

sygn. akt KIO 2141/22

POSTANOWIENIE
z dnia 1 września 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Bienias

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 1 września 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 sierpnia 2022 r. przez wykonawcę T-Mobile Polska S.A. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie

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 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną tytułem wpisu od odwołania.

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. 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 2141/22

Zamawiający - PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie - prowadzi

postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego prowadzonego w trybie sektorowych negocjacji z ogłoszeniem, którego przedmiotem jest „Usługa transmisji danych w sieci WAN na potrzeby PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w latach 2023 - 2027”, znak 6060/ILG 8/18365/05431/21/P. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 1.04.2022 r. w Dzienniku Urzędowym UE pod numerem 2022/5 065-172618.

W dniu 16 sierpnia 2022 r. wykonawca T-Mobile Polska S.A. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie od następujących czynności zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

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. 353¹ w zw. z art. 5 Kodeksu cywilnego w związku z art. 8 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia oraz sporządzenie Projektowanych Postanowień Umowy (PPU), w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań mających wpływ na przygotowanie oferty, uniemożliwiający przygotowanie i wycenę oferty, nieadekwatny, naruszający uczciwą konkurencję, naruszający zasady współzycia społecznego i równowagę stron umowy w zakresie w jakim Zamawiający wskazał termin instalacji wszystkich łączy i zgłoszenie ich do odbioru, a także rozpoczęcia realizacji usług na 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy, przy czym ograniczając go jednocześnie datą sztywną (nie później niż dnia do 28 listopada 2023 r.), co de facto oznacza, iż termin ten jest nieokreślony i niewystarczający;

2. art. 99 ust. 1, 2 i 4 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 w zw. z art. 433 pkt 1) i 4) Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia oraz sporządzenie PPU, w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań mających wpływ na przygotowanie oferty, uniemożliwiający przygotowanie i wycenę oferty, naruszający uczciwą konkurencję, naruszający zasady współzycia społecznego i równowagę stron umowy w zakresie w jakim:

a. w ramach wynagrodzenia wykonawcy za Prawo Opcji nie wyodrębniono opłaty instalacyjnej z tytułu zestawienia Łączy w danej lokalizacji (§ 3 i §12 PPU),

b. w § 12 ust. 7 PPU w związku z § 4 ust. 7 PPU Zamawiający wskazał, że

Wykonawca na pisemny wniosek Zamawiającego dokona zmian w świadczonych usługach transmisji danych w okresie obowiązywania umowy, polegających na zestawieniu nowego łącza transmisji danych w danej lokalizacji, niezależnie od tego, czy będzie to technicznie możliwe;

c. w § 12 PPU Zamawiający zaniecha! doprecyzowania, że w przypadku gdy realizacja zamówienia w ramach Prawa Opcji w zakresie nowych lokalizacji nie będzie technicznie możliwa lub w przypadku, gdy uruchomienie nowej lokalizacji byłoby niewspółmierne pod względem kosztów, co wykonawca powinien Zamawiającemu wykazać - Prawo Opcji nie będzie wykorzystane lub Zamawiający poniesie opłatę związaną z uruchomieniem Łączy wyliczoną jako suma uzasadnionych wydatków poniesionych na instalację łącza;

d. w § 12 PPU ppkt 5.7.1. i 5.7.2. Zamawiający użył pojęć niejasnych i dających możliwość dowolnej interpretacji przez Zamawiającego na etapie realizacji Umowy;

e. w § 15 ust. 2 PPU poprzez obciążenie wykonawcy karami umownymi za opóźnienie a nie za zwłokę;

f. w § 15 ust. 14 PPU poprzez określenie Łącznej wysokości kar umownych do 50%

łącznej wartości wynagrodzenia netto[^] (za zamówienie podstawowe i Prawo Opcji);

g. w Pkt 20 OPZ w zakresie w jakim Zamawiający nie przekazał jakichkolwiek informacji i dokumentów dotyczących wskazanego tam sposobu dokonywania zgłoszeń serwisowych, niezbędnych do sporządzenia i wyceny oferty. UWAGA - OPZ stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa Zamawiającego, dlatego Odwołujący nie podaje żadnych szczegółów zawartych w tym punkcie.

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

1. Modyfikację § 17 ust. 3 i 4 PPU poprzez:

a. zmianę sposobu liczenia terminu rozpoczęcia świadczenia usług i terminu osiągnięcia gotowości wszystkich Łączy do świadczenia usług poprzez wskazanie go jako wyłącznie 12 miesięcy od dnia podpisania umowy, tj. poprzez rezygnację z

ograniczenia iż nastąpi to nie później niż dnia do 28.11.2023r.;

2. Modyfikację § 3 ust. 13 PPU a także § 12 poprzez:

a. Wprowadzenie postanowień w § 3 ust. 13 PPU (oraz odpowiednio w SWZ) zgodnie z którymi wynagrodzenie wykonawcy z tytułu zestawienia nowego łącza w ramach Prawa Opcji, oprócz kwoty wyliczonej zgodnie z pkt 13.2. będzie dodatkowo obejmowało również opłatę instalacyjną odpowiednią dla danego Łącza według stawek wskazanych w Załączniku Iir 7 do Umowy,

ewentualnie

wskazanie, że z tytułu zestawienia nowego łącza w ramach Prawa Opcji wykonawcy będzie przysługiwała opłata instalacyjna w wysokości pokrywającej uzasadnione koszty zestawienia nowego Łącza,

b. Wprowadzenie w § 12 PPU możliwości odmowy zestawienia nowego łącza w przypadku braku warunków technicznych w nowej lokalizacji lub w przypadku braku porozumienia między wykonawcą i Zamawiającym, co do wysokości jednorazowej opłaty instalacyjnej;

3. Modyfikację § 12 poprzez doprecyzowanie:

a. w pkt 5.7.1. - co oznacza „zmiana wolumenu

uruchomionych Usług”

b. w pkt 5.7.2. - co Zamawiający rozumie poprzez

„istotne zmiany parametrów łącz”

4. Modyfikację § 15:

a) ust. 2 poprzez zastąpienie kar umownych za opóźnienie karami za zwłokę;

b) ust. 14 poprzez obniżenie łącznej wysokości kar umownych do 30% łącznej wartości wynagrodzenia netto za zamówienie podstawowe,

5. Uzupełnienie OPZ o dane dotyczące opisanego w pkt 20 OPZ sposobu realizacji zgłoszeń serwisowych, umożliwiające sporządzenie i wycenę oferty.

W przedmiotowym postępowaniu po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie z dnia 31 sierpnia 2022 r. uwzględnił odwołanie w części dotyczącej zarzutów: nr 2 lit. a (w ramach wynagrodzenia wykonawcy za Prawo Opcji nie wyodrębniono opłaty instalacyjnej z tytułu zestawienia łącza w danej lokalizacji (§3 i §12 PPU), nr 2 lit. d (w § 12 PPU ppkt 5.7.1. i 5.7.2. Zamawiający użył pojęć niejasnych i dających możliwość dowolnej interpretacji przez Zamawiającego na etapie realizacji Umowy) oraz nr 2 lit. f (w §15 ust. 14 PPU poprzez określenie łącznej wysokości kar umownych do 50% łącznej wartości wynagrodzenia netto za zamówienie podstawowe i

Prawo Opcji).

Odwołujący w piśmie z dnia 31 sierpnia 2022 r. cofnął zarzuty i żądania odwołania wniesionego w dniu 16 sierpnia 2022 r., które nie zostały uwzględnione przez Zamawiającego.

W konsekwencji Izba, na podstawie art. 568 pkt 3 w zw. z art. 522 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.), umorzyła postępowanie odwoławcze, orzekając w formie postanowienia na podstawie art. 553 zd. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 9 ust. 1 pkt 2 lit. b) 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. 2020 r. poz. 2437), z którego wynika, że koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, znosi się wzajemnie, jeżeli przed otwarciem rozprawy zamawiający uwzględnił w części zarzuty przedstawione w odwołaniu i pozostałe zarzuty zostały przez odwołującego wycofane, a w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca albo uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego w części zarzutów przedstawionych w odwołaniu - w takim przypadku Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Przewodniczący: