

Sygn. akt: KIO 1133/19

## POSTANOWIENIE

z dnia 28 czerwca 2019 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Justyna Tomkowska**

po rozpoznaniu na posiedzeniu bez udziału stron w dniu **28 czerwca 2019 roku w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **17 czerwca 2019 roku** przez **Odwołującego - Netia S.A. z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Ministerstwo Spraw Zagranicznych w Warszawie, z siedzibą w Warszawie**

**postanawia:**

**1. umorzyć postępowanie odwoławcze;**

nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 13 500zł 00 gr (słownie: trzynastu tysięcy pięciuset złotych zero groszy) stanowiącej 90% kwoty uiszczzonego wpisu na rzecz wykonawcy **Odwołującego - Netia S.A. z siedzibą w Warszawie**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.) 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

W dniu 17 czerwca 2019 roku do Prezes Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 180 ust. 1 w zw. z art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2018 r. nr 1986 ze zmianami) - zwanej dalej „Pzp”, odwołanie złożył wykonawca **Netia S.A. z siedzibą w Warszawie**, zwany dalej „Odwołującym”.

Przedmiotem zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego są „Usługi w zakresie symetrycznego dostępu do sieci Internet”, nr ogłoszenia Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej: 2019/S 109-265575, publikacja w dniu 7.06.2019 r. Postępowanie prowadzi Zamawiający **Ministerstwo Spraw Zagranicznych w Warszawie, z siedzibą w Warszawie**.

Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego, zarzucają naruszenie:

1. art. 22 ust. 1a Pzp w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 w zw. z art. 22d ust. 1 i 3 Pzp oraz art. 7 ust. 1 Pzp poprzez nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia, nieuzasadnione jego specyfiką oraz naruszające równą i uczciwą konkurencję, opisanie warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do posiadania zdolności technicznej i zawodowej w pkt. III.1.3) Ogłoszenia o zamówieniu oraz w punkcie 7.2 lit. a) Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”) poprzez wymaganie wykonania co najmniej 3 (trzech) głównych usług, podczas gdy z uwagi na specyficzny charakter zamówienia te warunki są nieproporcjonalne i nadmierne w stosunku do przedmiotu zamówienia, co ogranicza konkurencją i eliminuje w sposób nadmierny potencjalnych wykonawców, a wymagana powtarzalność realizacji takich zadań we wskazanej liczbie jest wymogiem wygórowanym, a nadto warunek udziału nie powinien być niemal identyczny jak przedmiot zamówienia (por. KIO 371/17), co jest sprzeczne też z istotą warunku udziału w postępowaniu, gdzie wystarczającym dla potwierdzenia zdolności technicznych byłoby wykazanie wykonania 2 głównych usług, gdyż jak wynika z tabeli nr 1 wskazanej w pkt. 12.7 SIWZ jedynie w dwóch z dziewięciu lokalizacji objętych zamówieniem jako minimalne parametry łączy wskazano 2000 Mbps, a dla wykazania możliwości realizacji zamówienia wystarczy wykazanie jednego łącza o wskazanych parametrach;
2. art. 22 ust. 1a Pzp w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 w zw. z art. 22d ust. 1 i 3 Pzp oraz art. 7 ust. 1 Pzp poprzez nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia, nieuzasadnione jego specyfiką oraz naruszające równą i uczciwą konkurencję, opisanie warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do posiadania zdolności technicznej i zawodowej w pkt. III.1.3) Ogłoszenia o zamówieniu oraz punkcie 7.2 lit. a) SIWZ poprzez uznanie

i wymaganie od wykonawców jako usługi odpowiadającej swoim rodzajem i wartością usługi polegającej na zapewnieniu, przez nieprzerwany okres nie krótszy niż 12 miesięcy, dostępu do Internetu o gwarantowanej przepustowości nie mniejszej niż 2000Mbps w odniesieniu do jednego łącza, o wartości brutto (dotyczy wartości brutto każdej z minimum trzech wymaganych usług) nie mniejszej niż 500 000,00 PLN z tym, że jeśli Wykonawca będzie powoływać się na usługę wykonywaną, to okres jej nieprzerwanej realizacji na dzień składania ofert nie może być krótszy niż 12 miesięcy a wartość zrealizowanej części usługi w tym okresie nie może być mniejszą niż 500 000,00 PLN , podczas gdy z uwagi na parametry łącza wskazane w , zamówieniu wartość minimalna usług jest znacząco zawyżona wobec wartości rynkowych i w konsekwencji warunki są nieproporcjonalne i nadmierne w stosunku do przedmiotu zamówienia, co ogranicza konkurencję i eliminuje w sposób nadmierny potencjalnych wykonawców i jest sprzeczne z istotą warunku udziału w postępowaniu.

Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i zasądzenie kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego, wg norm przypisanych oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji Ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ poprzez:

1. Zmianę w punkcie 7.2 lit. a) SIWZ oraz pkt. III.1.3) Ogłoszenia o zamówieniu wyrażenia „trzy główne usługi” na „dwie główne usługi”, a także wyrażenia „(dotyczy wartości brutto każdej z minimum trzech wymaganych usług)” na „(dotyczy wartości brutto każdej z minimum dwóch wymaganych usług)”;
2. Zmianę w punkcie 7.2 lit. a) SIWZ oraz pkt. III.1.3) Ogłoszenia o zamówieniu wyrażenia „nie mniejszej niż 500 000,00 PLN” na „nie mniejszej niż 150.000,00 PLN”;
3. Zmianę w punkcie 7.2 lit. a) SIWZ oraz pkt. III.1.3) Ogłoszenia o zamówieniu wyrażenia „a wartość zrealizowanej części usługi w tym okresie nie może być mniejsza niż 500 000,00 PLN” na „a wartość zrealizowanej części usługi w tym okresie nie może być mniejsza niż 150 000,00”

a w przypadku gdyby Izba nie przychyliła się do wniosków wskazanych w pkt. 2) oraz 3) powyżej, to wnoszono o:

4. Zmianę w punkcie 7.2 lit a) SIWZ oraz pkt. III.1.3) Ogłoszenia o zamówieniu wyrażenia „nie mniejszej niż 500 000,00 PLN” na „nie mniejszej niż 400.000,00 PLN”;
5. Zmianę w punkcie 7.2 lit. a) SIWZ oraz pkt. III.1.3) Ogłoszenia o zamówieniu wyrażenia „a wartość zrealizowanej części usługi w tym okresie nie może być mniejsza niż 500 000,00 PLN” na „a wartość zrealizowanej części usługi w tym okresie nie może być mniejsza niż 400 000,00 PLN”.

Odwołujący podał, że SIWZ została opublikowana w dniu 7 czerwca 2019 r. Wartość postępowania przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Zachowany zatem został dziesięciodniowy termin wskazany w art. 182 ust. 2

pkt 1 na wniesienie odwołania. Odwołujący uiszczył wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP, a kopia odwołania została prawidłowo przekazana Zamawiającemu.

Odwołujący podkreślił, że posiada interes we wniesieniu odwołania. Wskazane w odwołaniu okoliczności uniemożliwiają Odwołującemu złożeniu ważnej konkurencyjnej oferty w postępowaniu. W ocenie Odwołującego wskazane przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu w pkt. 7.2 SIWZ, a także w pkt. III.1.3) Ogłoszenia o zamówieniu naruszają również zasadę równego traktowania, co zaprzecza istocie procedury udzielania zamówień publicznych, którą stanowi m.in. wybór oferty ekonomicznie najkorzystniejszej spośród dostępnych na rynku.

**Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Do postępowania odwoławczego nie zgłoszono żadnego przystąpienia.

Odwołujący w dniu 26 czerwca 2019 roku, przed terminem posiedzenia i rozprawy wyznaczonym na 28 czerwca 2019 roku, złożył oświadczenie o wycofaniu odwołania w całości. Oświadczenie o cofnięciu odwołania zostało złożone przez osobę umocowaną do działania w imieniu wykonawcy.

Skład orzekający Izby, działając na podstawie art. 187 ust. 8 zdanie pierwsze i drugie oraz art. 192 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp postanowił umorzyć postępowanie odwoławcze w niniejszej sprawie, ponieważ oświadczenie o cofnięciu odwołania uznać należy za oświadczenie najdalej idące złożone przez Stronę, która zainicjowała postępowanie odwoławcze.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła okoliczność, iż cofnięcie odwołania miało miejsce przed otwarciem posiedzenia i rozprawy, zatem za rzecz Odwołującego należało zwrócić 90% kwoty wpisu uiszczanego na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych, to jest kwotę 13 500,00 złotych, stosownie do § 5 ust. 1 pkt 3a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018r., poz. 972).

**Przewodniczący:**

.....