

POSTANOWENIE

z dnia 3 marca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: M.K.

Członkowie: Ernest Klauziński

Beata Konik

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 3 marca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 lutego 2023 r. przez wykonawcę – **Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **PGE Systemy S.A. 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 **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej uiszczony wpis od odwołania.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (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.

Przewodniczący :.....

Członkowie:

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający - PGE Systemy S.A. z siedzibą w Warszawie prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022r., poz. 1710 ze zm.; dalej: „Pzp”), w trybie sektorowych negocjacji z ogłoszeniem, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: *„Wdrożenie i świadczenie usług virtualnego operatora sieci komórkowej (MVNO) w PGE Systemy S.A. w zakresie telemetrii (M2M)”*.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2023/S 031-091577 w dniu 13 lutego 2023 roku.

W dniu 22 lutego 2023r. wykonawca – Orange S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) wniósł odwołanie na treść ogłoszenia o zamówieniu oraz opis potrzeb i wymagań w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił:

1. Opisanie minimalnych wymagań dotyczących opisu przedmiotu zamówienia, niepodlegających negocjacji, które muszą spełnić wszystkie oferty w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty z uwagi na wymaganie, aby wykonawca świadczył usługi w technologii 3G, która to technologia jest wyłączana i nie będzie możliwe świadczenie usług telekomunikacyjnych w oparciu o tę technologię przez cały okres trwania umowy (8 lat) – pkt 1.1.1 zał. nr 1 do OPW – Opisu Potrzeb Zamawiającego - co stanowi naruszenie art. 99 ust. 1 w zw. z art. 381 ust. 1 i art. 156 ust. 1 pkt 7 Pzp;

2. Opisanie minimalnych wymagań dotyczących opisu przedmiotu zamówienia, niepodlegających negocjacji, które muszą spełnić wszystkie oferty w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, z uwagi na premiowanie wykonawców, którzy nie ogłosili oficjalnie wycofania technologii 3G i będą mogli ubiegać się o zamówienie, pomimo iż również nie będą mieli, z uwagi na wycofywanie technologii 3G, możliwości świadczenia usług w oparciu o tę technologię przez cały okres trwania umowy (8 lat) – pkt 1.1.1 zał. nr 1 do OPIW – Opisu Potrzeb Zamawiającego, co stanowi naruszenie art. 99 ust. 4 w zw. z art. 381 ust. 1 i art. 156 ust. 1 pkt 7 Pzp;

3. Określenie warunków udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia z uwagi na wymaganie, aby wykonawcy wykazali się doświadczeniem polegającym na:

a) wdrożeniu i świadczeniu usług w oparciu o własną sieć telekomunikacyjną na rzecz przynajmniej 2 MVNO przez okres 36 miesięcy, nieprzerwanie dla każdego MVNO, podczas gdy świadczenie takich samych usług telekomunikacyjnych na rzecz innych odbiorców w innym modelu niż MVNO również pozwala na zdobycie niezbędnego doświadczenia potwierdzającego zdolność wykonawcy do zrealizowania zamówienia– pkt 3.1 zał. nr 5 do OPW, Sek. III. 1.3) ust. 1 TED;

b) dostawie kart USIM o wolumenie łącznie minimum 400 000 sztuk rocznie na potrzeby własne lub/i przedsiębiorców telekomunikacyjnych MVNO działający na sieci Wykonawcy, przy czym wyżej wymieniony warunek może być zrealizowany w transzach, gdzie jedna z 3 transz obejmowała wolumen minimum 200 000 kart USIM, podczas gdy dostarczenie w ciągu roku takiej samej liczby kart, ale w mniejszych transzach w równym stopniu potwierdza uzyskanie przez wykonawcę niezbędnego doświadczenia gwarantującego zdolność do należytego wykonania zamówienia, a jest możliwe do wykazania przez większą liczbę wykonawców z uwagi na to, że powszechną praktyką na rynku jest zamawianie przez odbiorców mniejszych transzy kart USIM – pkt 3.3 zał. nr 5 do OPW, Sek. III. 1.3) ust. 3 TED, - co stanowi naruszenie art. 112 ust. 1 ustawy.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany dokumentów zamówienia poprzez:

1. Usunięcie zapisów i wymagań dla technologii 3G w OPW i wszystkich załącznikach.
2. Ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia żądania nr 1 o wydzielenie urządzeń, które pracują jedynie w technologii 3G do odrębnej części zamówienia, na którą oferty będą mogli złożyć wykonawcy, którzy nie wyłączą technologii 3G;
3. Zmianę wymagania z pkt 3.1 zał. nr 5 do OPW i nadanie mu następującego brzmienia: „Zamawiający wymaga, by Wykonawca/Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia wykazał/wykazali, że w okresie ostatnich 14 lat przed upływem terminu składania Wniosków, a jeżeli okres działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał/wykonali należycie łącznie wdrożenie i świadczenie usług w oparciu o własną sieć telekomunikacyjną na rzecz przynajmniej 2 MVNO przez okres 36 miesięcy, nieprzerwanie dla każdego MVNO; przy czym Zamawiający uzna ten warunek za spełniony także w przypadku wykazania przez Wykonawcę świadczenia wskazanego powyżej zakresu w ramach kilku następujących po sobie umów, jeżeli suma okresów świadczenia ww. zakresu w ramach tych umów wynosiła łącznie co najmniej 36 miesięcy w trybie ciągłym, w okresie ostatnich 14 lat przed upływem terminu składania Wniosków”;
4. Zmianę wymagania z pkt 3.3 zał. nr 5 do OPW i nadanie mu następującego brzmienia: „Zamawiający wymaga, by Wykonawca/Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia wykazał/wykazali, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania Wniosków, a jeżeli okres działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał/wykonali należycie dostawę kart USIM o wolumenie łącznie minimum 400 000 sztuk rocznie na potrzeby własne lub/i przedsiębiorców telekomunikacyjnych MVNO działający na sieci Wykonawcy. Wyżej wymieniony warunek może być zrealizowany w transzach, gdzie jedna z transz obejmowała wolumen minimum 100 000 kart USIM. W odniesieniu do powyższego warunku Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie Zamówienia mogą go spełniać łącznie”.

Odwołujący w piśmie procesowym z dnia 1 marca 2023r. wniósł na podstawie art. 522 ust. 1 Pzp o umorzenie postępowania odwoławczego na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w związku z faktycznym uwzględnieniem odwołania przez Zamawiającego. Odwołujący wyjaśnił, że z uwagi na to, że Zamawiający dn. 24 lutego 2023 r. dokonał zmian w dokumentach zamówienia, które czynią zadość wszystkim żądaniom odwołania (zmiana sek. VII.1.2) ust. 3 tiret pierwsze – technologia 2G/LTE, sek. III.1.3) pkt 1 – doświadczenie usługi MVNO, pkt 3 – doświadczenie dostawa kart USIM), należy uznać, że doszło do faktycznego uwzględnienia w całości odwołania przez Zamawiającego w świetle art. 522 ust. 1 ustawy.

Izba ustaliła, że do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

Mając na uwadze powyższe, Izba zważyła, co następuje:

Zgodnie z Pzp Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia w przypadku (...) stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne.

Izba w składzie orzekającym uznała, że skoro – jak wynika z pisma procesowego Odwołującego - dokonane przez Zamawiającego w dniu 24 lutego 2023 r. zmiany w dokumentach zamówienia uczyniły zadość wszystkim żądaniom odwołania, to zaistniały niezbędne przesłanki skutkujące umorzeniem postępowania, o których mowa w Pzp. Izba stwierdziła, że spór stał się bezprzedmiotowy, a więc dalsze prowadzenie postępowania odwoławczego stało się zbędne.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie Pzp w zw. z 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.), z którego wynika, że w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w całości na skutek stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne, koszty o których mowa w § 5 pkt 2, znosi się wzajemnie, a przez Pzp należy rozumieć, że Izba orzeka o dokonaniu zwrotu Odwołującemu uiszczanego wpisu w wysokości 15.000 zł, o czym orzeczono w pkt 2 sentencji orzeczenia.

Przewodniczący :.....

Członkowie:

.....
.....