

POSTANOWIENIE
z dnia 12 grudnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 12 grudnia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 grudnia 2011 r. przez wykonawcę **POLKOMTEL S.A., ul. Postępu 3, 02-676 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Centrum Usług Wspólnych, ul. Powsińska 69/71, 02-903 Warszawa,**

przy udziale wykonawcy **Polska Telefonia Cyfrowa S.A., Al. Jerozolimskie 181, 02-222 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

postanawia:

1. odrzuca odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża **POLKOMTEL S.A., ul. Postępu 3, 02-676 Warszawa** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **POLKOMTEL S.A., ul. Postępu 3, 02-676 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **POLKOMTEL S.A., ul. Postępu 3, 02-676 Warszawa** na rzecz **Centrum Usług Wspólnych, ul. Powsińska 69/71, 02-903 Warszawa** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą uzasadnione 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 niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

I. Zamawiający, Centrum Usług Wspólnych w Warszawie (instytucja gospodarki budżetowej), prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Świadczenie usług telefonii ruchomej wraz z dostawą telefonów komórkowych i modemów z aktywnymi kartami SIM”, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. UE w dniu 21 września 2011 r.; wartość zamówienia jest większa, niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych. Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) została opublikowana w dniu 19 września 2011 r. (zgodne oświadczenia Stron na posiedzeniu).

W dniu 2 grudnia br. POLKOMTEL SA w Warszawie wniósł odwołanie. W odwołaniu zarzucono Zamawiającemu zaniechanie unieważnienia postępowania obarczonego wadą prowadzącą do zawarcia umowy podlegającej unieważnieniu oraz naruszenie innych przepisów Prawa zamówień publicznych.

Odwołujący twierdził, że o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania powziął informację w dniu 23 listopada 2011 r., bowiem wówczas na otwarciu ofert Zamawiający odczytał ceny podane w ofertach.

Dalej Odwołujący w odwołaniu wskazał, iż zgodnie z postanowieniami SIWZ Wykonawcy zobowiązani byli podać ceny netto za wymienione w formularzu ofertowym (załącznik nr 3 do SIWZ), składniki cenotwórcze (usługi telekomunikacyjne oraz urządzenia). Zamawiający postanowił w SIWZ, iż dokona porównania złożonych ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie „Kryteriów oceny ofert” opisanych rozdziale VII pkt VI-VIII SIWZ.

Odwołujący wywodził, że posługując się danymi uzyskanymi na otwarciu ofert, dokonał obliczeń, w wyniku których należy dojść do wniosku, że w przedmiotowym postępowaniu porównanie ofert oraz wybór oferty najkorzystniejszej nie będą możliwe, ponieważ w wyniku tych obliczeń Zamawiający otrzyma łączną kwotę netto. W związku z tym postępowanie obarczone jest wadą, która ma bezpośredni wpływ na jego wynik, a w konsekwencji prowadzi do nieważności umowy w sprawie zamówienia.

Odwołujący poinformował Zamawiającego o wyniku dokonanych obliczeń, doręczając w dniu 30 listopada 2011 r. pismo, w którym wskazuje wadę postępowania i wnioskuje o uwzględnienie skutków wskazanych naruszeń przepisów Prawa zamówień publicznych dla ważności przyszłej umowy w sprawie zamówienia, a także o podjęcie czynności, do

dokonania których Zamawiający obowiązany jest zgonie z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawa zamówień publicznych.

Zgodnie z art. 91 ust. 2 w zw. z art. 2 pkt 1 Prawa zamówień publicznych kryteriami oceny ofert są cena albo cena inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, przy czym pod pojęciem ceny należy rozumieć cenę w rozumieniu ustawy art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. ocenach, tj. „wartość wyrażoną w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę; w cenie uwzględnia się podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towaru (usługi) podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług oraz podatkiem akcyzowym”. Zatem cena, na podstawie której Zamawiający może dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej powinna być ceną brutto, tj. uwzględniającą podatek od towarów i usług.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił w dniu 8 grudnia br. wykonawca Polska Telefonii Cyfrowa S.A. w Warszawie.

Zamawiający i Przystępujący wnosili o odrzucenie odwołania na posiedzeniu, ponieważ w ich ocenie w istocie koncentruje się ono na kwestionowaniu postanowień SIWZ, a termin ku temu biegł od dnia jej opublikowania, zatem odwołanie wniesione w dniu 2 grudnia br. zostało złożone po terminie.

II. Izba ustaliła, co następuje:

Izba z urzędu dopuściła dowód z akt postępowania KIO 2520/11, 2526/11 i 2523/11, ponieważ Zamawiający na posiedzeniu oświadczył, że przekazał tamże kopię SIWZ poświadczoną z zgodność z oryginałem. Ponadto Zamawiający na posiedzeniu okazał oryginał SIWZ oraz oryginały trzech ofert złożonych w postępowaniu. Do akt sporządzono kopię formularza ofertowego stanowiącego załącznik do SIWZ oraz kopie formularzy ofertowych ze wszystkich trzech ofert.

Zamawiający określił w formularzu ofertowym, stanowiącym załącznik do SIWZ, w pkt. 6, tabelę, gdzie wskazał pozycje do wyceny. Zadaniem wykonawców było wypełnienie kolumny opisanej jako „Warunki/Cena netto (PLN)”.

W postępowaniu zostały złożone 3 oferty, wszystkie z wykorzystaniem załącznika do SIWZ – formularza cenowego, żaden z wykonawców nie zmienił opisu kolumny do wypełnienia.

Podczas otwarcia ofert Zamawiający odczytał, między innymi, wartości podane przez wykonawców w tabeli w pkt 6 formularza cenowego (zgodnie z oświadczeniem złożonym przez Zamawiającego na posiedzeniu; oświadczenie to nie zostało zakwestionowane przez Odwołującego).

Izba, uwzględniając powyższe ustalenia, uznała, iż odwołanie podlega odrzuceniu, jako wniesione po terminie. Odwołujący wywodził, że dopiero podczas otwarcia ofert powziął wiadomość o okoliczności, będącej podstawą do unieważnienia postępowania, stąd odwołanie wniesione jest w terminie. Jednak w ocenie Izby podczas otwarcia ofert nie zaistniała żadna nowa okoliczność, która mogłaby usprawiedliwiać powzięcie nowej, nieznanej wcześniej Odwołującemu wiadomości w zakresie sposobu przygotowania oferty i obliczenia ceny. Łatwo było przewidzieć na podstawie konstrukcji formularza ofertowego, jakiego rodzaju wartości zostaną wpisane przez wykonawców w rubryce opisanej jako „Warunki/Cena netto (PLN)”. Wszyscy wykonawcy zastosowali się od opisu kolumny. Z takiego postępowania wykonawców, będącego następstwem jednoznacznych postanowień SIWZ – a zatem łatwego do przewidzenia – nie można wywieść żadnej nowej, nieznanej uprzednio okoliczności. Termin na zakwestionowanie postanowień SIWZ biegł od dnia jej opublikowania i nie może być przywrócony przez czynność otwarcia ofert, podczas której okazało się, że oferty (zawierające zgodny z wzorem załączonym do SIWZ formularz cenowy/ofertowy) złożono zgodnie z wskazówkami zawartymi w SIWZ. Nie była tu konieczna żadna dogłębna analiza - Odwołujący twierdzi, że dopiero analiza złożonych ofert doprowadziła go do nowych wniosków, co spowodowało złożenie u Zamawiającego pisma wnioskiem o unieważnienie postępowania w dniu 30 listopada br. Tymczasem wobec sformułowań pkt 6 formularza cenowego, będącego załącznikiem do SIWZ, nie była konieczna żadna dodatkowa analiza czy symulacja, aby przewidzieć, jakiego rodzaju wartości zostaną podane przez wszystkich wykonawców (łącznie z Odwołującym) w formularzach cenowych stanowiących załącznik do ofert.

Izba nie może zaakceptować poglądu, zgodnie z którym Odwołujący może w każdej chwili złożyć odwołanie na zaniechanie unieważnienia postępowania, choć ewentualna wada – jeżeli w ogóle zaistniała - była znana od początku postępowania, prowadziłyby to do przywrócenia terminu na wniesienie odwołania; takie odwołanie można byłoby wnosić na każdym etapie postępowania, co uniemożliwiłoby prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Podobny pogląd w analogicznym stanie faktycznym (w przywołanej sprawie odwołujący kilkakrotnie wzywał zamawiającego do dobrowolnego unieważnienia postępowania) wyraziła Izba w uzasadnieniu orzeczenia sygn. akt KIO 2452/11.

W rozpoznawanej sprawie SIWZ została ujawniona wykonawcom 19 września 2011 r. (według zgodnego oświadczenia Stron na posiedzeniu). Tymczasem rozpoznawane odwołanie wpłynęło do Prezesa Izby w dniu 2 grudnia 2011 r., a więc z uchybieniem terminu, przewidzianego prawem.

Zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1) Prawa zamówień publicznych w przypadku, gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Prawa zamówień publicznych, odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przesłania przez Zamawiającego informacji o czynności stanowiącej podstawę jego wniesienia; zgodnie z art. 182 ust. 3 pkt 1 Prawa zamówień publicznych odwołanie wobec czynności innych niż określone w ust. 1 i 2 wnosi się w przypadku zamówień, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 - w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. Zatem odwołanie wniesione w dniu 2 grudnia 2011 r. zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 i ust. 3 Prawa zamówień publicznych orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. 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: