Sygn. akt: KIO 3393/24

POSTANOWIENIE

Warszawa, 4 października 2024 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 września 2024 roku przez wykonawcę NETIA spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Mazowiecki Urząd Wojewódzki w Warszawie

postanawia:

1. Umarza postępowanie odwoławcze.

2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy NETIA spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie kwoty 13 500 zł 00 gr (trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącej 90% uiszczonego wpisu.

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.

Przewodnicząca: ……

Sygn. akt KIO 3331/24

Uzasadnienie

Zamawiający: Mazowiecki Urząd Wojewódzki w Warszawie wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą: „Świadczenie usługi dostawy Łączy Internetowych na potrzeby zadań realizowanych przez Wojewodę Mazowieckiego – niezbędne do realizacji zadań WPRM i WBZK w Mazowieckim Urzędzie Wojewódzkim w Warszawie", znak sprawy (sygnatura) Zamawiającego: BOU-V.272.33.2024.

W dniu 5 września 2024 r. przedmiotowe zamówienie zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: Dz.U. S: 173/2024 numer publikacji ogłoszenia: 533331-2024.

Sygn. akt KIO 3393/24

W dniu 16 września 2024 roku NETIA spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie, działając na podstawie art. 513 w zw. z art. 515 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj. z dnia 19 sierpnia 2024 r. dalej „PZP" lub „ustawa") wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego w Postępowaniu.

Odwołujący zarzuciła Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 99 ust. 1 i 4 oraz art. 16 i 17 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy, przez określenie terminu realizacji zamówienia dla Części I, o którym mowa w rozdziale V pkt 5.1. SWZ oraz w § 2 ust. 1 i 2 wzoru umowy dla Części I stanowiącego załącznik do SWZ (termin rozpoczęcia usługi) w sposób nie uwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mających wpływ na czas niezbędny do realizacji przedmiotu zamówienia, w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, i faktycznie uniemożliwiający realizację przedmiotu zamówienia w wyznaczonym terminie, a także w sposób godzący w zasadę efektywności i proporcjonalności Postępowania;

2) art. 99 ust. 1 i 4 ustawy oraz art. 436 pkt 1 ustawy w związku z art. 16 pkt 1 ustawy przez określenie terminu realizacji zamówienia, o którym mowa w rozdziale V pkt 5.1. SWZ oraz w § 2 ust. 1 i 2 wzoru umowy dla Części I stanowiącego załącznik do SWZ (termin rozpoczęcia usługi) datą sztywną (kalendarzową), od której liczony jest termin końcowy podczas, gdy brak jest obiektywnych przyczyn uzasadniających zaniechanie określenia tych terminów w inny sposób niż liczonego w dniach lub

miesiącach od daty zawarcia umowy, a także w sposób nie uwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mających wpływ na czas niezbędny do realizacji przedmiotu zamówienia, jako terminów zbyt krótkich i ponownie, w sposób oczywisty faworyzujący jednego z wykonawców;

3) art. 487 § 2 w zw. z art. 353(1) i art. 5 oraz Kodeksu cywilnego oraz art. 16 ustawy przez sporządzenie wzoru umowy w sposób naruszający zasady współżycia społecznego i równowagę stron umowy oraz nadmiernie

obciążający wykonawcę, naruszenie art. 99 ust. 1 i 4 w zw. z art. 16 i 17 ustawy przez opisanie przedmiotu zamówienia sposób nieproporcjonalny i nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty i oszacowanie jej kosztów, utrudniający uczciwą konkurencję, w zakresie w jakim Zamawiający:

a) nie przewidział w § 15 ust. 3 i 4 w związku z § 6 ust. 1 pkt 2 Umowy projektu umowy możliwości zwiększenia opłaty instalacyjnej w przypadku zmiany Lokalizacji łączy w stosunku do opłaty wskazanej w formularzu ofertowym;

b) pozbawił Wykonawców wynagrodzenia (opłaty instalacyjnej) w przypadku Zmiany Rejonu Operacyjnego lub POU (bez zmiany Lokalizacji) - § 15 ust. 3 i 4 projektu umowy;

c) nie przewidział w § 15 ust. 5 projektu umowy ograniczenia w ilości zmian Lokalizacji;

d) przewidział w § 15 ust. 8 projektu umowy termin 3 dni roboczych na zajęcie stanowiska przez Wykonawcę wobec wniosku Zamawiającego w sprawie zmiany lokalizacji, co jest zbyt krótkim terminem na podjęcie wszystkich działań związanych z ustaleniem możliwości technicznych podłączenia usług, a konsekwencji wykonawcy zostali pozbawienia możliwości oszacowanie oferty i ryzyka związanych z realizacją zamówienia.

Odwołujący wniósł o: uwzględnienie odwołania i zasądzenie kosztów Postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego, wg norm przypisanych oraz nakazanie Zamawiającemu:

1) zmianę terminów realizacji umowy, o którym mowa w § 2 ust. 1 wzoru umowy na 90 dni od daty podpisania Umowy oraz zmianę terminu rozpoczęcie świadczenia Usługi, o której mowa w § 1 ust. 2 pkt 4) na 10 dni po podpisaniu Protokołów Odbioru Instalacji i Dokumentacji dla Lokalizacji, o których mowa w załączniku nr 1 do umowy;

2) zmianę zasad wyceny opłaty instalacyjnej za zmianę Lokalizacji w ten sposób, że w przypadku zmiany Lokalizacji łączy, opłata instalacyjna, o której mowa w § 6 ust.1 pkt 2 Umowy będzie mogła ulec zwiększeniu maksymalnie do czterokrotności opłaty, o której mowa w § 6 ust. 1 pkt 2, ewentualnie odrębne określenie zasad rozliczenia nakładów inwestycyjnych

niezbędnych dla świadczenia usługi w docelowej lokalizacji wraz z ustaleniem odpowiednich terminów rozpoczęcia świadczenia usługi w lokalizacji docelowej (nie krótszych niż 3 miesiące);

3) zapłaty opłaty instalacyjnej również w przypadku Zmiany Rejonu Operacyjnego lub POU (bez zmiany Lokalizacji) w wysokości, o której mowa w § 6 ust. 1 pkt 2) Umowy; ewentualnie odrębne określenie zasad rozliczenia nakładów inwestycyjnych niezbędnych dla świadczenia usługi;

4) wprowadzenia możliwości zmiany Lokalizacji, POU i Rejonu Operacyjnego maksymalnie 3 razy w każdym roku obowiązywania Umowy;

5) zmiany § 15 ust. 8 wzoru Umowy, w ten sposób, że termin na zajęcie stanowiska przez Wykonawcę wobec wniosku Zamawiającego w sprawie zmiany lokalizacji będzie wynosił 10 dni roboczych.

Odwołujący podał, że posiada interes we wniesieniu odwołania. Wskazane w odwołaniu okoliczności uniemożliwiają odwołującemu złożenie ważnej konkurencyjnej oferty w Postępowaniu, w szczególności uniemożliwiają odwołującemu oszacowanie kosztów realizacji zamówienia. W konsekwencji, odwołujący może ponieść szkodę polegającą na utracie korzyści związanych z uzyskaniem zamówienia. Mając na względzie powyższe odwołujący jest podmiotem uprawnionym do skorzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy.

Odwołujący przedstawił uzasadnienie podniesionych w odwołaniu zarzutów.

Izba stwierdziła:

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień ustawy (dalej „ustawa", „Pzp") skutkujących odrzuceniem odwołania.

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z par. 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopię dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Pismem z dnia 3 października 2024 roku, w tym samym dniu (godz.19:13), wpłynęło pismo Odwołujacego o treści:

Działając w imieniu Netia S.A. na podstawie art. 520 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. (tj. Dz. z 2023 poz. 1605 ze zm.), cofam w całości odwołanie wniesione w niniejszej sprawie.

Dokument ten został podpisany przez Panią A. S. działającą na podstawie pełnomocnictwa załączonego do odwołania, odwołuje się do sygnatury postępowania odwoławczego oraz do nazwy postępowania o udzielenie zamówienia

publicznego.

Do Izby wpłynęło pismo Zamawiającego z dnia 3 października 2024 roku – „Odpowiedź Zamawiającego na odwołanie", gdzie Zamawiający częściowo uwzględnił odwołanie.

Izba stwierdza, że w tej sprawie odwoławczej odwołanie zostało skutecznie wycofane przed terminem posiedzenia i rozprawy z udziałem stron. Wymaga odnotowania, że odwołanie można cofnąć w każdym czasie do zamknięcia rozprawy. Cofnięcie odwołania przez Odwołującego, zgodnie art. 568 pkt 1 ustawy z 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych 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. 2020 poz. 2453) oznacza, że postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu.

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.

Przewodnicząca: ……