

Sygn. akt: KIO 1710/18

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 06 września 2018 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Aneta Młacka**

**Protokolant: Norbert Sierakowski**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 06 września 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 sierpnia 2018 r. przez Wykonawcę **Orange Polska S.A. (al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa)** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Narodowy Fundusz Zdrowia Centrala (ul. Grójecka 186, 02-390 Warszawa)**

**postanawia:**

1. **umorzyć postępowanie odwoławcze,**
2. **nakazać zwrot z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Wykonawcy Orange Polska S.A. (al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa) kwoty 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych), stanowiącej uiszczony wpis od odwołania.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych 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:**

.....

## **U z a s a d n i e n i e**

Zamawiający Narodowy Fundusz Zdrowia Centrala prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem są „Usługi telefonii komórkowej oraz Internetu bezprzewodowego dla NFZ.”

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 21 sierpnia 2018 r. pod numerem 2018/S 159-364635.

Odwołujący Orange Polska S.A. wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 Ustawy w zakresie zaniechania sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniających wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty poprzez umieszczenie przez Zamawiającego w Opisie Przedmiotu Zamówienia, stanowiącym załącznik do 1 do SIWZ, w pkt. 4.1. „Telefony komórkowe” wymogu w zakresie dostawy telefonów komórkowych w zależności od aktualnych potrzeb każdego z Płatników i na ich zlecenie, przy jednoczesnym braku opisanego szczegółowej procedury składania zamówień przez tychże Płatników, uwzględniającej m. in. okoliczność, iż z przyczyn niezależnych od wykonawcy dany model telefonu komórkowego może być niedostępny na rynku w dniu składania zamówienia; art. 353<sup>1</sup> i art. 5 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny, w zw. z art. 29 ust. 1 oraz art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 Ustawy przez rażąco naruszenie równości stron stosunku cywilnoprawnego oraz znaczne przekroczenie zasady swobody umów przez określenie warunków umowy w sposób sprzeczny z zasadą równości i zasadą uczciwej konkurencji, obciążenie wykonawcy nadmiernym obowiązkiem i ryzykiem jakie wiążą się z wymaganiami Zamawiającego opisanymi w Opisie Przedmiotu Zamówienia, stanowiącym załącznik do 1 do SIWZ, w pkt. 4.1. „Telefony komórkowe” oraz w § 7 Umowy, stanowiącej załącznik nr 2 do SIWZ. Zamawiający wymaga, aby wykonawca zrealizował dostawę telefonów komórkowych, wybranych przez Płatników z cennika dostępnego dla ogółu klientów biznesowych i aktualnego na dzień złożenia zamówienia, w ciągu dwóch dni roboczych od dnia złożenia zamówienia, co w konsekwencji powoduje przerzucenie przez Zamawiającego na wykonawcę dodatkowego ryzyka zapłaty kar umownych w sytuacji, gdy dany model telefonu komórkowego, którego będzie dotyczyć zamówienie, z przyczyn niezależnych od wykonawcy będzie niedostępny na rynku.

Nadto w treści odwołania Odwołujący podniósł, że kary umowne naliczane są za opóźnienie a nie za zwłokę, co oznacza, że odpowiedzialność z tytułu nieterminowej realizacji dostawy ma charakter zobiektywizowany, a nie zależny od winy wykonawcy. W związku z tym Odwołujący domagał się także zmiany polegającej na przyjęciu odpowiedzialności za

zawinione opóźnienie (zwłoka). Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji treści SIWZ zgodnie z żądaniami wskazanymi w treści odwołania.

05 września 2018 roku przed otwarciem posiedzenia i rozprawy Zamawiający wniósł pismo, w którym oświadczył, że uwzględnił część zarzutów podniesionych w odwołaniu i dokonał modyfikacji treści SIWZ w zakresie pkt. 4.1 i 4.2 Załącznika nr 1 do SIWZ oraz § 3 (a w konsekwencji §7 ust. 4) Załącznika nr 2 do SIWZ.

Zamawiający oświadczył jednocześnie, że nie uwzględnia zarzutu odwołania dotyczącego żądania dokonania zamiany w treści umowy, polegającej na przyjęciu odpowiedzialności za zawinione opóźnienie (zwłokę) i nie dokonywał zmiany postanowień umowy w tym zakresie.

Odwołujący w trakcie posiedzenia z udziałem stron oświadczył, że cofa pozostały zarzut odwołania, tj. zarzut dotyczący żądania dokonania zamiany w treści umowy, polegającej na przyjęciu odpowiedzialności za zawinione opóźnienie (zwłokę) i zmianę odpowiednio postanowień umowy.

Izba ustaliła, że do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden Wykonawca.

W związku z powyższym postępowanie odwoławcze należało umorzyć na podstawie art. 186 ust. 3a ustawy Prawo zamówień publicznych. Jednocześnie Izba wskazuje, że powyższy przepis zobowiązuje Zamawiającego do wykonania, powtórzenia lub unieważnienia czynności zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Wobec faktu, że uwzględnienie zarzutu nastąpiło przed otwarciem rozprawy, o kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 186 ust. 6 pkt 1 b) ustawy Prawo zamówień publicznych oraz §5 ust. 1 pkt 2 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 (z dnia 7 maja 2018 r. Dz. U. z 2018 r., poz. 972). Izba orzekła o dokonaniu zwrotu Odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

**Przewodniczący:**

.....