Sygn. akt: KIO 1363/22

POSTANOWIENIE
z dnia 6 czerwca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 6 czerwca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 maja 2022 roku przez wykonawcę T-Mobile Polska S.A., z siedzibą w Warszawie,

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, Warszawa,

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze;

2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy T-Mobile Polska S.A., z siedzibą w Warszawie kwoty 13 500 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącej 90% uiszczonego wpisu.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 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 1363/22

Zamawiający - Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa (dalej „Zamawiający") -

prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Zakup usług

telekomunikacyjnych MPLS", dalej „Postępowanie".

W dniu 23 maja 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy T-Mobile Polska S.A., z siedzibą w Warszawie (dalej „Odwołujący") zarzucając

Zamawiającemu naruszenie: 1) art. 99 ust. 1, 2 i 4 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1), 2) i 3) 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, 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 na konieczność takiej samej wyceny usług realizowanych w ramach zamówienia opcjonalnego i zamówienia podstawowego (rozdział X pkt 2 SWZ) i nie uwzględnił konieczności podwyższenia stawek za zakres opcjonalny w oparciu o rzeczywisty wzrost kosztów; (2) art. 99 ust. 1, 2 i 4 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1), 2) i 3) PZP oraz art. 3531 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 Projektowanych Postanowień Umowy - Załącznik nr 6 do SWZ (dalej jako: „PPU"), 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 termin na poinformowanie wykonawcy o skorzystaniu z prawa opcji wskazując, że nastąpi to z 30-dniowym wyprzedzeniem, w sytuacji gdy jest to termin zbyt krótki na przygotowanie do świadczenia usług (rodz. II SWZ, 52 ust. 5 PPU); (3) 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. 3531 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 PPU, 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 wymaga, aby wykonawca w przypadku zastosowania w Lokalizacjach typu BP łącza zapasowego GSM w technologii LTE zapewnił gwarantowaną wymaganą przepustowość na poziomie 16 Mb/s i 32 Mb/s w sytuacji, gdy specyfika tej technologii i jej uzależnienie od czynników, na które wykonawca nie ma wpływu, uniemożliwiają taką deklarację, a co za tym idzie jedynie fikcyjne dopuszczenie przez Zamawiającego tej technologii dla łączy; (4) art.

353^1 w zw. z art. 5 oraz art. 487 §2 Kodeksu cywilnego w związku z art. 8 ust. 1 PZP w zw. z art. 99 ust. 1, 2 i 4 w zw. z art. 16 pkt 1), 2) i 3) PZP poprzez sporządzenie PPU w sposób uniemożliwiający przygotowanie i wycenę oferty, nieadekwatny, nadmierny, naruszający zasady współżycia społecznego oraz zaburzający wzajemność świadczeń, w zakresie w jakim w: §3 ust. 6 pkt 3 i 4 PPU Zamawiający nie wskazał limitu lokalizacji, w przypadku których może zrezygnować ze świadczenia usług w sytuacji likwidacji jednostki organizacyjnej Zamawiającego oraz nie określił precyzyjnie przesłanek, w przypadku których będzie uprawniony do rezygnacji ze świadczenia usług z innych przyczyn niż likwidacja jednostki organizacyjnej, co utrudnia, a nawet uniemożliwia wykonawcy skalkulowanie ryzyka i wycenę oferty oraz prowadzi do nieporównywalności ofert,(w zw. z 433 pkt 4 Pzp); w §8 ust. 6 PPU Zamawiający określił łączny limit kar umownych na poziomie 100% łącznej wartości wynagrodzenia netto zarówno w zakresie zamówienia podstawowego jak i zamówienia opcjonalnego (w zw. z art. 436 pkt 3 Pzp); (5) art. 439 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1), 2) i 3) Pzp poprzez uwzględnienie w procedurze waloryzacji wyłącznie opłat abonamentowych z pominięciem opłat instalacyjnych, o których mowa w §9 ust. 3 pkt 1-7 i ust. 4 pkt 1-3 PPU, które również powinny zostać podwyższone w przypadku wzrostu cen.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołanie i dokonanie zmian SWZ poprzez:

- modyfikację rozdziału X ust. 2 SWZ oraz Formularza ofertowego poprzez: (a) usunięcie zastrzeżenia, że ceny usług realizowanych w ramach zakresu podstawowego i opcjonalnego muszą być takie same oraz dodanie zastrzeżenia, że koszty usług świadczonych w ramach zamówienia opcjonalnego (prawo opcji) nie mogą być przerzucane do koszów świadczenia usług w ramach zamówienia podstawowego; (b) dodanie postanowienia zgodnie z którym, w przypadku skorzystania z prawa opcji stawki wskazane w Formularzu ofertowym w zakresie prawa opcji będą podlegały zmianie w zależności od faktycznej zmiany kosztów, które zostaną wykazane przez wykonawcę (w szczególności w zakresie kosztów gwarancji i pełnego wsparcia producenta, sprzętu, kosztów związanych z dzierżawą łączy, miejsca pod anteny, studzienek kanalizacyjnych),

- modyfikację rozdziału II SWZ i §2 ust. 5 PPU poprzez wskazanie, że informacja na temat skorzystania z prawa opcji zostanie przekazana wykonawcy z min. 60-dniowym wyprzedzeniem (zarówno w zakresie pierwszej części prawa opcji pierwszych 11 miesięcy, jak i kolejnej);

- modyfikację §3 ust. 5 PPU poprzez wskazanie, że zastrzeżenie, że „wszelkie użyte Łącza winny gwarantować wymaganą Przepustowość", nie dotyczy łączy GMS w technologii LTE, w przypadku których Zamawiający wymaga minimalnej gwarantowanej przepustowości na poziomie 4 Mb/s;

- modyfikację §3 ust. 6 pkt 3 i 4 PPL poprzez: a) wskazanie maksymalnie liczby lokalizacji, w przypadku których Zamawiający może zrezygnować ze świadczenia usług w sytuacji likwidacji jednostki organizacyjnej Zamawiającego na poziomie 10%; b) precyzyjne określenie zamkniętego katalogu przesłanek, którego mogą być podstawą do rezygnacji przez Zamawiającego ze świadczenia usług z innych przyczyn niż likwidacja jednostki organizacyjnej Zamawiającego; c) wskazanie Łącznej maksymalnie liczby lokalizacji, w przypadku których Zamawiający może zrezygnować ze świadczenia usług ze wszystkich szczegółowo wymienionych powodów, innych niż likwidacja jednostki organizacyjnej, na poziomie nie większym niż 20%;

- modyfikację §8 ust. 6 PPU poprzez obniżenie łącznej wysokości kar umownych: a) w zakresie zamówienia podstawowego do 30% łącznej wartości wynagrodzenia netto, b) w zakresie zamówienia opcjonalnego do 15% łącznej wartości wynagrodzenia netto w zakresie każdej z części prawa opcji (każdych 11 miesięcy);

- modyfikację §9 ust. 27 PPU poprzez objęcie procedurą waloryzacji również opłat instalacyjnych, o których mowa w 5 9 ust. 3 pkt 1-7 i ust. 4 pkt 1-3 PPU.

Odwołujący dnia 3 czerwca 2022 r. złożył pismo, w którym oświadczył, że cofa odwołanie i wnosi o umorzenie postępowania odwoławczego.

Z uwagi na to, że odwołanie można cofnąć w każdym czasie do zamknięcia rozprawy, jego

cofnięcie, zgodnie art. 568 pkt 1 ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. poz. 2019 ze zm.) oraz § 13 ust. 1 pkt 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 31 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz.U. poz. 2453) oznacza, że postępowanie odwoławcze

podlega umorzeniu.

Z tych względów postanowiono jak w sentencji.

Na podstawie § 9 ust. 1 pkt 3a 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437), Izba orzekła o dokonaniu zwrotu na rzecz odwołującego z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych 90% kwoty uiszczonej tytułem należnego wpisu od odwołania.

Przewodniczący: .....