

**POSTANOWENIE**  
**z dnia 21 lipca 2023 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodnicząca: Małgorzata Jodłowska**

**Protokolantka: Klaudia Kwadrans**

po rozpoznaniu w dniu 21 lipca 2023 roku w Warszawie, na posiedzeniu niejawnym, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 10 lipca 2023 r. przez wykonawcę **ORANGE POLSKA S.A. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie z siedzibą w Warszawie**

**postanawia:**

1. umarza postępowanie odwoławcze
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **ORANGE POLSKA S.A. z siedzibą w Warszawie** kwoty **13 500 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy), stanowiącej 90% uiszczonego wpisu.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 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.

**Przewodnicząca: .....**

**Sygn. akt KIO 1972/23**

**UZASADNIENIE:**

Zamawiający – Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn: „Dostawa aparatów telefonicznych wraz ze świadczeniem usług w zakresie telefonii GSM dla jednostek organizacyjnych PGW WP na okres 36 miesięcy”, numer sprawy: KZGW/KI/207/2023.

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) zwanej dalej „Pzp” lub „ustawa”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 30 czerwca 2023 r. pod numerem 2023/S 124-390838.

W dniu 10 lipca 2023 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez wykonawcę **ORANGE POLSKA S.A. z siedzibą w Warszawie** (dalej jako „Odwołujący”) wobec niezgodnego z przepisami ustawy opisu przedmiotu zamówienia:

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

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 informacji na temat poziomu sygnału w poszczególnych lokalizacjach Zamawiającego i jednocześnie zastrzeżenie przez Zamawiającego rażąco wygórowanej kary umownej za każdy dzień zwłoki w stosunku do tego terminu (§ 5 ust. 1 Wzoru Umowy), co uniemożliwia sporządzenie oferty z uwagi na brak możliwości skalkulowania ceny oferty ze względu na nieznaną ilość lokalizacji wymagających inwestycji, a także zakresu inwestycji w poszczególnych lokalizacjach oraz brak możliwości oceny przez wykonawców innych niż wykonawca obecnie świadczący usługi tego, czy będą w stanie zrealizować zamówienie w terminach określonych przez Zamawiającego i związanego z tym ryzyka zapłaty kar umownych;
  - b) Brak podania ruchu telefonicznego u Zamawiającego, co uniemożliwia skalkulowanie ceny oferty, z uwagi na to, że wykonawca nie będzie wiedział, w jaki sposób musi skalkulować koszty wynikające ze świadczenia usług telekomunikacyjnych,
- co stanowi naruszenie art. 99 ust. 1 Pzp.
2. Opisanie przedmiotu zamówienia w sposób mogący utrudniać uczciwą konkurencję poprzez:
  - a) brak podania informacji na temat poziomu sygnału w poszczególnych lokalizacjach Zamawiającego i jednocześnie zastrzeżenie przez Zamawiającego rażąco wygórowanej kary umownej za każdy dzień zwłoki w stosunku do tego terminu (§ 5 ust. 1 Wzoru Umowy), co powoduje nieuzasadnione uprzywilejowanie wykonawcy świadczącego obecnie usługi z uwagi na to, że wykonawca ten ma wiedzę na temat infrastruktury i wie, w jaki sposób ma skalkulować ewentualne koszty realizacji zamówienia związane z jej rozbudową, a także ryzyka związanego z rozbudową infrastruktury, w przeciwieństwie do wykonawców nie świadczących obecnie usług, które to uprzywilejowanie wynika tylko i wyłącznie z nieprawidłowego przygotowania opisu przedmiotu zamówienia przez Zamawiającego, a nie ma uzasadnienia w obiektywnych potrzebach Zamawiającego;

b) brak podania ruchu telefonicznego u Zamawiającego, co powoduje nieuzasadnione uprzywilejowanie wykonawcy świadczącego obecnie usługi z uwagi na to, że wykonawca ten ma wiedzę na temat ruchu telefonicznego u Zamawiającego, co umożliwia mu skalkulowanie kosztów realizacji zamówienia, podczas gdy inni wykonawcy takiej wiedzy nie mają, a ograniczenie to wynika tylko i wyłącznie z nieprawidłowego przygotowania opisu przedmiotu zamówienia przez Zamawiającego, a nie ma uzasadnienia w obiektywnych potrzebach Zamawiającego;

- co stanowi naruszenie art. 99 ust. 4 Pzp;

3. Zastrzeżenie rażąco wygórowanych kar umownych za każde rozpoczęte 12 godzin przerwy w świadczeniu Usług GSM w odniesieniu do każdej poszczególniej usługi na aktywnej karcie SIM w ramach Usługi GSM (§ 7 ust. 3 Umowy), oraz za każdą rozpoczętą godzinę braku świadczenia Usługi prywatnego APN (brak dostępności transmisji danych z kartą znajdującą się w prywatnym APN) w odniesieniu do każdej aktywnej karty SIM (§ 7 ust. 3a Umowy), gdyż wysokość tych kar przekracza w sposób znaczący wartość samych usług, których kara dotyczy, co stanowi naruszenie art. 484 § 2 Kodeksu Cywilnego w związku z art. 8 ust. 1 Pzp.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

1. Zmianę § 5 ust. 1 Wzoru Umowy poprzez dodanie zastrzeżenia, że w przypadku, gdy w którejkolwiek z lokalizacji poziom sygnału będzie za niski do realizacji połączeń głosowych bądź transmisji danych, wykonawca 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;
2. Wykreślenie kary umownej przewidzianej w § 7 ust. 1 dla lokalizacji, w których siła sygnału okaże się zbyt słaba, aby bez dodatkowych inwestycji zapewnić świadczenie Usług GSM
3. Wykreślenie kary umownej przewidzianej w § 7 ust. 3 Wzoru Umowy, ewentualnie ograniczenie jej do maksymalnej wartości miesięcznego abonamentu za kartę SIM.
4. Wykreślenie kary umownej przewidzianej w § 7 ust. 3 a Wzoru Umowy ewentualnie ograniczenie jej do maksymalnej wartości miesięcznego abonamentu za usługę Prywatny APN.
5. Podanie ruchu telekomunikacyjnego u Zamawiającego za okres ostatnich 12 miesięcy, z podziałem na następujące kategorie połączeń:
  - a. Ruch krajowy w ramach firmy – średnia liczba minut miesięcznie ...,
  - b. Ruch krajowy w sieci macierzystej – średnia liczba minut miesięcznie ...,
  - c. Ruch krajowy do innych sieci – średnia liczba minut miesięcznie ...,
  - d. Ruch krajowy na stacjonarne – średnia liczba minut miesięcznie ...,
  - e. SMS krajowy w sieci macierzystej – średnia liczba SMS-ów miesięcznie ...,
  - f. SMS krajowy w pozostałych sieciach – średnia liczba SMS-ów miesięcznie ...,
  - g. MMS krajowy w sieci macierzystej – średnia liczba MMS-ów miesięcznie ...,
  - h. MMS krajowy do pozostałych sieci – średnia liczba MMS-ów miesięcznie ...,
  - i. Transmisja danych krajowa – średnia liczba MB lub Kb. miesięcznie ...,
  - j. Transmisja danych na terenie UE – średnia liczba MB lub Kb. miesięcznie ...,
  - k. Transmisja danych poza UE – średnia liczba MB lub Kb. miesięcznie ...,
  - l. Połączenia wychodzące w roamingu UE – średnia liczba minut miesięcznie ...,
  - m. Połączenia odebrane w roamingu UE – średnia liczba minut miesięcznie ...,
  - n. Połączenia wychodzące w roamingu Świat – średnia liczba minut miesięcznie ...,
  - o. Połączenia odebrane w roamingu Świat – średnia liczba minut miesięcznie ...,
  - p. Połączenia międzynarodowe do UE – średnia liczba minut miesięcznie ...,
  - q. Połączenia międzynarodowe Świat – średnia liczba minut miesięcznie ...,
  - r. SMS w roamingu – średnia liczba SMS-ów miesięcznie ...,

20 lipca 2023 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła odpowiedź Zamawiającego na odwołanie, w której Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

21 lipca 2023 roku Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej pismo, w którym oświadczył, że cofa odwołanie wniesione w niniejszej sprawie.

Izba stwierdziła, że oświadczenie o wycofaniu odwołania zostało złożone przez osobę uprawnioną do reprezentowania Odwołującego.

Izba zważyła, że na skutek cofnięcia odwołania wystąpiła przesłanka do umorzenia postępowania odwoławczego, o której mowa w art. 520 ust. 1 i 2 oraz art. 568 pkt 1) ustawy Pzp. Stosownie do treści art. 520 ust. 1 ustawy Pzp, odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy. Cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby (art. 520 ust. 2 ustawy Pzp). Z kolei w myśl art. 568 pkt 1

ustawy Pzp, Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku cofnięcia odwołania.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 9 ust. 1 pkt 3 lit a) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437 ze zm.), nakazując zwrot na rzecz odwołującego 90% kwoty wpisu uiszczonego w wysokości 15 000 PLN.

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła, jak w sentencji.

Przewodnicząca: .....