

Sygn. akt: KIO 2363/11

## WYROK

z dnia 14 listopada 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Małgorzata Rakowska**

Protokolant: **Mateusz Michalec**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 listopada 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 października 2011 r. przez wykonawcę **Netia S.A. z siedzibą w Warszawie, 02-822 Warszawa, ul. Poleczki 13 (adres do korespondencji: ul. Taśmowa 7a, 02-677 Warszawa)** w postępowaniu prowadzonym przez **Kancelarię Senatu w Warszawie, 00-902 Warszawa, ul. Wiejska 6,**

przy udziale wykonawcy **Telekomunikacja Polska S.A. z siedzibą w Warszawie, 00-105 Warszawa, ul. Twarda 18 (adres do korespondencji: ul. Moniuszki 1a, 00-014 Warszawa)** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2363/11 po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

**1. oddała odwołanie,**

**2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Netia S.A. z siedzibą w Warszawie, 02-822 Warszawa, ul. Poleczki 13 (adres do korespondencji: ul. Taśmowa 7a, 02-677 Warszawa)** i:**

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Netia S.A. z siedzibą w Warszawie, 02-822 Warszawa, ul. Poleczki 13 (adres do korespondencji: ul. Taśmowa 7a, 02-677 Warszawa)** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. 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

Kancelaria Senatu w Warszawie, zwana dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na: „Świadczenie usług telekomunikacyjnych telefonii stacjonarnej dla Kancelarii Senatu”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 22 września 2010 r., nr 252385-2011.

W dniu 26 października 2011 r. (pismem z tej samej daty) Zamawiający poinformował wykonawcę Netia S.A. z siedzibą w Warszawie, zwanego dalej „Odwołującym”, o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, gdyż treść złożonej oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej „SIWZ”. Oferta Odwołującego nie spełnia:

- wymagania podania w ofercie nazwisk osób i ich zastępców przewidzianych do udziału w zespole obsługi zamawiającego wymaganych w punkcie 8.3 załącznika nr 1 do SIWZ, wskazując jednocześnie, iż podany w ofercie „Zespół do obsługi zgłoszeń o awariach” (str. 27 oferty). Jest jedynie spełnieniem warunków określonych w punkcie 8.4 załącznika nr 1 do SIWZ – Opis przedmiotu zamówienia;
- Odwołujący nie wskazał najtańszego cennika dla promocji biznesowych wg. Którego wykonawca będzie naliczał koszty połączeń i usług telekomunikacyjnych nie wyszczególnionych w *Formularzu cenowym*;
- w *Formularzu Oferty* (str. 1 oferty) zamiast wskazania cennika zawarte jest sformułowanie „taryfa indywidualna” i takie sformułowanie nie definiuje konkretnego cennika i nie pozwala odwołać się do cennika funkcjonującego w szerokiej ofercie biznesowej Odwołującego.

W dniu 31 października 2011 r. (pismem z tej samej daty) Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do Zamawiającego w dniu 31 października 2011 r.) podnosząc, iż czynność obejmująca badanie i ocenę ofert została przeprowadzona wadliwie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7, art. 26 ust. 3, art. 87 ust. 1, a także art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp

Jednocześnie Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

2. powtórzenie czynności obejmującej badanie i ocenę ofert,
3. wezwanie Odwołującego do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp (lub też pominięcia tych czynności w sytuacji uznania, iż nie zachodzą przesłanki do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp),
4. powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in., iż :

Odnosnie zarzutu dotyczącego braku podania w ofercie nazwisk osób i ich zastępców przewidzianych do udziału w zespole obsługi Zamawiającego, sposobu organizacji takiego zespołu, w tym numerów telefonów i adresów, Odwołujący podniósł, iż w treści formularza ofertowego zamieścił informację zgodną z wytycznymi Zamawiającego wskazując, iż osobą upoważnioną do kontaktów (wraz z podaniem niezbędnych danych teleadresowych) jest Tomasz Wlazło. Ponadto na stronie 27 oferty zamieścił informację na temat zespołu zajmującego się obsługiwaniem zgłoszeń awarii wraz niezbędnymi danymi teleadresowymi. Przedstawiona informacja czyniła zadość wymaganiom Zamawiającego. Tym samym w jego ocenie nie istnieją podstawy do odrzucenia jego oferty z tej właśnie przyczyny.

Nadto dodał, iż opis sposobu realizacji usługi wraz z informacjami na temat pracowników jest dokumentem potwierdzającym spełnianie przez oferowane usługi wymagań określonych przez Zamawiającego. Tym samym zgodnie z treścią art. 26 ust. 3 Pzp Zamawiający był zobowiązany wezwać wykonawcę do jego uzupełnienia.

Odnosnie zarzutu, dotyczącego wskazania przez wykonawców - zgodnie z treścią punktu 5.7 załącznika nr 1 do SIWZ (opis przedmiotu zamówienia) - nazwy cennika w zakresie dodatkowych usług telekomunikacyjnych (nieobjętych badaniem w ramach kryteriów oceny ofert) Odwołujący podniósł, iż w treści oferty przedstawił nazwę najtańszego stosowanego przez niego cennika klientów biznesowych, tzw. taryfę indywidualną. Nazwa tego cennika jest stosowana w szeregu dokumentów zarówno w obiegu wewnętrznym firmy, jak i w umowach zawieranych z naszymi klientami. Cennik obejmuje wskazanie wielu rodzajów usług telekomunikacyjnych wraz z określeniem stałej (niezmiennej w dłuższych okresach czasu) ceny świadczenia tych usług. Dokument ten był przez Odwołującego upubliczniony. Zamawiający, mając wątpliwości co do tego cennika powinien Odwołującego wezwać do złożenia wyjaśnień w tym zakresie w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Pismem z dnia 2 listopada 2011 r. Zamawiający wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania, przekazując jednocześnie kopię odwołania (przedmiotowe pismo wykonawca

Telekomunikacja Polska S.A. w Warszawie, zwany dalej „TP S.A.”, otrzymał w tej samej dacie).

W dniu 4 listopada 2011 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca TP S.A. przystąpił do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia Odwołującemu i Zamawiającemu.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść SIWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

**Zarzut dotyczący nieuprawnionego uznania, iż brak jest w treści oferty Odwołującego informacji nt. „sposobu organizacji zespołu” nie potwierdził się.**

Izba ustaliła, iż Zamawiający w załączniku nr 1 do SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia” pkt 8 „Wymagania serwisowe i jakości łączy” zamieścił postanowienia:

„(...)

8.3. Wykonawca podaje w ofercie nazwiska osób i ich zastępców przewidzianych do udziału w zespole obsługi Zamawiającego, sposób organizacji takiego zespołu, w tym numery telefonów i adresy pod którymi Zamawiający będzie zgłaszał awarie i usterki w godzinach 8:00 – 20:00 w dni robocze.

8.4. Niezależnie od ww. zespołu Wykonawca zapewni centrum do obsługi zgłoszeń o awariach (uszkodzeniach) łączy będących przedmiotem zamówienia, przyjmującym zgłoszenia w trybie 24/7/365 umożliwiającym obsługę zgłoszeń drogą telefoniczną i e-mailową.”.

Nadto w punkcie 12. przedmiotowego załącznika zamieścił postanowienie „Uwaga: wszystkie wymogi zawarte w niniejszym opisie przedmiotu zamówienia stanowią istotne warunki zamówienia. Niespełnienie tych wymogów skutkuje odrzuceniem oferty.”.

Odwołujący na stronie 1 „Formularza oferty” w punkcie 11 wskazał „ze strony Wykonawcy osobą/osobami upoważnioną/nymi do kontaktów z Zamawiającym i nadzoru nad realizacją przedmiotu zamówienia i umowy są/będzie: Tomasz Wlazło, nr telefonu: 22-352 40 29, 22-338 40 29, adres do korespondencji: Netia S.A., ul. Taśmowa 7A, 02-677 Warszawa”. Nadto Odwołujący złożył w załączeniu do oferty (str. 27) „Opis Zespołu do Obsługi Zgłoszeń o Awariach”.

Zamawiający w piśmie informującym Odwołującego o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego wskazał, iż jego „oferta nie zwiera nazwisk osób przewidzianych do udziału w zespole obsługi zamawiającego wymaganych w punkcie 8.3., zaś podany w ofercie „zespół do obsługi zgłoszeń o awariach” (str. 27 oferty), jest jedynie spełnieniem warunków określonych w punkcie 8.4. załącznika nr 1 do SIWZ – Opis przedmiotu zamówienia”.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Niewątpliwym jest, iż informacje podawane przez wykonawców celem sprostania wymogom postawionych przez Zamawiającego w załączniku nr 1 do SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia” są informacjami dotyczącymi sposobu spełnienia świadczenia będącego przedmiotem zamówienia. Przedmiotem zamówienia jest bowiem świadczenie usług telekomunikacyjnych obejmujące m.in. świadczenie usług serwisowych, opisanych w punkcie 8 załącznika nr 1 do SIWZ. Brakujące informacje miały więc określać sposób realizacji zamówienia, poprzez wskazanie „w ofercie nazwisk osób, i ich zastępców przewidzianych do udziału w zespole obsługi Zamawiającego, sposób organizacji takiego zespołu, w tym numery telefonów i adresy pod którymi Zamawiający będzie zgłaszał awarie i usterki (...)”, tym samym stanowiąc treść składanej oferty. A ponieważ w ofercie Odwołującego brak jest wskazania tych osób, a co za tym idzie sposobu organizacji takiego zespołu, jego oferta jest w tym zakresie niezgodna z treścią SIWZ. Za tak wskazaną osobę, wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie można bowiem uznać Pana Tomasza Wlazło, gdyż – zgodnie ze złożonym oświadczeniem – jest on osobą upoważnioną do kontaktów z Zamawiającym i nadzoru nad realizacją przedmiotu zamówienia i umowy, a nie osobą przewidzianą do udziału w zespole obsługi zamawiającego, określonym w punkcie 8.3. załącznika nr 1 do SIWZ, a więc osobą wchodzącą w skład zespołu, który będzie przyjmował zgłoszenia awarii i usterek. Niemniej jednak, nawet gdyby uznać, co w świetle powyższego jest nieuprawnione, że Pan Tomasz Wlazło jest jedną z osób przewidzianych do udziału w tym właśnie zespole to jednak nadal brak jest kolejnych osób i sposobu organizacji tego zespołu. Wypełnienia tego drugiego wymogu (sposobu organizacji tego zespołu) nie może stanowić dokument

załączony do oferty i określony jako „zespół do obsługi zgłoszeń o awariach” (str. 27 oferty), gdyż faktycznie nie zawiera on informacji wymaganych w punkcie 8.3. załącznika nr 1 do SIWZ. Tak więc brak w ofercie takich właśnie informacji (bezwzględnie wymaganych w treści załącznika) powoduje, co zresztą wyraźnie podkreślił Zamawiający w jego treści, niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, a tym samym skutkuje odrzuceniem oferty nie zawierającej takich właśnie informacji. Wezwanie Odwołującego do ich uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp jest nieuprawnione, gdyż prowadziłoby w istocie do zmiany treści złożonej przez niego oferty, a jest to niedopuszczalne. Tym samym zarzut ten nie potwierdził się.

### **Zarzut dotyczący kwestii cennika „taryfa indywidualna” potwierdził się.**

Izba ustaliła, iż Zamawiający w załączniku nr 1 do SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia” pkt 5 „Taryfikacja połączeń” ppkt 5.7. zamieścił postanowienie „Wykonawca będzie naliczał koszty połączeń i usług telekomunikacyjnych innych niż wyżej wymienione i nie wyszczególnionych w Formularzu cenowym (załącznik 2a) lub nieznanymi w chwili zawierania umowy zgodnie z najtańszym cennikiem operatora dla promocji biznesowych. W Formularzu Oferty Wykonawca wskaże stosowny cennik. W Formularzu cenowym koszt tych usług zostanie doliczony jako wartość stała, identyczna dla wszystkich oferentów, przyjęta przez Zamawiającego na podstawie dokonanej analizy. Pozwoli to uzyskać prawidłową cenę oferty”.

Nadto w „Formularzu cenowym”, stanowiącym załącznik nr 2a do SIWZ w pozycji 7 wskazano „pozostałe usługi odpłatne (...) rozliczane wg cennika określonego w formularzu ofertowym”.

Odwołujący na stronie 1 „Formularza oferty” w punkcie 2 podał „jako cennik do rozliczania pozostałych usług w rozumieniu pkt 5.7 opisu przedmiotu zamówienia wskazując taryfę indywidualną”. Natomiast w „Formularzu cenowym”, stanowiącym załącznik nr 2a do SIWZ, w pozycji 7 wartość tej usługi („(...) rozliczane wg cennika określonego w formularzu ofertowym) Odwołujący określił tę kwotę jako „48 000,00 zł”.

Zamawiający w piśmie informującym Odwołującego o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego wskazał, iż „w Formularzu Oferty (str. 1 oferty) zamiast wskazania cennika, zawarte jest sformułowanie „taryfa indywidualna”. Takie sformułowanie, nie definiuje konkretnego cennika i nie pozwala odwołać się do cennika funkcjonującego w szerokiej ofercie biznesowej wykonawcy nr 2 – NETIA S.A.”

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Niewątpliwym jest, iż Odwołujący w „Formularzu oferty” wskazał cennik wymagany przez Zamawiającego w punkcie 5.7. załącznika nr 1 „Opis przedmiotu zamówienia”, określając go jako „taryfę indywidualną”, jak również podając wartość odpowiadającą temu

cennikowi pozycji w „Formularzu cenowym”. W ocenie Izby samo już podanie nazwy tego cennika czyni zadość wymogowi z punktu 5.7. powołanego wyżej załącznika. Zamawiający nie wymagał bowiem, co słusznie podniósł Odwołujący, aby wskazany cennik był zamieszczony w określonym miejscu. W treści SIWZ nie podał także, że dokona weryfikacji cennika wskazanego w „Formularzu oferty”, poprzez weryfikację jego nazwy, oferowanych w nim cen, jak również sposobu dokonania weryfikacji. Tymczasem Zamawiający nie wymagał od wykonawców poza podaniem nazwy cennika i odpowiadającej mu wartości w „Formularzu cenowym” załączenia do oferty tego właśnie oferowanego w „Formularzu oferty” cennika, bądź wskazania miejsca, w którym można się zapoznać z jego treścią. Dlatego też nie może on na etapie badania i oceny ofert zmieniać postawionych wcześniej wymogów. Skoro bowiem cennik miał być wskazany i faktycznie jest on wskazany brak jest podstaw do jego kwestionowania. Wszelkie wątpliwości, które pojawiły się u Zamawiającego, a dotyczące tego czy taki cennik rzeczywiście istnieje, należało wyjaśnić w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Nie można bowiem zakładać, iż dany wykonawca nie spełnia danego wymogu przed dokonaniem wyjaśnień treści złożonej przez niego oferty. Nazwa „taryfa indywidualna”, wbrew twierdzeniom Zamawiającego, funkcjonuje w obrocie, czego dowodem jest wydruk z strony internetowej Odwołującego, na której w pozycji „Cennik Taryfa Indywidualna – wersja podstawowa” znajduje się plik „Do pobrania \*Cennik Taryfa indywidualna (plik PDF, 147kB)”, jak również wyciąg z ofert Odwołującego składanych w innych postępowaniach, a w których powoływał się on także na cennik o nazwie „taryfa indywidualna”. Istotnie cennik „taryfa indywidualna” jest dedykowany dla różnych zamawiających i jego nazwa ulega wówczas pewnej modyfikacji. Niemniej jednak, jak ustalono w trakcie rozprawy, taryfa indywidualna ma swą wersję podstawową i taka właśnie wersja była oferowana. Rozbieżności w cenach poszczególnych pozycji wskazanych cenników „taryfa indywidualna” wynikają stąd – jak podnosił to Odwołujący – iż cennik ten podlega zmianom. Natomiast Odwołujący w złożonej ofercie podał nazwę najtańszego stosowanego przez niego cennika dla klientów biznesowych i odpowiadającą mu wartość w pozycji 7 „Formularza cenowego”.

Skoro więc Zamawiający nie stawiał cennikowi wskazywanemu przez wykonawców w złożonych ofertach żadnych dodatkowych wymagań to niedopuszczalnym jest ich (dodatkowych wymogów) stawianie dopiero na etapie składania ofert. Dlatego też Izba uznała, iż zarzut ten potwierdził się.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.



O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania.

**Przewodniczący:** .....