

POSTANOWIENIE
z dnia 2 listopada 2010r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący : **Agnieszka Trojanowska**

Po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 2 listopada 2010r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **22 października 2010r.** przez **Netia Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Poleczki 13** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Województwo Mazowieckie Starostę Mazowieckiego Urząd Marszałkowski Województwa Mazowieckiego z siedzibą w Warszawie, ul. Brechta 3**

orzeka:

- 1. umorzyć postępowanie odwoławcze.**
2. nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Przedsiębiorstwo Budownictwa Wodnego w Warszawie Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Modlińska 17** kwoty 15 000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej zwrot uiszczzonego wpisu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **dla Warszawy - Pragi.**

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu ograniczonego na świadczenie usług telefonicznych i telefaksowych oraz transmisji danych dla potrzeb Urzędu Marszałkowskiego Województwa Mazowieckiego w Warszawie zostało wszczęte przez zamawiającego Województwo Mazowieckie Starostę Mazowieckiego Urząd Marszałkowski Województwa Mazowieckiego z siedzibą w Warszawie, ul. Brechta 3 i opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 11 sierpnia 2010r. za numerem 2010/S 154-238421.

W dniu 13 października 2010r. zamawiający przesłał wykonawcom Netii S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Poleczki 13 i Telekomunikacji Polskiej S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Twarda 18 informacje o wyniku oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i zaprosił do składania ofert w postępowaniu. Wraz z tą informacją zamawiający przekazał wykonawcom specyfikację istotnych warunków zamówienia.

W dniu 22 października 2010r. odwołanie wniosła Netia S.A. zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 7 oraz art. 29 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010r. nr 113 poz. 759 ze zm. – dalej ustawy) i wnosząc o nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany treści siwz. W uzasadnieniu wskazał, że w „Szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia” (załącznik do Specyfikacji), zamawiający opisał usługę jako świadczenie drogą kablową usług telefonicznych i faksowych na łączach analogowych i cyfrowych z wykorzystaniem własnych zasobów sieciowych Wykonawcy tu budynkach użytkowanych przez Urząd Marszałkowski Województwa Mazowieckiego (...), co jest sprzeczne z art. 139 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne, który przyjmuje wprost generalną zasadę pełnego wykorzystania istniejącej infrastruktury telekomunikacyjnej przez przedsiębiorstwa telekomunikacyjne. Tym samym żądanie wykorzystania „własnych zasobów sieciowych wykonawcy” nie znajduje uzasadnienia w istniejącym stanie prawnym. Wskazał, że poza nim zamawiający dopuścił do dalszego udziału w postępowaniu Telekomunikację Polską S.A., która dysponuje własnymi zasobami sieciowymi w budynkach Zamawiającego, a zatem powyższe postanowienie siwz stanowi sprzeczną z prawem telekomunikacyjnym preferencję Telekomunikacji Polskiej S.A. Ponadto w 25 i 26 siwz zamawiający nie dopuścił powierzenia wykonania części przedmiotu zamówienia podwykonawcom, a ustawa zezwala na ograniczenie lub wykluczenie

podwykonawstwa tylko w uzasadnionych obiektywnymi przyczynami dotyczącym przedmiotu zamówienia, nadto ograniczenie lub wykluczenie podwykonawstwa musi być zgodne z podstawowymi zasadami prawa wspólnotowego: swobody przepływu towarów i swobody świadczenia usług oraz zakazu dyskryminacji. Według odwołującego zakaz podwykonawstwa nosi znamiona naruszenia zasady uczciwej konkurencji. Odwołujący dodatkowo zwrócił uwagę na występujący związek pomiędzy zakazem podwykonawstwa opisanym w punkcie II. oraz wymogiem świadczenia usług z wykorzystaniem własnych zasobów sieciowych Wykonawcy, o którym mowa w punkcie I. odwołania. Należy zauważyć, iż na rynku usług telekomunikacyjnych powszechną praktyką jest korzystanie z łączy dzierżawionych od innych operatorów. Telekomunikacja Polska S.A. jest jedynym wykonawcą posiadającym infrastrukturę opisaną w niniejszym postępowaniu. Wykluczenie możliwości korzystania, zgodnie z Prawem telekomunikacyjnym, z istniejących zasobów tego wykonawcy skutecznie uniemożliwi złożenie oferty przez Odwołującego. Odwołujący zakwestionował prawidłowość treści punktu 14 Istotnych postanowień umowy (załącznik nr 3 do Specyfikacji), zgodnie z którym: *W przypadku skorzystania przez Zamawiającego z usług telekomunikacyjnych nie objętych umową, koszt tych usług zostanie ustalony na podstawie aktualnego i publicznie dostępnego cennika Wykonawcy.* Podobnie Zamawiający określa w treści punktu 6 załącznika nr 3 do Specyfikacji (przesłanki zmiany treści umowy), iż usługi dodatkowe świadczone w ramach zamówień uzupełniających będą wynagradzane zgodnie z cennikiem wykonawcy, natomiast w punkcie 9 (przesłanki zmiany treści umowy) postanowiono, iż jedną z przesłanek jest zmiana cennika wykonawcy. Jednakże odwołujący podniósł, że sam posiada kilka cenników obejmujących różne pakiety, a zatem w tej sytuacji postanowione przez zamawiającego wymogi są niejednoznaczne i przeczą warunkowi jednoznaczności opisu przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem wszystkich elementów, które mogą mieć wpływ na sporządzenie oferty. Ponadto zmiana bliżej niesprecyzowanego cennika, według odwołującego, nie może być przesłanką zmiany umowy, o której mowa w art. 144 Ustawy. Odwołujący wnosi o nakazanie zmiany Specyfikacji w powyżej przywołanym zakresie. Odwołujący zakwestionował także punkt 14 Istotnych postanowień umowy (załącznik nr 3 do Specyfikacji) zgodnie z którym w przypadku niedotrzymania terminu uruchomienia usługi: *Zamawiający ma prawo odstąpienia od umowy z jednoczesnym żądaniem kary umownej w wysokości 20% wartości brutto umowy.* Postanowienie to, w ocenie odwołującego, nie jest uzależnione od winy odwołującego, narusza zasadę równości stron stosunku cywilnoprawnego oraz wysokość zastrzeżonej kary jest rażąco wygórowana. Odwołujący uznał za nieprecyzyjne postanowienia punktu 4 Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia (załącznik nr 2 do Specyfikacji, strona 5), zgodnie z którym: *Zamawiający zastrzega sobie w każdym czasie trwania realizacji przedmiotu zamówienia zmianę ilości klas usługowych (Cos) bez dodatkowych kosztów.* Odwołujący podniósł także

zarzut nieprecyzyjności postanowienia dotyczącego usług konsultacji doradztwa technicznego (punkt 9 Istotnych postanowień umowy, załącznik nr 3 do Specyfikacji) i podkreślił, że wykonawca winien mieć pewność co do zakresu świadczonych przez niego usług. Niepewność co do zakresu świadczenia powoduje bowiem niepewność co do zasad kalkulacji, a więc i wysokości jej ceny. Odwołujący jest wykonawcą, który został dopuszczony do udziału w postępowaniu oraz zamierza złożyć ofertę, tym samym posiada interes w złożeniu odwołania. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 15 października 2010r. podpisanego przez członka zarządu i prokurenta zgodnie z zasadami reprezentacji ujawnionymi w KRS, z którego odpis załączono do odwołania. Kopia odwołania została zamawiającemu przekazana w dniu 22 października 2010r.

W dniu 25 października 2010r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania i wezwał ich do wzięcia udziału w postępowaniu.

Do postępowania odwoławczego nikt nie przystąpił.

W dniu 28 października 2010r. – wpływ bezpośredni do Izby, zamawiający uwzględnił odwołanie w całości i zobowiązał się do dokonania zmiany treści postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia zgodnie z żądaniami odwołującego. Pismo to zostało przekazane odwołującemu i Telekomunikacji Polskiej S.A. do wiadomości.

Izba zważyła, co następuje :

Skoro Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oświadczył, że uwzględni odwołanie w całości i uczyni zadość żądaniom Odwołującego, to Izba uznała to oświadczenie za wiążące.

Wobec ustalenia, że:

1. zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu,
2. po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca

skład orzekający Izby stwierdził, że zachodzą przesłanki umożliwiające umorzenie postępowania na posiedzeniu niejawnym, zgodnie z przepisem art. 186 ust. 2 ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego skład orzekający Izby uwzględnił okoliczność, iż koszty te znoszą się wzajemnie z mocy przepisu art. 186 ust. 6 ust. 1 ustawy Pzp, orzekając w tym zakresie o konieczności zwrotu kwoty wpisu uiszczzonego przez odwołującego na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych stosownie do § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości

i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....