Sygn. akt KIO 1276/23 POSTANOWIENIE

z dnia 19 maja 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie: Przewodniczący:**Andrzej Niwicki**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 19 maja 2023 r.
w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 maja 2023 r. przez **Polkomtel sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiających wspólnie udzielających zamówienia: **PGE Polska Grupa Energetyczna S.A. z siedzibą w Lublinie (pełnomocnik zamawiających) PGE Systemy S.A.z siedzibą w Warszawie, Elbest Security Sp. z o.o. z siedzibą wBełchatowie, EPORE S.A. z siedzibą w Bogatyni, „MEGAZEC" Sp. z o.o. z siedziba w Bydgoszczy, RAMB Sp. z o.o. siedzibą w Piaskach nr 2, Bełchatów, MegaSerwis Sp. z o.o. z siedzibą w Bogatyni, ELTUR-SERWIS Sp. z o.o. z siedzibą w Bogatyni ELMEN Sp. z o.o. z siedzibą w Rogowcu, „Betrans" Sp. z o.oz siedzibą w Bełchatowie, BESTGUM POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą w Rogowcu, Elbis Sp. z o.o. z siedzibą w Rogowcu, PGE Dystrybucja S.A. z siedzibą w Lublinie, PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A. z siedzibą w Bełchatowie, PGE Energia Odnawialna S.A. z siedzibą w Warszawie, (dalej łącznie jako: „Zamawiający")**

postanawia:

1. umarza postępowanie odwoławcze;
2. nakazuje Urzędowi Zamówień Publicznych dokonanie zwrotu kwoty **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy **Polkomtel sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** poniesionej z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 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:……

Sygn. akt: KIO 1276/23

Uzasadnienie

Zamawiający wskazani w sentencji działając przez PGE Polska Grupa Energetyczna S.A. w Lublinie jako pełnomocnika (dalej: „zamawiający") prowadzą postępowanie na zakup usług telekomunikacyjnych telefonii komórkowej i stacjonarnej oraz transmisji danych na okres 36 miesięcy dla spółek GK PGE. Nr postępowania POST/PGE/W/DZ/00078/2023. r ref.: POST/PGE/W/DZ/00078/2023, ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 28 kwietnia 2023 r. pod numerem: 2023/S 081-2444721; pod adresem: https://ted.europa.eu/udl?uri=TED:NOTICE:406788-2022:TEXT:PL:HTML.
Odwołujący: Polkomtel sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wniósł dnia 5 maja 2023 r. odwołanie wobec treści dokumentów zamówienia w prowadzonym postępowaniu
Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:
Art. 99 ust. 1 i 4 ustawy pzp przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nieuwzględniający wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz w sposób utrudniający uczciwą konkurencję w zakresie wymagań związanych z zasięgiem telefonii komórkowej;
Art. 99 ust. 1 i 4 ustawy pzp w zw. z art. 433 pkt 4 pzp przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznacznych oraz nieuwzględniający wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, a także poprzez brak wskazania minimalnej wielkości świadczenia wykonawcy (brak gwarantowanego zakresu zamówienia) ;
Art. 99 ust. 1 i 4 pzp przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny oraz nieuwzględniający wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz w sposób utrudniający uczciwą konkurencję w zakresie możliwości rozszerzenia przedmiotu zamówienia o świadczenia wykonywane na rzecz podmiotów niewymienionych w dokumentacji przetargowej;
Art. 99 ust. 1 i 4 pzp przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nieuwzględniający wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz w sposób utrudniający uczciwą konkurencję w zakresie wymagań związanych z ustanowieniem cen maksymalnych, a tym samym naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców wyrażonych w art. 16 ustawy pzp.

Wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu dokonania zmian specyfikacji warunków zamówienia w sposób opisany w dalszej części odwołania.
Przedstawił cztery zarzuty, jak niżej, wraz z uzasadnieniem.
1/ Zarzut dotyczący zasięgu ze wskazaniem pkt 3.11.5 oraz 3.11.6 opz;
2/ Zarzut dotyczący braku gwarantowanego zakresu zamówienia;
3/ Zarzut dotyczący rozszerzenia przedmiotu zamówienia o świadczenia wykonywane na rzecz podmiotów niewymienionych w dokumentacji przetargowej;
4/ Zarzut dotyczący cen maksymalnych.
Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 17 maja 2023 r. oświadczył, co następuje:
„1.uwzględniam w części Zarzut nr 1**,** które zostały wskazany w treści Odwołania i przytoczony w uzasadnieniu niniejszej odpowiedzi;
2.uwzględniam w całości Zarzut nr 2, Zarzut nr 3 i Zarzut nr 4, które zostały wskazane w treści Odwołania i przytoczone w uzasadnieniu niniejszej odpowiedzi;
3.oświadczam, że Zamawiający wykonał czynności w Postępowaniu zgodnie z żądaniem zawartym w Odwołaniu tj.: częściowo w zakresie Zarzutu nr 1, natomiast w całości w zakresie Zarzutu nr 2, Zarzutu nr 3 i Zarzutu nr 4 tj. w sposób opisany w uzasadnieniu niniejszej odpowiedzi i załącznikach do odpowiedzi;
4.w pozostałym zakresie tj. nieuwzględnionego w części Zarzutu nr 1, wnoszę o oddalenie odwołania.”
„Zamawiający, po przeanalizowaniu Odwołania, uwzględnił w znacznej części Zarzut nr 1, natomiast w całości Zarzut nr 2, Zarzut nr 3 i Zarzut 4 i dokonał następujących zmian w dokumentacji przetargowej /…/.”
Stanowisko zamawiającego co do uwzględnienia zarzutów, jako że jest wiążące, skutkuje umorzeniem postępowania w tym zakresie.

Do postępowania odwoławczego przystąpienia po stronie zamawiającego nie zgłoszono.

Odwołujący w związku z uwzględnieniem zarzutów wniósł o wydanie postanowienia o umorzeniu postępowania odwoławczego na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron stwierdzając, że w jego ocenie zachodzą podstawy do uznania, iż mamy do czynienia z uwzględnieniem przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, w tym zarzutu nr 1 „w istotnej części”. Z ostrożności procesowej, jeśli w ocenie Izby nie zachodzą podstawy do umorzenia postępowania odwoławczego w oparciu o brzmienie art. 522 ust. 1 Pzp, złożył oświadczenie o wycofaniu częściowo uwzględnionego przez Zamawiającego Zarzutu nr 1 stwierdzając, że tym samym zachodzą podstawy do umorzenia postępowania na podstawie art. 522 ust. 3 Pzp ze względu na uwzględnienie przez Zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu i wycofanie pozostałych zarzutów przez Odwołującego.

Izba rozpoznając przedmiotowe odwołanie na posiedzeniu ustaliła, jak wyżej, że uwzględnienie trzech zarzutów przez zamawiającego jest wiążące, natomiast brak jest podstaw do stwierdzenia, iż zamawiający uwzględnił zarzut nr 1, skoro mimo dokonania w zakresie jego przedmiotu modyfikacji, wniósł on o oddalenie tego zarzutu.
Jednocześnie wiążące jest oświadczenie odwołującego o cofnięciu zarzutu nr 1, zatem w tym zakresie postępowanie również podlega umorzeniu.
W konsekwencji postępowanie odwoławcze należy umorzyć w całości na podstawie przepisu art. 522 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.).
Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego wydano na podstawie art. 575 ustawy Pzp wskazanej powyżej oraz § 9 ust. 1 pkt 2b 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), z których wynika, że jeżeli zamawiający uwzględnił w części zarzuty przedstawione w odwołaniu i pozostałe zarzuty zostały przez odwołującego wycofane przed otwarciem rozprawy, dokonuje się zwrotu odwołującemu kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Przewodniczący: ……...