Sygn. akt: KIO 834/17

POSTANOWIENIE
z dnia 5 maja 2017 roku

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Mateusz Zientak

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron w dniu 5 maja 2017 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 kwietnia 2017 roku przez **T- M. P. S.A. z siedzibą w (…)**

w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – C. O. A. R. z siedzibą w (…),** który działa w imieniu i na rzecz Jednostek Administracji Państwowej wymienionych w ogłoszeniu o zamówieniu jako Centralny Zamawiający

przy udziale:

1) **wykonawcy P. Sp. z o.o. z siedzibą w (…)** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego
2) **wykonawcy O. p. S.A. z siedzibą w (…)** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze;
2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty **15 000zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą kwotę uiszczonego wpisu na rzecz wykonawcy **Odwołującego T- M. P. S.A. z siedzibą w (…)**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zmianami), 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 834/117

Uzasadnienie

W dniu 24 kwietnia 2017 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.), zwanej dalej „ustawą" lub „Pzp", odwołanie złożył wykonawca T-M. P. S.A. z siedzibą w (…), dalej: „T-M." lub „Odwołujący". Odwołanie złożono wobec treści ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ obowiązujących w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Świadczenie usług telefonii ruchomej dla Jednostek Administracji Państwowej", numer referencyjny: 2017/1, a Zamawiającym - Jednostki Administracji Państwowej wskazane w sekcji Ogłoszenia o zamówieniu w imieniu, na rzecz których działa Centralny Zamawiający: C. O. A. R. z siedzibą w (…). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 12 kwietnia 2017 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2017/S 072-137311.

Zdaniem Odwołującego w toku postępowania naruszono następujące przepisy:

1. art. 29 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty i oszacowanie jej kosztów oraz w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, w zakresie, w jakim w SIWZ, załączniku nr 2 do SIWZ Opis przedmiotu zamówienia (dalej: „OPZ"):

a) Zamawiający określił sztywne terminy wykonania zamówienia tj. określił termin wykonania zamówienia poprzez podanie konkretnych dat kalendarzowych (rozdział II ust. 1

SIWZ);

b) Zamawiający zastrzega prawo JAP do jednoczesnego czasowego wyłączenia 20% aktywnych kart SIM na okres do 6 miesięcy, bez ponoszenia kosztów stałych (tj. bez abonamentu) oraz bez przedłużenia umowy o ten okres (pkt III ppkt 17 OPZ);

c) Wykonawca zapewni czasowe lub stałe blokowanie i odblokowywanie karty SIM bez dodatkowych opłat (pkt III ppkt 19 OPZ);

d) Zamawiający zastrzegł, że po przekroczeniu miesięcznego limitu przypisanego do abonamentu lub poszerzonego pakietami odpowiednio 16 GB, 48 GB i 84 GB, transfer danych użytkownika może być ograniczony do 56 kbit/s, a przekroczenie pakietu nie obciąży JAP dodatkowymi kosztami za transmisję danych (pkt IV ppkt 6 OPZ), który to wymóg w nieuzasadniony sposób uprzywilejowuje jednego wykonawcę - O. P. S.A.;

2. art. 7 ust. 1 Pzp w związku z art. 25 ust. 1 Pzp w zw. z art. 36 ust 1 pkt 14 Pzp oraz rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r., poz. 1126) w zakresie, w jakim w rozdziale XIII ust. 3 pkt 6 SIWZ Zamawiający wymaga dostarczenia przez wykonawcę, którego oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą przed podpisaniem umowy w terminie wskazanym przez Zamawiającego wersji demonstracyjnej Portalu Obsługi w celu jej weryfikacji z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w OPZ oraz w rozdziale II ust. 5 SIWZ. Zamawiający wskazał, że przed udzieleniem zamówienia zweryfikuje zgodność Portalu Obsługi z wymaganiami opisanymi w SIWZ wzywając wykonawcę, którego oferta została uznana za ofertę najkorzystniejszą do swojej siedziby w celu zaprezentowania funkcjonowania zaoferowanego Portalu Obsługi (analogicznie w pkt VII ppkt 8 OPZ), tj. poprzez żądanie od wykonawców dokumentów, które nie są niezbędne do realizacji zamówienia, a także w zakresie w jakim w przypadku gdy po ponownej weryfikacji Portalu Obsługi Zmawiający stwierdzi braki lub niezgodności z wymaganiami określonymi w OPZ, uzna że wykonawca odstępuje od zawarcia umowy (rozdział XIII ust. 5 SIWZ);

3. 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 sporządzenie załącznika nr 3 do SIWZ - Istotne Postanowienia Umowy (dalej: „IPU"), w sposób naruszający zasady współżycia społecznego w zakresie, w jakim w § 9 ust. 1 pkt 1.1 do 1.3 IPU Zamawiający określił rażąco wygórowane kary umowne (500 zł za każdy dzień opóźnienia).

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

1. wprowadzenie do SIWZ oraz OPZ następujących zmian:

a) modyfikację rozdziału II ust. 1 SIWZ oraz odpowiednich postanowień istotnych postanowień umowy poprzez wskazanie, że wykonawca będzie zobowiązany do rozpoczęcia świadczenia usług w terminie 60 dni od dnia podpisania umowy, jednak nie wcześniej niż od dnia 1 lipca 2017 r., a usługi będą świadczone przez wykonawcę przez okres 27 miesięcy od dnia rozpoczęcia świadczenia usług;

b) wykreślenie pkt III ppkt 17 OPZ ewentualnie jego zmodyfikowanie poprzez wskazanie, że w okresie czasowego wyłączenia aktywnych kart SIM JAP zobowiązane są do ponoszenia na rzecz wykonawcy opłaty stałej w wysokości połowy abonamentu;

c) wykreślenie pkt III ppkt 19 OPZ;

d) modyfikację pkt IV ppkt 6 OPZ poprzez wskazanie, że po przekroczeniu miesięcznego limitu przypisanego do abonamentu lub poszerzonego pakietami odpowiednio 16 GB, 48 GB i 84 GB, transfer danych użytkownika może być ograniczony, na co Zamawiający niniejszym wyrażą zgodę;

2. wykreślenie rozdziału XIII ust. 3 pkt 6 SIWZ oraz rozdziału II ust. 5 SIWZ, pkt VII ppkt 8 OPZ, a także rozdziału XIII ust. 5 SIWZ;

3. wprowadzenie do IPU następujących zmian obniżenie kar umownych przewidzianych w § 9 ust. 1 pkt 1.1 do 1.3 IPU Zamawiający z 500 zł za każdy dzień opóźnienia do 50 zł za każdy dzień opóźnienia.

Termin na wniesienie odwołania upływał w dniu 22 kwietnia 2017 r. Dzień 22 kwietnia 2017 r. przypadał w sobotę. Zgodnie z art. 14 ust. 2 Pzp, jeżeli koniec terminu do wykonania czynności przypada na sobotę lub dzień ustawowo wolny od pracy, termin upływa dnia następnego po dniu lub dniach wolnych od pracy. Zatem odwołanie zostało wniesione z zachowaniem terminu ustawowego. Kopia odwołania została prawidłowo przekazana Zamawiającemu. Odwołujący uiścił wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, gdyż objęta odwołaniem czynność Zamawiającego uniemożliwia Odwołującemu ubieganie się o udzielenie zamówienia, a tym samym wybór jego oferty i uzyskanie przedmiotowego zamówienia może okazać się niemożliwy. Uwzględnienie odwołania doprowadzi do zniesienia nadmiernie rygorystycznego i nieproporcjonalnego do przedmiotu zamówienia ograniczenia kręgu potencjalnych wykonawców, w tym Odwołującego, którzy będą mogli złożyć ofertę z realną szansą na uzyskanie zamówienia. Objęta odwołaniem czynność Zamawiającego prowadzi do możliwości poniesienia szkody przez Odwołującego - polegającej na uniemożliwieniu Odwołującemu złożenia oferty i ubiegania się o zamówienie i uzyskania zamówienia.

Izba ustaliła, że w przedmiotowej sprawie w dniu 27 kwietnia 2017 roku do postępowania odwoławczego zgłoszenie przystąpienia po stronie odwołującego złożył wykonawca **P. Sp. z o.o. z siedzibą w (…).** Przystąpienie uznano za skuteczne. Przystępujący wnosił o uwzględnienie odwołania jako zasadnego.

Izba ustaliła również, że dniu 28 kwietnia 2017 roku do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca **O. p. S.A. z siedzibą w (…).** Przystąpienie uznano za skuteczne. Przystępujący wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający w dniu 4 maja 2017 roku przesłał do Prezesa KIO odpowiedź na odwołanie, w której na podstawie art. 186 ust. 3a ustawy Pzp uznał odwołanie w części w zakresie zarzutów wskazanych w punkcie III.1 lit. a odwołania; punkcie III.2 odwołania; punkcie III.3 odwołania. Zamawiający dokonał stosownej modyfikacji zapisów SIWZ i postanowień umownych, o czym poinformował wykonawców pismem oraz przez zamieszczenie informacji na stronie internetowej. Jednocześnie Zamawiający nie uwzględnił pozostałych zarzutów odwołania, choć we wskazywanym przez Odwołującego w odwołaniu zakresie doprecyzował zapisy SIWZ i obniżył kwestionowane w odwołaniu wymagania co do opisu przedmiotu zamówienia oraz wysokości kar umownych.

Odwołujący, na posiedzeniu z udziałem stron w dniu 5 maja 2017 roku złożył oświadczenie, że wycofuje pozostałe zarzuty zawarte w odwołaniu w związku z tym, że Zamawiający zmodyfikował kwestionowane zapisy SIWZ i postanowień umownych.

Wykonawcy, którzy zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po obu stronach postępowania odwoławczego i stali się jego uczestnikami, nie stawili się na posiedzenie Izby, będąc prawidłowo powiadomionymi o terminie posiedzenia i rozprawy. Zgodnie z § 21 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań, niestawiennictwo strony oraz uczestnika postępowania odwoławczego prawidłowo zawiadomionego o terminie rozprawy nie wstrzymuje rozpoznania odwołania.

Izba stwierdziła, że wskutek prawidłowego wezwania, Przystępujący po stronie Zamawiającego O. P. S.A. z siedzibą w (…) miał możliwość stawienia się na posiedzeniu i bronienia swych interesów. Przystępujący nie zdecydował się skorzystać ze swojego prawa, gdyż nie stawił się na posiedzenie Izby wyznaczone na 5 maja 2017 roku. W ocenie Izby powyższe jest równoważne z rezygnacją z prawa do wniesienia sprzeciwu wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w części zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Dostrzeżenia wymaga, że posiedzenie z udziałem stron i uczestników postępowania jest tą fazą postępowania odwoławczego, która bezpośrednio poprzedza rozprawę. Na tym etapie strony prezentują swoje ostateczne stanowiska procesowe co do

podtrzymania lub cofnięcia odwołania, uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu czy wniesienia sprzeciwu wobec tej ostatniej czynności, od których to stanowisk uzależnione jest skierowanie odwołania do rozpoznania na rozprawie. Dobrowolna rezygnacja z udziału w tej fazie postępowania odwoławczego oznacza rezygnację z uprawnień do reprezentowania swoich interesów. Tym samym w analizowanej sprawie podzielono stanowisko już uprzednio wyrażane przez Izbę w podobnych sytuacjach, m.in.

w postanowieniu z 9 czerwca 2010 r. (sygn. akt KIO 991/10), postanowieniu z 27 czerwca 2012 r. (sygn. akt KIO 1264/12), postanowieniu z 4 września 2014 r. (sygn. akt KIO 1710/14), postanowieniu z 11 sierpnia 2010 r. (sygn. akt KIO 1575/10) i postanowieniu z 21 września 2015 r. (sygn. akt KIO 1963/15).

Powyższe oznacza, że postępowanie odwoławcze – stosownie do dyspozycji art. 186 ust. 3a ustawy Pzp – należało umorzyć.

W sytuacji umorzenia postępowania w związku z uwzględnieniem zarzutów, ustawodawca nałożył na Zamawiającego obowiązek wykonania, powtórzenia lub unieważnienia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Zamawiający zatem zobowiązany jest do dokonania czynności, w taki sposób, który uczyni zadość postulatom postawionym w odwołaniu.

Skoro Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oświadczył, że po przeanalizowaniu stanowiska Odwołującego uznał w części słuszność argumentacji Odwołującego i uwzględnił w części odwołanie, natomiast w pozostałym zakresie Odwołujący cofnął zarzuty, natomiast Przystępujący nie skorzystał z prawa do wniesienia sprzeciwu wobec uwzględnionych zarzutów, to stwierdzić należy, że - stosownie do dyspozycji art. 186 ust. 3a ustawy Pzp, postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu.

Zatem mając na uwadze, że:
1. Zamawiający uwzględnił w części zarzuty przedstawione w odwołaniu, Odwołujący zaś cofnął pozostałe zarzuty,
2. do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpili wykonawcy, którzy nie skorzystali z prawa do złożenia sprzeciwu

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zachodzą przesłanki do wydania postanowienia o umorzeniu postępowania odwoławczego.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła okoliczność, iż uwzględnienie odwołania miało miejsce przed otwarciem posiedzenia i rozprawy, zatem koszty te znoszą się wzajemnie z mocy przepisu art. 186 ust. 6 pkt 2b ustawy Prawo zamówień publicznych, orzekając w tym zakresie o konieczności zwrotu kwoty wpisu uiszczonego przez Odwołującego na rachunek Urzędu Zamówień

Publicznych, stosownie do § 5 ust. 1 pkt 1 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. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: ……..……..……...