

WYROK

z dnia 10 grudnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 grudnia 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 listopada 2015 r. przez **Orange Polska Spółkę Akcyjną w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Agencję Rynku Rolnego w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **T-Mobile Polska Spółka Akcyjna w Warszawie**, zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego**

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża **Orange Polska Spółkę Akcyjną 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 **Orange Polska Spółkę Akcyjną w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zmianami) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Agencja Rynku Rolnego w Warszawie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie przez 24 miesiące usług telefonii komórkowej wraz z dostawą aparatów komórkowych z aktywnymi i skonfigurowanymi kartami SIM.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2015 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 27 listopada 2015 roku wykonawca Orange Polska SA w Warszawie (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie, zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2, a przez to art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy T-Mobile Polska SA w Warszawie (dalej także: przystępujący), jako niezgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (s.i.w.z.) z uwagi na zaoferowanie przez tegoż wykonawcę modeli aparatów telefonicznych niespełniających minimalnych parametrów określonych przez zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia.

Odwołujący podniósł, że jest wykonawcą, który złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu i posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Jednocześnie może ponieść szkodę na skutek naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Oferta odwołującego złożona w postępowaniu, zgodnie z treścią informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, została sklasyfikowana na drugim miejscu. Jako najkorzystniejszą zamawiający wybrał ofertę wykonawcy T-Mobile Polska S.A. - ofertę niezgodną z s.i.w.z. W przypadku, gdyby zamawiający dokonał prawidłowo czynności wynikających z ustawy, jako najkorzystniejsza zostałaby uznana oferta odwołującego i uzyskałby on przedmiotowe zamówienie. Wobec powyższego należy stwierdzić, że odwołujący posiada interes w skorzystaniu ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu;
2. Przeprowadzenia ponownej czynności badania i oceny ofert;
3. Odrzucenia oferty wykonawcy T-Mobile jako niezgodnej z s.i.w.z.;
4. Dokonania ponownej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

Odwołujący podniósł, że zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie

zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na świadczenie przez 24 miesiące usług telefonii komórkowej wraz z dostawą aparatów komórkowych z aktywnymi i skonfigurowanymi kartami SIM. Dnia 24 listopada 2015 r. zamawiający dokonał czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. W ocenie odwołującego czynność ta jest czynnością nieprawidłową z uwagi na fakt, iż wybrany wykonawca w złożonej ofercie zaoferował modele aparatów telefonicznych nie spełniające wymagań zamawiającego określonych w opisie przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wskazał, że z opisu przedmiotu zamówienia wynika m.in., iż zamawiający wymagał zaoferowania nie mniej niż 3 modeli telefonów komórkowych w każdej z 3 grup. Każdy z zaoferowanych 3 modeli telefonów w każdej z 3 grup winien spełniać wszystkie minimalne parametry opisane w s.i.w.z. Jednocześnie zamawiający wymagał, aby wszystkie zaoferowane telefony były wprowadzone na rynek polski nie wcześniej niż w roku 2015 (szczegółowy opis przedmiotu zamówienia pkt III Urządzenia ppkt 7).

Odwołujący stwierdził, że w grupach B i C wykonawca T-Mobile nie zaoferował wymaganych trzech modeli telefonów spełniających wszystkie minimalne wymagania.

W grupie B wykonawca T-Mobile zaoferował pięć modeli aparatów telefonicznych: Huawei P8 LTE, Huawei G8 LTE, Huawei Ascend Mate 7 LTE, LG G3, Huawei Honor 6. Z tych modeli jedynie dwa: Huawei P8 LTE oraz Huawei G8 LTE, spełniają wszystkie minimalne parametry wymagane przez Zamawiającego.

Trzeci zaoferowany model model Huawer Ascend Mate 7 LTE nie spełnia:

- wymagania określonego w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia pkt III. Urządzenia ppkt 5, dotyczącego pamięci RAM - ma jedynie 2 GB pamięci, a zgodnie z s.i.w.z. powinien mieć 3GB,

- wymagania określonego w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia pkt III. Urządzenia ppkt 7, dotyczącego daty wprowadzenia na rynek polski - został wprowadzony na rynek polski w 2014 r. Czwarty zaoferowany model LG G3 nie spełnia:

- wymagania określonego w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia pkt III. Urządzenia ppkt 5, dotyczącego pamięci RAM - ma jedynie 2 GB pamięci, a zgodnie z s.i.w.z. powinien mieć 3GB,

- wymagania określonego w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia pkt III. Urządzenia ppkt 7, dotyczącego daty wprowadzenia na rynek polski - został wprowadzony na rynek polski w 2014 r.

Piąty zaoferowany model Huawei Honor 6 nie spełnia:

- wymagania określonego w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia pkt III. Urządzenia ppkt 7, dotyczącego daty wprowadzenia na rynek polski - został wprowadzony

na rynek polski w 2014 r.

W ocenie odwołującego wykonawca T-Mobile w grupie B nie zaoferował wymaganej ilości, czyli trzech modeli aparatów telefonicznych spełniających minimalne wymagania zamawiającego.

Odwołujący wskazał, że w grupie C wykonawca T-Mobile zaoferował trzy modele aparatów telefonicznych: Apple iPhone 6 64 GB, Samsung Galaxy S6 (G920F) LTE, Samsung Galaxy S6 EDGE (G925F) LTE, przy czym tylko dwa z tych aparatów spełnia wszystkie minimalne wymagania Zamawiającego.

Trzeci zaoferowany model: Apple iPhone 6 64GB, nie spełnia:

- wymagania określonego w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia pkt III. Urządzenia ppkt 5, dotyczącego pamięci RAM - ma jedynie 1 GB pamięci, a zgodnie z siwz powinien mieć 2GB;
- wymagania określonego w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia pkt III. Urządzenia ppkt 7, dotyczącego daty wprowadzenia na rynek polski - został wprowadzony na rynek w 2014r.

W ocenie odwołującego wykonawca T-Mobile w grupie C nie zaoferował wymaganej ilości, czyli trzech modeli aparatów telefonicznych spełniających minimalne wymagania zamawiającego.

W odpowiedzi na odwołanie zamawiający wniósł o:

- 1) o oddalenie odwołania w całości,
- 2) o obciążenie w całości kosztami postępowania odwołującego.

Zamawiający stwierdził, że przedmiotem umowy jest świadczenie usług telefonii komórkowej wraz z dostawą aparatów telefonicznych, z czego w obu ofertach 95% kosztów to koszt usługi, a jedynie 5% to wartość telefonów. Zamawiający w kryteriach oceny ofert określił odpowiednie wagi, istotne w przedmiotowym zamówieniu publicznym, tj. cena brutto usług i aparatów telefonicznych - waga 96%, ilość danych GB wysyłana/odbierana w ryczałcie miesięcznym-waga 4%.

Zamawiający podniósł, że przedstawione przez przystępującego aparaty telefoniczne spełniają wymagane przez niego minimalne parametry określone w s.i.w.z. Obecny rynek telefonów komórkowych jest tak zróżnicowany i szeroki, że producenci telefonów pod jednym modelem wskazują również na wiele ich wersji, które różnią się np. ilością pamięci, funkcjami, które posiadają, a co za tym idzie również odmiennym czasem wprowadzenia ich

do sprzedaży, co miało też miejsce w przypadku analizy przedstawionych ofert.

W przypadku modeli aparatów telefonicznych z gr. B:

1. Huawei Ascend Mate 7 LTE:

Zamawiający znalazł informację z dn. 13 grudnia 2014 roku o tym, że Huawei wprowadził wersję tego modelu z pamięcią 3 GB (nieдоступną na ten dzień w oficjalnej sieci sprzedaży w Polsce), na podstawie których uznał, że T-Mobile będzie w stanie w przypadku zamówienia dostarczyć w/w aparat telefoniczny, który pojawił się w sprzedaży:

2. LGG3:

a. Zamawiający wskazał, iż odwołujący zarzuca zamawiającemu, że przedstawiony telefon ma tylko 2 GB RAM, dystrybutor LG w kolejnym piśmie odwołującego wskazuje, że telefon ten występuje też w wersji 3 GB - i został „wprowadzona do obrotu w sierpniu 2014 roku” nie precyzując, czy miało to miejsce w polskiej sieci sprzedaży. Sprzeczne twierdzenia mówiące raz o braku dostępności wersji 3GB, podważają profesjonalny charakter działalności firmy Orange i jednocześnie ukazują jak szeroka potrafi być oferta producenta dotycząca ilości wersji jednego modelu aparatu telefonicznego.

3. Huawei Honor 6—

a. Zamawiający stwierdził, że w grupie telefonów HONOR 6 zawiera się także telefon Honor 6 w wersji Plus, który spełnia wymagania względem roku - został wprowadzony do sprzedaży w Polsce w maju 2015 roku

b. Ponadto Odwołujący w przekazanym dowodzie z 26 listopada 2015 r. (strona 39) również wskazał inną wersję telefonu Honor 6 - oznaczonego „MULAN” co dowodzi, że w/w telefony występują w wielu wersjach. Powyższe świadczy o brak profesjonalizmu w sposobie sprawdzenia informacji przez Odwołującego.

W przypadku modelu aparatu z grupy C:

1. iPhone6 64GB

a. Zamawiający stwierdził, że w grupie telefonów 6 generacji znajduje się zarówno iPhone 6 64 GB jak i telefon iPhone 6 w wersji 6S 64 GB, który spełnia wymagania zamawiającego - posiada 2 GB RAM oraz został wprowadzony do sprzedaży w Polsce w 2015 roku.

Według wiedzy zamawiającego, w toku badania i oceny ofert wszystkie telefony spełniały minimalne parametry techniczne jak i zostały wprowadzone na rynek Polski w 2015 roku.

W ocenie zamawiającego zarzut mówiący o tym, że „zaoferowanie telefonów komórkowych o parametrach niższych niezgodnych z s.i.w.z., ma istotny wpływ na obniżenie ceny wykonawcy T-Mobile jest nietrafiony. Przykładowo cena oferowanego przez Orange telefonu iPhone 6 64GB i iPhone w wersji 6S 64GB jest dokładnie taka sama i wynosi

3186,18 zł netto, a w T-Mobile 3248,00 zł netto - co przy zamówieniu 10 sztuk telefonów nie zwiększy kwoty oferty o kilkadziesiąt tysięcy złotych.

Wykonawcy zobowiązani byli do przedstawienia min. 3 modeli aparatów telefonicznych dla każdej z grup. Wykonawca T-Mobile przedstawił w grupie B aż 5 różnych modeli różnych aparatów i min. 3 z tej grupy spełniają wymagania określone przez zamawiającego. Zamawiający nie żądał od wykonawców wskazywania wersji zaproponowanego modelu telefonu.

Zarówno w ofercie T-Mobile jak i Orange, w grupie-B i C oferenci wskazali-taką samą jednostkową cenę zakupu za oferowane modele aparatów telefonicznych (odpowiednio 100 i 200 zł /sztukę).

Oferta T-Mobile za niższą cenę, za którą oferuje więcej internetu - o 66%, zamiast 60GB to 100 GB miesięcznie, co w przypadku gdyby Orange zaproponowałby taką ofertę, to jego cena ofertowa przy 100GB byłby jeszcze wyższa.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca T-Mobile Polska SA w Warszawie. Przystępujący poparł stanowisko zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba uznała, że odwołujący jest uprawniony do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

Izba stwierdziła, że stan faktyczny przedstawiony w odwołaniu jest zgodny z ustaleniami dokonanyymi przez Izbę. Nie jest on ponadto sporny pomiędzy uczestnikami postępowania odwoławczego.

Istotą postępowania jest rozstrzygnięcie, czy wskazane przez przystępującego w ofercie aparaty telefoniczne zostały określone jako konkretne modele, czy też jako grupy modeli, w ramach których dopuszczalne jest zaoferowanie poszczególnych wersji.

Izba wskazuje, że zamawiający nie sprecyzował w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co należy rozumieć pod pojęciem modelu aparatu telefonicznego. Powszechnie obowiązujące przepisy prawne również nie zawierają legalnej definicji takiego modelu.

Słownik języka polskiego PWN wyjaśnia jedynie, iż pod pojęciem modelu należy rozumieć m.in. typ lub fason czegoś. Żaden z uczestników postępowania odwoławczego nie udowodnił, w jaki sposób określa się model aparatu telefonicznego. Uczestnicy

postępowania używali sformułowań: model i wersja, przy czym nie wykazano w sposób nie budzący wątpliwości, co należy rozumieć przez oba wskazane pojęcia. Oczywistym jest, iż określenia te funkcjonują w praktyce, są używane przez uczestników obrotu, niemniej jednak przyjęcie jednego z nich za obowiązujący jest nieuprawnione w sytuacji, gdy zamawiający nie określił w s.i.w.z., w jaki sposób pojęcie to będzie rozumiane w niniejszym postępowaniu, a żaden z uczestników nie zwrócił się do zamawiającego o wyjaśnienia w tym zakresie.

Ogólnie wskazać tu należy, podzielając w tym zakresie stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w uzasadnieniu wyroku z dnia 28 maja 2010 r., sygn. akt KIO 868/10, iż specyfikacja istotnych warunków zamówienia, od momentu jej udostępnienia, jest wiążąca dla zamawiającego – jest on obowiązany do przestrzegania warunków w niej umieszczonych. Jak wskazuje art. 70¹ § 4 Kodeksu cywilnego jest to zobowiązanie, zgodnie z którym organizator od chwili udostępnienia warunków, a oferent od chwili złożenia oferty, zgodnie z ogłoszeniem aukcji albo przetargu, są obowiązani postępować zgodnie z postanowieniami ogłoszenia, a także warunków aukcji albo przetargu. Z uwagi na to, że obok ogłoszenia zamawiający konkretyzuje warunki przetargu zarówno odnośnie do zamówienia (umowy), jak i prowadzenia postępowania w specyfikacji, to s.i.w.z. należy uznać za warunki przetargu w rozumieniu K.c. Udostępnienie s.i.w.z. jest zatem czynnością prawną powodującą powstanie zobowiązania po stronie zamawiającego, który jest związany swoim oświadczeniem woli co do warunków prowadzenia postępowania i kształtu zobowiązania wykonawcy wymienionych w s.i.w.z. Zaznaczyć przy tym należy, iż co do zasady, dla oparcia i wyprowadzenia konsekwencji prawnych z norm s.i.w.z., jej postanowienia winny być sformułowane w sposób precyzyjny i jasny. Precyzyjne i jasne formułowanie warunków przetargu, a następnie ich literalne i ścisłe egzekwowanie jest jedną z podstawowych gwarancji, czy wręcz warunkiem *sine qua non*, realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Wskazując na powyższe stwierdzić należy, iż nie można mówić o niegodności treści oferty z treścią s.i.w.z. w sytuacji, gdy s.i.w.z. nie zawiera określeń lub definicji względem których rzekoma niezgodność miałaby zaistnieć, jak również nie istnieją powszechnie obowiązujące definicje, do których s.i.w.z. mogłaby się odnosić. Podstawą do takiego rozstrzygnięcia nie może być również potoczne rozumienie danego pojęcia w sytuacji, gdy – jak wynika z przebiegu rozprawy – w obrocie funkcjonują również inne określenia aparatów telefonicznych, np. wersja, typ. Odwołujący nie udowodnił zaś, że wskazane w ofercie przystępującego symbole określają dany konkretny model. Z kolei zamawiający i przystępujący wykazali, iż określone tym samym symbolem grupy aparatów zawierają wersje, z których część spełnia wymagania określone w s.i.w.z.

Tym samym zarzut bezpodstawnego zaniechania odrzucenia oferty przystępującego z powodu niezgodności jej treści z treścią s.i.w.z. należy uznać za nieuzasadniony.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....