POSTANOWIENIE
z dnia 27 lipca 2020 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Irmina Pawlik

Protokolant:Rafał Komoń

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 27 lipca 2020 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 czerwca 2020 r. przez:
A.wykonawcę Polkomtel Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie - sygn. akt KIO 1377/20;
B.wykonawcę Orange Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie - sygn. akt KIO 1386/20;
w postępowaniu prowadzonym przez Polską Spółkę Gazownictwa Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnowie

przy udziale wykonawcy T-Mobile Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego w sprawie o sygn. akt KIO 1377/20

postanawia:

I.w sprawie o sygn. akt KIO 1377/20:

1.umarza postępowanie odwoławcze;
2.nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy Polkomtel Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie kwoty **13 500 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącej 90% uiszczonego wpisu od odwołania.

II. w sprawie o sygn. akt KIO 1386/20:

1.umarza postępowanie odwoławcze;
2.nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy Orange Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie kwoty **13 500 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącej 90% uiszczonego wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 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 Tarnowie.

Przewodniczący:
U z a s a d n i e n i e

Zamawiający Polska Spółka Gazownictwa Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnowie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego na wdrożenie wirtualnego operatora sieci komórkowej w zakresie telemetrii dla Polskiej Spółki Gazownictwa Sp. z o.o. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 31 marca 2020 r. pod numerem 2020/S 064-154134. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu niegraniczonego z zastosowaniem aukcji elektronicznej na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843, dalej „ustawa Pzp"). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Sygn akt KIO 1377/20

W dniu 22 czerwca 2020 r. wykonawca Polkomtel Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Odwołujący Polkomtel") wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od czynności

Zamawiającego polegającej na modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia dokonanej 10 czerwca 2020 r. Odwołujący Polkomtel zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 29 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez dokonanie zmian w opisie przedmiotu zamówienia, tj.: w szczegółowym opisie zamówienia, stanowiącym załącznik nr 2 do SIWZ (dalej: „OPZ"), a także poprzez potwierdzenie modyfikacji OPZ w ramach załącznika nr 1 do Umowy, w konsekwencji czego OPZ jest niejednoznaczny, niewyczerpujący oraz nie uwzględnia wszystkich wymagań i okoliczności mających wpływ na przygotowanie oferty w Postępowaniu, jak również oszacowanie jej. kosztów, w szczególności uniemożliwia uwzględnienie w ofercie wszystkich czynników cenotwórczych, w zakresie w jakim Zamawiający w ramach zmodyfikowanej treści OPZ oraz treści załącznika nr 1 do Umowy przyjął, że:
   a) wykonawca zobowiązany jest zapewnić przeniesienie kart SIM do innej niż Wykonawca platformy rdzeniowej, pomimo niesprecyzowania oraz niewystarczającego opisania przez Zamawiającego platformy rdzeniowej, na którą nastąpić ma w przyszłości migracja kart SIM (pkt 4.4.10 OPZ, a w konsekwencji pkt 4.4.10 załącznika nr 1 do Umowy);
   b) wykonawca zobowiązany jest do podjęcia działań, o których mowa w pkt.5.11 OPZ (a w konsekwencji w pkt 5.11 załącznika nr 1 do Umowy), pomimo że wykonawca nie jest wstanie przewidzieć skutków wynikających z uprawnień Zamawiającego
   wskazanych w przedmiotowym postanowieniu OPZ, jak również wynikających z rozwiązań technologicznych, które będą występowały w przyszłości;
   c) wykonawca musi zapewnić możliwość załadowania do Platformy rdzeniowej, aktywacji, provisioningu, kart SIM z profilem Zamawiającego dla kart z dostaw nie objętych Umową (pkt 5.19 OPZ, a w konsekwencji w pkt 5.19 załącznika nr 1 do Umowy) bez określonego za świadczenie usług na tych kartach SIM wynagrodzenia;
   d) wykonawca uwzględni koszty procesu przeniesienia kart SiM do innej platformy rdzeniowej, pomimo że na dzień składania ofert w Postępowaniu, wykonawca nie dysponuje wiedzą co do specyfikacji, funkcjonalności oraz rozwiązań technicznych, które posiadać będzie „inna platforma rdzeniowa", której dysponentem będzie Zamawiający (pkt 5.21 OPZ, a w konsekwencji pkt 5.21 załącznika nr 1 do Umowy).
2. art. 353^1 w zw. z art. 5 oraz art. 487 § 2 Kodeksu cywilnego w związku z art. 7, art. 14, art, 29 oraz art.139 ust. 1 Pzp, poprzez wprowadzenie modyfikacji wzoru Umowy w Postępowaniu, w sposób naruszający zasady współżycia społecznego, powodujący brak ekwiwalentności świadczeń oraz niegwarantujący równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, co wynika z przyjęcia przez Zamawiającego w § 9 Umowy, iż:
   a) Wykonawca oświadcza, że oprogramowanie niezbędne dla prawidłowego funkcjonowania Kart SIM jest wbudowane w te karty (tzw. firmware) i zakup Kart SIM oznacza uzyskanie prawa do korzystania z tego oprogramowania przy używaniu tych kart a także do dowolnego wykorzystania profili, ustawień, kluczy przez Zamawiającego. Ewentualne Licencje na oprogramowanie, klucze, kody, algorytmy wbudowane w Karty SIM, jeśli takie występują są udzielana na okres 12 lat. Po tym czasie przekształcają się ona w licencje udzielone na czas nieokreślony, zaś Wykonawca zobowiązuje się do ich niewypowiadania. Wykonawca, oświadcza, że jest uprawniony do udzielenia Zamawiającemu Licencji lub przeniesienia na Zamawiającego Licencji uprawniających do korzystania z tego oprogramowania, kodów, algorytmów, kluczy. Zamawiający jest uprawniony do udzielenia sublicencji na oprogramowanie w rozumieniu dalszego przekazania praw do użytkowania tych kart wraz z oprogramowaniem. Wykonawca gwarantuje, że zawarcie i wykonanie Umowy nie doprowadzi do naruszenia praw osób trzecich. (§ 7 ust. 2 Umowy);
   b) w razie wypowiedzenia lub odstąpienia od Umowy przez Zamawiającego z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy (niezależnie od podstawy prawnej) - w wysokości sumy 20 % wynagrodzenia netto określonego w § 6.1 oraz iloczynu liczby dostarczonych w ramach Umowy Kart SIM i kwoty 15zł (§ 9 ust. 1 pkt 1 Umowy);
   c) za realizację Zlecenia provisioningu Kart SIM po terminie 24 godzin od momentu przyjęcia Zlecenia chyba, że Wykonawca nie ponosi winy za niewykonanie tego obowiązku w terminie, w wysokości 200 zł (słownie; dwieście złotych), za każdy dzień
   opóźnienia liczony od dnia upływu terminu. (§ 9 ust. 1 pkt 7 Umowy);
   d) w razie wypowiedzenia lub odstąpienia od Umowy przez Zamawiającego z przyczyn leżących po stronie

Wykonawcy (niezależnie od podstawy prawnej) - w wysokości sumy 20 % wynagrodzenia netto określonego w §6.1 oraz iloczynu liczby dostarczonych w ramach Umowy Kart SIM i kwoty 15 zł (§ 9 ust. 1 pkt 10 Umowy);

e)*za* niedotrzymanie zobowiązania do niewypowiadania Licencji, o którym mowa w § 7.2 w wysokości sumy 20 % wynagrodzenia netto określonego w § 6.1 oraz iloczynu liczby dostarczonych w ramach Umowy Kart SIM i kwoty 15 zł (§ 9 ust. 1 pkt 11 Umowy);

f)Niezależnie od powyższych kar w przypadku gdy z winy Wykonawcy Karty SIM zostaną wyprodukowane w sposób umożliwiający ich wykorzystanie jedynie w Platformie rdzeniowej Wykonawcy, Wykonawca zobowiązany zostanie do poniesienia kosztów wymiany Kart SIM w Terminalach oraz w przypadku upłynięcia terminu określonego w § 1.1 pkt 2) zobowiązany zostanie do świadczenia usług opisanych w § 1.1 pkt. 2 od b) do h) dla dostarczonych przez Wykonawcę Kart SIM do czasu ich wymiany za wynagrodzeniem wyliczonym zgodnie z § 1.14 pomniejszonym *o* bonifikatę wynoszącą 99% (§ 9 ust. 3 Umowy).

Odwołujący Polkomtel wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu modyfikacji treści SIWZ poprzez:

1.modyfikację pkt 4.4.10 OPZ oraz pkt 4.4.10 załącznika nr 1 do Umowy i przyjęcie następującego brzmienia tychże postanowień: „karty muszą spełniać wymagania pkt. 4.4.8 w tym zaimplementowany parametr OP wskazany Wykonawcy przez Zamawiającego oraz umożliwiać przeniesienie Kart SIM do innej niż Wykonawca platformy rdzeniowej spełniającej standardy ETSI i 3GPP oraz konwersję z Mlllenage do G- Millenage, zgodnie z wymaganiami pkt. 4.4.8 Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia. Wykonawca 15 miesięcy przed zakończeniem umowy przekaże Zamawiającemu kopie danych i procedur uwzględniające ówczesne rozwiązania Wykonawcy niezbędne dla przeniesienia kart SIM na platformę innego operatora. Jednocześnie Wykonawca oświadcza, że będzie w tym zakresie współpracował z Zamawiającym. W przypadku nieprzekazania w tym terminie powyższych danych Wykonawca zapłaci karę umowną określoną w §9 ust. 1 pkt 15 oraz wykona przeniesienie zgodnie z wytycznymi Zamawiającego mając na uwadze bezpieczeństwo procesu i poprawność działania kart SIM po przeniesieniu.”;

2.modyfikację pkt 5.11 OPZ oraz pkt 5.11 załącznika nr 1 do Umowy i przyjęcie następującego ich brzmienia: „Wykonawca w przypadku gdy zasięg jego sieci komórkowej spadnie poniżej określonego w pkt 6.2 poziomu 95% terytorium Polski (rozumianej jako dostępność jednej lub łącznie obu technologii objętych umową, t.j. 2G lub 4G) lub dla ponad 5% Kart SIM dostarczonych przez Wykonawcę usługa nie będzie świadczona (Karta SIM nie będzie mogła się zalogować do sieci Wykonawcy przez co najmniej 24 godziny z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy), z zastrzeżeniem, że Terminale ze wskazanymi powyżej Kartami SIM nie mogą znajdować się w jednym*obszarze* geograficznym ani w obszarze o braku zasięgu sieci komórkowej. Pomiar świadczenia usługi telekomunikacyjnej dokonywany będzie na zewnątrz obiektu (outdoor), Wykonawca zobowiązany będzie do wsparcia Zamawiającego przy organizacji świadczenia usługi telekomunikacyjnej bez konieczności wymiany Kart SIM poprzez zapewnienie świadczenia usługi telekomunikacyjnej za pośrednictwem sieci infrastrukturalnej innego Operatora, z którym Zamawiający zawrze umowę o roaming krajowy. Zakres koniecznych do przeprowadzenia prac, sposób współpracy oraz zasady rozliczeń pomiędzy Zamawiającym, Wykonawcą a Operatorem sieci infrastrukturalnej zostanie określony w odrębnych umowach lub porozumieniach.”;

3.modyfikację pkt 5.19 OPZ oraz pkt 5.19 załącznika nr 1 do Umowy i przyjęcie następującego ich brzmienia: „Wykonawca po realizacji wszystkich dostaw Kart SIM zgodnie z pkt. 4.1 musi zapewnić możliwość załadowania do Platformy rdzeniowej, aktywacji, provisioningu Kart SIM, świadczenia Usługi telekomunikacyjnej oraz Usługi bezpieczeństwa, fabrycznie nowych kart SIM z profilem Zamawiającego z dostaw nie objętych Umową (dotyczy to Kart SIM dostarczonych przez Zamawiającego, dla których świadczone są Usługi telekomunikacyjne oraz Usługi bezpieczeństwa, rozliczane zgodnie z postanowieniami umowy). Karty SIM muszą być zgodne z dostarczonymi przez Wykonawcę. Termin i sposób aktywacji kart SIM zostanie uzgodniony każdorazowo pomiędzy Koordynatorami Zamawiającego i Wykonawcy. Termin aktywacji nie może być dłuższy niż 60 dni. Maksymalna sumaryczna liczba Kart SIM Zamawiającego jednocześnie hostowanych w Platformie rdzeniowej Wykonawcy wynosi zgodnie z pkt. 3.1.2.250 tys. szt. Wynagrodzenie za Usługi świadczone w wykorzystaniem Kart Sim określonych w niniejszym ustępie będzie należne zgodnie z postanowieniami Umowy.”;

4.modyfikację pkt 5.21 SOPZ oraz pkt 5.21 załącznika nr 1 do Umowy i przyjęcie następującego ich brzmienia:

„Wykonawca uwzględni koszty procesu przeniesienia kart SIM do innej platformy rdzeniowej, o którym mowa między innymi w pkt 5.12 oraz 5.16, w zakresie, który uwzględnia wsparcie Zamawiającego w trakcie tego procesu, wskazanym pkt 4,4.10 w wynagrodzeniu za utrzymanie Platformy rdzeniowej, o którym mowa w § 6.4 pkt 1 Umowy.";

5. modyfikację § 7 ust. 2 Umowy i przyjęcie następującego brzmienia: „Wykonawca oświadcza, że oprogramowanie niezbędne dla prawidłowego funkcjonowania Kart SIM jest wbudowane w te karty (tzw. firmware) i zakup Kart SIM oznacza uzyskanie przez Zamawiającego prawa do korzystania z tego oprogramowania, w zakresie w jakim pozwala na to system operacyjny Karty SIM, przy używaniu tych kart a także do dowolnego wykorzystania profili, ustawień, kluczy przez Zamawiającego, z wyłączeniem w szczególności modyfikacji parametrów algorytmu Milienage. Ewentualne Licencje na oprogramowanie, klucze, kody, algorytmy wbudowane w Karty SIM, jeśli takie występują, są udzielana na okres 12 lat Po tym czasie przekształcają się ona w licencje udzielone na czas nieokreślony, zaś Wykonawca zobowiązuje się do ich niewypowiadania. Wykonawca, oświadcza, że jest uprawniony do udzielenia Zamawiającemu Licencji lub przeniesienia na Zamawiającego Licencji uprawniających do korzystania z tego oprogramowania, kodów, algorytmów, kluczy. Zamawiający jest uprawniony do udzielenia sublicencji na oprogramowanie w rozumieniu dalszego przekazania praw do użytkowania tych kart wraz z oprogramowaniem. Wykonawca gwarantuje, że zawarcie i wykonanie Umowy nie doprowadzi do naruszenia praw osób trzecich.";

6. modyfikację § 9 ust. 1 pkt 1 Umowy i przyjęcie następującego brzmienia: „za niewykonanie Wdrożenia w terminie wskazanym w Umowie, chyba że Wykonawca nie ponosi winy za niewykonanie w terminie Wdrożenia - w wysokości 0,05 % wynagrodzenia netto określonego w § 6.2, za każdy dzień opóźnienia";

7. modyfikację § 9 ust. 1 pkt 7 Umowy i przyjęcie następującego brzmienia: „za realizację Zlecenia provisioningu Kart SIM po terminie 24 godzin roboczych od momentu przyjęcia Zlecenia chyba, że Wykonawca nie ponosi winy za niewykonanie tego obowiązku w terminie, w wysokości 200 zł (słownie: dwieście złotych), za każdy dzień opóźnienia liczony od dnia upływu terminu.";

8. modyfikację § 9 ust. 1 pkt 10 Umowy i przyjęcie następującego brzmienia: „w razie odstąpienia od Umowy przez Zamawiającego w przypadkach wskazanych w Umowie - w wysokości sumy 20 % wynagrodzenia netto określonego w § 6.1 oraz iloczynu liczby dostarczonych w ramach Umowy Kart SIM i kwoty 15 zł.";

9. modyfikację § 9 ust. 1 pkt 11 Umowy i przyjęcie następującego brzmienia: „za niedotrzymanie zobowiązania do niewypowiadania Licencji, o którym mowa w § 7.2 w wysokości sumy 20% wynagrodzenia netto określonego w § 6,1 oraz iloczynu liczby dostarczonych przez Wykonawcę w ramach Umowy Kart SIM i kwoty 15 zł.";

10. modyfikację § 9 ust. 3 Umowy j przyjęcie następującego brzmienia: „Niezależnie od powyższych kar w przypadku gdy z winy Wykonawcy Karty SIM zostaną wyprodukowane w sposób nie spełniający wymagań, o których mowa w pkt, 4.4.8 oraz 4.4.10 Szczegółowego Opisu Zamówienia, Wykonawca zobowiązany zostanie do zapłaty kary w obliczanej jako iloczyn liczby niespełniających wymagań Kart SIM dostarczonych przez Wykonawcę i kwoty 15 zł oraz w przypadku upłynięcia terminu określonego w § 1.1 pkt 2) zobowiązany zostanie do świadczenia usług opisanych *w* § 1.1 pkt. 2 od b) do h) dla dostarczonych przez Wykonawcę Kart SIM do czasu ich wymiany za wynagrodzeniem
wyliczonym zgodnie z §1.14 pomniejszonym o bonifikatę wynoszącą 75%.

Sygn akt KIO 1386/20

W dniu 22 czerwca 2020 r. wykonawca Orange Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Odwołujący 2" lub „Orange") wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Pzp poprzez dokonanie modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający przepisy art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Odwołujący Orange wniósł o anulowanie modyfikacji punktu 5.11. Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia (dalej SOPZ) dokonanej pismem z dnia 10 czerwca 2020 r. (pkt 47 ww. pisma) i przywrócenie jego pierwotnej treści.

Izba ustaliła, iż w terminie wynikającym z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1377/20 zgłosił przystąpienie po stronie Odwołującego wykonawca T-Mobile Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie. Izba postanowiła dopuścić ww. wykonawcę do udziału w postepowaniu odwoławczym w charakterze Uczestnika postępowania po stronie Odwołującego.

Zamawiający w dniu 24 lipca 2020 r. złożył odpowiedź na odwołanie w sprawach o sygn. akt KIO 1377/20 i KIO

1386/20, uwzględniając żądania w części i informując o dokonanych w dniu 23 lipca 2020 r. modyfikacjach SIWZ.

W sprawie o sygn. akt KIO 1377/20 w dniu 27 lipca 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło pismo Odwołującego Polkomtel, w którym oświadczył, iż cofa odwołanie oraz wnosi o zwrot wpisu od odwołania stosownie do art. 187 ust. 8 ustawy Pzp. Oświadczenie o cofnięciu odwołania zostało złożone przez osobę umocowaną do reprezentacji Odwołującego Polkomtel, zgodnie z dokumentacją złożoną do akt sprawy.

W sprawie o sygn. akt KIO 1386/20 w dniu 27 lipca 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło pismo Odwołującego Orange, w którym oświadczył, iż cofa odwołanie oraz wnosi o zwrot wpisu od odwołania stosownie do art. 187 ust. 8 ustawy Pzp. Oświadczenie o cofnięciu odwołania zostało złożone przez osobę umocowaną do reprezentacji Odwołującego Orange, zgodnie z dokumentacją złożoną do akt sprawy.

Uwzględniając powyższe Izba uznała, że zasadne jest umorzenie postępowania odwoławczego w sprawach o sygn. akt KIO 1377/20 oraz KIO 1386/20 na podstawie art. 187 ust. 8 ustawy Pzp, z uwagi na złożenie przez Odwołującego Polkomtel oraz Odwołującego Orange oświadczeń o cofnięciu odwołań. Zgodnie z treścią tego przepisu odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy; w takim przypadku Izba umarza postępowanie odwoławcze. Jeżeli cofnięcie nastąpiło przed otwarciem rozprawy, odwołującemu zwraca się 90% wpisu. Wycofanie odwołań w całości powoduje zakończenie postępowania odwoławczego bez merytorycznego rozpoznania zarzutów odwołań. Złożenie oświadczenia o cofnięciu odwołania stanowi uprawnienie Odwołujących, które znosi wszelkie skutki prawne związane z wniesieniem odwołań. W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 187 ust. 8 ustawy Pzp umorzyła postępowanie odwoławcze, orzekając w formie postanowienia zgodnie z art. 192 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego w obu sprawach Izba orzekła na podstawie art. 187 ust. 8 ustawy Pzp zdanie drugie oraz § 5 ust. 1 pkt 3 lit. a) 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972). Mając na względzie fakt, iż cofnięcie odwołań miało miejsce przed otwarciem rozprawy, Izba nakazała dokonanie na rzecz Odwołującego Polkomtel oraz Odwołującego Orange zwrotu 90% kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołań.

Przewodniczący: