

**Sygn. akt: KIO 2887/12**

**WYROK**  
**z dnia 14 stycznia 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 stycznia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 grudnia 2012 r. przez Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia EXATEL S.A oraz „Tecom Sp. z o.o.” S.K.A. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Urząd Komunikacji Elektronicznej z siedzibą w Warszawie

przy udziale wykonawcy Netia S.A. z siedzibą w Warszawie zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia EXATEL S.A oraz „Tecom Sp. z o.o.” S.K.A. z siedzibą w Warszawie

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia EXATEL S.A oraz „Tecom Sp. z o.o.” S.K.A. z siedzibą w Warszawie, tytułem wpisu od odwołania,

**2.2.** zasądza od Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia EXATEL S.A oraz „Tecom Sp. z o.o.” S.K.A. z siedzibą w Warszawie na rzecz Zamawiającego - Urząd Komunikacji Elektronicznej z siedzibą w Warszawie 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 Warszawie.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

I. Urząd Komunikacji Elektronicznej w Warszawie (zwany dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „Świadczenie usługi transmisji danych dla jednostek organizacyjnych Urzędu Komunikacji Elektronicznej oraz usługi Wi-Fi dla Centrali Urzędu Komunikacji Elektronicznej przez okres 48 miesięcy”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym WE z dnia 14 lipca 2012 r., poz. 2012/S 134-223418 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; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 27 grudnia 2012 r. wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia EXATEL S.A oraz „Trecom Sp. z o.o.” S.K.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: Odwołujący) wniosła odwołanie, w którym zakwestionowała prawidłowość wyboru oferty najkorzystniejszej i zarzuciła Zamawiającemu naruszenie: art. 7 ust. 1 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 24 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy NETIA S.A. pomimo, że oferta ta zawiera takie same błędy jak te, z powodu których wyrokiem z dnia 22 listopada 2012 r., sygn. akt KIO 2438/12 Krajowa Izba Odwoławcza nakazała odrzucenie oferty Odwołującego, a wykonawca NETIA S.A. złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania, co powoduje że powinien zostać wykluczony z udziału w postępowaniu.

Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej i dokonania ponownej oceny ofert, a w rezultacie unieważnienie postępowania.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpiła Netia S.A. z siedzibą w Warszawie, której oferta została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą (dalej: Przystępujący).

Odwołujący uzasadnił swoje zarzuty następująco:

Niezgodność treści oferty wykonawcy NETIA S.A. następuje w zakresie zaoferowania urządzenia Firewall w postaci ASA 5550 produkcji CISCO. Zgodnie z Załącznikiem nr 1 do umowy - Szczegółowy zakres Przedmiotu umowy oraz specyfikacja techniczna dla usług transmisji danych oraz usług Wi-Fi, Zamawiający wymagał w części dotyczącej Architektury węzła internetowego w ppkt 6, aby firewalle miały „możliwość instalacji interfejsu GigabitEthernet w miejsce modułu(ów) FastEthernet” (wiersz 8 Tabeli na str. 60 SIWZ). Przystępujący potwierdził istnienie wskazanej funkcjonalności poprzez wpisanie słowa „TAK” (strona 48 oferty NETII). Zarówno wiedza i doświadczenie Odwołującego, jak i materiały producenta urządzenia wskazują na złożenie nieprawdziwego oświadczenia w powyższym zakresie. Zaoferowane urządzenie CISCO ASA 5550 posiada zainstalowanych na stałe 8 interfejsów GigabitEthernet oraz 1 interfejs FastEthernet, co uniemożliwia jakąkolwiek fizyczną wymianę interfejsów. W związku z powyższym oferta Przystępującego powinna zostać odrzucona jako niezgodna z SIWZ.

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

Legitymacja Odwołującego do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych jest wątpliwa – jego oferta została prawomocnie odrzucona z postępowania (w związku z wykonaniem przez Zamawiającego orzeczenie sygn. akt KIO 2438/12; okoliczności tej Odwołujący nie kwestionował), zatem Odwołujący utracił status wykonawcy w postępowaniu. Na obecnym etapie postępowania Odwołujący nie ma więc interesu w uzyskaniu danego zamówienia i nie może ponieść szkody w wyniku ewentualnego wskazywanego w odwołaniu naruszenia przez Zamawiającego przepisów Prawa zamówień publicznych. Odwołujący wywodził, że unieważnienie postępowania będzie prowadziło do ogłoszenia nowego postępowania, które będzie miał szansę wygrać – jednak stanowisko takie nie zasługuje na akceptację: „interes w uzyskaniu danego zamówienia”, o którym mowa w art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, odnosi się do uzyskania zamówienia w konkretnym postępowaniu – w tym postępowaniu, w którym wniesiono odwołanie, a nie - do określonego przedmiotu świadczenia. Wydaje się, że celem zakreślenia granic legitymacji do wniesienia odwołania w art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych było ograniczenie prawa wykonawcy do ochrony własnego interesu w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia, a więc nie jest to jakkolwiek interes faktyczny. W ocenie Izby już rodzaj wysuwanych przez Odwołującego żądań – wnosił on o unieważnienie postępowania – w kontekście podnoszonych zarzutów świadczy o braku interesu do wniesienia odwołania.

W zakresie podnoszonych zarzutów Izba ustaliła, co następuje.

Odwołujący wskazywał, że Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty Przystępującego, pomimo, że oferta ta zawiera takie same błędy jak te, z powodu których wyrokiem z dnia 22 listopada 2012 r., sygn. akt KIO 2438/12 Krajowa Izba Odwoławcza nakazała odrzucenie oferty Odwołującego. Twierdzenie takie jednak nie było zgodne z rzeczywistością, ponieważ oferta Odwołującego została co prawda odrzucona na podstawie tej samej podstawy prawnej – art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, jednak podstawa faktyczna odrzucenia była inna - zaoferowanie oprogramowania Cisco Anyconnect Secure Mobility Client z systemem operacyjnym w wersji 3.x.

W postępowaniu złożono trzy oferty, w tym ofertę Odwołującego i Przystępującego (trzeci wykonawca został prawomocnie wykluczony z postępowania). We wszystkich trzech ofertach w zakresie firewalla zaoferowano identyczne urządzenie, identycznie opisane, o tych samych parametrach. Odwołujący wskazując w odwołaniu, że oferta Przystępującego zawiera urządzenie niezgodne z SIWZ, i powinna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych równocześnie zmierzał do odrzucenia wszystkich ofert złożonych w postępowaniu, w tym własnej oferty (taka konstrukcja zarzutu również wskazuje na brak interesu Odwołującego do wniesienia odwołania). Izba stwierdziła brak podstaw do odrzucenia oferty: wszyscy trzej wykonawcy zaoferowali to samo urządzenie, zatem w identyczny sposób zrozumieli opisaną przez Zamawiającego oczekiwaną funkcjonalność, polegającą na „możliwości instalacji interfejsu GigabitEthernet w miejsce modułu(ów) FastEthernet”, tymczasem Odwołujący na etapie oceny ofert zmierza do ograniczenia pola interpretacji tak sformułowanego oczekiwania Zamawiającego do rozumienia, które wyklucza możliwość zaproponowania urządzeń, takich jak w ofertach. Gdyby zaakceptować wywody Odwołującego, interpretacja zawężająca powodowałaby modyfikację SIWZ na tym etapie postępowania, a więc – niedozwoloną.

Ponadto Odwołujący podnosił, że Przystępujący złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania, co powoduje że powinien zostać wykluczony z udziału w postępowaniu. Zarzut ten również nie zasługuje na uwzględnienie: po pierwsze, Odwołujący złożył identyczne oświadczenie w odniesieniu do urządzenia CISCO ASA 5550, po drugie – oświadczenie wyrażało przekonanie o posiadaniu określonej funkcjonalności przez urządzenie. Wszyscy trzej wykonawcy w postępowaniu, w tym Odwołujący, złożyli identyczne oświadczenie co do urządzenia CISCO ASA 5550, zatem w jednakowy sposób zinterpretowali opcję możliwości instalacji interfejsu GigabitEthernet, wymaganą SIWZ, tym samym nie można im skutecznie zarzucić złożenia nieprawdziwego oświadczenia.

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji, odwołanie oddalając.

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:**

.....