

**WYROK**

**z dnia 30 czerwca 2016 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Katarzyna Brzeska**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 czerwca 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 20 czerwca 2016 r. przez **wykonawcę T – Mobile Polska S. A. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego: Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie**

**orzeka:**

- 1. Oddala odwołanie;**
- 2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę T – Mobile Polska S. A. z siedzibą w Warszawie i:**
  - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **wykonawcę T – Mobile Polska S. A. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania;

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) 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 – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.) (zwanej dalej również „ustawą Pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia na: *„Świadczenie usług telefonii komórkowej wraz z dostawą aparatów telefonicznych z akcesoriami oraz modemów transmisji danych z aktywnymi i skonfigurowanymi kartami SIM dla Centrali GDDKiA i Oddziałów GDDKiA”*.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 20 kwietnia 2016 r. pod numerem 2016/S 077-137559.

Wykonawca T – Mobile Polska S. A. z siedzibą w Warszawie (zwany dalej: „Odwołującym”) w dniu 20 czerwca 2016 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie wobec zaniechania poprawienia w ofercie Odwołującego innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ oraz odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, z uwagi na niewypełnienie pozycji „Aktywacja usług dodatkowych dla numerów MSISDN” w Formularzu „Jakość” i w konsekwencji unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, mimo że oferta Odwołującego zawiera niższą cenę, niż kwota jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz, art. 87 ust. 1, ust. 2 pkt 3, art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania, unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert, ewentualnie wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień treści oferty lub poprawienia omyłki w ofercie Odwołującego, dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz unieważnienia postępowania z dnia 10 czerwca 2016 r. stały się przedmiotem odwołania, wniesionego w dniu 20 czerwca 2016 r. przez wykonawcę T – Mobile Polska S. A. z siedzibą w Warszawie.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, ofertę wykonawcy T – Mobile Polska S. A. z siedzibą w Warszawie - jak również oświadczenia i stanowiska stron postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:**

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu.

Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał Zamawiającemu kopię niniejszego odwołania.

Izba ustaliła również, że wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 20 czerwca 2016 r.

Izba – wobec wniesionej przez Odwołującego opozycji - nie potwierdziła skuteczności zgłoszonych przystąpień do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego (które wpłynęły do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 czerwca 2016 r.) następujących wykonawców:

- Orange Polska S. A. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego,
- Polkomtel Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego,

z uwagi na brak interesu w przystąpieniu obu wykonawców do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Izba uwzględniając opozycję Odwołującego uwzględniła argumentację, iż oferta wykonawcy Orange Polska S. A. z siedzibą w Warszawie została odrzucona w przedmiotowym postępowaniu, a podmiot ten nie wniósł odwołania od decyzji Zamawiającego. Nie ulega wątpliwości, że interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której złożono przystąpienie wymaga, by ewentualne rozstrzygnięcie postępowania odwoławczego rzutowało w sposób pozytywny na pozycję podmiotu zgłaszającego przystąpienie w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego – co nie ma miejsca w przypadku tego wykonawcy. Co do wykonawcy Polkomtel Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, jak wskazał Odwołujący – poprzez czynność unieważnienia postępowania, Zamawiający jednoznacznie potwierdził, iż nie zamierza przeznaczyć większej ilości środków na realizację zamówienia, objętego postępowaniem, w związku z czym wykonawca Polkomtel Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie nie ma i nie będzie miał możliwości uzyskania zamówienia. Wykonawca ten poza tym nie kwestionował poprzez

wniesienie odwołania dokonania przez Zamawiającego czynności unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

**Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:**

Przedmiotem zamówienia jest „Świadczenie usług telefonii komórkowej wraz z dostawą aparatów telefonicznych z akcesoriami oraz modemów transmisji danych z aktywnymi i skonfigurowanymi kartami SIM dla Centrali GDDKiA i Oddziałów GDDKiA”.

*/dokumentacja postępowania: Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, str. 1/.*

Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (zwana dalej również: „SIWZ”) zawierała m. in. następujące postanowienia:

- Pkt 9.4. Tomu I SIWZ (IDW): - Ofertę stanowią wypełniony i podpisany formularz „Oferta” wraz z Formularzem Cenowym (Załącznik nr 4 do Formularza „Oferta”) oraz Formularzem „Jakość” (Załącznik nr 5 do Formularza „Oferta”) ocenianym w pozacenowym kryterium oceny ofert,
- Pkt 15.1. Ad. 2 „Jakość” Tomu I SIWZ (IDW) - Formularz „Jakość” stanowić będzie integralną część umowy zawieranej z wyłonionym w drodze niniejszego postępowania Wykonawcą, wobec tego Wykonawca będzie związany proponowanymi rozwiązaniami i odpowiedzialny wobec Zamawiającego,
- Pkt 15.1. Ad. 2 „Jakość” ppkt c) Tomu I SIWZ (IDW) - formularz „JAKOŚĆ” nie stanowi dokumentu składanego w celu potwierdzania spełniania warunków udziału w postępowaniu, wobec czego art 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp nie ma zastosowania,
- § 7 ust. 1 pkt 1.2. Tomu II SIWZ „Istotne Postanowienia Umowy” – W razie niewykonania lub nienależytego wykonania przedmiotu Umowy Zamawiający naliczy Wykonawcy kary umowne: za każdorazowe nie wywiązanie się Wykonawcy z któregośkolwiek z deklarowanych kryteriów jakościowych Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 0,01% wartości wymienionej w § 5 ust. 1 Umowy.

*/dokumentacja postępowania: Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, m. in. str. 8, 14/.*

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że w niniejszym postępowaniu oferty złożyli następujący wykonawcy:

1. Orange Polska S. A. z siedzibą w Warszawie – cena oferty: 2.518.579,78 zł brutto;
2. Polkomtel Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – cena oferty: 3.432.204,04 zł brutto;
3. T-Mobile Polska S. A. z siedzibą w Warszawie – cena oferty 2.215.408,96 zł brutto.

*/dokumentacja postępowania: Zawiadomienie o unieważnieniu postępowania z dnia 10 czerwca 2016 r., str. 1-2/*

Zamawiający w dniu 10 czerwca 2016 r. poinformował wykonawców o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp oraz o odrzuceniu ofert wykonawców: T- Mobile Polska S. A. z siedzibą w Warszawie oraz Orange Polska S. A. z siedzibą w Warszawie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Uzasadniając stanowisko dotyczące odrzucenia oferty wykonawcy T- Mobile Polska S. A. z siedzibą w Warszawie Zamawiający wyjaśnił m. in., iż w ofercie złożonej przez T- Mobile Polska S.A. - w Formularzu „Jakość” Wykonawca nie wskazał czasu wykonania usługi „Aktywacja usług dodatkowych dla numerów MSISDN” (niewypełniona kolumna 3 dla wiersza nr 1). Dane podawane przez Wykonawców w powyższym formularzu stanowiły podstawę do dokonania przez Zamawiającego oceny ofert w kryterium „Jakość”. Ponadto Formularz „Jakość” stanowił deklarację Wykonawcy co do sposobu realizacji umowy. Zatem – w ocenie Zamawiającego - dokument ten miał wpływ zarówno na wynik postępowania jak i na warunki realizacji zamówienia publicznego. W związku z powyższym oferta Wykonawcy T - Mobile Polska S.A. z siedzibą w Warszawie podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

*/dokumentacja postępowania: Zawiadomienie o unieważnieniu postępowania z dnia 10 czerwca 2016 r., str. 2/*

Ponadto w piśmie z dnia 10 czerwca 2016 r. Zamawiający wskazał, że cena oferty złożonej przez wykonawcę Polkomtel Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przewyższa kwotę, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, wobec powyższego postępowanie podlega unieważnieniu na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

*/dokumentacja postępowania: Zawiadomienie o unieważnieniu postępowania z dnia 10 czerwca 2016 r., str. 2/*

Od niniejszej czynności Zamawiającego wykonawca T-Mobile Polska S. A. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie w dniu 20 czerwca 2016 r.

*/dokumentacja postępowania: Odwołanie wykonawcy T-Mobile Polska S. A. z siedzibą w Warszawie z dnia 20 czerwca 2016 r. /.*

Pismem z dnia 29 czerwca 2016 r. Zamawiający odpowiedział na odwołanie, nie zgadzając się z zarzutami zawartymi w odwołaniu oraz wnosząc o oddalenie przedmiotowego odwołania.

*/dokumentacja postępowania: Odpowiedź na odwołanie Zamawiającego z dnia 29 czerwca 2016 r. /.*

**Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:**

Izba oceniając zarzuty Odwołującego - przedstawione w odwołaniu – uznała, że powyższe zarzuty nie znalazły potwierdzenia w niniejszym stanie faktycznym.

Izba badając postawione przez Odwołującego zarzuty - wzięła pod uwagę następujące okoliczności faktyczne i prawne:

Odwołanie podlega oddaleniu.

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art.89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Działanie Zamawiającego w niniejszym stanie faktycznym należy uznać za zgodne z przepisami ustawy Pzp. Bezspornym jest, iż Odwołujący w Formularzu „Jakość” nie wskazał czasu wykonania usługi „Aktywacja usług dodatkowych dla numerów MSiSDN”. W ocenie Izby powyższy element nie tylko stanowił informację niezbędną do przyznania punktacji w kryterium oceny ofert, ale także informację która miała zostać przeniesiona do umowy zawieranej z Wykonawcą jako jeden z istotnych jej elementów. Brak powyższej informacji – co słusznie zauważył Zamawiający – stanowiłoby istotny brak co do zakresu świadczenia przedmiotowej usługi. Wobec powyższego zgodzić należy się z Zamawiającym, iż owy brak mógł tylko stanowić podstawę do odrzucenia oferty Odwołującego jako niezgodnej z SIWZ na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Ponadto istotną wagę pozycji Formularza „Jakość” „Aktywacja usług dodatkowych dla numerów MSiSDN” potwierdza pkt 9.4 Tomu I SIWZ, zgodnie z którym element ten miał być przez Zamawiającego oceniany w kryterium pozacenowym, zaś pkt 15.1. Ad. 2 Tomu I SIWZ wskazywał, iż Formularz „Jakość” stanowi integralną część umowy, a art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp nie będzie miał zastosowania.

W ocenie Izby nie można zgodzić się z Odwołującym, iż w niniejszym stanie faktycznym mamy do czynienia z omyłką z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zauważenia wymaga, iż pozycja „Aktywacja usług dodatkowych dla numerów MSiSDN” stanowiła kryterium oceny ofert (jej podkryterium), którego wyjaśnienie po otwarciu ofert mogłoby być uznane za niedozwolone negocjacje i próba manipulacji przyznaną punktacją znaną wykonawcom po otwarciu ofert – co w ocenie Izby jest niedopuszczalne. Po drugie nie można uznać, że brak tej informacji był inną omyłką z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, a Zamawiający zaś zobowiązany był do wpisania wartości „8” przy pozycji „Aktywacji usług

dotychczasowych dla numerów MSiSDN”. Izba nie znalazła podstaw do uznania, że usługi „Aktywacja usług dodatkowych dla konta abonenckiego” są na tyle tożsame z usługami „Aktywacja usług dodatkowych dla numerów MSiSDN”, aby należało przyjąć również wartość „8”. Usługi te zostały – jak zauważył Zamawiający – rozdzielone i odrębnie były badane przez Zamawiającego, również w kryterium oceny ofert (jako odrębne podkryterium). Zatem Zamawiający zakładał, że dla tych usług mogą być wskazane odrębne wartości w Formularzu i odrębnie mogą zostać przyznane punkty przez Zamawiającego w ramach tego kryterium. Ponadto uwagi wymaga, iż w tym kryterium wykonawcy podali różne wartości, zatem nie można z góry założyć, że Odwołujący z całą pewnością podałby wartość „8”, skoro wartość ta była istotnym elementem zawartym w treści świadczonej umowy. Zamawiający poprzez wydzielenie tych pozycji oraz przyjęcie odrębnego podkryterium uznał, że może zaistnieć sytuacja w której wartości te będą się od siebie różniły.

Odnosząc się do poz. Nr 3 Formularza „Jakość” „Zmiana numeru telefonu” w stosunku do poz. numer 1 „Aktywacja usług dodatkowych dla numerów MSiSDN”, to wartości te kształtowały się odmiennie, różnie dla każdego wykonawcy. W konsekwencji nie potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz art. 87 ust. 1 oraz art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Wobec niedopatrzenia się naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, Izba nie znalazła również podstaw do przypisania Zamawiającemu naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Wobec tak zaistniałego stanu faktycznego Krajowa Izba Odwoławcza nie znalazła podstaw do uwzględnienia niniejszego odwołania.

W konsekwencji mając na względzie okoliczności niniejszej sprawy, orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

Wobec powyższego, orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz 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), tj. stosownie do wyniku postępowania.

**Przewodniczący:**

.....