

WYROK
z dnia 30 czerwca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Mateusz Zientak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 czerwca 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 czerwca 2017 r. przez wykonawcę **T-M. P. Sp. z o. o. z siedzibą w Wykonawca, ul. (...)** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Operator Gazociągów Przesyłowych G.-S. S.A. z siedzibą w W., ul. (...)**

przy udziale

wykonawcy P.Sp. z o.o. z siedzibą w W., ul. (...), zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego – po stronie **zamawiającego**.

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego wykonawcę **T-M. P. Sp. z o. o. z siedzibą w W., ul. (...)**

i:

zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **T-M. P. Sp. z o. o. z siedzibą w W., ul. (...)** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 oraz z 2016 poz. 831, 996, 1020, 1250, 1265, 1579 i 1920) 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

Zamawiający Operator Gazociągów Przesyłowych G.-S. S.A. z siedzibą w W., ul. (...) wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Świadczenie usług telekomunikacyjnych (...) dla spółek O. G. P. G.-S. S.A. oraz P. L. S.A.«.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 14.03.2017 r. pod nrem 2017/S 051-094669.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 oraz z 2016 poz. 831, 996, 1020, 1250, 1265, 1579 i 1920) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Zamawiający poinformował 6.06.2017 r. o:

- 1) wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy P. sp. z o.o. z siedzibą w W.;
- 2) odrzuceniu oferty wykonawcy T-M. P. S.A. z siedzibą w W., ul. (...), gdyż treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji – art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Wykonawca T-M.I P. S.A. z siedzibą w W., ul. (...), zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, wniósł 16.06.2017 r. do Prezesa KIO odwołanie.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust. 1 Pzp przez odrzucenie oferty złożonej przez odwołującego, pomimo że jej treść odpowiada treści SIWZ oraz ewentualne zaniechanie wezwania Wykonawcy do udzielenia wyjaśnień;
- 2) art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez niezapewnienie zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (w związku z naruszeniem wyżej wymienionych przepisów ustawy) oraz udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynności odrzucenia oferty odwołującego;
- 2) dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego;
- 3) ewentualnie: wezwanie odwołującego do udzielenia wyjaśnień;
- 4) dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Argumentacja odwołującego

Odrzucenie oferty złożonej przez odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp nie znajduje uzasadnienia tak faktycznego, jak i prawnego. Oferta złożona przez odwołującego, zgodnie z wyraźną deklaracją Wykonawcy zawartą w treści oferty jest zgodna z treścią SIWZ i brak było podstaw do zastosowania w stosunku do odwołującego sankcji przewidzianej w art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Bezpodstawne jest przyjęte przez zamawiającego założenie, że wykonawca zdając sobie sprawę z niezgodności oferowanego rozwiązania z wymaganiami OPZ, specjalnie załączył do oferty wyjaśnienia, z których taka niezgodność miałaby dodatkowo wynikać – takie założenie pozbawione jest racjonalnych podstaw, a opis oferowanego rozwiązania został złożony zamawiającemu właśnie w celu dodatkowego potwierdzenia, że wykonawca, pomimo postanowień SIWZ niekorzystnych dla operatorów konkurencyjnych do wykonawcy Polkomtel, opracował rozwiązanie zapewniające spełnianie wszystkich wymagań.

Zarzuty podnoszone w stosunku do oferty odwołującego wynikają z niezrozumienia przez zamawiającego treści załączonego do oferty opisu i powinny, co najwyżej powodować wezwanie odwołującego do złożenia wyjaśnień, na etapie badania i oceny ofert, czy też wręcz na etapie realizacji umowy.

Wyznaczając wymagania, co do etapu badania i oceny ofert, zamawiający nie przewidział na tym etapie weryfikacji spełniania przez wykonawców jakichkolwiek wymagań w zakresie sposobu realizacji zamówienia opisanych w OPZ (Załącznik 1c do Umowy).

Skoro zatem zamawiający wyraźnie odstąpił od wymagania przedstawienia przez wykonawców szczegółów merytorycznych składanej oferty (poza deklaracjami wymaganymi zgodnie z Formularzem oferty), nie jest uprawnione dokonywanie przez niego oceny zgodności rozwiązania z wymaganiami SIWZ w oparciu o własną wiedzę lub w szczególności o informacje zaczerpnięte z publikacji prasowych.

1. Zastosowanie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp wymaga wyraźnego wskazania niezgodności pomiędzy treścią oferty odwołującego, a wymaganiami SIWZ, przy czym, ustalenie treści składanej oferty musi mieć charakter pozytywny i jednoznaczny i nie może opierać się na domysłach czy wątpliwościach zamawiającego. Szczególnie w sytuacji, w której zamawiający nie wymagał opisanego przez wykonawców żadnych szczegółów co do sposobu realizacji zamówienia na etapie składania ofert.

2. Podstawa odrzucenia oferty odwołującego opisana w pierwszej (jawnej) części uzasadnienia (pkt 11.1) Informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej nie opiera się na „pozytywnej”, przedstawionej zamawiającemu zgodnie z SIWZ treścią oferty wykonawcy, ale o własne, oparte na ogólnych informacjach i ustaleniach zamawiającego co do działalności

operatora. Tymczasem fakt, że jakieś niedopuszczalne w SIWZ rozwiązania są przez odwołującego stosowane, nie może prowadzić do prawidłowego jednoznacznego wniosku o fakcie, że zamawiający nie może zastosować innych, zgodnych z SIWZ rozwiązań – tym bardziej, że jak sam zamawiający dostrzega, świadomość ograniczeń stawianych przez zamawiającego przez ukształtowanie przez niego takich, a nie innych wymagań opisu przedmiotu zamówienia, posiadali wszyscy operatorzy mogący ubiegać się na tym wąskim rynku o realizację przedmiotowego zamówienia (*de facto* wyłącznie wykonawcy P., O. P. S.A. i T-M. P. S.A. posiadające wymagane uprawnienia i wystarczający potencjał spośród dostawców usług telemetrycznych dla podmiotów rynku publicznego).

3. Wyciąganie negatywnych konsekwencji wobec jednego z wykonawców, opierające się na braku wykazania przez tego wykonawcę zgodności oferty z wymaganiami SIWZ, w sposób rażąco narusza zasady wynikające z art. 7 ust. 1 Pzp. Zamawiający opierając badania i ocenę jednej z ofert wyłącznie o ogólną deklarację w ofercie, nie może narzucać odwołującemu (który taką deklarację również złożył) dodatkowych obowiązków polegających na konieczności udowadniania – czy to w złożonej ofercie, czy to przez konieczność wniesienia środka ochrony prawnej na podjętą przez zamawiającego decyzję o odrzuceniu oferty, że jest w stanie zaoferować rozwiązanie spełniające wymagania SIWZ. Należy przy tym nadmienić, że odwołujący spełnia wszystkie z wyznaczonych przez zamawiającego warunków podmiotowych udziału w postępowaniu, zatem uprawniony był do złożenia oferty na takich samych zasadach, jak każdy z wykonawców.

4. Tym bardziej, że zamawiającym, w załączonym do SIWZ Wzorze Umowy, wyraźnie przewidział (§ 1 ust. 1 pkt 1 Załącznika nr 2d do SIWZ), że uruchomienie usługi poprzedzone i uwarunkowane jest uprzednim dokonaniem przez zamawiającego odbioru bez zastrzeżeń Projektu zaoferowanego rozwiązania. To zatem na tym etapie i zgodnie z określonymi w Umowie zasadami odbywać się będzie weryfikacja przewidzianego przez wykonawcę sposobu realizacji zamówienia.

Wobec tego, należy stwierdzić, że ocena oferty odwołującego jako nieodpowiadającej treści SIWZ została przez zamawiającego podjęta w sposób nieuprawniony, nie tylko ze względu na to, że odwołujący potwierdził spełnianie wymagań SIWZ i merytoryczną poprawność złożonej oferty, ale również ze względu na fakt, że zamawiający zaniechał wyjaśnienia i ustalenia, jaka faktycznie jest treść świadczenia wykonawcy, np. przez wezwanie odwołującego do udzielenia wyjaśnień w zakresie oferowanego rozwiązania.

Z uwagi na fakt, że zarówno zaoferowane rozwiązanie, jak i wyjaśnienia złożone przez odwołującego objęte są tajemnicą przedsiębiorstwa skutecznie zastrzeżoną w postępowaniu o udzielenie zamówienia, argumentacja merytoryczna odnosząca się do zarzutów

podniesionych przez zamawiającego w części niejawniej uzasadnienia odrzucenia oferty została przedstawiona w załączniku nr 1 do odwołania.

W związku z tym, odwołujący wniósł o nieudostępnienie załącznika nr 1 do odwołania innym podmiotom oraz rozpoznanie odwołania w tym zakresie z wyłączeniem jawności. Egzemplarze załącznika nr 1 do odwołania zostały przekazane jedynie Krajowej Izbie Odwoławczej i zamawiającemu. Do zastrzeżonych informacji, posiadających charakter techniczny i technologiczny oraz stanowiących know-how odwołującego, stosuje się w pełni argumentacja przedstawiona w tym zakresie w wyjaśnieniach zawartych w ofercie. Odwołujący przedstawił w nich obszernie uzasadnienie wykazujące zasadność dokonanego zastrzeżenia oraz przedstawił dowody potwierdzające stosowanie przez niego zasad zachowania poufności informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Argumentacja i dowody tam przedstawione odnoszą się również do obecnie zastrzeganych informacji.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu 16.06.2017 r. (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom 16.06.2017 r. (art. 185 ust. 1 in initio Pzp).

19.06.2017 r. wykonawca P. Sp. z o.o., ul. (...) złożył (1) Prezesowi KIO, z kopiami dla (2) zamawiającego i (3) odwołującego, pismo o zgłoszeniu przystąpienia po stronie zamawiającego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania zgodnie z art. 185 ust. 2 Pzp.

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy 26.06.2017 r. (art. 186 ust. 1 Pzp). Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że odwołanie nie jest zasadne.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

Izba postanowiła dopuścić, jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Izba wzięła pod uwagę dowody złożone i omówione na rozprawie przez przystępującego jako plik dowodów P1 [PRZYSTĘPUJĄCY 1] i pojedynczy dowód P2 [PRZYSTĘPUJĄCY 2]:

- 1) dowód numer 1 – sprawozdanie finansowe wykonawcy T-M. za rok zakończony 31 grudnia 2014 r.; w punkcie 2.14 pokazane jest zawarcie 15 letniej umowy RAN sharingu z wykonawcą O. na wykazanie, że nie będzie uprawnień, ale również zobowiązań do współdzielenia sieci między tymi dwoma podmiotami;
- 2) dowód numer 2 – sprawozdanie finansowe jw. w pkt 26 wskazano na mniejsze nakłady inwestycyjne spółki N.!, która budowała infrastrukturę i z 7 tys. x 2 punktów (anten) będących własnością każdego z podmiotów pozostało razem około 10 tys. anten;
- 3) dowód numer 3 – od lipca 2011 r. do grudnia 2014 r. zmniejszono liczbę anten u wykonawców T-M. i O. z 7 tys. (razem ok. 14 tys.) do razem ok. 10 tys. wspólnie budując sieć i to trwało około 3 lata, a więc nowa umowa czy wrócenie do stanu poprzedniego powinno też trwać około 3 lat dlatego przystępujący wykazuje, że odwołujący nie mógłby mieć oddzielnej sieci z antenami – niezależnej od wykonawcy O. na moment rozpoczęcia świadczenia umowy z zamawiającym (październik 2017 r.);
- 4) dowód numer 5 – zdjęcie panelu anteny na wykazanie, że panel jest wspólny, a poza zdjęciem wiadomo, że stacja bazowa B. również jest urządzeniem wspólnym dla tych dwóch podmiotów z umowy RAN sharing;
- 5) dowód numer 6 – odwołujący wskazuje po około 5 tys. anten dla wykonawców T-M. i O., a więc są to pojedyncze sieci niemogące sprostać objęciem wszystkich punktów swoim zasięgiem i niespełniających postanowień SIWZ – OPZ, V warunki gwarancji SLA punkt 1 litera A SIWZ, która mówi o dostępności usług nie mniejszych niż 97% i pkt 3 oraz pkt I.3 OPZ;
- 6) dowód numer 8 – tabela na wykazanie, że wykonawca T-M. nie ma pozwolenia radiowego w miejscowości G., ale korzysta z anteny współdzielonej z wykonawcą O. na zasadach umowy RAN sharing;

- 7) dowód numer 9 – tabela na wykazanie, że w miejscowości M.-G. – antenę wykonawcy T-M. wykorzystuje wykonawca O.;
- 8) dowód numer 10 – tabela na wykazanie, że w miejscowości S. w dosyć newralgicznym punkcie niedaleko gazociągu wysokiego ciśnienia i również w tym miejscu wykonawca O. korzysta z sieci wykonawcy T-M. i znowu w momencie awarii obie te sieci nie mogły być używane;
- 9) dowód numer P2 – pismem »Stanowisko przystępującego na rozprawie z 27.06.2017 r.« na wykazanie, że odwołujący nie posiada sieci niezależnej od wykonawcy O., a więc nie może zostać oferta odwołującego wybrana jako najkorzystniejsza.

Ponadto nie miał znaczenia dowód nr O1 Ekspertyza KIGEiT, wniesiony przez odwołującego z zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa, gdyż eksperci odnieśli się tylko do pierwszej części zadania, ale eksperci nie dali odpowiedzi na dalsze wymagania zamawiającego, na co wskazał zamawiający i nie zostało to podważone przez odwołującego.

W ocenie Izby, zarzut pierwszy naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust. 1 Pzp – przez odrzucenie oferty złożonej przez odwołującego, pomimo że jej treść odpowiada treści SIWZ oraz ewentualne zaniechanie wezwania Wykonawcy do udzielenia wyjaśnień – nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że zamawiający nie oczekiwał złożenia oświadczeń w sprawie RAN sharingu. RAN sharing jest to okoliczność obiektywna o charakterze podmiotowym. W pytaniu i odpowiedzi nr 27, gdzie wykonawca pytał o to czy zamawiający zgodzi się na złożenie oferty, które przez wykonawcę, który współdzieli radiową sieć dostępową, czyli RAN sharing, z operatorem, który po wygaśnięciu aktualnej umowy będzie jedynym z redundantnych operatorów sieci telemetrycznej. Pytanie dotyczyło właściwości podmiotowej danego wykonawcy. W odpowiedzi zamawiający doprecyzował, że nie dopuszcza RAN sharingu, czyli współdzielenia infrastruktury wykonawcy z dotychczasowym wykonawcą tej usługi tj. wykonawcą O.. Jednak w ofercie odwołujący potwierdził, a nawet na rozprawie, że współdzieli infrastrukturę z wykonawcą O.. Zatem wymóg zamawiającego nie został spełniony i stało się do postawą do odrzucenia oferty. Dla specjalistów z tej telekomunikacyjnej jest ogólnie wiadome, że obecnie wykonawca T-M. ma RAN sharing z wykonawcą O..

Zamawiający podkreślił w OPZ konieczność posiadania dodatkowej, oddzielnej od posiadanej sieci transmisji danych. Stąd ważne jest, aby obie te sieci były od siebie niezależne (całkowicie).

Ponadto przystępujący dowiódł na rozprawie, że odwołujący nie dysponuje niezależną siecią na całym wymaganym przez odwołującego obszarze świadczenia usługi, a dysponuje taką siecią na zasadzie RAN sheringu z dotychczasowym wykonawcą usługi.

Wobec niewykazania omówionej cechy niezależności przez sieć należąca do odwołującego zamawiający musiał odrzucić ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, który to przepis brzmi »Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli [...] jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3«. W związku z tym Izba nie może przychylić się do zarzutu odwołującego.

Wobec tego pozostałe zarzuty i naruszenia przepisów nie miały wpływu na wynik postępowania w związku z czym zarzuty zostają oddalone, zgodnie z art. 192 ust. 2 Pzp, który to przepis brzmi »Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia«.

W ocenie Izby, zarzut drugi naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp – przez niezapewnienie zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy – nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że zamawiający wyciągając negatywne konsekwencje wobec odwołującego, opierając się na braku wykazania przez odwołującego zgodności oferty z wymaganiami SIWZ nie naruszył art. 7 ust. 1 ani art. 7 ust. 3 Pzp.

Zamawiający nie narzucił odwołującemu dodatkowych obowiązków polegających na konieczności udowodnienia, że jest w stanie zaoferować rozwiązanie spełniające wymagania SIWZ. Odwołujący spełnia wszystkie z wyznaczonych przez zamawiającego warunków podmiotowych udziału w postępowaniu, zatem uprawniony był do złożenia oferty na takich samych zasadach, jak każdy z wykonawców, jednak odwołujący nie wykazał, że jego oferta spełniała wszystkie wymogi zamawiającego zawarte w SIWZ, co zostało okazane wyżej.

W związku z tym Izba nie może uwzględnić zarzutu drugiego naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp.

Zamawiający – podczas prowadzenia postępowania – nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: