

Sygn. akt: KIO 632/12

WYROK

z dnia 16 kwietnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 kwietnia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 marca 2012 r. przez wykonawcę **PTK Centertel Sp. z o.o., 01-230 Warszawa, ul. Skierniewicka 10a** w postępowaniu prowadzonym przez **Polską Agencję Żeglugi Powietrznej, 02-147 Warszawa, ul. Wieżowa 8**

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

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **PTK Centertel Sp. z o.o., 01-230 Warszawa, ul. Skierniewicka 10a** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **PTK Centertel Sp. z o.o., 01-230 Warszawa, ul. Skierniewicka 10a** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **PTK Centertel Sp. z o.o., 01-230 Warszawa, ul. Skierniewicka 10a** na rzecz **Polskiej Agencji Żeglugi Powietrznej, 02-147 Warszawa, ul. Wieżowa 8** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Polska Agencja Żeglugi Powietrznej ul. Wieżowa 8, 02-147 Warszawa zwana dalej „zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usługi telekomunikacyjnej w sieci telefonii komórkowej wraz z dostawą urządzeń.

W dniu 20 marca 2012 roku zamawiający rozstrzygnął przedmiotowe postępowanie i dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę POLKOMTEL S.A., 02-676 Warszawa, ul. Postępu 3, który skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Od takiego wyboru oferty, odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł wykonawca PTK Centertel Sp. z o.o. ul. Skierniewicka 10A, 01-230 Warszawa, zwany dalej „odwołującym”.

W złożonym odwołaniu zarzucił czynnościom zamawiającego naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Polkomtel SA, podczas gdy pomimo postanowienia o konieczności uwzględniania kosztów połączeń w ramach Grupy Korporacyjnej w cenie abonamentu, w ofercie tej zaoferowano cenę 1 grosz za połączenia w ramach Grupy Korporacyjnej,
- 2) art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez prowadzenie negocjacji z Polkomtel SA dotyczących złożonej oferty, a w konsekwencji doprowadzenie do zmiany oferty polegającej na przyjęciu, że „koszt połączenia pomiędzy numerami zamawiającego”, określony w poz. 5 formularza cenowego, dotyczy połączeń „pomiędzy komórkowymi numerami nie należącymi do Grupy Korporacyjnej i numerami stacjonarnymi”, ewentualnie, w przypadku uznania, że podany w ofercie w poz. 5 „koszt połączenia pomiędzy numerami zamawiającego”, określony w poz. 5 formularza cenowego, dotyczy połączeń „pomiędzy komórkowymi numerami nie należącymi do Grupy Korporacyjnej i numerami stacjonarnymi”,
- 3) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Polkomtel SA, pomimo zaoferowania w poz. 5 oferty, ceny za połączenia nie objęte niniejszym postępowaniem w sprawie zamówienia publicznego.

Podnosząc powyższe zarzuty wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności oceny ofert,
- 2) odrzucenie oferty Polkomtel SA.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów, stwierdził, że w „Szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia”, stanowiącym załącznik nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w pkt 4.1 zamawiający definiując pojęcie Grupy Korporacyjnej (GK), stwierdził ,

„że w ramach utworzonej grupy GK wykonawca zapewni możliwość wykonywania połączeń głosowych. Koszt tych połączeń zawarty ma być w opłacie stałej - abonamencie”.

Również zgodnie z odpowiedzią na pyt. nr 1 z dn. 14 lutego 2012 r. zamawiający stwierdził, że Grupę Korporacyjną stanowią mają numery MSISDN objęte przedmiotowym postępowaniem (numery MSISDN oznaczają numery komórkowe).

W związku z powyższym, zasadne jest przyjęcie, że wszystkie numery MSISDN objęte niniejszym postępowaniem stanowią numery włączone do Grupy Korporacyjnej zamawiającego.

Tym samym stwierdził, że zakres postępowania nie obejmuje żadnych numerów, które nie zostały włączone do Grupy Korporacyjnej. Konsekwencją powyższego ustalenia jest stwierdzenie, że koszt połączeń pomiędzy wszystkimi numerami komórkowymi zamawiającego objętych postępowaniem, powinien być ujęty w koszcie opłaty abonamentowej. Pomimo tak wyraźnego postanowienia SIWZ, w formularzu cenowym Polkomtel SA w poz. 5 oznaczonej jako „cena minuty połączenia pomiędzy numerami Zamawiającego”, wskazał cenę 1 grosz.

Oznacza to, że wykonawca Polkomtel SA nie dochował wymogu SIWZ, aby koszt połączeń w ramach Grupy Korporacyjnej był wliczony w koszt abonamentu. Zakres zaoferowanych usług jest niezgodny z zakresem opisanym w SIWZ. Wykonawcy przystępujący do postępowania nie posiadali informacji, ani na temat operatora numerów komórkowych, które zostały wyłączone z przedmiotowego postępowania, ani na temat operatora numerów stacjonarnych Zamawiającego. Zamawiający nie podał także żadnych danych dotyczących ruchu pomiędzy numerami wyłączonymi z Grupy Korporacyjnej Zamawiającego oraz należącymi do niego numerami stacjonarnymi. Stąd, nie jest możliwe aby podany w pozycji nr 5 koszt połączeń dotyczył połączeń pomiędzy komórkowymi numerami Zamawiającego nie należącymi do Grupy Korporacyjnej, brak jest bowiem jakichkolwiek informacji nt. przedmiotowych numerów i nie są one objęte przedmiotem niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Ponadto odwołujący stwierdził, że złożone przez Polkomtel SA wyjaśnienia z dnia z 12 marca 2012 r. oznaczają, że zamawiający prowadził z wykonawcą negocjacje co do treści oferty w zakresie ceny podanej w poz. 5, co w konsekwencji doprowadziło do jej zmiany. Działanie takie naruszało art. 87 ust. 1 ustawy pzp. Nadto zmierzało do sanacji wadliwej oferty Polkomtel SA. Zamawiający w tym celu, już po złożeniu ofert wyodrębnił kategorię telefonów, o której wcześniej nie wspominał, które nie będą włączone do Grupy Korporacyjnej. .

Nadto wskazał, że zamawiający dokonał zmiany oczekiwań co do wyceny usług wymienionych w punkcie 5 formularza ofertowego w stosunku do opisu przedmiotu zamówienia wskazanego w SIWZ Rozbieżność wynika z tego, iż odwołujący w oparciu o

postanowienia SIWZ stoi na stanowisku, że pozycja 5 formularza winna być objęta ceną abonamentową za połączenia w grupie korporacyjnej, natomiast dopiero w pozycjach 6, 7 i 8 formularza możliwe było dokonanie wyceny usług wskazanych poza grupą korporacyjną. Tym samym stwierdził, że dopiero na etapie oceny ofert zamawiający włączył do zakresu wyceny rozmów również pozycję 5 formularza, co nie wynikało z postanowień SIWZ.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie podniósł, iż w formularzu cenowym poz. 5 zamawiający ustalił parametr (składowa ceny ofertowej) o treści: „cena minut połączenia pomiędzy numerami zamawiającego.” Wbrew twierdzeniom odwołującego, parametr ten nie odnosi się do GRUPY KORPORACYJNEJ (GK), określonej w Szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia w pkt 4.1, tylko do pozostałych usług (numerów) zamawiającego. Wynika to w szczególności z faktu, iż w Opisie Przedmiotu Zamówienia zamawiający wyraźnie wskazał, jakie połączenia mieszczą się w kategorii GK wraz ze wskazaniem, iż ich koszt będzie rozliczany w ramach abonamentu, figurującego pod pozycją 1 formularza cenowego. Zamawiający wskazał również np. ilość usług miesięcznie, w ramach tego abonamentu. Natomiast zupełnie odrębnym parametrem, wskazanym w pkt 5 formularza jest sporny parametr „ceny minut połączeń pomiędzy numerami zamawiającego”, parametru tego nie można utożsamiać z parametrem wskazanym w pkt 1, gdyż prowadziłoby to do wewnętrznej sprzeczności w SIWZ i wymaganiami zamawiającego.

Obecność takiego parametru w formularzu ofertowym wynikała z potrzeby uzyskania przez zamawiającego oferty cenowej na połączenia wykonywane do innych numerów zamawiającego nienaieżących do Grupy Korporacyjnej.

Zamawiający nie określał ilości tych numerów ani nie podał nazw Operatorów telekomunikacyjnych gdyż jedno i drugie jest zmienną, zależną podpisania umów na usługi telekomunikacyjne. Zamawiający natomiast określił istotny parametr dla tego punktu formularza, dzięki któremu można przygotować ofertę cenową - ilość tych usług tj. 50 000 minut połączeń w miesiącu.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 87 ust. 1 pzp, zamawiający stwierdził, że odwołujący w żaden sposób nie wykazał, na czym miałyby polegać prowadzenie negocjacji z wybranym wykonawcą i doprowadzenie w ten sposób do zmiany złożonej przez Polkomtei S.A. oferty. Za takie negocjacje trudno uznać bowiem skorzystanie przez zamawiającego z prawa wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień co do złożonej oferty trybie art. 87 ust. 1 pzp oraz udzielenie odpowiedzi przez wykonawcę.

Wskazał również, że w takim samym zakresie wezwanie do złożenia wyjaśnień zostało skierowane wobec odwołującego. Stwierdził, że wyjaśnienia złożone przez odwołującego wskazują na brak zrozumienia przez niego sposobu przygotowania oferty i zakresu usług, jakie oferta ma obejmować.

Ponadto na rozprawie zamawiający podniósł wniosek formalny – jak stwierdził „z ostrożności procesowej”, że nawet w przypadku gdyby Izba uznała zasadność poniesionych zarzutów, to i tak biorąc pod uwagę treść przepisu art. 192 ustęp 2 pzp, z którego wynika, że Izba uwzględni odwołanie w sytuacji kiedy stwierdzi naruszenia przepisów ustawy które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik tego postępowania, to wniesione odwołanie nawet z tego powodu nie może być uwzględnione. Zdaniem zamawiającego, porównując obie oferty, należy stwierdzić, że oferta odwołującego jest zdecydowanie droższa od oferty wybranego wykonawcy i nawet zmiana w zakresie wyceny pozycji 5, formularza ofertowego, wg. sposobu wyceny tej usługi dokonanej przez odwołującego, nie wpłynie na zmianę pozycji na liście rankingowej obu wykonawców.

Przystępujący poparł stanowisko prezentowane w sprawie, przez zamawiającego i dodatkowo podniósł, że składając ofertę nie miał żadnych wątpliwości co do tego, że pozycje 1 i 5 formularza ofertowego dotyczą zupełnie innych elementów przedmiotu zamówienia, gdyż pozycja 1 formularza ofertowego dotyczy opłaty abonamentowej i połączeń w ramach tzw. grupy korporacyjnej, a pozycja nr 5 dotyczy ceny minuty połączenia pomiędzy numerami zamawiającego.

Wskazał, iż odwołanie oparte jest na błędnym założeniu, że oferta przystępującego z tego powodu iż w pozycji 5 wyceniono koszt 1 minuty połączeń na 0,1zł, a nie jak to zrobił odwołujący na 0zł, jest niezgodna z SIWZ.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania i uczestnika, zaprezentowane na piśmie i do protokołu rozprawy stwierdza, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Następnie Izba stwierdziła, że Odwołujący, wnosząc przedmiotowe odwołanie w dostateczny sposób wykazał swój interes w złożeniu niniejszego środka ochrony prawnej w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy pzp,

Również przystępujący wykazał, że posiada interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego gdyż jego oferta została uznana przez zamawiającego za najkorzystniejszą w postępowaniu i uwzględnienie odwołania mogłoby uniemożliwić mu otrzymanie przedmiotowego zamówienia

Przedmiotem sporu w tym postępowaniu jest w szczególności kwestia, jaka grupa połączeń realizowanych przez wykonawcę dla zamawiającego wchodzi w skład tzw. grupy korporacyjnej i tym samym koszt ich połączeń winien być ujęty w opłacie abonamentowej, a które połączenia do tej grupy nie wchodzi i winny być wycenione indywidualnie.

Przedmiotem zamówienia w niniejszym postępowaniu zgodnie z rozdziałem III pkt 1 SIWZ oraz pkt 1.1; 1.2; 1.3 szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia jest: świadczenie usług telekomunikacyjnych polegających na zapewnieniu zamawiającemu łączności głosowej, tekstowej(SMS), multimedialnej(MMS), transmisji danych oraz dostępu do Internetu, a także zakupu i aktywacji kart SIM oraz urządzeń, jak aparaty telefoniczne, modemy GPRS, tabletów, itp. Ponadto zgodnie z pkt 3.1 opisu przedmiotu zamówienia, zasięg sieci dla usług głosowych i transmisji danych miał zostać zapewniony na terenie kraju oraz poza granicami RP.

Jednym z kluczowych zadań które miał wykonać wykonawca było zbudowanie i uruchomienie dedykowanej dla zamawiającego Grupy Korporacyjnej (GK) użytkowników sieci telefonii komórkowej. W odpowiedzi na pytanie wykonawcy, zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 1, w odpowiedzi z dnia 14 lutego 2012 roku wyjaśnił, że grupą korporacyjną będą numery MSISDN objęte rzeczonym postępowaniem.

Tym samym zasadne jest stwierdzenie przez Izbę, że grupę korporacyjną tworzy 1250 aktywnych kart SIM. W ramach tej grupy korporacyjnej zamawiający może wykonywać niekreśloną liczbę minut rozmów, za które zapłaci wykonawcy w formie abonamentu. Za uzasadnieniem takiego stanowiska przemawia również fakt że w pkt 4.2 wymagań szczególnych w stosunku do „taryfy” wskazano, że do abonamentu oprócz kosztu połączeń głosowych w wydzielonej GK należy ująć koszt aktywacji kart SIM, czyli 1250 kart o których mowa w poz.1 kolumna I formularza cenowego.

Tym samym za zasadne należy uznać stanowisko zamawiającego, że grupa korporacyjną tworzy 1250 aktywacji kart SIM w ramach których może być wykonywana nieskończona ilość minut połączeń i za które będzie uiszczana opłata abonamentowa. Natomiast następne pozycje formularza cenowego są pozycjami, które winny być wycenione dodatkowo przez wykonawców, gdyż nie wchodzi one w skład grupy korporacyjnej.

Tym samym Izba nie znajduje podstaw do uznania słuszności zarzutu jakoby wykonawca Polkomtel nie miał prawa dokonać wyceny pozycji 5 formularza cenowego. Połączenia tam wskazane nie są połączeniami wewnątrz grupy korporacyjnej tj. tymi 1250 telefonami o których mowa w pozycji 1 formularza. Pozycja nr 5 formularza nie dotyczy połączeń w ramach grupy korporacyjnej, a dotyczy połączeń realizowanych z telefonów wchodzących w skład grupy korporacyjnej do telefonów stacjonarnych i innych telefonów komórkowych posiadanych przez zamawiającego.

Zdaniem Izby, częściowo zasadne są zastrzeżenia odwołującego co do braku opisanego przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący. Dla spełnienia tego wymogu zasadne byłoby, zdaniem Izby, aby określone wymagania wymienione w pkt 4 opisu przedmiotu zamówienia, zawierały odniesienia do konkretnych pozycji formularza cenowego. Jednakże jeżeli tak dokonany opis odnoszenia elementów składowych oferty do formularza cenowego był zdaniem odwołującego niezasadny lub budzący wątpliwości interpretacyjne, to odwołujący w tym zakresie mógł zwrócić się do zamawiającego o wyjaśnienie treści SIWZ, bądź w przypadku kwestionowania zgodności danych postanowień SIWZ z ustawą, wnieść odwołania do KIO, czego odwołujący nie uczynił. Podnoszenie tych kwestii na obecnym etapie postępowania jest działaniem spóźnionym.

W zakresie zarzutu nieodrżucenia oferty przystępującego z powodu błędu w obliczeniu ceny, Izba nie stwierdziła wystąpienia podstaw uzasadniających uwzględnienie tego zarzutu.

W tym zakresie wskazać należy, że o błędzie w obliczeniu ceny możemy mówić wtedy, gdy cena została skalkulowana w taki sposób, że nie uwzględnia ona zakresu przedmiotu zamówienia, a także sposobu jego realizacji. Ponadto istotną cechą błędu w obliczeniu ceny jest przyjęcie nieprawidłowych danych do obliczenia ceny.

W sytuacji przedmiotowego zamówienia biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, stwierdzić należy, że wykonawca Polkomtel dokonując wyceny 50 tys. minut połączeń pomiędzy numerami zamawiającego, nie wchodzących w skład grupy korporacyjnej nie naruszył w tym zakresie postanowień SIWZ, gdyż połączenia te nie dotyczyły numerów telefonów wchodzących w skład grupy korporacyjnej.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 87 ust 1 ustawy pzp poprzez prowadzenie negocjacji pomiędzy zamawiającym, a wykonawcą Polkomtel SA, co w konsekwencji doprowadziło do zmiany oferty, Izba stwierdza, że brak jest podstaw do uznania zasadności takiego zarzutu.

Wskazać należy, że zamawiający stwierdzając iż obaj wykonawcy w formularzu cenowym w pozycji 5 w sposób zasadniczo inny dokonali wyceny kosztu połączeń- odwołujący wycenił tą pozycję w formularzu na 0,0 zł a wykonawca Polkomtel SA na 24 tys.zł zwrócił się do obu wykonawców z prośbą o wyjaśnienie czy podana w pozycji nr 5 formularza cena tych połączeń obejmuje koszty wskazanego tam rodzaju usług.

Wykonawca Polkomtel SA w odpowiedzi oświadczył, że *„podany w pozycji nr 5 koszt połączeń, dotyczy połączeń pomiędzy komórkowymi numerami zamawiającego nie należącymi do Grupy Korporacyjnej i numerami stacjonarnymi zamawiającego”*.

Oceniając treść tej odpowiedzi, zdaniem Izby, brak jest jakichkolwiek podstaw do przyjęcia iż takie oświadczenie powoduje zmianę treści oferty lub wskazuje na negocjacje w tym zakresie pomiędzy tym wykonawcą, a zamawiającym. Stwierdzić należy, że art. 87 ustęp 1 pzp nie narzuca zamawiającemu sposobu formułowania pytań, ważne jest aby dotyczyły one treści oferty i nie prowadziły do jej zmiany.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co – ze wskazanych wyżej względów – nie miało miejsce w przedmiotowym postępowaniu.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 i 3 pkt.1 ustawy Pzp,

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) i 2b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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