

Sygn. akt: KIO 1385/15

WYROK

z dnia 14 lipca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 lipca 2015 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 czerwca 2015 r. przez wykonawcę **Orange Polska S.A., Al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Poczta Polska S.A., ul. Stawki 2, 00-940 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **Polkomtel Sp. z o. o., ul. Postępu 3, 02-676 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Orange Polska S.A., Al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Orange Polska S.A., Al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **Orange Polska S.A., Al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa** na rzecz **Poczta Polska S.A., ul. Stawki 2, 00-940 Warszawa** 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:

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

Poczta Polska S.A. (dalej: „zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usług telefonii komórkowej i usług bezprzewodowej transmisji danych wraz z dostawą Urządzeń i Akcesoriów do ich świadczenia, Usługi Komunikacji SMS (część 1) oraz świadczenie usług telekomunikacyjnych w technologii VoIP (część 2). Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2013 r. poz. 907), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 1 kwietnia 2015 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod pozycją 2015/S 064-113560.

W dniu 29 czerwca 2015 r. wykonawca Orange Polska S.A. (dalej: „odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności zamawiającego w zakresie 1 części postępowania zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Polkomtel Sp. z o.o. pomimo zaoferowania przedmiotu zamówienia w części niezgodnego z wymaganiami zamawiającego,
2. art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wezwania do wyjaśnień treści oferty Polkomtel Sp. z o.o. w zakresie czy oferowany model modemu znajduje się na liście zgodności dla rutera Vigor 2910,
3. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez wybranie jako najkorzystniejszej w części 1 oferty Polkomtel Sp. z o.o., choć oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona ze względu na sprzeczność z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”) oraz w konsekwencji nierówne traktowanie wykonawców, gdyż odwołujący zaoferował produkt w pełni zgodny z wymaganiami zamawiającego, w przeciwieństwie do oferty Polkomtel Sp. z o.o.,
3. innych przepisów wskazanych w uzasadnieniu odwołania.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał na następujące okoliczności:

1. Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp

Odwołujący podniósł, iż w 1 części zamówienia do przedmiotu zamówienia należy

miedzy innymi dostawa urządzeń i akcesoriów wskazanych szczegółowo w pkt. 4.1 Załącznika nr 1 do Załącznika nr 4 do SIWZ (Opis przedmiotu zamówienia). Szczegółowe wymagania ujęto w formie tabeli w stanowiącym część OPZ Załączniku nr 1 „Minimalne wymagania dotyczące parametrów technicznych Urządzeń: tabletów, telefonów komórkowych, modemów, biurkowych telefonów GSM oraz akcesoriów”. Odwołujący podkreślił, iż załącznik ten zawiera listę parametrów dla urządzeń mających wskazywać na „minimalne” wymagania zamawiającego. Dla wszystkich urządzeń zamawiający przewidział obowiązek zaoferowania więcej niż jednego modelu. W tabeli przewidziano odrębne parametry dla różnych „zakresów” urządzeń, w tym dla pkt. 4.1 - cztery zakresy. Pkt. 4.1 dotyczy telefonów komórkowych - grupa A.

Odwołujący zaznaczył, iż odwołanie dotyczy telefonów komórkowych - grupa A, zakres 4. Jak wskazał odwołujący, zgodnie z Załącznikiem nr 1 do OPZ (str. 4), zamawiający dla telefonów tej grupy i zakresu wymagał między innymi złącza dodatkowego (minimum) „micro HDMI - USB 2.0”. Z tabeli wyraźnie przy tym wynika, jak zauważył odwołujący, że jest to wymaganie minimalne, co oznacza, że łącze microHDMI było bezwzględnie wymagane przez zamawiającego w Zakresie nr 4.

Odwołujący zwrócił uwagę, że Polkomtel Sp. z o.o. w „Wykazie oferowanych modeli” dołączonym do oferty zaoferował w grupie telefonów komórkowych A model 4 - telefon „BlackBerry Classic”. Odwołujący stwierdził, że z publicznie dostępnych specyfikacji tego modelu wynika, że telefon ten we wszystkich wersjach nie posiada złącza „micro HDMI”. Posiada jedynie łącze microUSB. Dla porównania, odwołujący zaznaczył, że w tej samej pozycji zaoferował telefon BlackBerry Q10, który posiada wszystkie wymagane przez zamawiającego funkcjonalności, w tym łącze dodatkowe micro HDMI. Z tego względu uznanie oferty Polkomtel Sp. z o.o. za prawidłową, w ocenie odwołującego, należy uznać za naruszenie równego traktowania wykonawców.

Jak podkreślił odwołujący, szczegółowe określenie parametrów minimalnych urządzeń, w tym wymogu w zakresie złącza dodatkowego wskazuje, że zamawiający przygotował SIWZ ze starannością służącą osiągnięciu celu w postaci dostawy urządzeń posiadających wszystkie wyliczone w OPZ funkcjonalności. Brak złącza microHDMI powoduje, że oferowanego przez Polkomtel Sp. z o.o. telefonu komórkowy nie można uznać za zgodnego z SIWZ.

Odwołujący zwrócił uwagę na okoliczność, iż niezgodność z SIWZ dostrzegł zamawiający, który w piśmie z dnia 16 czerwca 2015 r. wezwał Polkomtel Sp. z o.o. do wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie funkcjonalności złącza dodatkowego micro HDMI. Polkomtel Sp. z o.o. w piśmie z dnia 19 czerwca 2015 r. wyjaśniła: „Aparat

BlackBerry Classic jest wprowadzonym w lipcu 2014 r. ulepszonym następcą technologicznym wycofanego z produkcji modelu BlackBerry Q10. [...]. Wyjaśniamy, iż aparat BlackBerry Classic jest wyposażony w nowoczesny port wielofunkcyjny złącze microUSB z obsługą trybu HDMI, Spełnia więc wymagania określone w siwz „microHDMI - USB 2.0”.

Z powyższego wynika, w ocenie odwołującego, że Polkomtel Sp. z o.o. potwierdziła w swym piśmie, że oferowany telefon nie posiada złącza microHDMI. Zdaniem odwołującego, na uwzględnienie nie zasługuje wyjaśnienie Polkomtel Sp. z o.o., że brak złącza microHDMI nie powoduje sprzeczności z SIWZ, gdyż aparat ten posiada co prawda złącze microUSB, ale z „obsługą trybu HDMI”. Odwołujący podkreślił, że zamawiający wymagał złącza microHDMI i żadnego innego. Oferowany telefon albo takie złącze posiada albo nie. Jak zaznaczył odwołujący, złącze microHDMI jest po prostu inne niż microUSB (inna wtyczka).

Odwołujący dodał, że nie spełni wymagania zamawiającego zastosowanie np. tzw. „prześciówki”/adaptera” microUSB (SlimPort) -> hdmi, gdyż zamawiający nie dopuścił takiego rozwiązania w SIWZ. Adapter w słownikowym znaczeniu to element adaptujący, t.j. przystosowujący - element urządzenia umożliwiający zastosowanie go do innych celów niż zostało to pierwotnie przewidziane. Jest to dodatkowy element, pośredniczący w połączeniu dwóch urządzeń. Zmniejsza on komfort pracy z urządzeniem, gdyż adapter ma postać dodatkowego urządzenia łączonego kablem.

Odwołujący ponownie wskazał, że zamawiający wymagał telefonów posiadających wyspecyfikowane parametry, bez dodatkowych elementów „przystosowywujących”, brak jednego z nich - złącza micro HDMI - dyskwalifikuje ofertę Polkomtel Sp. z o.o. i powoduje, że podlega ona odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp. Co więcej, z oferty Polkomtel Sp. z o.o. w żadne sposób nie wynika, że wykonawca ten zaoferował jakiegokolwiek dodatkowe wyposażenie, w tym np. tzw. adapter, choć odwołujący podkreśla, że nawet gdyby tak było, to w dalszym ciągu oferta powinna być uznana za sprzeczną z SIWZ.

Z uwagi na powyższe, zdaniem odwołującego, zamawiający miał obowiązek odrzucić ofertę po zapoznaniu się z wyjaśnieniami Polkomtel Sp. z o.o. Instytucja wyjaśnień nie może bowiem służyć do rozszerzenia zakresu zobowiązania wykonawcy, gdyż oznaczałoby to prowadzenie niedozwolonych negocjacji pomiędzy stronami oraz wprowadzenie w ich wyniku zmian w treści oferty.

Odwołujący uzupełnił zarzut przez wskazanie, że w stosunku do telefonów komórkowych wszystkich grup (A, B, C1 i C2), w Załączniku nr 1 do OPZ w ostatnich trzech pozycjach każdej z tabel dla danej grupy telefonów, zamawiający wskazał, że wymaga

wyposażenia w postaci: ładowarki, przewodowego zestawu słuchawkowego stereo oraz kabla USB w ilości 1 szt. dla każdego modelu. Z oferty Polkomtel Sp. z o.o. w żaden sposób nie wynika, że wykonawca ten zaoferował ww. elementy w zestawie. Jest to, w opinii odwołującego, istotne, gdyż przykładowo w zakresie telefonów grupy C1 zarówno odwołujący, jak i Polkomtel Sp. z o.o. zaoferowali dla jednego z zakresów ten sam model telefonu, tj. Nokia Lumia 635. Z powszechnie dostępnych informacji wynika, że telefon ten nie posiada w zestawie wymaganego przez zamawiającego wyposażenia. Ze strony internetowej producenta http://www.microsoft.com/pl-pl/mobile/telefony/lumia635/specyfikacie/#head_what-s-in-the-box wynika wyraźnie, że do zestawu wchodzi jedynie: Nokia Lumia 635 (telefon), ładowarka Nokia AC-20 oraz instrukcja.

Jak zaznaczył odwołujący, w swojej ofercie odwołujący, w celu uniknięcia zarzutu niezgodności z SIWZ, w formularzu rzeczowo-cenowym w tabeli „Wykaz oferowanych modeli”, w tym dla modelu Nokia Lumia 635 wyraźnie wskazał w kolumnie „Uwagi”, jakie wyposażenie oferuje, tj. wraz z ładowarką, przewodowym zestawem słuchawkowym oraz kablem. Tymczasem Polkomtel Sp. z o.o. pozostawiła tę kolumnę niewypełnioną i nie zawarła tych informacji w innym miejscu. Z tego względu zamawiający nie może mieć pewności, że ww. elementy znajdują się w zestawie. Dopiero w wyjaśnieniach z dnia 19 czerwca 2015 r. Polkomtel Sp. z o.o. z własnej inicjatywy postanowiła zapewnić zamawiającego o tym, że telefon będzie „dostarczony ze wszystkimi niezbędnymi akcesoriami”. Jest to, zdaniem odwołującego, reakcja spóźniona, nie usuwająca wadliwości oferty. Powyższe, w ocenie odwołującego, również stanowi podstawę do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp.

2. Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 87 ust. 1 ustawy Pzp

Odwołujący podniósł, iż w formularzu rzeczowo-cenowym, w tabeli dotyczącej oferowanych modemów (przedostatnia tabela, zatytułowana „Oferujemy usługi w technologii 2G/3G wraz z nw. modelami modemów”), zamawiający wymagał wskazania, czy oferowany model znajduje się na liście zgodności dla rutera Vigor 2910. W tym celu wykonawca miał obowiązek wskazać „TAK” albo „NIE”. Polkomtel Sp. z o.o. pozostawiła odpowiedni wiersz w tabeli pusty, zaniechując jego wypełnienia. W ten sposób zamawiający nie wie czy ww. funkcjonalność została zaoferowana. W opinii odwołującego, w tym zakresie zamawiający miał obowiązek przynajmniej wezwać wykonawcę do wyjaśnień treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp czego zaniechał.

Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu w zakresie

części 1,

2. wezwanie do wyjaśnień treści oferty Polkomtel Sp. z o.o. w zakresie czy oferowany model modemu znajduje się na liście zgodności dla rutera Vigor 2910,
3. odrzucenie oferty Polkomtel Sp. z o.o. w zakresie części 1,
4. powtórzenie czynności badania i oceny ofert w zakresie części 1,
5. dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części 1.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Polkomtel Sp. z o.o.

Na rozprawie strony podtrzymały dotychczas prezentowane stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym dokumentację z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a w szczególności treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, ofertę złożoną przez Polkomtel Sp. z o.o. w przedmiotowym postępowaniu, dokumenty wymienione w treści uzasadnienia, a także stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając ich tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Izba ustaliła, że rozpoznawane przez Izbę odwołanie dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które zostało wszczęte po dniu 19 października 2014 r., tj. po wejściu w życie przepisów ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2014 r. poz. 1232). Uwzględniając dyspozycję art. 3 wskazanej ustawy, Izba rozpoznała niniejsze odwołanie w oparciu o przepisy ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym aktualnie.

Rozstrzygając zarzut braku w telefonie zaoferowanym przez Polkomtel Sp. z o.o. złącza micro HDMI Izba wzięła pod uwagę postanowienie SIWZ, z którego odwołujący wyprowadził takie wymaganie. W pkt 4.1 Załącznika nr 1 do Opisu przedmiotu zamówienia parametr techniczny „Złącza dodatkowe (minimum)” dla Zakresu 4 zamawiający opisał następująco: „micro HDMI-USB 2.0”. Izba stwierdziła, iż postanowienie to jest niejednoznaczne – nie istnieje bowiem jedno złącze, które można by określić jako „micro HDMI-USB 2.0”. Jak strony zgodnie twierdziły, istnieją w tym zakresie dwa typy portów komunikacyjnych, które różnią się sposobem ukształtowania złącza. Wobec tak sformułowanego postanowienia SIWZ niezbędne było dokonanie przez wykonawców interpretacji tego wymogu.

W ocenie Izby, postanowienie to mogło zostać zinterpretowane w sposób, w jaki uczynił to odwołujący, uznając za niezbędne zaoferowanie telefonu zawierającego dwa złącza – micro HDMI oraz USB 2.0. Jednakże, uwagi na brak koniunkcji czy przecinka pomiędzy „micro HDMI” a „USB 2.0”, za równie uprawnione Izba uznała zinterpretowanie przedmiotowego wymagania jako konieczność zapewnienia możliwości korzystania z funkcji, do jakich to złącze jest przeznaczone. Należy przy tym zważyć, że niejednoznaczność wymagania sformułowanego przez zamawiającego nie może prowadzić do negatywnych konsekwencji po stronie wykonawcy. Wobec powyższego, Izba stwierdziła, że telefon BlackBerry Classic zaoferowany przez Polkomtel Sp. z o.o. spełnia sporny wymóg, co potwierdza m.in. złożone przez Polkomtel Sp. z o.o. pismo przedstawiciela BlackBerry Poland Sp. z o.o. z dnia 13 lipca 2015 r. oraz specyfikacja produktu Classic. Jednocześnie, z uwagi na wskazaną powyżej możliwość różnej interpretacji spornego wymagania, bez znaczenia dla rozstrzygnięcia przedmiotowego zarzutu pozostają pismo przedstawiciela BlackBerry Poland Sp. z o.o. z dnia 23 czerwca 2015 r. oraz fotografie kabli micro HDMI i HDMI czy micro USB i USB przedstawione przez odwołującego.

Nie potwierdził się również zarzut dotyczący braku w ofercie Polkomtel Sp. z o.o. oświadczenia o zaoferowaniu kabla do transmisji w standardzie HDMI, jak też innych wymaganych elementów, jak ładowarka, zestaw słuchawkowy czy kabel USB. Izba zważyła, iż zamawiający nie wymagał złożenia w tym zakresie oświadczenia w ofercie, brak zatem podstaw do stwierdzenia uchybienia wykonawcy w tym przedmiocie. Wobec braku takiego wymagania ze strony zamawiającego, nie sposób czynić wykonawcy zarzutu, iż nie dokonał samodzielnej modyfikacji formularza ofertowego w celu złożenia takiego oświadczenia. Okoliczność, iż Polkomtel Sp. z o.o. zmodyfikowała formularz w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie prowadzi do wniosku, iż w obecnie prowadzonym przez zamawiającego postępowaniu Polkomtel Sp. z o.o. ww. dodatkowych elementów nie zaoferowała.

Tym samym, nie potwierdził się zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Izba nie stwierdziła także naruszenia przez zamawiającego art. 87 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania Polkomtel Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w zakresie czy oferowany model modemu znajduje się na liście zgodności dla rutera Vigor 2910. W ocenie Izby, jakiegokolwiek wyjaśnienia w tym przedmiocie stanowiłyby zmianę oferty, na co nie pozwala dyspozycja art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Jednocześnie, z uwagi na stwierdzony przez Izbę brak wymagania zamawiającego, aby oferowane modemy znajdowały się bądź nie na liście zgodności dla rutera Vigor 2910, a tym samym z uwagi na jedynie poglądowy charakter takiej informacji, Izba uznała, że niepodanie jej w ofercie nie pociąga za sobą negatywnych skutków.

Mając na uwadze powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 3 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba uwzględniła wniosek zamawiającego o przyznanie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600 PLN na podstawie złożonego rachunku.

Przewodniczący: