

Sygn. akt: KIO/UZP 1005/08

WYROK
z dnia 6 października 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Jolanta Markowska**

Członkowie: **Lubomira Matczuk-Mazuś**
Grzegorz Mazurek

Protokolant: **Dorota Witak**

po rozpoznaniu na ~~posiedzeniu~~ rozprawie* w dniu ~~Aw dniach~~* 6 października 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Polską Telefonię Cyfrową Sp. z o.o., 02-222 Warszawa, Al. Jerozolimskie 181** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Mazowiecki Oddział Żandarmerii Wojskowej, 01-163 Warszawa, ul. J. Ostroroga 35** protestu ~~/protestów*~~ z dnia 28 sierpnia 2008 r.

przy udziale **Polkomtel S.A., 02-676 Warszawa, ul. Postępu 3** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża Polską Telefonię Cyfrową Sp. z o.o., 02-222 Warszawa, Al. Jerozolimskie 181

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty

wpisu uiszczanego przez **Polską Telefonię Cyfrową Sp. z o.o., 02-222 Warszawa, Al. Jerozolimskie 181,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz xxx, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu xxx,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Polskiej Telefonii Cyfrowej Sp. z o.o., 02-222 Warszawa, Al. Jerozolimskie 181.**

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający, Mazowiecki Oddział Żandarmerii Wojskowej z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „świadczenie usługi łączności telefonii komórkowej wraz z dostawą aparatów telefonicznych i modemów”. W dniu 25 czerwca 2008 r. zostało opublikowane ogłoszenie o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2008/S 121-162183. W tym samym dniu nastąpiło zamieszczenie specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej Zamawiającego.

W dniu 22 sierpnia 2008 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez Polkomtel S.A. Oferta złożona przez Polską Telefonię Cyfrową Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie uzyskała drugą pozycję pod względem punktacji przyznanej przez Zamawiającego według kryteriów określonych w siwz, natomiast oferta złożona przez PTK Centertel Sp. z o.o. została odrzucona przez Zamawiającego.

W dniu 29 sierpnia 2008 r. (pismem z dnia 28 sierpnia 2008 r.) Polska Telefonia Cyfrowa Sp. z o.o. wniosła protest wobec dokonanej czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655), zwanej dalej „Pzp” poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Polkomtel S.A. pomimo, iż jest ona niezgodna z siwz oraz art. 7 ust. 1 Pzp poprzez

dokonanie oceny ofert z naruszeniem zasad równego traktowania wykonawców i prowadzenia postępowania z zapewnieniem uczciwej konkurencji. Odwołujący wniósł w proteście o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności oceny ofert i o dokonanie wyboru oferty złożonej przez Odwołującego.

W uzasadnieniu protestu Odwołujący podniósł, że oferta Polkomtel S.A. nie odpowiada treści siwz, ponieważ wykonawca zawarł w projekcie umowy, stanowiącej załącznik do oferty, kary umowne należne od Zamawiającego w wypadku rozwiązania którejkolwiek z umów aktywacyjnych, które nie były przewidziane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co oznacza zmianę zasad odpowiedzialności pomiędzy stronami w stosunku do zasad przewidzianych w siwz przez Zamawiającego. W ocenie Odwołującego Zamawiający modyfikując specyfikację w dniu 18 lipca 2008 r. poprzez usunięcie postanowienia dotyczącego kar umownych należnych Zamawiającemu wymagał, aby odpowiedzialność stron z tytułu niewykonania umowy została oparta wyłącznie na zasadach ogólnych. Wprowadzenie do projektu umowy kar umownych stanowi niekorzystną dla Zamawiającego zmianę zasad odpowiedzialności. Oznacza to nałożenie na Zamawiającego obciążeń innych niż wprost wynikających z zapisów siwz, co stanowi o sprzeczności treści oferty z postanowieniami siwz zawartymi w rozdz. XVI pkt 3.

Ponadto zdaniem Odwołującego jakiegokolwiek dodatkowe warunki wywołujące skutki finansowe zawarte w projekcie umowy uniemożliwiają porównanie i ocenę ofert z zachowaniem zasady równego traktowania wykonawców. Odwołujący podkreślił, że w rozdz. XIV pkt 2 siwz Zamawiający wymagał, aby cena oferty obejmowała wszystkie koszty związane z wykonaniem przedmiotu zamówienia, niezbędne do pełnego i prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia. W ocenie Odwołującego wynika z tego, że wykonawca powinien w cenie oferty ująć ryzyko związane z wykonaniem umowy, a nie pokrywać dodatkowymi karami, czy opłatami należnymi od Zamawiającego. W ten sposób, odliczając część ryzyka od ceny, wykonawca Polkomtel S.A. uzyskał lepszą pozycję konkurencyjną jeśli chodzi o cenę podlegającą ocenie w toku postępowania. Sytuacja powyższa uniemożliwia dokonanie oceny ofert z zachowaniem zasady równego traktowania wykonawców.

W dniu 4 września 2008 r. (pismem z dnia 3 września 2008 r.) wykonawca Polkomtel S.A. zgłosił przystąpienie do postępowania wszczętego na skutek wniesienia protestu.

Zamawiający w dniu 8 września 2008 r. rozstrzygnął protest poprzez jego oddalenie. Zamawiający w uzasadnieniu stwierdził, że treść oferty Polkomtel S.A. w części objętej projektem umowy odpowiada treści siwz, uznając, że wykonawca ma prawo do zabezpieczenia własnych interesów w zakresie realizacji umowy, co jest powszechną

praktyką na rynku usług telefonii komórkowej. Zamawiający nie może określać wielkości i katalogu kar za nie wywiązanie się z postanowień umowy z winy leżącej po jego stronie. Ponadto Zamawiający wskazał, że ocena oferty Polkomtel S.A. została dokonana w oparciu o kryteria ustalone w siwz tj. cena z wagą 70 % i ilość minut w abonamencie miesięcznym z wagą 30 % i uzyskała najkorzystniejszy bilans ceny i kryterium ilości minut. Zamawiający, powołując się na wyjaśnienia wykonawców w trybie art. 90 ust. 1 Pzp złożone na wezwanie z dnia 13 sierpnia 2008 r. stwierdził, że wykonawcy zastosowali ceny w oparciu o obowiązujące cenniki, a praktyką powszechną na rynku usług telekomunikacyjnych jest stosowanie katalogu kar i ich wysokości w umowach pomiędzy stronami.

W dniu 12 września 2008 r. Odwołujący wniósł odwołanie od powyższego rozstrzygnięcia protestu do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. W odwołaniu Odwołujący podtrzymał zarzuty zawarte w proteście, dotyczące naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 7 ust. 1 Pzp. Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenia czynności oceny ofert i dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący podtrzymał w całości argumentację zawartą w proteście, wskazując, że Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu nie odniósł się do istoty zarzutów. Odwołujący podkreślił, że postanowienia siwz miały wykluczyć sytuację, w której koszty kar umownych przewidzianych na wypadek rozwiązania umów aktywacyjnych, nie są wliczone w cenę oferty i nie wpływają na jej ocenę.

W dniu 3 października 2008 r. (pismem z dnia 2 października 2008 r.) wykonawca Polkomtel S.A. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza, w oparciu o dokumentację akt sprawy oraz wyjaśnienia stron i uczestnika postępowania odwoławczego, złożone na rozprawie, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, iż Odwołujący posiada interes prawny w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 Pzp stanowiący przesłankę do korzystania ze środków ochrony prawnej. Oferta złożona przez Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu uzyskała drugą pozycję pod względem punktacji zgodnie z kryteriami przyjętymi przez Zamawiającego w siwz.

W specyfikacji istotnych warunków zamówienia (pkt XVI.3) Zamawiający wskazał, że „Projekt umowy przygotuje Wykonawca z uwzględnieniem postanowień wynikających z treści niniejszej specyfikacji istotnych warunków zamówienia i załączy ją do oferty.”

W punktach XVI.4 do XVI.12 siwz, z wyłączeniem pkt XVI.6 ppkt 1 i 2, XVI.7 ppkt 1 – 4, XVI.9 i XVI.10, które zostały wykreślone w wyniku dokonanej w dniu 18 lipca 2008 r. modyfikacji siwz, Zamawiający określił „informacje o formalnościach w celu zawarcia umowy”, wskazując jako istotne postanowienia umowy: okres (termin) realizacji umowy, zasady i termin płatności, postanowienie odnośnie możliwości odstąpienia od umowy przez Zamawiającego w trybie art. 145 Pzp, postanowienie dotyczące trybu rozstrzygania spraw spornych i właściwości sądu oraz postanowienie, że w sprawach nieuregulowanych w umowie będą miały zastosowanie w szczególności przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych.

Polkomtel S.A. załączył do swojej oferty projekty umów na usługę dostępu do Internetu poprzez sieci GSM/UMTS wraz z dostawą modemów oraz aktywacją 16 kart SIM, a także na usługi telefonii komórkowej wraz z dostawą 475 aparatów telefonicznych oraz aktywacją 460 kart SIM, w których odpowiednio w § 9 i § 8 tych umów zawarł postanowienia określające kary umowne należne od Zamawiającego w przypadku rozwiązania przez Zamawiającego lub rozwiązania przez wykonawcę z winy Zamawiającego którejkolwiek z umów aktywacyjnych przed upływem okresu obowiązywania umowy, a także postanowienie uprawniające wykonawcę do żądania zapłaty ustawowych odsetek od kwoty wynagrodzenia w przypadku niedotrzymania terminu płatności przez Zamawiającego.

Zamawiający dokonał oceny ofert zgodnie z postanowieniami siwz zawartymi w pkt XV.1 – 3 dotyczącymi kryteriów oceny ofert oraz sposobu dokonania tej oceny tj. w oparciu o kryterium „cena oferty” z wagą 70% i kryterium „ilość minut w abonamencie” z wagą 30 %.

Zgodnie z postanowieniem pkt XIV. 2 siwz „Wykonawca uwzględniając wszystkie wymogi, o których mowa w SIWZ, powinien w cenie ofertowej ująć wszelkie koszty związane z wykonaniem przedmiotu zamówienia, niezbędne do prawidłowego i pełnego wykonania umowy.”

Stosownie do dyspozycji przepisu art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp Zamawiający jest zobowiązany do zawarcia w siwz istotnych dla stron postanowień, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy albo ogólny wzór umowy, jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach.

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia (pkt XVI) w przedmiotowym postępowaniu zawiera postanowienia, które Zamawiający wprowadzi do zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego. W połączeniu z wymaganiem określonym przez Zamawiającego

w pkt XVI.3 dotyczącym załączenia przez wykonawców do oferty projektu umowy należy uznać, że wykonawcy zostali zobowiązani do przygotowania i załączenia do oferty projektu umowy, który będzie uwzględniał postanowienia określone przez Zamawiającego w specyfikacji. Izba uznała, że bezpodstawne jest twierdzenie Odwołującego, iż z uwagi na brak w siwz postanowienia przewidującego kary umowne należne od Zamawiającego lub też z uwagi na fakt wykreślenia przez Zamawiającego ze specyfikacji postanowienia dotyczącego kar umownych należnych Zamawiającemu od wykonawcy należy wnosić, że Zamawiający nie dopuścił w specyfikacji możliwości, aby wykonawcy mogli w projekcie umowy zawrzeć postanowienie zastrzegające kary umowne. Zgodnie z art. 139 ust. 1 Pzp do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Należy zatem uznać, że skoro Zamawiający nie zawarł stosownego zastrzeżenia odnośnie niedopuszczalności kar umownych na rzecz wykonawcy, to tym samym, zgodnie z zasadą swobody umów stosowaną ogólnie w stosunkach zobowiązaniowych dopuścił możliwość zawarcia w projekcie umowy przez wykonawców, zastrzeżenia umownego w zakresie kar umownych stosownie do przepisu art. 483 § 1 K.c. oraz przepisu art. 57 ust. 6 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (Dz. U. z 2004 r. Nr 171, poz. 1800 ze zm.). Odpowiedzialność z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania na zasadach ogólnych określonych w przepisach Kodeksu cywilnego art. 361 – 363 oraz dotyczących odpowiedzialności kontraktowej tj. art. 471 i n. K.c. obowiązujących z mocy prawa następuje niezależnie od uregulowań zawartych w umowie. Natomiast odpowiedzialność na zasadzie kar umownych wymaga szczególnego zastrzeżenia w treści zawieranej umowy. Skoro Zamawiający nie zawarł w treści specyfikacji postanowienia wyłączającego kary umowne na rzecz wykonawcy, co przyznał również Odwołujący w toku rozprawy, to tym samym dopuścił możliwość, iż wykonawcy takie postanowienia sformułują w projektach umów załączonych do oferty.

W świetle powyższego Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że treść oferty złożonej przez Polkomtel S.A. w zakresie zawarcia w projekcie umowy postanowień dotyczących kar umownych nie jest niezgodna z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia w przedmiotowym postępowaniu, w tym w szczególności z postanowieniami, które Zamawiający uznał za istotne, a które będą wprowadzone do zawieranej umowy o zamówienie publiczne. Za niezasadny zatem należało uznać zarzut Odwołującego dotyczący naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Polkomtel S.A.

Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia zarzutu dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 7 ust. 1 Pzp tj. nie zapewnienia w trakcie postępowania

zachowania zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji poprzez dokonanie oceny ofert z naruszeniem ww. zasad.

Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W szczególności Izba uznała, że w świetle zapisów specyfikacji Zamawiający nie miał podstaw do dokonania oceny ofert w inny sposób niż określony w siwz albo uznania, że oferty są nieporównywalne. Zamawiający dopuścił możliwość zawarcia przez wykonawców w projekcie umowy postanowień o karach umownych, nie dokonując stosownego wyłączenia (zakazu) zawarcia takich postanowień. Izba nie zgodziła się przy tym, z twierdzeniem Przystępującego, że wyłączenie przez Zamawiającego w treści specyfikacji możliwości dochodzenia roszczeń przez wykonawcę, wynikających z uprawnień określonych ustawowo należałoby uznać za sprzeczne z art. 57 ust. 6 Prawa telekomunikacyjnego.

W sprawie nie był objęty sporem fakt, iż wysokość kar umownych określonych przez Polkomtel S.A. w projekcie umowy załączonym do oferty odpowiada wysokości ulg przyznanych Zamawiającemu w stosunku do każdej z umów aktywacyjnych zgodnie z przepisem art. 57 ust. 6 Prawa telekomunikacyjnego.

Izba uznała, że nie wliczenie w cenę oferty przez Polkomtel S.A. ryzyka związanego z rozwiązaniem umów aktywacyjnych przez Zamawiającego lub przez wykonawcę z winy Zamawiającego przed upływem okresu na jaki zostały zawarte, nie stanowi o nieuwzględnieniu wszelkich kosztów niezbędnych do „pełnego i prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia”. Izba uznała, że nie jest to koszt niezbędny do prawidłowego wykonania zamówienia. Izba zgodziła się ze stanowiskiem Odwołującego, że cena oferty generalnie powinna uwzględniać wszelkie ryzyka związane z realizacją umowy, co jest w interesie wykonawcy świadczącego usługę z uwagi na rentowność świadczenia, lecz nie oznacza to, że dokonanie wyceny przez wykonawcę lub nie oraz wliczenie w cenę oferty lub nie jakiegokolwiek ryzyka ma znaczenie jeśli chodzi o prawidłowość wykonania przedmiotu zamówienia, a w szczególności, że stanowi koszt, bez poniesienia którego nie jest możliwe prawidłowe i pełne wykonanie zamówienia.

Izba uznała także, że w świetle postanowień siwz wszyscy wykonawcy posiadali równe możliwości i równe prawa w zakresie sformułowania w projekcie umowy postanowień odnośnie kar umownych należnych od Zamawiającego, skoro Zamawiający takiej możliwości nie wyłączył. Wykonawcy posiadali jednakową swobodę w sformułowaniu pozostałych postanowień projektu umowy, których Zamawiający wprost nie wyłączył lub nie uregulował w sposób szczególny. W konsekwencji Izba stwierdziła, że brak jest podstaw do uznania za zasadny zarzut, iż porównanie ofert w zakresie ceny, określonej w ofercie zawierającej zastrzeżenie odnośnie kar umownych i w ofercie nie zawierającej takiej regulacji, stanowi

naruszenie określonej w art. 7 ust. 1 Pzp zasady równego traktowania wykonawców podczas oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, ponieważ została ona złożona przez wykonawcę, który w sposób nieuprawniony zawarł w innej formie i w innym miejscu oferty opłaty obciążające Zamawiającego, które powinny być w kalkulowane w cenie oferty.

Biorąc za podstawę stan rzeczy, ustalony w toku postępowania, Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp stosownie do wyniku postępowania.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok /~~postanowienie~~* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*