

Sygn. akt: KIO 2197/15

POSTANOWIENIE
z dnia 19 października 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 19 października 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 października 2015 r. przez wykonawcę – **Orange Polska S.A., Al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Urząd Dozoru Technicznego, ul. Szczęśliwicka 34, 02-353 Warszawa,**

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,
2. dokonać zwrotu kwoty **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy - **Orange Polska S.A., Al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa** 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 2013 r., poz. 907 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

Zamawiający: Urząd Dozoru Technicznego w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na: „Usługę sieci WAN i Internetu dla Urzędu Dozoru Technicznego”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2015/S 189-343222 w dniu 30 września 2015 r. Treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”) została opublikowana na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 30 września 2015 r.

Wykonawca Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie wobec treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w przedmiotowym postępowaniu. Odwołujący wyjaśnił, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia, lecz specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera opis przedmiotu zamówienia, który uniemożliwia przygotowanie oferty i w efekcie uzyskanie zamówienia. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”:

1. art. 143a ust. 1 pkt 1, z uwagi na uzależnienie zapłaty należnego wynagrodzenia za usługi, od przedstawienia dowodów zapłaty wymaganego wynagrodzenia podwykonawcom i dalszym podwykonawcom, podczas, gdy zgodnie z ustawą taki warunek dopuszczalny jest jedynie w przypadku zamówienia na roboty budowlane, którego termin wykonywania jest dłuższy niż 12 miesięcy (Roz. II ust. 4 lit. e) SIWZ0;

2. art. 29 ust. 1 w zw. z art. 66 ust. 1 i art. 67 ust. 1 pkt 6, poprzez opisanie sposobu obliczania ceny oferty dla zamówienia uzupełniającego już na etapie zamówienia podstawowego, przy jednoczesnym braku uwzględnienia wszystkich okoliczności, w szczególności możliwych nakładów inwestycyjnych, mogących mieć wpływ na skalkulowanie ceny za realizację zamówienia uzupełniającego (Roz. 9.3.5 SOPZ).

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany SIWZ, poprzez:

- 1) wykreślenie postanowienia Rozdz. II ust. 4 lit. e) SIWZ oraz wszelkich innych postanowień uzależniających otrzymanie przez wykonawcę wynagrodzenia od wykazania, że dokonał zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy za zrealizowaną część umowy wykonaną przez podwykonawcę;
- 2) modyfikację postanowień SOPZ odnoszących się do kalkulacji ceny za realizację zamówień uzupełniających, przez wykreślenie Rozdz. 9.3.5 SOPZ, ewentualnie zastrzeżenie, że sposób ustalenia ceny za świadczenie usług będzie obliczany według zaproponowanego wzoru pod warunkiem, że wykonawca w danej lokalizacji posiada warunki techniczne do świadczenia usług, a w przypadku, gdy

nie ma warunków technicznych, wykonawca oprócz kosztu świadczenia usługi, będzie mógł uwzględnić opłatę instalacyjną.

Odwołujący podniósł w uzasadnieniu odwołania, co następuje:

Zarzut nr 1

Zgodnie z Roz. II ust. 4 lit. e) SIWZ, możliwość uzyskania wynagrodzenia przez wykonawcę została uzależniona od udokumentowania zapłacenia wynagrodzenia podwykonawcy. Takie zastrzeżenie jest niezgodne z art. 143a ust. 1 Pzp. Zgodnie z tym przepisem, zapłata wynagrodzenia wykonawcy może zostać uzależniona od wykazania zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy jedynie w przypadku, gdy przedmiotem zamówienia są roboty budowlane, których termin wykonywania jest dłuższy niż 12 miesięcy. Zgodnie zaś z treścią ogłoszenia, jak i SIWZ, przedmiotem niniejszego postępowania są usługi.

Mając na względzie powyższe, wymóg zawarty w Rozdz. II ust. 4 lit. e) SIWZ jest niezgodny z art. 143a ust. 1 pkt 1) Pzp.

Zarzut nr 2

Postanowienie Rozdz. 9.3.5 SOPZ jest niezgodne z art. 66 ust. 1 w zw. z art. 67 ust. 1 pkt 6) Pzp. Zgodnie z art. 66 ust. 1 Pzp, tryb udzielenia zamówienie z wolnej ręki polega na udzieleniu zamówienia po negocjacjach tylko z jednym wykonawcą. Zgodnie zaś z art. 67 ust. 1 pkt 6) Pzp, zamówienie uzupełniające stanowi jeden z przypadków, w których ustawodawca dopuścił zastosowanie tego trybu. Wynika stąd, że zamówienie uzupełniające jest odrębnym zamówieniem publicznym od zamówienia podstawowego, udzielanym w trybie zamówienia z wolnej ręki. W konsekwencji, postanowienia dotyczące warunków realizacji zamówienia uzupełniającego, zawarte w SIWZ na zamówienie podstawowe, dotyczą zamówienia, co do którego nie ma pewności, że zostanie w ogóle udzielone.

Nawet, gdyby przyjąć, że zawarcie warunków świadczenia usług w ramach zamówienia uzupełniającego w SIWZ dla zamówienia podstawowego jest dopuszczalne, to należy zauważyć, że w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzi to do sytuacji, w której wykonawca musi, zgodnie z Rozdz. 9.3.5 SOPZ, już w ofercie składanej na zamówienie podstawowe, uwzględnić cenę jaką zaoferuje za zamówienie uzupełniające. Możliwe jest bowiem, że w przypadku zaproszenia do negocjacji, cena nie będzie podlegała negocjacjom z uwagi na to, że sposób jej obliczenia Zamawiający uzna za ustalony już na etapie SIWZ dla zamówienia podstawowego. To z kolei prowadzi do niezgodności SIWZ z art. 29 ust. 1 Pzp, z uwagi na to, że w odniesieniu do zamówień uzupełniających Zamawiający przewidział uruchomienie łącz w nowych lokalizacjach. Sam Zamawiający nie jest w stanie przewidzieć, gdzie dokładnie będą się znajdować te łącza. Wykonawca zatem nie jest w stanie określić, czy, a jeśli tak to jakie inwestycje będą niezbędne, aby móc świadczyć usługę będącą przedmiotem zamówienia uzupełniającego.

Uruchomienie usługi w nowych lokalizacjach, może wiązać się z koniecznością budowy infrastruktury teleinformatycznej (studzienki, kanały, kable itp.). Zakres takich inwestycji jest niemożliwy do przewidzenia na etapie przygotowywania oferty, a ich koszt może wielokrotnie przewyższać wartość wynagrodzenia z tytułu świadczenia usługi w danej lokalizacji.

Mając na względzie powyższe, zawarcie w SIWZ na zamówienie podstawowe warunków świadczenia usługi w ramach zamówienia uzupełniającego, uniemożliwia przygotowanie oferty, z uwagi na brak możliwości skalkulowania przez wykonawcę kosztów, a przez to jest niezgodne z art. 29 ust. 1 w zw. z art. 66 ust. 1 i 67 ust. 1 pkt 6) Pzp.

Zamawiający, pismem z dnia 13 października 2015 r., wyjaśnił, że w dniu 12 października 2015 r. zamieścił kopię wniesionego odwołania na stronie internetowej. Na podstawie akt sprawy Izba ustaliła, że w ustawowym terminie, wynikającym z art. 185 ust. 2 Pzp, żaden wykonawca nie zgłosił do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przystąpienia do postępowania odwoławczego.

W dniu 13 października 2015 r. Zamawiający złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie (pismo z dnia 13 października 2015 r.), w której uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 186 ust. 2 Pzp, uwzględniając okoliczność, iż do postępowania odwoławczego w niniejszej sprawie nie zgłosił przystąpienia po stronie zamawiającego żaden wykonawca, postanowiła postępowanie odwoławcze umorzyć.

Izba orzekła o kosztach postępowania odwoławczego stosownie do art. 186 ust. 6 pkt 1 Pzp oraz § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: