

Sygn. akt: KIO 149/19

**POSTANOWENIE**  
**z dnia 12 lutego 2019 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Robert Skrzyszewski**

**Katarzyna Prowadzisz**

**Bartosz Stankiewicz**

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 12 lutego 2019r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 stycznia 2019r. przez wykonawcę Orange Polska S.A., Al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez Krajowy Ośrodek Wsparcia Rolnictwa, ul. Karolkowa 30, 01-207 Warszawa

**postanawia:**

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,

2. znieść koszty postępowania odwoławczego wzajemnie i nakazać zwrot z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy Orange Polska S.A., Al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa kwoty 15 000 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej uiszczony wpis od odwołania.

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

.....

.....

Sygn. akt: KIO 149/19

**Uzasadnienie**

Zamawiający: Krajowy Ośrodek Wsparcia Rolnictwa, ul. Karolkowa 30, 01-207 Warszawa wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Świadczenie usług telekomunikacyjnych sieci rozległej WAN”, numer referencyjny: 49/2019/C.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 18 stycznia 2019 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2019/S 013-026452.

W tym samym dniu na stronie internetowej Zamawiającego zamieszczona została Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, zwana dalej SIWZ.

Nie zgadzając się z niektórymi postanowieniami ogłoszenia i SIWZ Odwołujący: Orange Polska S.A., Al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa w dniu 28 stycznia 2019 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy:

1.art. 29 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp - poprzez niejednoznaczne określenie terminu rozpoczęcia świadczenia usług w odmienny sposób zależnie od daty podpisania umowy, na który to termin wykonawca nie wpływa - nie pozwala to wykonawcy ocenić w jakim czasie będzie musiał rozpocząć świadczenie usług, co w konsekwencji uniemożliwia skalkulowanie ceny oferty (§ 4 ust. 1 Istotnych Postanowień Umowy);

2.art. 29 ust. 1 w zw. z art. 142 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący, nieuwzględniający wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty w zakresie czasu trwania umowy ze względu na możliwość wypowiedzenia umowy ze skutkiem natychmiastowym umowy z powodu nie przedstawiania polisy OC (§ 14 ust. 3 pkt 2) Istotnych Postanowień Umowy) bez konieczności dodatkowego wezwania wykonawcy do uzupełnienia polisy OC, niezależnie od tego, czy wykonawca w istocie posiada ubezpieczenie, co pozwala Zamawiającemu na wypowiedzenie umowy zawartej na czas oznaczony bez uzasadnionego powodu w dowolnym momencie trwania umowy;

3.art. 29 ust. 1 w zw. z art. 142 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący, nieuwzględniający wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie

oferty w zakresie czasu trwania umowy ze względu na możliwość wypowiedzenia umowy ze skutkiem natychmiastowym w przypadku naruszenia „Wytycznych Bezpieczeństwa Informacji dla Kontrahentów” lub zasad przetwarzania danych osobowych (§ 14 ust. 3 pkt 3) Istotnych Postanowień Umowy), niezależnie od tego, czy doprowadziło do ujawnienia danych chronionych lub osobowych, co pozwala Zamawiającemu na wypowiedzenie umowy zawartej na czas oznaczony bez uzasadnionego powodu w dowolnym momencie trwania umowy;

4.art. 29 ust. 1 ustawy Pzp i z art. 484 § 2 kc w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez zastrzeżenie rażąco wygórowanych kar umownych w przypadku niedotrzymania parametrów świadczonej usługi, co jest nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia i ilości świadczonych usług (§ 5 Załącznika nr 4 do Istotnych Postanowień Umowy).

Jednocześnie wnosił o nakazanie Zamawiającemu zmiany postanowień SIWZ poprzez:

1.zmianę brzmienia § 4 ust. 1 Istotnych Postanowień Umowy w następujący sposób „Wykonawca uruchomi Usługi i rozpocznie świadczenie Usług w terminie 4 tygodni od daty zawarcia Umowy. W przypadku uruchomienia Usług przed dniem 09 maja 2019 roku, rozpoczęcie świadczenia Usług nastąpi w dniu 09 maja 2019 roku”;

2.dodanie w § 14 ust. 3 pkt 2) IPU zastrzeżenia, że w przypadku niedostarczenia przez Wykonawcę dokumentu kontynuacji ubezpieczenia OC, prawo do natychmiastowego wypowiedzenia od umowy powinno przysługiwać Zamawiającemu dopiero po nie przedłużeniu tego dokumentu przez Wykonawcę po uprzednim wezwaniu Zamawiającego;

3.dodanie w § 14 ust. 3 pkt 3) IPU zastrzeżenia, że wypowiedzenie umowy w przypadku naruszenia przez Wykonawcę wytycznych bezpieczeństwa jest możliwe jedynie w przypadku istotnych naruszeń, a także wyszczególnienia, jakiego rodzaju naruszenia zasad ochrony informacji mogą skutkować wypowiedzeniem umowy;

4.usunięcie § 5 Załącznika nr 4 do umowy, ewentualnie

5.zmianę brzmienia § 5 Załącznika nr 4 do umowy poprzez usunięcie możliwości wypowiedzenia Umowy przez Zamawiającego oraz obniżenia kary umownej z 10% wartości Umowy do wysokości 1% wartości Umowy, w przypadku:

1)pięciokrotnego przekroczenia parametru Miesięcznej Dostępności Usługi przez Wykonawcę w pięciu kolejno następujących po sobie miesiącach,

2)pięciokrotnego przekroczenia parametru Czasu Usunięcia Awarii przez Wykonawcę w pięciu kolejno następujących po sobie awariach,

3)dziesięciokrotnego przekroczenia parametru gwarantowanej wartości Opóźnienia Pakietów przez Wykonawcę w dziesięciu kolejno następujących po sobie miesiącach,

4)dziesięciokrotnego przekroczenia parametru gwarantowanej wartości Zmienności Opóźnienia Pakietów przez Wykonawcę w dziesięciu kolejno następujących po sobie miesiącach, ewentualnie

5)modyfikację § 5 ust. 2 Załącznika nr 4 do umowy poprzez usunięcie możliwości wypowiedzenia Umowy przez Zamawiającego oraz obniżenia kary umownej z 30% wartości umowy do wysokości 3% wartości umowy w przypadku co najmniej dziesięciokrotnego przekroczenia parametru wartości Utraty Pakietów przez Wykonawcę w dziesięciu kolejno następujących po sobie miesiącach.

Na posiedzeniu niejawnym w dniu 12 lutego 2019r. przed Izbą pełnomocnik Zamawiającego oświadczył, że uwzględnił zarzuty z pkt 1, 2, 4 odwołania w całości, a także z pkt 3 w części.

Wskutek tego oświadczenia Odwołujący oświadczył, że cofa pozostałe zarzuty w zakresie nieuwzględnionym przez Zamawiającego i wnosi o umorzenie postępowania.

Izba ustaliła, że do chwili obecnej do Izby nie wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

#### **Izba zważyła, co następuje.**

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając przedmiotowe odwołanie na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron stwierdziła, że postępowanie odwoławcze należało umorzyć na podstawie przepisu art. 186 ust.3a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 wraz ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp.

Zgodnie z art.186 ust. 3a ustawy Pzp w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu i wycofania pozostałych zarzutów przez odwołującego, 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 albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego nie wniósł

sprzeciwu wobec uwzględnienia części zarzutów. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów.

Zgodnie z art.185 ust.2 zd. 1 cyt. ustawy Pzp Wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje.

W niniejszej sprawie zgłoszenie takie nie zostało skutecznie dokonane po stronie Zamawiającego.

Orzekając o kosztach postępowania Izba wzięła pod uwagę treść art.186 ust.6 pkt 1 ustawy Pzp i § 5 ust. 1 pkt 2 lit. a 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 ze zm.).

Z wskazanych przepisów wynika, iż w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę, jeżeli zamawiający uwzględnił w części zarzuty przedstawione w odwołaniu i pozostałe zarzuty zostały przez odwołującego wycofane, a w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił, wypełniając wymogi określone w i ustawy, żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia części zarzutów, Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

W niniejszej sprawie umorzenie postępowania nastąpiło w okolicznościach, o których mowa w ust.3a art.186 ustawy Pzp, a w takiej sytuacji w myśl ust.6 pkt 1 powyższego przepisu koszty postępowania odwoławczego znosi się wzajemnie.

Mając powyższe na uwadze, na zasadzie art.186 ust.2 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

**Przewodniczący:**.....

.....

.....