

Sygn. akt: KIO 2594/17

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 11 grudnia 2017 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Aleksandra Patyk**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 11 grudnia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 grudnia 2017 r. przez wykonawcę **Netia S.A. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Prokuraturę Krajową w Warszawie**,

przy udziale wykonawcy **T-mobile Polska S.A. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2594/17 po stronie Zamawiającego

**postanawia:**

1. odrzuca odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Netia S.A. z siedzibą w Warszawie** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Netia 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 2017 r. poz. 1579 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

Zamawiający – Prokuratura Krajowa w Warszawie [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *zakup usług transmisji danych dla jednostek organizacyjnych prokuratury* (znak postępowania: PK XF 261.19.2017).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 25 sierpnia 2017 r. pod numerem 2017/S 162-335187.

W dniu 7 grudnia 2017 r. wykonawca Netia S.A. z siedzibą w Warszawie [dalej „Odwołujący”] wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty T-Mobile Polska S.A. z siedzibą w Warszawie, pomimo iż jest ona niezgodna z treścią SIWZ;
2. art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia T-Mobile Polska S.A. z siedzibą w Warszawie z postępowania, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia jego oferty, pomimo tego, iż w wyniku lekkomyślności lub co najmniej niedbalstwa T-Mobile Polska S.A. z siedzibą w Warszawie przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego w ramach kryterium oceny ofert „*Realizacja łączy zapasowych usługi typu B*”, które to informacje mają istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu;
3. art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty T-Mobile Polska S.A. z siedzibą w Warszawie, pomimo iż zawiera ona błędy w obliczeniu ceny i kosztu;
4. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nieuzasadnione przyznanie T-Mobile Polska S.A. z siedzibą w Warszawie 10 punktów w ramach kryterium oceny ofert „*Realizacja łączy zapasowych usługi typu B*”, podczas gdy T-Mobile Polska S.A. z siedzibą w Warszawie w zakresie tego kryterium powinien otrzymać 0 punktów;
5. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ze względu na naruszenie wyżej wymienionych przepisów ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności badania i oceny ofert w postępowaniu;

2. nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny ofert w postępowaniu, wykluczenie T-mobile Polska S.A. z siedzibą w Warszawie oraz odrzucenia jego oferty;
3. ewentualnie – nakazanie ponownego przeliczenia punktów przyznanych T-mobile Polska S.A. z siedzibą w Warszawie w ramach kryterium oceny ofert „Realizacja łączy zapasowych usługi typu B” oraz nieprzyznanie T-mobile Polska S.A. z siedzibą w Warszawie punktów w zakresie tego kryterium.

Odnosząc się do kwestii wniesienia odwołania w ustawowym terminie Odwołujący wskazał, że w dniu 27 listopada 2017 r. otrzymał od Zamawiającego wezwanie do przystąpienia do postępowania odwoławczego zainicjowanego odwołaniem wniesionym przez T-Mobile Polska S.A. z siedzibą w Warszawie w ramach toczącego się postępowania o udzielenie zamówienia. Wraz z wezwaniem Zamawiający przesłał Odwołującemu kopię odwołania wniesionego przez T-Mobile Polska S.A. z siedzibą w Warszawie. W pkt III.2 odwołania T-Mobile Polska S.A. z siedzibą w Warszawie przedstawił nowe, nieujawnione wcześniej informacje odnoszące się do kryterium oceny ofert „*Realizacja łączy zapasowych usługi typu B*”, które to informacje mają istotny wpływ na ocenę oferty złożonej przez T-Mobile Polska S.A. z siedzibą w Warszawie. Stanowią one bowiem podstawę zarzutów sformułowanych w niniejszym odwołaniu. Należy przy tym podkreślić, iż Odwołujący, działając z należytą starannością, nie miał możliwości uzyskania tych informacji na wcześniejszym etapie postępowania.

Nadto wskazał, że zgodnie z art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, w przypadku zamówień, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia.

Wobec powyższego, w zakresie stawianych zarzutów Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania w terminie 10 dni od dnia 27 listopada 2017 r. (tj. od dnia, w którym otrzymał on kopię odwołania T-Mobile Polska S.A. z siedzibą w Warszawie), a więc do dnia 7 grudnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W dniu 14 listopada 2017 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia oferty Odwołującego. Jednocześnie Zamawiający nie wykluczył żadnego wykonawcy z udziału

w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia, jak również nie odrzucił oferty żadnego wykonawcy.

W dniu 27 listopada 2017 r. Zamawiający, w związku z wniesionym przez wykonawcę T-mobile Polska S.A. z siedzibą w Warszawie odwołaniem, przekazał wykonawcom uczestniczącym w przedmiotowym postępowaniu kopię odwołania, wraz z wezwaniem do przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Izba zważyła, iż zgodnie z art. 180 ust. 1 ustawy Pzp, odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy.

Z kolei art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia - jeżeli zostały przesłane w sposób określony w art. 180 ust. 5 zdanie drugie albo w terminie 15 dni - jeżeli zostały przesłane w inny sposób - w przypadku gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8. Przykładem takich czynności i zaniechań zamawiającego jest m.in. wybór oferty najkorzystniejszej, odrzucenie/zaniechanie odrzucenia ofert, wykluczenie/zaniechanie wykluczenia wykonawców z postępowania. W art. 182 ust. 2 ustawy Pzp wskazano terminy na wniesienie odwołania wobec treści ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jeżeli postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego. Art. 182 ust. 3 ustawy Pzp reguluje natomiast sytuacje nieobjęte ust. 1 i 2 art. 182 ustawy Pzp. Przepisem tym objęte zostały czynności lub zaniechania zamawiającego, o których zamawiający nie poinformował wykonawców, oraz te, które nie dotyczą treści ogłoszenia o zamówieniu bądź specyfikacji.

W stanie faktycznym przedmiotowej sprawy Odwołujący wniósł odwołanie wobec zaniechania odrzucenia oferty T-mobile Polska S.A. z siedzibą w Warszawie z uwagi na niezgodność oferty ww. wykonawcy z treścią SIWZ oraz błędy w obliczeniu ceny i kosztu, oraz ewentualnie w razie uznania ww. zarzutu za bezzasadny – od czynności oceny ofert skutkującej nieuzasadnionym przyznaniem wykonawcy T-mobile Polska S.A. z siedzibą w Warszawie 10 punktów w ramach kryterium oceny ofert „*Realizacja łączy zapasowych usług typu B*”, podczas gdy T-mobile Polska S.A. z siedzibą w Warszawie w zakresie tego kryterium powinna otrzymać 0 punktów. W ocenie Izby informację stanowiącą podstawę do kwestionowania działań i zaniechań Zamawiającego w ww. zakresie Zamawiający przekazał wykonawcom drogą elektroniczną w dniu 14 listopada 2017 r., zatem termin na wniesienie odwołania minął w dniu 24 listopada 2017 r. Ponadto zauważyć należy, że okoliczności

podnoszone przez Odwołującego nie dotyczą czynności czy zaniechań Zamawiającego podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, o których mowa w art. 182 ust. 3 ustawy Pzp, a stanowią okoliczności podnoszone przez wykonawcę T-mobile Polska S.A. z siedzibą w Warszawie w odwołaniu wniesionym w dniu 24 listopada 2017 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Tym samym, zdaniem Izby, termin na wniesienie odwołania w zakresie zarzutów podnoszonych przez wykonawcę Netia S.A. z siedzibą w Warszawie należało liczyć zgodnie z dyspozycją art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Wobec wpływu zatem odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 grudnia 2017 r. Izba stwierdziła, że zostało ono wniesione z uchybieniem terminu, co skutkuje koniecznością odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie drugie w zw. z art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

W dniu 11 grudnia 2017 r. zgłoszenie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego złożył wykonawca T-mobile Polska S.A z siedzibą w Warszawie. Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 oraz § 5 ust. 4 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 ze zm.). W myśl powołanych przepisów, a także zgodnie z poglądem jednolicie prezentowanym w orzecznictwie, tak Izby, jak i Sądów Okręgowych, w przypadku odrzucenia odwołania odwołującego obciąża się całością wniesionego wpisu, zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania wynikającą z art. 192 ust. 10 Pzp (por. przykładowo wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z 22 listopada 2012 r., sygn. akt: XII Ga 517/11).

**Przewodniczący:** .....