

Sygn. akt: KIO 2899/24

## POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 2 września 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników w dniu 2 września 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 sierpnia 2024 r. przez wykonawcę T-Mobile Polska S.A. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Poczta Polska S.A. z siedzibą w Warszawie

przy udziale uczestnika po stronie odwołującego w postępowaniu o sygn. akt 2899/24 wykonawcy Polkomtel sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie;

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,
2. znieść koszty postępowania odwoławczego wzajemnie i nakazać zwrot z

rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy T-Mobile Polska S.A. z siedzibą w Warszawie kwoty 15 000 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej uiszczony wpis od odwołania.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 2899/24

## U z a s a d n i e

Zamawiający: Miasto Poznań wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego pod nazwą: „Dostawa urządzeń i akcesoriów oraz świadczenie usług telefonii komórkowej i bezprzewodowej transmisji danych”, znak sprawy: CZ.26.443.2024.DC.

Przedmiotowe zamówienie zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 1 sierpnia 2024 r. pod numerem: S: 149/2024 462521-2024, tego samego dnia dokumenty zamówienia zostały opublikowane na stronie Zamawiającego.

Nie zgadzając się z niektórymi postanowieniami dokumentów zamówienia Odwołujący: T-Mobile Polska S.A. z siedzibą w Warszawie w dniu 12 sierpnia 2024 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1.art. 99 ust. 1, 2 i 4 w zw. z art. 16 pkt 1), 2) i 3) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 wraz ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp oraz art. 353<sup>1</sup> w zw. z art. 5 oraz art. 487 § 2 Kodeksu cywilnego w związku z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez sformułowanie postanowień umowy oraz dokonanie opisu przedmiotu zamówienia (OPZ) w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań mających wpływ na przygotowanie oferty, uniemożliwiający przygotowanie i wycenę oferty, nieadekwatny, nadmierny, naruszający uczciwą konkurencję, naruszający zasady współżycia społecznego i równowagę stron umowy w zakresie w jakim:

a. Zamawiający przewidział nierealny termin realizacji zamówienia: „Z zastrzeżeniem postanowień ust. Błąd! Nie można odnaleźć źródła odwołania. Wykonawca jest zobowiązany do rozpoczęcia świadczenia Usług dla Zamawiającego od Dnia Uruchomienia Usług, wskazanego dla niego w Harmonogramie, który jest częścią Projektu Technicznego, nie później niż w terminie do 35 Dni Roboczych od dnia zawarcia Umowy, jednak nie wcześniej niż w następnym dniu po dniu zakończenia świadczenia usług w ramach dotychczasowej umowy zawartej przez Zamawiającego z zachowaniem ciągłości Usług. W przypadku gdy Umowa zostanie zawarta z dotychczasowym Wykonawcą, powyższe postanowienie nie będzie miało zastosowania, a rozpoczęcie realizacji Usług przez Wykonawcę nastąpi w dniu zakończenia świadczenia usług w ramach dotychczasowej umowy zawartej z Zamawiającym z zachowaniem ciągłości Usług.” (§4 ust. 4 umowy);

b. Zamawiający składa wykonawcy Zamówienia Częstkowe a wykonawca zobowiązany jest do ich realizacji z uwzględnieniem, że „zapewnienie sygnału telefonii komórkowej z dedykowanej stacji bazowej BTS w Głównej Lokalizacji Zamawiającego - w 2

terminie nie później niż 35 Dni Roboczych od chwili złożenia Zamówienia Częstkowego” (§4 ust. 8 pkt 9 umowy);

c. Zamawiający wskazał, że na następującą nieistotną zmianę umowy: „konieczność dostarczenia innych Urządzeń lub Akcesoriów (bez zmiany ceny), niż dostępne w momencie składania przez Wykonawcę Oferty w postępowaniu o udzielenie Zamówienia, spowodowana zakończeniem produkcji lub wycofaniem Urządzenia lub Akcesorium z produkcji lub obrotu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej i brakiem jego następcy, posiadającego parametry nie gorsze od zaproponowanych przez Wykonawcę w Ofercie złożonej w postępowaniu o udzielenie Zamówienia oraz zgodnie z postanowieniami Załącznika nr 5 A do OPZ” (§12 ust. 3 pkt 4 umowy);

d. Zamawiający określił następujący termin wypowiedzenia w przypadku „istotnej zmiany” Umowy: „zmian w organizacji Zamawiającego, co wiąże się z prawem do rezygnacji z uruchomionych Usług, co będzie równoznaczne z ich wypowiedzeniem, w tym z wyłączeniem Numerów MSISDN. Okres wypowiedzenia wynosi maksymalnie 30 dni, a wypowiedzenie jest skuteczne z dniem, na który przypada koniec najbliższego Okresu Rozliczeniowego. W takim przypadku Wykonawcy nie przysługuje Wynagrodzenie za wyłączone Usługi od początku następnego Okresu Rozliczeniowego. Zamawiający może zrezygnować z nie więcej niż łącznie 10 % wartości Usług uruchomionych w ramach Zamówienia. Podstawowego” (§12 ust. 2 pkt 10 umowy);

2. art. 99 ust. 1, 2 i 4 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1), 2) i 3) Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia (OPZ) w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań mających wpływ na przygotowanie oferty, uniemożliwiający przygotowanie i wycenę oferty, nieadekwatny, nadmierny, naruszający uczciwą konkurencję w zakresie w jakim:

a. Zamawiający określił następujące wymagania w odniesieniu do pakietów Roamingowych:

• „Wykonawca udostępni pakiety Roamingowe obejmujące obszar następujących krajów:

a) Pakiet EU - kraje Unii Europejskiej oraz kraje Europejskiego Obszaru Gospodarczego i terytoria zależne,

b) Pakiet Europa - Albania, Andora, Białoruś, Bośnia i Hercegowina, Czarnogóra, Islandia, Liechtenstein, Macedonia, Mołdawia, Monako, Norwegia, Rosja, San Marino, Serbia, Szwajcaria, Turcja, Ukraina, Watykan, Wielka Brytania, Kosowo, Naddniestrze, Gibraltar, Guernsey, Jan Mayen, Jersey, Svalbard, Wyspa Man,

c) Pakiet Afryka - Algieria, Angola, Benin, Botswana, Burkina Faso, Burundi, Czad, Demokratyczna Republika Konga, Dżibuti, Egipt, Erytrea, Eswatini, Etiopia, Gabon, Gambia, Ghana, Gwinea, Gwinea Bissau, Gwinea Równikowa, Kamerun, Kenia, Komory, Kongo, Lesotho, Liberia, Libia, Madagaskar, Malawi, Mali, Maroko, Mauritania, Mauritius, Mozambik, Namibia, Niger, Nigeria, Południowa Afryka, Republika Środkowoafrykańska, 3

Republika Zielonego Przylądka, Rwanda, Senegal, Seszele, Sierra Leone, Somalia, Sudan, Sudan Południowy, Tanzania, Togo, Tunezja, Uganda, Wybrzeże Kości Słoniowej, Wyspy Świętego Tomasza i Książęca, Zambia, Zimbabwe

d) Pakiet Ameryka Północna - Kanada, Stany Zjednoczone Ameryki,

e) Pakiet Azja - Afganistan, Arabia Saudyjska, Armenia, Azerbejdżan, Bahrajn, Bangladesz, Bhutan, Brunei, Chiny, Cypr, Filipiny, Gruzja, Indie, Indonezja, Irak, Iran, Izrael, Japonia, Jemen, Jordania, Kambodża, Katar, Kazachstan, Kirgistan, Korea Południowa, Korea Północna, Kuwejt, Laos, Liban, Malediwy, Malezja, Mjanma, Mongolia, Nepal, Oman, Pakistan, Singapur, Sri Lanka, Syria, Tadżykistan, Tajlandia, Timor Wschodni, Turkmenistan, Uzbekistan, Wietnam, Zjednoczone Emiraty Arabskie,

f) Pakiet Egzotyczny - pozostałe kraje świata nie wymienione powyżej.” (ust. 4 pkt 4 Załącznika nr 5b do OPZ);

• „Koordynator Umowy w ciągu 10 Dni Roboczych może zrezygnować z

zamówionego pakietu/pakietów, pod warunkiem, że użytkownik Numeru MSISDN, dla którego pakiet został zamówiony nie zdążył go aktywować. Po upływie tego terminu zostanie naliczona opłata zgodnie z Ofertą Wykonawcy” (ust. 4 pkt 7 Załącznika nr 5b do OPZ);

b. „Wszelkie zmiany w konfiguracji i oprogramowaniu Obsługi Elektronicznej mające wpływ na obsługę procesów pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą muszą być uzgodnione z Zamawiającym, z wyprzedzeniem 7 Dni Roboczych. Zmiany będą wykonywane na koszt i ryzyko Wykonawcy” (ust. 3 ppkt 4 OPZ);

c. „Dostarczane przez Wykonawcę Urządzenia i Akcesoria muszą być wyprodukowane nie wcześniej niż 12 miesięcy przed datą podpisania przez Zamawiającego Protokołu Odbioru jakościowego, obejmującego dane Urządzenie i Akcesorium. (...)” (ust. 4 pkt 11 OPZ);

d. „Wykonawca wskaże linki do swoich stron internetowych zawierających cenniki dotyczące zakupu Urządzeń dla klienta biznesowego, bez usług i bez aktywacji Karty SIM. W cennikach tych muszą być wymienione zaoferowane przez Wykonawcę Urządzenia spełniające wymagania określone w ust. 1. W przypadku braku posiadania przez Wykonawcę cennika, o którym mowa powyżej, Zamawiający przyjmie ceny detaliczne Urządzeń sugerowane przez producenta danego Urządzenia dla rynku polskiego (jeśli taką podaje producent). W momencie, gdy wystąpią znaczne różnice (powyżej 30%) między cenami zawartymi w cenniku Wykonawcy, a cenami sugerowanymi przez producenta sprzętu, Zamawiający przyjmie do porównania niższą z cen.” (ust. 11 Załącznika nr 5a do OPZ);

e. „Zamawiający wymaga, aby co 6 miesięcy od zawarcia Umowy Wykonawca przedstawił uaktualniony wykaz

modeli Urządzeń, spełniających wymagania określone w ust. 1-4 i zamieszczał go w Obłudze Elektronicznej. Uaktualnienie oferowanych modeli nie może spowodować wzrostu ceny Urządzeń w złożonej Ofercie Wykonawcy. Uaktualniony wykaz 4

modeli musi uzyskać akceptację Zamawiającego, a w przypadku braku takiej akceptacji Wykonawca będzie zobowiązany do dostawy Urządzeń z wykazu wcześniej zaakceptowanego przez Zamawiającego. Zamawiający może zamówić dowolny model Urządzeń z wykazu o którym mowa powyżej. Ewentualne Zamówienia Częstkowe dotyczące modeli Urządzeń z uaktualnionego wykazu będzie dotyczyło tylko pozostałych do zamówienia Urządzeń” (ust. 12 Załącznika nr 5a do OPZ).

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

1. modyfikacji §4 ust. 4 umowy w ten sposób, że rozpoczęcie świadczenia Usług dla Zamawiającego od Dnia Uruchomienia Usług, wskazanego dla niego w Harmonogramie, który jest częścią Projektu Technicznego, nastąpi nie później niż w terminie do 45 Dni Roboczych od dnia zawarcia Umowy, jak również Zamawiający wskaże informację do kiedy obowiązuje umowa z obecnym operatorem i jaki jest jej okres wypowiedzenia;
2. doprecyzowania w §4 ust. 8 pkt 9 umowy, że w przypadku przeniesienia Lokalizacji Głównej Zamawiającego opłata abonamentowa za zapewnienie sygnału BTS dla ww. nowej Lokalizacji Głównej Zamawiającego będzie uzgodniona z wykonawcą, który potwierdzi techniczne możliwości świadczenia Usług oraz uzasadni wysokość opłaty w nowej siedzibie, jak również w takim przypadku strony uzgodnią termin realizacji zapewnienia sygnału BTS;
3. modyfikacji §12 umowy w ten sposób, że przypadku, gdy wykonawca będzie zobowiązany zastosować następcę technologicznego Urządzeń lub Akcesoriów może również dojść do zmiany wynagrodzenia wykonawcy;
4. Zmiany (§12 ust. 2 pkt 10 umowy w następujący sposób: „zmian w organizacji Zamawiającego, co wiąże się z prawem do rezygnacji z uruchomionych Usług, co będzie równoznaczne z ich wypowiedzeniem, w tym z wyłączeniem Numerów MSISDN. Okres wypowiedzenia wynosi 30 dni, a wypowiedzenie jest skuteczne z dniem, na który przypada koniec najbliższego Okresu Rozliczeniowego. W takim przypadku Wykonawcy nie przysługuje Wynagrodzenie za wyłączone Usługi od początku następnego Okresu Rozliczeniowego. Zamawiający może zrezygnować z nie więcej niż łącznie 10 % wartości Usług uruchomionych w ramach Zamówienia. Podstawowego”;
5. Modyfikacji ust. 4 pkt 4 Załącznika nr 5b do OPZ w ten sposób, że ograniczone zostaną ilości stref w ramach pakietów w ten sposób, że podział nastąpi na: 1. Unia Europejska, 2. Europa z wyłączeniem Unii Europejskiej, 3. Świat;
6. Wykreślenia ust. 4 pkt 7 Załącznika nr 5b do OPZ;
7. Wykreślenia ust. 3 ppkt 4 OPZ;
8. Modyfikacji ust. 4 pkt 11 zd. 1 OPZ w ten sposób, że „Dostarczane przez Wykonawcę Urządzenia i Akcesoria muszą być wyprodukowane nie wcześniej niż 12 miesięcy przed datą podpisania Umowy. (...);
9. Wykreślenia ust. 11 Załącznika nr 5a do OPZ, ewentualnie: rozszerzenia możliwości wskazania urządzeń również z cennika urządzeń dla sprzedaży konsumenckiej, doprecyzowania co w sytuacji, gdy wykonawca nie posiada cennika opublikowanego na stronie, a producent danego Urządzenia nie podaje jego sugerowanej ceny detalicznej dla rynku polskiego;
10. Wykreślenia ust. 12 Załącznika nr 5a do OPZ, ewentualnie w przypadku, gdy jednak kwestionowane wymaganie byłoby uzasadnione (np. w odniesieniu do urządzeń z zamówienia opcjonalnego), należałoby wskazać, że uaktualnienie powinno mieć miejsce w przypadku wyczerpania urządzeń zaoferowanych w ramach niniejszego postępowania, jak również powinno zostać usunięte zdanie: "Uaktualniony wykaz modeli musi uzyskać akceptację Zamawiającego, a w przypadku braku takiej akceptacji Wykonawca będzie zobowiązany do dostawy Urządzeń z wykazu wcześniej zaakceptowanego przez Zamawiającego".

Izba zważyła, co następuje.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając przedmiotowe odwołanie na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron stwierdziła, że postępowanie odwoławcze należało umorzyć na podstawie przepisu art. 568 pkt.2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 wraz ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp .

W dniu 29 sierpnia 2024 r. przed wyznaczoną rozprawą do siedziby Krajowej Izby Odwoławczej wpłynął wniosek Odwołującego o umorzenie postępowania odwoławczego na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu do przedmiotowego wniosku Odwołujący motywował, co następuje:

1. Zgodnie z przywołanym przepisem, Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyn zbędne lub niedopuszczalne.

2. Dokonanie przez Zamawiającego modyfikacji SWZ wraz z załącznikami w zakresie, który dotyczy zarzutów podniesionych w odwołaniu powoduje, że treść wymagań, wobec której wniesiono odwołanie, nie istnieje. W dokonanych modyfikacjach Zamawiający poczynił zmiany na korzyść wykonawców. Mimo, iż Zamawiający nie złożył oświadczenia o uwzględnieniu

odwołania w całości ani w części, to w większości przypadków zmiany wprost czynią zadość żądaniom Odwołującego.

Wobec tak istotnych zmian w treści dokumentacji nie istnieje tzw. Substrat zaskarżenia, będący podstawą dla wykonawcy do wniesienia środka ochrony prawnej oraz niezbędny do tego, aby Izba mogła merytorycznie rozpoznać odwołanie i stwierdzić czy Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów Pzp. Podsumowując, postępowanie staje się - na tym etapie - zbędne, gdyż przedmiot zaskarżenia przestał istnieć, co stanowi podstawę umorzenia postępowania odwoławczego w oparciu o art. 568 pkt 2 Pzp.

Z powyższych względów Izba postanowiła rozpoznać przedmiotowe odwołanie, biorąc pod uwagę powyższe stanowisko Odwołującego z wniosku i uznając, że tym samym niniejsze postępowanie odwoławcze stało się zbędne i bezprzedmiotowe.

W związku z powyższym należy wskazać, że dyspozycja przepisu art.568 pkt 2 ustawy Pzp przewiduje, że Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne.

Według zapatrywania Izby – dalsze prowadzenie tego postępowania odwoławczego jest zbędne z powodu dokonanej przez Zamawiającego zmiany dokumentów zamówienia w sposób odpowiadający żądaniu Odwołującego, co oznacza, że nie ma już sporu pomiędzy stronami.

Orzekając o kosztach postępowania Izba wzięła pod uwagę treść przepisu art.574 i 576 ustawy Pzp oraz § 9 ust. 2 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

Ze wskazanych przepisów wynika, iż w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w całości ze względu na stwierdzenie, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne, zgodnie z art.568 pkt 2 ustawy, koszty znosi się wzajemnie.

Mając powyższe na uwadze, na zasadzie art.568 pkt 2 w związku z art. 553 zd.2 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:.....