

Sygn. akt: KIO 2534/11

**WYROK**  
**z dnia 12 grudnia 2011 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 grudnia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 października 2011 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Telekomunikacja Polska S.A (lider konsorcjum), PTK Centertel Sp. z o.o.** w postępowaniu prowadzonym przez **Starostwo Powiatowe w Hajnówce**

przy udziale wykonawcy **Zakład Elektronicznej Techniki Obliczeniowej w Olsztynie Sp. z o.o.**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Telekomunikacja Polska S.A (lider konsorcjum), PTK Centertel Sp. z o.o.** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Telekomunikacja Polska S.A (lider konsorcjum), PTK Centertel Sp. z o.o.** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Telekomunikacja Polska S.A (lider konsorcjum), PTK Centertel Sp. z o.o.** na rzecz **Starostwa Powiatowego w Hajnówce** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą 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 niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Białymstoku.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

I. Starostwo Powiatowe w Hajnówce (zwane dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „Świadczenie usług telefonii ruchomej wraz z dostawą telefonów komórkowych i modemów z aktywnymi kartami SIM”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym WE z dnia 28 czerwca 2011 r., poz. 2011/S 121-201086 i Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. – Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759).

W dniu 28 listopada 2011 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Telekomunikacja Polska S.A (lider konsorcjum), PTK Centertel Sp. z o.o. (dalej: Odwołujący) zostało wniesione odwołanie, w którym zarzucono Zamawiającemu naruszenie zasady równego traktowania wykonawców wyrażonej w art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, poprzez:

- odrzucenie oferty Odwołującego z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych,
- zaniechanie wykonania, powtórzenia oraz unieważnienia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w uprzednio wniesionym odwołaniu, którego zarzuty zostały uznane w całości przez Zamawiającego, co nastąpiło z naruszeniem art. 186 ust. 3 w związku z art. art. 24 ust. 2 pkt 4, 26 ust. 3, 87 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 3 oraz 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych.

Odwołujący twierdził, że jego oferta została odrzucona nieprawidłowo, bowiem była zgodna z treścią SIWZ, a powody odrzucenia podane przez Zamawiającego w uzasadnieniu decyzji wykluczeniu go z postępowania są oczekiwaniami Zamawiającego niewyrażonymi uprzednio w SIWZ. Równocześnie Odwołujący twierdził, że oferta powinna być odrzucona w związku z nieprawidłowym sposobem wyceny jednej z kategorii usług w kosztorysie cenowym oraz w związku z niewłaściwym terminem licencji na pakiet antywirusowy. Ponadto wskazywał, że Przystępujący powinien być wykluczony z postępowania z powodu niewykazania dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia i braku dokumentu potwierdzającego opłacenie polisy ubezpieczeniowej. Nie można było wezwać go do uzupełnienia tych dokumentów, bowiem jego oferta podlegała odrzuceniu. Ponieważ Zamawiający uwzględnił zarzuty odwołania sygn. akt KIO 1978/11 w całości (zarzuty wobec

Przystępującego były analogiczne, jak w niniejszym postępowaniu odwoławczym) postępowanie Zamawiając narusza art. 186 ust. 3 Prawa zamówień publicznych.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpili wykonawcy Zakład Elektronicznej Techniki Obliczeniowej w Olsztynie Sp. z o.o., których oferta została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą (dalej: Przystępujący).

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

**II.** Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołujący zgłosił opozycję przeciw przystąpieniu po stronie Zamawiającego do odwołania w zakresie zarzutu odwołania dotyczącego odrzucenia oferty Odwołującego wskazując, że Przystępujący nie ma interesu w rozstrzygnięciu tego zarzutu na jego korzyść, ponieważ złożył ofertę najkorzystniejszą, w zakresie obu kryteriów oceny ofert oferta ZETO zajęła pierwsze miejsce w rankingu, a więc ewentualne przywrócenie Odwołującego do postępowania nie wywoła żadnego skutku dla sytuacji Przystępującego. W zakresie zarzutów wobec oferty Przystępującego ma on interes w przystąpieniu, jednak przystąpienie budzi wątpliwości wobec braku sprzeciwu co do uwzględnienia przez Zamawiającego odwołania sygn. akt KIO 1978/11, w którym Odwołujący podniósł identyczne zarzuty wobec oferty Przystępującego (z uwzględnieniem zmian wynikających z sytuacji zaistniałych po wniesieniu odwołania).

Izba postanowiła oddalić opozycję. Z art. 185 ust. 3 Prawa zamówień publicznych wynika, że uczestnikiem postępowania odwoławczego staje się Przystępujący, jeżeli ma interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść jednej ze stron. Przystępujący w tym postępowaniu, zgłaszając przystąpienie po stronie Zamawiającego, ma interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Zamawiającego, tj. interes w oddaleniu odwołania. Z punktu widzenia korzyści dla stron w rozstrzygnięciu postępowania ważna jest tylko globalna decyzja co do rozstrzygnięcia odwołania, a nie ma znaczenia rozstrzygnięcie niektórych zarzutów, dlatego brak interesu w rozstrzygnięciu jednego z zarzutów, w tym wypadku zarzutu dotyczącego odrzucenia oferty Odwołującego nie ma znaczenia dla rozpatrywania korzyści Przystępującego w rozstrzygnięciu całości odwołania. Izba stwierdziła, że czynność Zamawiającego kwestionowana w niniejszym postępowaniu

odwoławczym jest nową czynnością, przeprowadzoną po zastosowaniu uprzednio zaniechanej procedury opisanej w art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, zatem brak wniesienia sprzeciwu przez Przystępującego wobec uwzględniania przez Zamawiającego odwołania sygn. akt KIO 1978/11 nie ma znaczenia dla jego obecnej sytuacji w postępowaniu.

Izba ustaliła, iż Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych - jeżeli podniesione przez niego zarzuty by się potwierdziły, w wyniku czego zostałyby dokonana powtórna ocena ofert, a oferta Przystępującego zostałyby odrzucona bądź zostałyby on wykluczony z postępowania – wówczas Odwołujący miałby realną szansę na uzyskanie zamówienia, jako że jego cena była na drugim miejscu w rankingu ofert.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołanie, chociaż częściowo uzasadnione, nie może zostać uwzględnione ze względu na przepis art. 192 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, a to dlatego, że uwzględnienie słusznie podniesionych zarzutów nie będzie miało wpływu na wynik postępowania.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że Zamawiający prawidłowo, po uwzględnieniu w całości zarzutów i żądań zawartych w odwołaniu sygn. akt KIO 1978/11 przeprowadził ponowną ocenę ofert. W trakcie zapowiedzianej oceny ofert Zamawiający, jeżeli zaszły ku temu stosowne okoliczności, miał obowiązek zastosować procedurę z art. 26 ust. 3 i 4 Prawa zamówień publicznych. Mógł też samoistnie (bez związku z podniesionymi uprzednio zarzutami) wezwać do wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych. Należy zauważyć, że w odwołaniu sygn. akt KIO 1978/11 Odwołujący wnosił o anulowanie czynności wyboru oferty złożonej przez Zakład Elektronicznej Techniki Obliczeniowej w Olsztynie Sp. z o.o., jako najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, ponowny wybór oferty najkorzystniejszej, zatem postępowanie Zamawiającego (powtórna czynność badania i oceny ofert) nie była sprzeczna z żądaniami zawartymi w odwołaniu. Nawet gdyby tak było, nowa czynność Zamawiającego, dokonana po uwzględnieniu odwołania może być samodzielną podstawą do wnoszenia środków ochrony prawnej, a zatem postępowanie Zamawiającego nie tamowało Odwołującemu drogi do uzyskania skutecznej ochrony jego interesów. Wykluczenie wykonawcy (zarzutem odwołania było m.in. niespełnienie przez ZETO warunków udziału w postępowaniu) nie może nastąpić

bez przeprowadzenia obowiązkowej procedury opisanej w art. 26 ust. 3 i 4 Prawa zamówień publicznych. Odwołujący mógł w pełni kwestionować nową czynność zamawiającego – łącznie z ewentualnie nieuzasadnionym merytorycznie wezwaniem do uzupełnienia dokumentów czy nieprawidłową oceną uzupełnionych dokumentów. Odwołujący jednak nie zakwestionował merytorycznie ani samego wezwania Przystępującego do uzupełnienia (wykazu osób i polisy) ani prawidłowości uzupełnionych dokumentów, a jedynie podważał formalnie prawo Zamawiającego do przeprowadzenia procedury z art. 16 ust. 3 Prawa zamówień publicznych po uwzględnieniu odwołania. Ponieważ Izba uznała, że czynności podjęte przez Zamawiającego były prawidłowe pod względem formalnym, wobec braku zarzutów co do meritum uzupełnionych dokumentów, Izba nie rozpatrywała ich prawidłowości w kontekście potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, bowiem zgodnie z art. 192 ust. 7 Prawa zamówień publicznych Izba rozpatruje zarzuty wyłącznie w granicach odwołania.

W konsekwencji Izba merytorycznie rozpatrywała wyłącznie zarzuty dotyczące zdaniem Odwołującego nieprawidłowego zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego (z powodu określenia terminu gwarancji pakietu antywirusowego i sposobu wyceny ulotek w formularzu ofertowym) i dotyczące odrzucenia oferty Odwołującego (z powodu sposobu wyceny pozycji w formularzu ofertowym).

Co do oferty Przystępującego, Izba uznała, że została ona sporządzona prawidłowo i nie podlegała odrzuceniu z na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych. Rzeczywiście Odwołujący podał, w dokumencie, który był niewymagany wraz z ofertą, że licencja na pakiet antywirusowy obejmuje okres dwuletni (nie było sporne, że był wymagany okres trzyletni). Wyjaśnienia Przystępującego złożone w trybie art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, choć były częściowo niespójne, jednak prowadziły do wniosku, że wskazanie okresu dwuletniego w dokumencie załączonym do oferty, który nie był wymagany przez SIWZ, było omyłką. Omyłka ta nie miała znaczenia w ocenie Izby dla oceny całości świadczenia, na które została złożona oferta. Treść oferty Odwołującego zatem była zgodna z SIEZ, a taką nieścisłość w przedmiotowej sprawie można ewentualnie uznać za rodzaj omyłki, polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, ale niepowodującej istotnych zmian w treści oferty (art. 87 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych).

Z punktu widzenia sposobu sporządzenia oferty postanowienia SIWZ dzielą się na narzucone z góry przez Zamawiającego i takie, które wykonawcy mogą kształtować samodzielnie. Zamawiający nie pozostawił wykonawcom wyboru decyzji o długości gwarancji pakietu antywirusowego, okres gwarancji był z góry narzucony; wykonawca nie miał żadnej możliwości kształtowania swojego zobowiązania w tym zakresie, a oświadczenie co do długości licencji na pakiet antywirusowy nie było wymagane w SIWZ.

Podobne założenie Izba przyjęła, rozstrzygając zarzuty Odwołującego podniesione wobec ewentualnych nieprawidłowości w zastosowaniu przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych. Z tym, że w odniesieniu do kategorii ilościowych, Izba ustaliła, że oczekiwania Zamawiającego co do sposobu wypełnienia formularza cenowego nie zostały jednoznacznie wyrażone w dokumentach. Rzeczywiście, odpowiadając na pytania wykonawców, Zamawiający niejednokrotnie odsyłał do wniosku o dofinansowanie, znanego wykonawcom, jednak niebędącego integralnym załącznikiem (częścią) SIWZ (nie zostało wyrażone wprost w SIWZ, że wniosek jest jej integralną częścią). Zamawiający mógł znacznie uprościć sposób wypełnienia formularza cenowego, wskazując tamże oczekiwane przez siebie wartości, jednak tego nie uczynił. W tym kontekście nie można zakwestionować sposobu wypełnienia formularza cenowego (kosztorysu) przez obu wykonawców – jeżeli w ogóle można dostrzec tu niezgodność, to była to niezgodność co do formy, a nie co do treści oferty i SIWZ, związana z oczekiwaniami Zamawiającego, które nie zostały jasno w SIWZ wyrażone. Kategoria w formularzu cenowym „ulotki” mogła zostać wypełniona w sposób wykorzystany przez Przystępującego, z uwagi na stronę 15 wniosku dofinansowanie (w tabeli podano ilość „180”), ale Odwołujący, kierując się odpowiedziami z dnia 13 lipca 2011 r. na pytania do SIWZ mógł zrozumieć, że kategoria ta powinna zostać niewypełniona, a ta pozycja kosztowa powinna zawierać się w kategoriach kosztów „promocja projektu”. Inne rozbieżności pomiędzy ofertą Odwołującego a ofertą Przystępującego wynikają z analogicznych nieścisłości w SIWZ (o ile uznać wniosek o dofinansowanie za część SIWZ), zatem nie zaistniały niezgodności pomiędzy treścią ofert a treścią SIWZ – nie ma wątpliwości, że obaj wykonawcy wycenili ten sam przedmiot zamówienia w tym samym zakresie.

Zatem nie było podstaw do odrzucenia żadnej z ofert w związku ze sposobem wypełnienia kosztorysu, i zarzuty Odwołującego w stosunku do odrzucenia na tejże podstawie faktycznej jego oferty były uzasadnione – przykładowo, określenie ilości przez Odwołującego jako „1 komplet” zamiast „10” (wobec podania ilości „5” na 8 stronie wniosku i „10” na 14 stronie wniosku o dofinansowanie) nie było niezgodnością z treścią SIWZ. Jednak uwzględnienie tych zarzutów nie miałoby wpływu na wynik postępowania, jeżeli „wynik postępowania” rozumieć ściśle, tj. jako uznanie konkretnej oferty za najkorzystniejszą. Zatem w związku z art. 192 ust. 2 Prawa zamówień publicznych nie mogła uwzględnić odwołania.

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 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:**

.....