

Sygn. akt: KIO 756/24

POSTANOWENIE

Warszawa, dnia 19 marca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Beata Pakulska-Banach

Protokolant: Patryk Pazura

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 19 marca 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 marca 2024 r. przez wykonawcę Orange Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Narodowy Bank Polski z siedzibą w Warszawie

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy Orange Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczonej tytułem wpisu 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.

Przewodnicząca:.....

Sygn. akt: KIO 756/24

Uzasadnienie

Narodowy Bank Polski z siedzibą w Warszawie, zwany dalej „Zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605, ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, na realizację zadania pn.: „Świadczenie usług telefonii komórkowej i konwergentnej”, numer referencyjny: SEZ/DKRZ-WPI2-KS-241-0055/DIT/24.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 26 lutego 2024 r. numer: 115443-2024. Wartość zamówienia przekracza progi unijne, określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy Pzp.

Wykonawca – Orange Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie (zwany dalej „Odwołującym”) w dniu 7 marca 2024 r. wniósł odwołanie na treść dokumentów zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy:

1. Opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty z uwagi na:

a) brak podania dokładnej ilości zamawianych środków łączności i wskazanie jedynie ich szacunkowej ilości z dokładnością odpowiednio: dla środków łączności typu A – 50%, dla środków łączności typu B – 20%, dla środków łączności typu C – 50%, - co uniemożliwia skalkulowanie kosztów dostawy urządzeń i w efekcie sporządzenie oferty, z uwagi na to, że wykonawca nie wie, jaką liczbę urządzeń musi dostarczyć;

b) niejednoznaczne określenie terminu dostarczenia środków łączności i modemów, który jest wprost zależny od daty podpisania umowy i terminu Rozpoczęcia świadczenia usługi, a przez to niezależny od wykonawcy i sprzeczny, że wykonawca nie jest w stanie określić, ile będzie miał czasu na dostarczenie środków łączności i modemów, a także czy w ogóle jest będzie mógł dostarczyć sprzęt w wymaganym terminie - § 1 ust. 4.3 w zw. z § 2 ust. 1 PPU;

c) nieuwzględnienie okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, poprzez zastrzeżenie zbyt krótkiego terminu dostawy sprzętu na 30 dni przed rozpoczęciem świadczenia usług, czyli w ciągu 15 dni od podpisania umowy, co w konsekwencji uniemożliwia złożenie oferty w Postępowaniu - § 1 ust. 4.3 w zw. z § 2 ust. 1 PPU;

d) nieuwzględnienie okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, poprzez zastrzeżenie zbyt krótkiego terminu zestawienia łączy światłowodowych dla 6 dostępow do Internetu, a także Uruchomienia styków IP w oparciu o technologię MPLS w centrali Zamawiającego oraz w lokalizacji zapasowej oraz dostępu do prywatnej sieci informatycznej Zamawiającego poprzez prywatny punkt dostępowy APN, które muszą zostać zestawione na 14 dni przed rozpoczęciem świadczenia usług, czyli 31 dni od podpisania umowy, co w konsekwencji uniemożliwia złożenie oferty w Postępowaniu - co stanowi naruszenie art. 99 ust. 1 ustawy;

2. Opisanie przedmiotu zamówienia w sposób mogący utrudniać uczciwą konkurencję z uwagi na:

- a) brak podania statystyk wychodzących połączeń, co utrudnia prawidłowe i dokładne skalkulowanie kosztów, a w konsekwencji ceny oferty dla wszystkich wykonawców poza wykonawcą obecnie świadczącym usługi i stawia wykonawcę obecnie świadczącego usługi w sposób nieuzasadniony w uprzywilejowanej pozycji względem innych wykonawców, z uwagi na to, że wykonawca ten posiada dostęp do tych danych, co pozwala mu na dokładniejszą kalkulację ceny oferty i umożliwia uzyskanie wyższej punktacji w kryterium ceny;
- b) zastrzeżenie zbyt krótkiego terminu zestawienia łączy światłowodowych dla 6 dostępu do Internetu, a także Uruchomienia styków IP w oparciu o technologię MPLS w centrali Zamawiającego oraz w lokalizacji zapasowej oraz dostępu do prywatnej sieci informatycznej Zamawiającego poprzez prywatny punkt dostępowy APN, które muszą zostać zestawione na 14 dni przed rozpoczęciem świadczenia usług, czyli 31 dni od podpisania umowy, który to termin stawia wykonawcę obecnie świadczącego usługi w uprzywilejowanej pozycji, z uwagi na to, że tylko dla wykonawcy, który obecnie świadczy usługi, terminy zestawienia tych łączy nie mają znaczenia, ze względu na to, że wykonawca ten posiada już wymaganą infrastrukturę, a pozostałym wykonawcom termin ten uniemożliwia złożenie oferty – co stanowi naruszenie art. 99 ust. 4 ustawy.

W oparciu o powyższe Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu zmiany dokumentów zamówienia poprzez:

1. podanie przez Zamawiającego szczegółowych danych o ruchu wychodzących zawierającego połączenia wykonane na terenie kraju, SMS, MMS, transmisja danych, połączenia wykonane w roamingu tożsamo jak dla ruchu krajowego dla poszczególnych typów usług tj. telefonia mobile, telefonia konwergentna (MPLS, ISDN, INFOLINIA) – dla telefon konwergentnej tylko ruch wychodzący w zakresie połączeń;
2. podanie ilości sprzętu, który zamierza kupić Zamawiający, ewentualnie
3. wskazanie ilości środków łączności, jaką każdy z wykonawców musi uwzględnić w kalkulacji ceny oferty;
4. wydłużenie terminu uruchomienia świadczenia usług tak, aby wykonawcy mieli minimum 90 dni na rozpoczęcie świadczenia usług od dnia podpisania umowy.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

W dniu 8 marca 2024 roku Zamawiający zamieścił kopię wniesionego odwołania na swojej stronie internetowej.

Do postępowania odwoławczego, na dzień wydania postanowienia, nie zgłosił przystąpienia żaden z Wykonawców.

W dniu 18 marca 2024 r. Zamawiający dokonał zmiany treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ):

- 1) w Rozdziale 3 SWZ w ust. 5;
- 2) w Rozdziale 15 SWZ w ust. 2 i 3;
- 3) w Rozdziale 23 SWZ – Wykaz załączników do SWZ,
- 4) w Załączniku Nr 5 do SWZ –Projektowane Postanowienia Umowy, w § 2 i w § 3, a także w Załączniku Nr 1 do Projektowanych Postanowień Umowy w Rozdziale I.

Ponadto, w dniu 18 marca 2024 roku Zamawiający przekazał Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie zarzutów odwołania, ewentualnie – w przypadku uznania, iż przedmiot sporu nie istnieje – o umorzenie postępowania odwoławczego. Zamawiający przedstawił swoje stanowisko w sprawie, jednocześnie wskazując na zakres dokonanych zmian treści SWZ.

Także w dniu 18 marca 2024 roku Odwołujący przekazał Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej wniosek o umorzenie postępowania odwoławczego na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron:

1. na podstawie art. 568 pkt 3 w zw. z art. 522 ust. 1 ustawy Pzp z uwagi na to, że Zamawiający w sposób faktyczny uwzględnił odwołanie i uczynił zadość zarzutom odwołania poprzez dokonanie modyfikacji dokumentów zamówienia;
2. na podstawie art. 568 pkt 1 ustawy Pzp – złożył ewentualne oświadczenie o cofnięciu odwołania – na wypadek uznania, że pomimo dokonania przez Zamawiającego modyfikacji dokumentów zamówienia, które uwzględniają zarzuty odwołania, do uwzględnienia przez Zamawiającego odwołania nie doszło.

Odnosząc się do wniosku Odwołującego o umorzenie postępowania odwoławczego na podstawie art. 568 pkt 1 w zw. z art. 522 ust. 1 ustawy Pzp, tj. z uwagi na uwzględnienie przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, należy stwierdzić, że wniosek ten jest bezzasadny. Zamawiający nie uwzględnił bowiem w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Wniosek Odwołującego jest sprzeczny ze stanowiskiem samego Zamawiającego, wyrażonym w odpowiedzi na odwołanie, w której wnosił on o oddalenie odwołania, względnie o

umorzenie postępowania odwoławczego w przypadku uznania, iż przedmiot sporu nie istnieje.

Natomiast Izba uznała, że w niniejszej sprawie zachodzą przesłanki do umorzenia postępowania odwoławczego w oparciu o przepis art. 568 pkt 2 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 568 pkt 2 ustawy Pzp Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne.

Zamawiający w dniu 18 marca 2024 roku udzielił wyjaśnień dotyczących dokumentów zamówienia i dokonał modyfikacji treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ) w zakresie objętym zarzutami i wnioskami odwołania, w szczególności:

- wydłużył termin uruchomienia świadczenia usługi z 45 na 60 dni;
- określił środki łączności wraz z kartami SIM/eSIM2 445 szt., modemy wraz z kartami SIM/e-SIM: 50 szt. oraz modem bezprzewodowy w ilości 50 szt. +/- 50%.
- zamieścił plik odnoszący się do danych dot. ruchu wychodzącego (w formacie xls) – Załącznik nr 5a do SWZ

Powyższe oznacza, że Zamawiający po wniesieniu odwołania, dokonał nowych czynności, zgodnych z tymi, do których odnosiły się zarzuty odwołania. Zamawiający w dniu 18 marca 2024 r. udzielił wyjaśnień dotyczących treści SWZ oraz zmodyfikował treść SWZ w zakresie postanowień objętych zarzutami odwołania, choć w sposób nie odpowiadający w pełni żądaniom Odwołującego. Natomiast Odwołujący w piśmie także z dnia 18 marca 2024 r. wskazał, że Zamawiający w sposób faktyczny uwzględnił odwołanie i uczynił zadość zarzutom odwołania poprzez dokonanie modyfikacji dokumentów zamówienia. Nie ulega wątpliwości, że treść postanowień SWZ uległa modyfikacji w zakresie objętym zarzutami odwołania i do tego - zgodnie ze stanowiskiem Odwołującego - w sposób, który czyni zadość jego zarzutom. Tym samym nie istnieje tzw. substrat zaskarżenia (postanowienia SWZ, które kwestionowane były w odwołaniu) niezbędny do tego, aby Izba mogła rozpoznać odwołanie merytorycznie i stwierdzić, czy Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Pzp, czy też nie. Powyższe powoduje, że postępowanie odwoławcze staje się zbędne, co stanowi podstawę umorzenia postępowania odwoławczego w oparciu o powołany powyżej przepis art. 568 pkt 2 ustawy Pzp.

W tym miejscu skład orzekający Izby wskazuje na stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej zawarte w postanowieniu z dnia 14 marca 2024 roku, sygn. akt: KIO 685/24, iż:

„zgodnie z treścią art. 552 ust. 1 ustawy Pzp Izba, wydając orzeczenie, bierze pod uwagę stan rzeczy ustalony na moment zamknięcia postępowania odwoławczego. Ustawodawca przewidział zatem sytuację, w której może dojść do zmian w toku postępowania o udzielenie zamówienia, co Izba zobowiązana jest uwzględnić wydając orzeczenie.(...)

Rolą ustalenia stanu rzeczy na moment zamknięcia postępowania odwoławczego jest uwzględnienie aktualnego stanu faktycznego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Izba jest więc w takim przypadku zobowiązana uwzględnić czynności zamawiającego, które miały miejsce po wniesieniu odwołania, do czasu wydania orzeczenia w sprawie. Skoro zamawiający dokonał modyfikacji treści skarżonych postanowień SWZ, tym samym czynność stanowiąca podstawę wniesienia środka ochrony prawnej przestała istnieć. Zaskarżenie czynności, która w kształcie wskazanym w odwołaniu już nie istnieje, nie daje podstaw Izbie do stwierdzenia naruszenia przepisów przez zamawiającego i nie może być podstawą do wydania orzeczenia merytorycznego. Uznać w takiej sytuacji w ocenie składu orzekającego Izby należało, że prowadzenie dalszego postępowania odwoławczego było bezcelowe, czyli jak stanowi przepis Pzp – zbędne. Jest to przesłanka umożliwiająca umorzenie postępowania odwoławczego i zdaniem Izby może być ona wykorzystywana właśnie w podobnych sytuacjach.”

Mając powyższe na uwadze Izba umorzyła postępowania odwoławcze w oparciu o przepis art. 568 pkt 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 9 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Stosownie do § 9 ust. 2 powołanego rozporządzenia: 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 Izba orzekła jak w sentencji i nakazała dokonanie na rzecz Odwołującego zwrotu

z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 15 000,00 zł uiszczonej przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Przewodnicząca:.....