

POSTANOWENIE

Warszawa, dnia 18 stycznia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Aleksandra Patyk

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 18 stycznia 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 grudnia 2023 r. przez wykonawcę T-Mobile Polska S.A. z siedzibą

w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Centralny Zarząd Służby Więziennej
Warszawie

uczestnik po stronie zamawiającego: Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego

uczestnik po stronie odwołującego: Polkomtel Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze.

2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołującego kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

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 3942/23

Uzasadnienie

Zamawiający – Centralny Zarząd Służby Więziennej w Warszawie [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na *świadczenie usługi telefonii komórkowej dla jednostek organizacyjnych Służby Więziennej* (znak postępowania: 23/23/PA).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 18 grudnia 2023 r. pod numerem 766859-2023.

W dniu 28 grudnia 2023 r. wykonawca T-Mobile Polska S.A. z siedzibą w Warszawie [dalej „Odwołujący”] wniósł odwołanie wobec postanowień dokumentów zamówienia zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 99 ust. 1, 2 i 4 Pzp w zw. z art. 436 pkt 1) 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 pkt VI Specyfikacji Warunków Zamówienia, jak również §2 ust. 2 1 umowy 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, a także w sposób preferujący wykonawcę aktualnie świadczącego usługi na rzecz Zamawiającego w zakresie, w jakim Zamawiający wskazał zbyt krótki, nierealny termin rozpoczęcia świadczenia usług:

a. „Zamawiający wymaga realizacji przedmiotu zamówienia w terminie od dnia 1 lutego 2024 r. lub od dnia zawarcia umowy jeśli jest datą późniejszą niż 1 lutego 2024 r. do dnia 31 stycznia 2027 r.” (pkt VI SWZ),

b. „Usługi telekomunikacyjne w sieci telefonii komórkowej świadczone będą od dnia 1 lutego 2024 r. lub od dnia zawarcia umowy jeśli jest datą późniejszą niż 1 lutego 2024 r. do dnia 31 stycznia 2027 r. Usługi telekomunikacyjne dla JOSW świadczone będą na podstawie umów UoŚUT zawartych z JOSW, których wykaz określony jest w załączniku nr 1 do umowy. Strony dochowają należytej staranności, aby umowy UoŚUT ze wszystkimi JOSW zostały zawarte do dnia rozpoczęcia świadczenia usług” (§2 ust. 1 umowy);

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 w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań mających wpływ na przygotowanie oferty, niejednoznaczny, uniemożliwiający przygotowanie i wycenę oferty, wewnętrznie sprzeczny oraz nieprzejrzysty w zakresie, w jakim SWZ, Formularz Cenowy oraz zasady rozliczania zawarte w umowie nie wskazują na możliwość wyliczenia ceny oferty za realizację całości przedmiotu zamówienia w okresie świadczenia usług w postępowaniu, w szczególności:

a. możliwe jest wyłącznie sumaryczne wyliczenie usług objętych miesięcznym abonamentem (tabela nr 1 i 2 Formularza Cenowego) bez przeliczenia na okres ilości miesięcy realizacji umowy,

b. w §6 ust. 1 umowy jest wskazanie na łączne wynagrodzenie z tytułu realizacji przedmiotu umowy odnoszące się do wszystkich usług po cenach jednostkowych, o których mowa w §4 ust. 1 umowy podczas, gdy ani Formularz Cenowy ani

§4 ust. 1 umowy nie daje możliwości wskazania wartości wszystkich usług w okresie świadczenia usług w postępowaniu, jak również dokumenty zamówienia w obecnym brzmieniu uniemożliwiają objęcie ceną oferty usługi CKWT (bramki sms) – w Formularzu Cenowym jest wyłącznie możliwość wskazania ceny za jeden sms w usłudze CKWT (bramka sms) w związku z czym, §6 ust. 1 umowy nie może uwzględniać wynagrodzenia za realizację całości przedmiotu zamówienia,

c. a dodatkowo zgodnie z pkt XVII ppkt 9 SWZ w sekcji VII Formularza ofertowego wykonawca w polu Cena zobowiązany jest do wskazania „Ceny brutto za realizację całości zamówienia, która musi być identyczna z wartością brutto za całość zamówienia określoną

w formularzu cenowym, stanowiącym załącznik nr 8 do SWZ, w tabeli nr 1 w wierszu nr 4

w kolumnie nr 8.” – podczas, gdy cena z tabeli nr 1 wiersz 4 kolumna 8 nie jest ceną za całość realizacji zamówienia a dotyczy tylko usług abonamentowych określonych

w wierszach 1-3 (bez usługi CKWT – bramka sms) i to w ujęciu miesięcznym, a nie w całym okresie świadczenia usług; 3. 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 w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań mających wpływ na przygotowanie oferty, niejednoznaczny, uniemożliwiający przygotowanie i wycenę oferty, wewnętrznie sprzeczny oraz nieprzejrzysty w zakresie, w jakim z jednej strony Zamawiający definiuje termin rozpoczęcia świadczenia usług, a z drugiej wskazuje, że „Dostawa kart SIM realizowana będzie do siedziby JOSW na pisemne, e-mailowe lub fax-owe zamówienie złożone przez upoważnionego przedstawiciela JOSW w terminie nie dłuższym niż 3 dni robocze od daty jego otrzymania. Za otrzymanie zamówienia uważane będzie potwierdzenie fax-u, potwierdzenie odbioru emaila lub zwrotne potwierdzenie odbioru listu poleconego” (pkt 10 Warunków realizacji zamówienia, które muszą zostać spełnione przez wykonawcę, zawartych w Opisie Przedmiotu Zamówienia) oraz „Wykonawca realizował będzie dostawy kart SIM do JOSW w terminie do 3 dni roboczych od dnia otrzymania zamówienia z JOSW. Za dni robocze uznaje się dni od poniedziałku do piątku z wyłączeniem dni ustawowo wolnych od pracy oraz sobót. Karty SIM oraz eSIM dostarczane będą nieodpłatnie. Aktywacja nowych kart SIM i eSIM oraz włączenie ich do Grupy nastąpi z dniem ich przekazania do JOSW, ale nie wcześniej niż w dniu rozpoczęcia świadczenia usługi. Wykonawca ponosi pełne ryzyko związane z transportem kart i ewentualnego ich uszkodzenia do momentu przekazania JOSW” (§5 ust. 1 umowy);

4. art. 99 ust. 1, 2 i 4 w zw. z art. 16 pkt 1- 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 postanowień wzoru umowy w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań mających wpływ na przygotowanie oferty, uniemożliwiający przygotowanie i wycenę oferty, naruszający uczciwą konkurencję oraz zasady współzycia społecznego i równowagę stron umowy w zakresie, w jakim Zamawiający:

a. „W przypadku braku zasięgu w mniej niż 10% ilości JOSW, Zamawiający wymaga, aby Wykonawca uzupełnił infrastrukturę niezbędną do wykonania świadczenia (wybudowanie i uruchomienie dodatkowej infrastruktury poprawiającej zasięg), w terminie do maksymalnie 90 dni po zawarciu umowy. Nie dopuszcza się świadczenia usługi przez operatorów z brakiem dostępności zasięgu w więcej niż 10 % ilości JOSW” (pkt 10 „Wymogów ogólnych, które muszą być spełnione przez Wykonawcę” OPZ);

b. „W przypadku stwierdzenia niemożności wykonywania połączeń z telefonów komórkowych JOSW w pomieszczeniach biurowych JOSW zgłasza reklamację i powiadamia o tym fakcie Wykonawcę w formie pisemnej, który zobowiązany jest do podjęcia działań, które umożliwią wykonywanie połączeń z tych pomieszczeń. Jeśli reklamacja zostanie uznana przez Wykonawcę i Wykonawca nie rozwiąże zgłoszonego problemu wówczas JOSW przysługuje bonifikata za świadczone usługi w wysokości 90% opłat abonamentowych A1, A2, A4

w JOSW w opłatach za pełne miesiące kalendarzowe, w których wystąpił problem ze świadczeniem usługi. Jeśli Wykonawca nie rozwiąże problemu i nie zapewni możliwości wykonywania połączeń z telefonów komórkowych z pomieszczeń biurowych JOSW, która zgłosiła reklamację do 90 dni od dnia zgłoszenia reklamacji wówczas JOSW przysługuje prawo wypowiedzenia umów UoŚUT z miesięcznym okresem wypowiedzenia. W takim wypadku Wykonawca zapłaci JOSW karę umowną w wysokości 10 000,00 zł; słownie: dziesięć tysięcy złotych, która podlega wpłacie na rachunek bankowy JOSW na podstawie noty obciążeniowej wystawionej przez JOSW. Kary umownej nie nalicza się, gdy przerwa

w świadczeniu usługi została spowodowana okolicznościami o charakterze Siły Wyższej lub z przyczyn leżących po stronie JOSW” (§8 ust. 6 umowy).

Wobec podniesionych zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania

i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany postanowień ogłoszenia o zamówieniu, SWZ i Załączników, w sposób uwzględniający argumentację odwołania zawartą w Uzasadnieniu, tj.: 1. modyfikację pkt VI SWZ oraz §2 ust. 1 umowy w

ten sposób, że:

Usługi telekomunikacyjne będą świadczone w okresie 36 miesięcy na następujących zasadach:

a) Usługi telekomunikacyjne dla JOSW świadczone będą na podstawie umów UoŚUT zawartych z JOSW, których wykaz określony jest w załączniku nr 1 do umowy.

b) rozpoczęcie świadczenia usług dla każdej z JOSW nastąpi w terminie do 5 dni roboczych od dnia podpisania umowy UoŚUT z tą jednostką, zaś umowy UoŚUT zostaną przekazane do JOSW w terminie do 15 dni od dnia podpisania Umowy i przekazania przez Zamawiającego:

- listy numerów do przeniesienia, ze wskazaniem daty przeniesienia i przypisaniem do tych numerów abonamentów zdefiniowanych z SWZ

- wniosku o przeniesienie numerów do sieci Wykonawcy

- informacji o osobie bądź osobach upoważnionych do podpisania umów UoŚUT w imieniu JOSW, wraz z odpowiednimi upoważnieniami lub pełnomocnictwami dla tych osób

c) dla każdej z JOSW 36-miesięczny okres świadczenia usług będzie liczony od dnia aktywacji kart SIM dla danej JOSW. ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia ww. żądania: wskazanie, że umowa zostaje zawarta na okres 36 miesięcy od dnia jej podpisania, przy czym:

a. Usługi telekomunikacyjne dla JOSW świadczone będą na podstawie umów UoŚUT zawartych z JOSW, których wykaz określony jest w załączniku nr 1 do umowy,

b. rozpoczęcie świadczenia usług dla każdej z JOSW nastąpi w terminie do 5 dni roboczych od dnia podpisania umowy UoŚUT z tą jednostką, umowy UoŚUT zostaną przekazane do JOSW w terminie do 15 dni od dnia podpisania Umowy przekazania przez Zamawiającego:

- listy numerów do przeniesienia, ze wskazaniem daty przeniesienia i przypisaniem do tych numerów abonamentów zdefiniowanych z SWZ

- wniosku o przeniesienie numerów do sieci Wykonawcy

- informacji o osobie bądź osobach upoważnionych do podpisania umów UoŚUT w imieniu JOSW, wraz z odpowiednimi upoważnieniami lub pełnomocnictwami dla tych osób.

c) UoŚUT zostanie zawarta w terminie 3 dni od dnia jej przekazania przez wykonawcę. Termin świadczenia usług na podstawie UoŚUT jest równy terminowi obowiązywania umowy w sprawie zamówienia publicznego i będzie liczony od dnia aktywacji kart SIM dla danej JOSW.

2. Zmodyfikowanie Formularza Cenowego w tabeli 1 i 2 w taki sposób, aby została dodana kolumna umożliwiająca przeliczenie poszczególnych usług przez okres 36 miesięcy realizacji umowy;

3. Zmodyfikowanie Formularza Cenowego w tabeli nr 2 w taki sposób, że w kolumnie „Ilość w szt.” zostanie wskazana maksymalna ilość SMS w usłudze CKWT tak, aby możliwe było określenie maksymalnego wynagrodzenia za wykonanie tej części zamówienia;

4. Wskazanie w §6 ust. 1 umowy, że wynagrodzenie z tytułu realizacji usług określonych

w §1 umowy będzie sumą wartości usług z tabeli nr 1 Formularza Cenowego przeliczonych przez okres świadczenia usług oraz usług z tabeli nr 2 (uwzględniających maksymalną ilość) przeliczonych przez okres świadczenia usług;

5. Zmodyfikowanie pkt XVII ppkt 9 SWZ w ten sposób, że w sekcji VII Formularza ofertowego wykonawca w polu Cen zobowiązany jest do wskazania „Ceny brutto za realizację całości zamówienia, która musi być identyczna z wartością brutto za całość zamówienia określoną w formularzu cenowym, stanowiącym załącznik nr 8 do SWZ – suma wartości usług z Tabeli nr 1 i tabeli nr 2 dla okresu 36 miesięcy realizacji umowy”;

6. A w konsekwencji doprecyzowanie w pkt XVIII ppkt 1 SWZ, że Kryterium nr 1 dotyczy ceny za realizację usług abonamentowych określonych w tabeli nr 1 Formularza Cenowego w okresie 36 miesięcy realizacji umowy;

7. Doprecyzowanie pkt 10 Warunków realizacji zamówienia, które muszą zostać spełnione przez wykonawcę zawartych w Opisie Przedmiotu Zamówienia oraz §5 ust. 1 umowy poprzez wskazanie, że terminy dostaw określonych w tych postanowieniach umownych dotyczą dostaw realizowanych w odniesieniu do nowych lub wymienianych kart SIM w trakcie trwania umowy;

8. Zmianę pkt 10 „Wymogów ogólnych, które muszą być spełnione przez Wykonawcę” OPZ w ten sposób, że w przypadku, gdy w którejkolwiek z lokalizacji poziom sygnału będzie za niski do realizacji połączeń głosowych bądź transmisji danych, wykonawca po uprzednim zgłoszeniu problemu przez Zamawiającego przedstawi rozwiązanie jakie należy zastosować w celu poprawienia poziomu sygnału, oszacuje koszty jego instalacji oraz proponowany możliwy termin realizacji. Po akceptacji tego rozwiązania przez Zamawiającego, wykonawca na koszt Zamawiającego dokona niezbędnych instalacji w terminie uzgodnionym przez strony;

9. Zmodyfikowanie §8 ust. 6 umowy, w ten sposób, że:

a. sankcją za uchybienie zaproponowanemu terminowi realizacji, o którym mowa w ww. zmodyfikowanym pkt 10 „Warunków realizacji zamówienia, które muszą być spełnione przez Wykonawcę” OPZ będzie kara 300 zł za każdy

rozpoczęty dzień zwłoki w stosunku do terminu ustalonego,

b. a w przypadku braku możliwości wykonywania połączeń z telefonów komórkowych JOSW w pomieszczeniach biurowych mimo przeprowadzenia prac mających na celu wzmocnienie sygnału, JOSW zgłasza reklamację i powiadamia o tym fakcie Wykonawcę w formie pisemnej, który zobowiązany jest do podjęcia działań, które umożliwią wykonywanie połączeń z tych pomieszczeń. Jeśli reklamacja zostanie uznana przez Wykonawcę

i Wykonawca nie rozwiąże zgłoszonego problemu wówczas JOSW przysługuje bonifikata za świadczone usługi w wysokości 20% opłat abonamentowych A1, A2, A4 w JOSW w opłatach za miesiące kalendarzowe, w których wystąpił problem ze świadczeniem usługi. Jeśli Wykonawca nie rozwiąże problemu i nie zapewni możliwości wykonywania połączeń

z telefonów komórkowych z pomieszczeń biurowych JOSW, która zgłosiła reklamację do 90 dni od dnia zgłoszenia reklamacji wówczas JOSW przysługuje prawo wypowiedzenia umów UoŚUT z miesięcznym okresem wypowiedzenia. W takim wypadku Wykonawca zapłaci JOSW karę umowną w wysokości 3 000,00 zł; słownie: trzy tysiące złotych, która podlega wpłacie na rachunek bankowy JOSW na podstawie noty obciążeniowej wystawionej przez JOSW,

c. Kary umownych ani bonifikat nie nalicza się, gdy przerwa w świadczeniu usługi została spowodowana okolicznościami o charakterze Siły Wyższej lub z przyczyn leżących po stronie JOSW.

Izba ustaliła, że wykonawca Polkomtel Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz wykonawca Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie skutecznie przystąpili do postępowania odwoławczego odpowiednio po stronie Odwołującego oraz Zamawiającego.

Pismem z dnia 11 stycznia 2023 r. Zamawiający oświadczył, że uwzględnia zarzuty odwołania, o których mowa w punkcie IV.1., IV.2 oraz IV.3 *petitum* odwołania. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w zakresie zarzutu, o którym mowa w punkcie IV.4 *petitum* odwołania. Niniejsze pismo zostało podpisane przez osobę uprawnioną do reprezentacji Zamawiającego. Powyższe oświadczenie zostało potwierdzone w toku posiedzenia z udziałem stron i uczestników.

Pismem z dnia 17 stycznia 2024 r. Odwołujący wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego w zakresie zarzutów uwzględnionych przez Zamawiającego w przypadku braku sprzeciwu wykonawcy Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Jednocześnie Odwołujący oświadczył, że cofa zarzut odwołania zawarty w punkcie IV.4 *petitum* odwołania i w tym zakresie wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego. Oświadczenie o wycofaniu zarzutu, o którym mowa w punkcie IV.4 *petitum* odwołania zostało potwierdzone w toku posiedzenia z udziałem stron i uczestników.

Jednocześnie w toku posiedzenia wykonawca Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie oświadczył, iż nie wnosi sprzeciwu wobec zarzutów uwzględnionych przez Zamawiającego.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba uznała, że zachodzą podstawy do umorzenia postępowania odwoławczego w oparciu o art. 522 ust. 3 ustawy Pzp. Zgodnie z treścią tego przepisu, w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu i wycofania pozostałych zarzutów przez odwołującego, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia części zarzutów. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 522 ust. 3 ustawy Pzp umorzyła postępowanie odwoławcze, orzekając w formie postanowienia zgodnie z art. 568 pkt 3 ww. ustawy.

Mając na uwadze powyższe postanowiono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 9 ust. 1 pkt 2 lit. b) 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), nakazując dokonanie na rzecz Odwołującego zwrotu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Przewodnicząca:.....