

Sygn. akt: KIO/UZP 858/08

POSTANOWIENIE
z dnia 01 września 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

**Członkowie: Luiza Łamejko
Grzegorz Mazurek**

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na posiedzeniu ~~rozprawie~~^{*} w dniu ~~w dniach~~ 01.09.2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **POLKOMTEL S.A., 02-676 Warszawa, ul. Postępu 3** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Komenda Wojewódzka Policji we Wrocławiu, 50-035 Wrocław, ul. Muzealna 2/4** protestu ~~protestów~~^{*} z dnia 04.08.2008 r.

przy udziale zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego się oraz **Polska Telefonía Cyfrowa Sp. z o.o., 02-222 Warszawa, al. Jerozolimskie 181** - po stronie zamawiającego^{*}.

orzeka:

1 Odrzuca odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża **POLKOMTEL S.A., 02-676 Warszawa, ul. Postępu 3**
i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **POLKOMTEL S.A., 02-676 Warszawa, ul. Postępu 3,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty zł gr (słownie:)
przez na rzecz
stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu
.....
- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15 936 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **POLKOMTEL S.A., 02-676 Warszawa, ul. Postępu 3.**

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

Zamawiający Komenda Wojewódzka Policji we Wrocławiu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Świadczenie usług telekomunikacyjnych w sieci telefonii komórkowej dla potrzeb jednostek Policji woj. dolnośląskiego oraz dostawę aparatów telefonicznych wraz z aktywnymi i skonfigurowanymi kartami SIM”. W dniu 20 maja 2008r. nastąpiła publikacja ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod poz. 2008/S 96 – 129982. W tym samym dniu nastąpiła publikacja specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej zamawiającego.

W dniu 28 lipca 2008 r. Zamawiający powiadomił wykonawców o odrzuceniu oferty złożonej przez Polską Telefonię Cyfrową Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz o wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez Polkomtel S.A.

W dniu 4 sierpnia 2008 r. Polska Telefonia Cyfrowa Sp. z o.o. wniosła protest do Zamawiającego wobec powyższych czynności zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez bezzasadne odrzucenie oferty Protestującego pomimo, iż jej treść odpowiada treści siwz oraz zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Polkomtel S.A. pomimo, iż jej treść nie odpowiada treści siwz.

Odwołujący wniósł w proteście o: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Protestującego, odrzucenie oferty złożonej przez Polkomtel S.A., dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Protestującego oraz, ewentualnie, o unieważnienie postępowania.

Wniosek o unieważnienie postępowania Protestujący uzasadnił zarzucając Zamawiającemu określenie kryteriów szczegółowych oceny ofert oraz sposobu obliczenia końcowej ilości punktów oferty w sposób niejednoznaczny, pozwalający na dowolność w interpretacji zapisów siwz w zakresie kryteriów oceny ofert i sposobu dokonywania oceny ofert w oparciu o ustalone kryteria. W szczególności Protestujący stwierdził, że określone przez Zamawiającego kryteria i sposób dokonywania obliczenia punktów w poszczególnych podkryteriach, umożliwiają obliczenie punktacji, na poszczególnych etapach oceny ofert, na kilka sposobów, przy czym wynik obliczenia jest inny za każdym razem. Zamawiający przyjął m.in., że zamiast ceny można wpisać „w ramach abonamentu”, za co Zamawiający przyznaje maksymalną ilość punktów, co nie podlega dalszej ocenie według ustalonego wzoru, przy czym inne oferty, w których podano cenę, będą oceniane w danym kryterium z zastosowaniem określonego wzoru matematycznego. Sposób określenia kryteriów oceny ofert uniemożliwia jednoznaczną, obiektywną i równą ocenę ofert, a dodatkowo prowadzi do wyboru oferty droższej od innych ofert, w sytuacji, gdy jedynym określonym w siwz kryterium jest cena. Protestujący podniósł także, że Zamawiający w dniu 26 czerwca 2008 r. dokonał modyfikacji siwz dotyczącej kryteriów oceny ofert i sposobu dokonywania oceny ofert, co stanowi naruszenie art. 38 ust. 5 Pzp. W ocenie Protestującego wadliwość sformułowania kryteriów oceny ofert oraz niedozwolona modyfikacja kryteriów oceny ofert uzasadnia unieważnienie przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp jako obarczonego wadami uniemożliwiającymi zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W dniu 5 sierpnia 2008 r. do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu zgłosił przystąpienie wykonawca Polkomtel S.A. wnosząc o oddalenie protestu w całości z uwagi na niezasadność zawartych w nim zarzutów.

W dniu 8 sierpnia 2008 r. Zamawiający oddalił protest w zakresie żądań Protestującego dotyczących bezzasadnego, zdaniem Protestującego, odrzucenia oferty Protestującego oraz zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Polkomtel S.A. i uwzględnił protest w części dotyczącej przesłanek nieważności postępowania, stwierdzając, że ponieważ sposób oceny

ofert w niniejszym postępowaniu został sformułowany tak, że uniemożliwia dokonanie właściwej oceny ofert oraz modyfikacja siwz z dnia 26 czerwca 2008 r. może budzić wątpliwości w zakresie ewentualnej zmiany siwz dotyczącej kryteriów oceny ofert, zasadnym jest unieważnienie postępowania w oparciu o przesłankę art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp. Zamawiający nadmieniał także, że zwrócił uwagę na fakt, iż zarzuty Protestującego dotyczące przesłanek unieważnienia postępowania są spóźnione, jednakże ze względu na ich wagę postanowił uwzględnić je z urzędu.

W dniu 8 sierpnia 2008 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o unieważnieniu przedmiotowego postępowania.

Od rozstrzygnięcia protestu przez Zamawiającego w dniu 13 sierpnia 2008 r. wykonawca Polkomtel S.A., który przystąpił do postępowania wszczętego na skutek wniesienia protestu, wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w części uwzględniającej tj. w zakresie w jakim protest dotyczy przesłanek nieważności postępowania. Odwołujący wniósł o uchylenie rozstrzygnięcia protestu i nakazanie Zamawiającemu oddalenia protestu w tej części. Odwołujący wskazał, że podziela stanowisko, ku któremu skłania się Zamawiający, że modyfikacja siwz dokonana w dniu 26 czerwca 2008 r. nie doprowadziła do zmiany kryterium cena – 100% określonego w siwz, a zatem nie nastąpiło naruszenie art. 38 ust. 5 Pzp. Odnośnie sposobu oceny ofert określonego w siwz Odwołujący stwierdził, że jego zdaniem kryteria oceny ofert zostały opisane w siwz w sposób jednoznaczny i precyzyjny, a sposób liczenia punktacji jest tylko jeden i wynika jasno z siwz z uwzględnieniem poprawionych wzorów, co nastąpiło w piśmie z dnia 26 czerwca 2008 r.

W dniu 26 sierpnia 2008 r. PTK Centertel Sp. z o.o., a w dniu 29 sierpnia 2008 r. Polska Telefonia Cyfrowa Sp. z o.o. wniosły do Prezesa UZP przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Przystąpienie PTK Centertel Sp. z o.o. nie zostało dokonane skutecznie, ponieważ nie zostało poprzedzone przystąpieniem do postępowania wszczętego na skutek wniesienia protestu

Krajowa Izba Odwoławcza, w oparciu o dokumentację akt sprawy oraz wyjaśnienia stron, złożone na posiedzeniu, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega odrzuceniu jako wniesione od rozstrzygnięcia protestu, który w zakresie okoliczności stanowiących podstawę jego wniesienia, a zarazem stanowiących przedmiot odwołania, został wniesiony z uchybieniem terminu określonego w art. 180 ust. 3 pkt 2 oraz art. 180 ust. 2 Pzp.

Przedmiotem odwołania są zarzuty zawarte w proteście wniesionym do Zamawiającego w dniu 4 sierpnia 2008r. przez wykonawcę Polska Telefonii Cyfrowa Sp. z o.o. uczestniczącego w przedmiotowym postępowaniu, dotyczące sposobu opisanego przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia kryteriów oceny ofert oraz dokonania przez Zamawiającego niedozwolonej w prawie zamówień publicznych modyfikacji treści siwz w zakresie kryteriów i sposobu oceny ofert.

Stosownie do dyspozycji przepisu art. 180 ust. 3 pkt 2 Pzp w przetargu nieograniczonym protest dotyczący treści ogłoszenia oraz postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia wnosi się w terminie 14 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej zamawiającego, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. W przedmiotowym postępowaniu, którego wartość została określona przez Zamawiającego na 852 459,02 zł, co stanowi równowartość 219 870,27 euro, a zatem przekracza kwotę określoną w przepisach rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 grudnia 2007 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich (Dz. U. Nr 241 poz. 1762), ogłoszenie i specyfikacja zamówienia zostały opublikowane odpowiednio w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej oraz na stronie internetowej - w dniu 20 maja 2008 r. Zgodnie z terminem określonym w art. 180 ust.3 pkt 2 Pzp, który jest terminem zawitym i jego upływ powoduje utratę uprawnienia do wniesienia protestu, protest na czynność Zamawiającego polegającą na opisanie w siwz kryteriów oceny ofert oraz sposobu oceny ofert przysługiwał wykonawcom do dnia 3 czerwca 2008 r. Z uwagi na powyższe Izba uznała, że protest dotyczący postanowień siwz wniesiony przez Polską Telefonię Cyfrową Sp. z o.o. w dniu 4 sierpnia 2008r. został wniesiony z uchybieniem ustawowego terminu.

Z uchybieniem ustawowego terminu został również wniesiony protest w zakresie dotyczącym czynności modyfikacji siwz obejmującej kryteria i sposób oceny ofert. Zamawiający dokonał powyższej modyfikacji pismem z dnia 26 czerwca 2008 r. zatytułowanym „Wyjaśnienie oraz modyfikacja treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia”, które w tym samym dniu przekazał wykonawcom i zamieścił na stronie internetowej. Zgodnie z treścią przepisu art. 180 ust. 2 zdanie 1 Pzp, protest wnosi się w terminie 7 dni od dnia, w którym powzięto lub można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia, tj. czynności podjętych przez zamawiającego lub zaniechania dokonania czynności, do których zamawiający był zobowiązany zgodnie z Pzp. W stosunku do czynności wyjaśnienia i modyfikacji treści siwz,

dokonanej przez Zamawiającego w dniu 26 czerwca 2008 r. termin do wniesienia protestu upłynął w dniu 3 lipca 2008 r. Protest wniesiony w dniu 4 sierpnia 2008 r. został zatem wniesiony po upływie terminu określonego w Pzp.

W powyższych okolicznościach protest w ww. zakresie podlegał odrzuceniu przez Zamawiającego jako wniesiony po terminie (art. 180 ust. 7 Pzp). Z treści rozstrzygnięcia protestu wynika, że Zamawiający uwzględnił protest „w części dotyczącej przesłanek nieważności postępowania”. W treści uzasadnienia Zamawiający stwierdził jednak, że „zwrócił uwagę na fakt, że zarzuty Protestującego dotyczące przesłanek unieważnienia postępowania są spóźnione, jednakże ze względu na ich wagę postanowił wziąć je pod uwagę z urzędu”. Zauważyć należy, że odrzucenie protestu, nie stanowi w żadnej mierze przeszkody do wzięcia pod uwagę przez zamawiającego okoliczności wskazanych w treści protestu, zwłaszcza w sytuacji, gdy wskazują one na naruszenie przepisów Pzp, skutkujących nieważnością umowy w sprawie zamówienia publicznego. Unieważnienie postępowania o zamówienie, o którym Zamawiający powiadomił wykonawców pismem z dnia 8 sierpnia 2008 r. stanowi w tych okolicznościach nową czynność Zamawiającego, na którą przysługuje wykonawcom, zgodnie z Pzp, prawo wniesienia protestu, jak na każdą czynność lub zaniechanie czynności przez zamawiającego w postępowaniu w terminie określonym w art. 180 ust. 2 Pzp.

W świetle powyższego Izba uznała, że odwołanie wniesione przez Odwołującego, który przystąpił do protestu wniesionego przez wykonawcę Polska Telefonia Cyfrowa Sp. z o.o. od rozstrzygnięcia protestu, który, w zakresie objętym przystąpieniem i odwołaniem Odwołującego, został wniesiony z uchybieniem terminu, należało odrzucić na podstawie przepisu art. 187 ust. 4 pkt 4 Pzp.

W oparciu o powyżej ustalony w sprawie stan rzeczy Izba postanowiła jak sentencji na podstawie art. 191 ust. 1 zd. 2 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejsze ~~wyrok~~/postanowienie* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego we **Wrocławiu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*