głównego CPD z Zapasowym CPD w technologii DWDM przy spełnieniu wszystkim wymagań określonych w rozdziale X OPZ, w sytuacji gdy w momencie składania ofert nie jest znana lokalizacja Głównego CPD, a zatem wykonawcy nie są w stanie określić czy posiadają odpowiednią infrastrukturę umożliwiającą realizację tego elementu przedmiotu zamówienia w lokalizacji, która będzie Głównym CPD oraz oszacować kosztów i czasu niezbędnego na zapewnienie fizycznego połączenia pomiędzy Głównym CPD i Zapasowym CPD, a w efekcie ocenić czy będą w stanie zrealizować przedmiot zamówienia w wymaganym przez zamawiającego terminie oraz oszacować kosztów realizacji zamówienia i uwzględnić ich w cenie oferty (rozdział X OPZ)
- 4) art. 436 pkt 3 Pzp przez brak określenia łącznej maksymalnej wysokości bonifikat (które są *de facto* karami umownymi), których może dochodzić zamawiający.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu zmiany treści SWZ oraz załączników do SWZ przez:

- 1) zmodyfikowanie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej lub finansowej w zakresie posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, tj. usług kolokacji prowadzenia ośrodka typu Data Center w odniesieniu do części 2 zamówienia – świadczenia usług kolokacji dla Zapasowego CPD przez wskazanie, że wykonawca powinien wykazać, że posiada ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, tj. usług kolokacji prowadzenia ośrodka typu Data

Center – o sumie gwarancyjnej co najmniej 7 min złotych (rozdział 2 pkt 1 lit. d SWZ);

- 2) usunięcie kryterium oceny ofert „Kryterium czas relokacji sprzętu” i w związku z tym podwyższenie wagi kryterium Cena z 65% do 70% oraz podwyższenie kryterium oceny ofert „*Obiekt oferuje szafy serwerowe o wysokości wyrażonej w RU*” z wagi kryterium 3% na 8% (rozdział 12 pkt 1 lit. d SWZ);
- 3) dokonanie modyfikacji opisu przedmiotu zamówienia przez:
 - a) wskazanie, że w ramach części nr 2 – przygotowanie usług kolokacji dla Zapasowego CPD ma nastąpić w terminie maksymalnie do 120 dni (zamiast obecnych 60 dni) od dnia zawarcia umowy (rozdział 1 pkt 5 lit. b SWZ),
 - b) zmianę postanowień rozdziału X OPZ w taki sposób, żeby wykonawca nie był zobowiązany do zapewnienia fizycznego połączenia Głównego CPD z Zapasowym CPD w technologii DWDM lecz aby punktem oddania usługi transmisji danych i fizycznego zakończenia był neutralny punkt techniczny, przykładowo punkt wymiany ruchu internetowego Al. Jerozolimskie 65/79, budynek LIM 1, piętro, serwerownia TeleCity (obecnie Equinix) (rozdział X OPZ);
- 4) wprowadzenie do wzoru umowy dla części nr 1 i części nr 2 zamówienia (załącznik nr 8a i 8b do SWZ) limitu dla łącznej maksymalnej wysokości bonifikat, których zamawiający może dochodzić na podstawie umowy na poziomie 10% maksymalnego całkowitego wynagrodzenia brutto określonego w § 3 ust. 1 wzoru umowy.

W terminie określonym w art. 525 ust. 1 NPzp do Prezesa Izby nie wpłynęło żadne zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła także, że 14 czerwca 2021 r., przed otwarciem posiedzenia Izby, zamawiający doręczył Prezesowi Izby uwzględnienie odwołania wraz z potwierdzeniem wysłania do odwołującego.

W dalszej kolejności Izba ustaliła, że przed otwarciem rozprawy, odwołujący przesłał Prezesowi Izby oświadczenie z 9 lipca 2021 r., że cofa odwołanie w zakresie zarzutów nieuznanych przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Zamawiający złożył oświadczenie o uwzględnieniu części zarzutów odwołania. Odwołujący oświadczył, że cofa odwołanie w pozostałym zakresie, nieuwzględnionym przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie.

Mając na uwadze powyższe okoliczności faktyczne Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu na podstawie art. 522 ust. 3 NPzp. Zgodnie z przywoływanym przepisem, *w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu i wycofania pozostałych zarzutów przez odwołującego, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze 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 albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia części zarzutów.*

Stosownie do art. 568 pkt 3 NPzp *Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku, o którym mowa w art. 522 NPzp.*

W związku z tym Izba, działając na podstawie art. 522 ust. 3 i art. 568 pkt 3 NPzp, postanowiła jak w pkt 1 sentencji.

Izba orzekła o wzajemnym zniesieniu kosztów postępowania odwoławczego oraz nakazała zwrot odwołującemu kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania, stosownie do przepisu § 9 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), który stanowi, 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: