Sygn. akt KIO 1307/22

POSTANOWIENIE
z dnia 31 maja 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników postępowania w dniu 31 maja 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 maja 2022 r. przez wykonawcę: T-Mobile Polska S.A., ul. Marynarska 1202-674 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Województwo Mazowieckie, ul. Jagiellońska 26, 03-719 Warszawa,

postanawia:

1. umarza postępowanie odwoławcze,

2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy: T-Mobile Polska S.A., ul. Marynarska 1202-674 Warszawa kwoty 15 000 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej równowartość kwoty uiszczonego wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący .....

Sygn. akt KIO 1307/22

UZASADNIENIE

Zamawiający - Województwo Mazowieckie z siedzibą w Warszawie - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawę infrastruktury teleinformatycznej Data Center wraz z kolokacją urządzeń oraz budowę i utrzymanie sieci WAN w ramach projektu E-zdrowie dla Mazowsza 2". Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym UE nr 2022/S 087-235596 z dnia 4 maja 2022 r. W tym samym dniu Zamawiający udostępnił wykonawcom specyfikację warunków zamówienia na Platformie Zakupowej.

Wykonawca, T-Mobile Polska S.A. z siedzibą w Warszawie, na podstawie art. 513 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) zwanej dalej „Pzp", wniósł w dniu 16 maja 2022 r. odwołanie wobec czynności sporządzenia przez Zamawiającego Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej „SWZ").

Odwołujący zarzucił naruszenie przez Zamawiającego:

1. art. 99 ust. 1, 2 i 4 PZP w zw. z art. 16 pkt 1), 2) i 3) Pzp, art. 436 pkt 1 PZP oraz art. 353 [1] w zw. z art. 5 oraz art. 487 § 2 Kodeksu cywilnego w związku z art. 8 ust. 1 Pzp, poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia oraz sporządzenie Istotnych Postanowień Umowy - Załącznik nr 3 do SWZ (IPU), w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań mających wpływ na przygotowanie oferty, uniemożliwiający przygotowanie i wycenę oferty, nieadekwatny, naruszający uczciwą konkurencję, naruszający zasady współżycia społecznego i równowagę stron umowy w zakresie w jakim Zamawiający wskazał zbyt krótki, nierealny termin realizacji Etapu II (budowa infrastruktury teleinformatycznej DC, poprzez dostawę, instalację, podłączenie, konfigurację urządzeń i instalację oprogramowania w serwerowniach DC-UMWM i DRC-UMWM), Etapu III (wykonanie sieci WAN w architekturze IP VPN MPLS), a tym samym Etapu IV - (S3 ust. 1 pkt 2, 3 i 4 'PU);

2. art. 99 ust. 1, 2 i 4 w zw. z art. 16 pkt 1), 2) i 3) Pzp, poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań mających wpływ na przygotowanie oferty, uniemożliwiający przygotowanie i wycenę oferty, nieadekwatny i naruszający uczciwą konkurencję oraz zasadę równego traktowania wykonawców poprzez wskazanie, że „nie dopuszcza stosowania radiowych łączy dostępowych dla wszystkich łącz podstawowych oraz łącz zapasowych w lokalizacjach DC-UMWM oraz DRC-UMWM" - pkt 6 ppkt 2 załącznika nr 2 do SWZ Opis przedmiotu zamówienia (OPZ) wraz z załącznikami.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany postanowień SWZ i Załączników, w sposób uwzględniający argumentację odwołania zawartą w uzasadnieniu, tj.:

1. modyfikację §3 ust. 1 pkt 3 i 4 IPU, poprzez nadanie im brzmienia:

a. Etap II zostanie wykonany w terminie 180 Dni Roboczych od daty odbioru Etapu I;

b. Etap III zostanie wykonany w terminie 180 Dni Roboczych od daty odbioru Etapu I;

c. Etap IV zostanie wykonany w terminie 190 Dni Roboczych od daty odbioru Etapu I;

2 modyfikację pkt 6 ppkt 2 OPZ, poprzez dopuszczenie możliwości realizacji łącz zapasowych (także w lokalizacjach DC-UMWM oraz DRC-UMWM) z wykorzystaniem technologii radiowej punkt-punkt pracującego w paśmie koncesjonowanym.

Wezwanie do udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia odwołania oraz kopię odwołania złożonego przez wykonawcę T-Mobile Polska S.A. z siedzibą w Warszawie, zostało zamieszczone na stronie internetowej prowadzonego postępowania - Platformy Zakupowej w dniu 17 maja 2022 r. oraz przekazane do wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu za pośrednictwem Platformy Zakupowej.

Na wezwanie Zamawiającego do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego, żaden wykonawca nie zgłosił swojego przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Pismem z dnia 27 maja 2022 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił zarzuty przedstawione w odwołaniu w zakresie i w sposób opisany w uzasadnieniu. Zamawiający wyjaśnił, że w związku z wniesionym w dniu 16 maja 2022 r. odwołaniem przez wykonawcę T-Mobile Polska S.A., działając w trybie art. 521 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1194 ze zm.):

Ad. 1. Zamawiający dokonuje zmiany w § 3 ust. 1 projektowanych postanowień Umowy (załącznik nr 3 do SWZ). Pkt 1-4 otrzymuje nowe następujące brzmienie:

2) Etap II zostanie wykonany w terminie 180 Dni Roboczych od daty podpisania Umowy, jednak nie dłużej niż do 28 lutego 2023 roku,

3) Etap III zostanie wykonany w terminie 180 Dni Roboczych od daty podpisania Umowy jednak nie dłużej niż do 28 lutego 2023 roku,

4) Etap IV zostanie wykonany w terminie 190 Dni Roboczych od daty podpisania Umowy.

6) Zakończenie wcześniejszego Etapu nie jest wymagane do rozpoczęcia prac nad kolejnym Etapem, przy czym:

a) przed przystąpieniem do realizacji dostaw, instalacji i konfiguracji urządzeń oraz łącz w ramach Etapu III, Wykonawca musi uzgodnić z Zamawiającym treść dokumentu „Harmonogram wdrożenia sieci WAN",

b) przed przystąpieniem do instalacji, podłączenia, konfiguracji urządzeń i instalacji oprogramowania w serwerowniach DC-UMWM i DRC-UMWM w ramach Etapu II, Wykonawca musi uzgodnić z Zamawiającym treść dokumentu „Projekt techniczny Infrastruktury Data Center".

Ad. 2. Zamawiający dokonuje zmiany w Rozdziale 6 ust. 2 Opisu przedmiotu zamówienia (załącznik nr 2 do SWZ). Ust. 2 otrzymuje nowe następujące brzmienie:

2. Zamawiający nie dopuszcza stosowania technologii radiowej dla wszystkich łącz podstawowych w lokalizacjach wymienionych w Załączniku nr 6 do Umowy. Zamawiający dopuszcza zastosowanie technologii radiowej pracującej w paśmie koncesjonowanym wyłącznie dla łącz zapasowych w lokalizacjach wymienionych w Załączniku nr 6 do Umowy. Zamawiający wymaga, aby łącza dostępowe użyte do realizacji sieci były budowane z zastosowaniem łączy odseparowanych od publicznej sieci Internet. Od węzła Wykonawcy do Routera PE ruch musi być odseparowany przynajmniej logicznie.

Pismem z dnia 30 maja 2022 r. Odwołujący złożył do Prezesa KIO wniosek o umorzenie postępowania odwoławczego w niniejszej sprawie. Odwołujący oświadczył, że otrzymana od Zamawiającego odpowiedź na odwołanie z dnia 27 maja 2022 r., w której Zamawiający uwzględnił zarzuty przedstawione w odwołaniu w sposób opisany w uzasadnieniu tego pisma, czyni zadość żądaniom odwołania. Tym samym Odwołujący poczytuje dokonane przez Zamawiającego zmiany SWZ opisane w odpowiedzi na odwołanie jako uwzględniające w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu. Odwołujący złożył jednocześnie oświadczenie, że w przypadku gdyby Izba uznała, iż odpowiedzi na odwołanie nie można uznać za uwzględnienie odwołania w całości, a jedynie w części, to wówczas cofa odwołanie w pozostałej części (tj. w części nieuwzględnionej przez Zamawiającego).

Biorąc pod uwagę dokonane powyżej ustalenia, Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że pomimo, iż literalnie zapowiedziane przez Zamawiającego zmiany SWZ nie są sformułowane w identyczny sposób jak sformułowane w ramach wniosków odwołania, to kluczowe jest oświadczenie Odwołującego, iż zmiany te w całości czynią zadość żądaniom Odwołującego. W niniejszej sprawie Odwołujący przyznał jednoznacznie, że czynności Zamawiającego dokonane na skutek wniesionego odwołania zostały dokonane zgodnie z żądaniami zawartymi w odwołaniu.

W tych okolicznościach należało uznać, że wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu oraz wobec braku zgłoszenia przez wykonawców w ustawowym terminie oraz w trybie, o którym mowa w art. 525 ust. 1-3 Pzp, przystąpień do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, postępowanie niniejsze należało umorzyć na podstawie art. 522 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym, w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze 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. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Wobec powyższego, postanowiono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania Izba orzekła, biorąc pod uwagę treść § 9 ust. 1 pkt 2a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. 2020r., poz. 2437), z którego wynika, że jeżeli zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu przed otwarciem rozprawy, a do postępowania odwoławczego nie przystąpił żaden wykonawca po stronie zamawiającego, Izba orzeka o dokonaniu zwrotu na rzecz Odwołującego z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Przewodniczący .....