Sygn. akt KIO 1725/19

WYROK

z dnia 18 września 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk
Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 września 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 września 2019 r. przez wykonawcę MERK Solutions Sp. z o. o. w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Telewizję Polską S.A. w Warszawie

przy udziale wykonawcy Apex.IT Sp. z o.o. w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża MERK Solutions Sp. z o. o. w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez MERK Solutions Sp. z o. o. 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 2018 r. poz. 1986 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: .....

Sygn. akt KIO 1725/19

Uzasadnienie

Zamawiający - Telewizja Polska S.A. w Warszawie - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest wynajem przestrzeni technicznej oraz usługa telekomunikacyjna w modelu CDN przez okres 24 miesięcy. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane

zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych 2 sierpnia 2019 r. pod pozycją 576846. Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W związku z przesłaniem przez zamawiającego informacji o wyniku postępowania wykonawca MERK Solutions Sp. z o. o. w Warszawie wniósł odwołanie 4 września 2019 r. Zachowany został termin ustawowy i obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp;

2. art. 89 ust. 1 pkt. 8 Pzp w związku z art. 58 § 1 i 2 k.c. przez zaniechanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Apex.IT Sp. z o.o. w Warszawie (dalej „Apex"), której treść jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów i tym samym wadliwe wybranie oferty tego wykonawcy;

3. art. 91 ust. 1 Pzp przez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Apex, pomimo że oferta tego wykonawcy winna zostać odrzucona.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej polegającej na wyborze oferty złożonej przez Apex;

2. ponownego dokonania czynności badania i oceny złożonych ofert;

3. odrzucenia oferty złożonej przez Apex;

4. dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

W uzasadnieniu odwołujący stwierdził, że oprócz usługi najmu przestrzeni technicznej zamawiający oczekuje świadczenia przez wybranego wykonawcę usług telekomunikacyjnych. Podniósł, że działalność telekomunikacyjna, będąca działalnością gospodarczą, jest działalnością regulowaną i podlega obowiązkowemu wpisowi do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych, co wynika z art. 10 ust. 1 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1954 ze zm.) oraz z art. 43 ust. 1 ustawy z dnia 6 marca 2018 r. Prawo przedsiębiorców (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1292 ze zm.) prowadzonym przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej.

Odwołujący podniósł, że opis przedmiotu zamówienia, stanowiący załącznik nr 1 do Wzoru umowy (załącznik nr 1 do SIWZ) uwzględnia usługę telekomunikacyjną obejmującą:

a. wydzierżawienie zamawiającemu punktu styku z infrastrukturą wykonawcy w postaci dwóch interfejsów 100GE;

b. zapewnienie sumarycznej przepływności na poziomie sumy nominalnych przepustowości interfejsów fizycznych (200Gbps);

c. udostępnienie sesji BGP do urządzeń L3 zamawiającego i zapewnienie połączeń do minimum 80 tys. prefiksów IPv4;

d. wykonanie i utrzymanie przez cały okres obowiązywania umowy fizycznego połączenia w postaci 2 par światłowodowych jednomodowych (4J) pomiędzy portami wydzierżawionymi zamawiającemu a urządzeniami L3 zamawiającego umieszczonymi w kolokacji;

e. wykonanie i utrzymanie przez cały okres obowiązywania umowy fizycznego połączenia w postaci 2 par światłowodowych jednomodowych (4J) pomiędzy urządzeniami L3 zamawiającego umieszczonymi w kolokacji a siedzibą zamawiającego;

f. zapewnienie monitoringu portów dostępowych wykonawcy, do których podłączone są urządzenia zamawiającego oraz sesji BGP z tymi urządzeniami. Wykonawca będzie rejestrował zmiany stanu portów oraz sesji BGP. Dane z monitoringu będą dostępne na dedykowanej stronie internetowej lub portalu wykonawcy;

g. zapewnienie wsparcia polegającego na wykonywaniu na żądanie zamawiającego podstawowych czynności fizycznych dotyczących kolokowanego sprzętu (takich jak np. fizyczny restart urządzenia, odpięcie lub podpięcie kabla zasilającego, itp.), w wymiarze minimum 4 interwencje miesięcznie;

h. usługa będzie świadczona na poziomie dostępności co najmniej 99,99% w skali miesiąca.

Zdaniem odwołującego okoliczność, że zamawiający nie określił w SIWZ warunków udziału

w postępowaniu w zakresie kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, niczego nie zmienia w ocenie oferty wykonawcy Apex. Niezależnie bowiem od sposobu określenia warunków udziału w postępowaniu, ze względu na to, że przedmiot zamówienia obejmuje usługi telekomunikacyjne, jedynymi podmiotami zdolnymi do realizacji tej części zamówienia będą przedsiębiorcy posiadający status przedsiębiorcy telekomunikacyjnego. Wykonawca Apex nie jest przedsiębiorcą telekomunikacyjnym, nie został bowiem wpisany do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych prowadzonego przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej, a pomimo tego złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu. Ta oferta została w sposób błędny oceniona przez zamawiającego, który był zobowiązany do jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust 1 pkt. 8 Pzp, i wybrana jako oferta najkorzystniejsza.

Odwołujący zarzucił, że z treści oferty wykonawcy Apex wynika zdolność do wykonania całego przedmiotu zamówienia, w sytuacji, gdy jest to niemożliwe. Wykonawca ten nie posiada statusu przedsiębiorcy telekomunikacyjnego adekwatnego do rodzaju i miejsca wykonywania zamówienia. W świetle brzmienia art. 58 k.c. złożył ofertę nieważną, przede wszystkim dlatego, że złożenie oferty należy uznać za oczywistą próbę obejścia przez tego wykonawcę wskazanych jednoznacznych przepisów ustawy Prawo telekomunikacyjne oraz ustawy Prawo przedsiębiorców.
3

Odwołujący wywiódł, że Apex składając ofertę postępowaniu naruszył reguły słuszności zapewniając zamawiającego, że zrealizuje przedmiot zamówienia w terminach i na warunkach wynikających ze wzoru umowy, pomimo tego, że nie posiada niezbędnych uprawnień do świadczenia usług telekomunikacyjnych. Tym samym oferta dotknięta wadą wskazaną w art. 58 k.c. jest nieważna. Wskazując na znaczeniem przepisów prawa o charakterze imperatywnym podniósł, że art. 10 ust. 1 Prawa telekomunikacyjnego ma charakter bezwzględnie obowiązujący, a wobec tego odstępstwo od jego zastosowania skutkuje nieważnością czynności prawnej, jako sprzecznej z ustawą na mocy art. 58 § 1 k.c.

Wykonawca Apex.IT Sp. z o.o. w Warszawie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której odwołujący i przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowiska. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

Okoliczności faktyczne sporu zostały przywołane w odwołaniu zgodnie z rzeczywistym stanem rzeczy i ich ponowny opis jest zbędny. Ustalenia faktyczne należy jedynie uzupełnić o wskazanie, że Apex 16 października 2019 r. złożył wniosek do Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej o wpisanie do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych. Kopia tego wniosku została złożona do akt sprawy.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą i nie uzyskania korzyści wynikających z zawarcia umowy.

Okoliczności faktyczne sporu nie są sporne między stronami.

Zamawiający nie wymagał w postanowieniach SIWZ, aby o udzielenie zamówienia ubiegali się wykonawcy wpisani do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych prowadzonego przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej. Brzmienie postanowień SIWZ obejmujących po części wykonanie usług telekomunikacyjnych oraz brak posiadania wpisu przez Apex - wykonawcę, którego ofertę zamawiający uznał za najkorzystniejszą, wpisu do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych, również nie są sporne. Sporna jest ocena prawna tego stanu rzeczy, a mianowicie, czy oferta Apex

podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust.1 pkt 8 Pzp.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Art. 7 ust. 3 Pzp wskazany w katalogu przepisów, których naruszenia miałby dopuścić się zamawiający stanowi, że zamawiający udziela zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Pod pojęciem ustawy należy rozumieć przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych. Natomiast art. 91 ust. 1 Pzp głosi, że zamawiający wybiera ofertę wykonawcy na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ. W przypadku postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego oba powołane przepisy wiążą wybór oferty wykonawcy z wymaganiami zamawiającego opisanymi w SIWZ.

Już ta konstatacja wskazuje na niezasadność odwołania. Posiadanie przez wykonawcę statusu przedsiębiorcy telekomunikacyjnego, potwierdzoną wpisem do rejestru prowadzonego przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej, jest jego właściwością podmiotową. Potwierdza to jasno § 2 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju z 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz form, w jakich dokumenty te mogą być składane (Dz.U. z 2016 r. poz. 1126 ze zm.), która wpis wymienia jako dokument składany dla potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu. Ocena podmiotowa zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia może być dokonywana wyłącznie na podstawie opisanych przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu opisanych w SIWZ. Stanowi o tym art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp, zgodnie z którym o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego. Również art. 22 ust. 1a Pzp głosi in initio, że zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe. Skoro w badanym postępowaniu zamawiający nie określił, że warunkiem udziału w postępowaniu jest posiadanie wpisu do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych, domaganie się na etapie oceny ofert posiadania takiego wpisu od wykonawcy, który działając w zaufaniu do postanowień SIWZ, złożył ofertę, jest niedopuszczalne. Zasady zawarte w art. 7 ust. 1 Pzp wymagają od zamawiającego dokonywania czynności w postępowaniu na równych zasadach i w sposób przejrzysty. Gwarancją takiego działania są postanowienia SIWZ.

Jeśli odwołujący uważał, że postanowienia SIWZ są niepełne, powinien kwestię tę podnieść na wcześniejszym etapie postępowania w terminie przewidzianym ustawą na kwestionowanie postanowień SIWZ. Obecnie domaganie się od zamawiającego, aby dokonywał ocen w oparciu o wymagania nie wyrażone w SIWZ jest niedopuszczalne.

Fakt, że w dacie wyboru najkorzystniejszej oferty Apex nie był wpisany do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych, nie uzasadnia odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp, nie tylko z tego powodu, że odwołujący zarzut odwołania kieruje pod adresem zdolności podmiotowej wykonawcy, a nie złożonej przez niego oferty. Izba zważyła, że zgodnie z

tym przepisem zamawiający odrzuca ofertę, która jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów. Czynność odrzucenia oferty wymaga zatem, aby sankcja nieważności wynikała wprost z przepisu rangi ustawowej.

Odwołujący podstawy do stwierdzenia nieważności oferty Apex upatruje w art. 58 k.c., który w § 1 stanowi, że czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna, chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek, w szczególności ten, iż na miejsce nieważnych postanowień czynności prawnej wchodzą odpowiednie przepisy ustawy. Odwołujący wskazuje również na art. 58 § 2 k.c., zgodnie z którym nieważna jest czynność prawna sprzeczna z zasadami współżycia społecznego. Art. 58 k.c. zawiera normę o ogólnym charakterze, która wymaga dopełnienia przepisem szczegółowym. Na gruncie przepisów kodeksu cywilnego uzasadnienie nieważności oferty może wynikać z niezachowania formy pisemnej, braku umocowania do złożenia oferty (z zastrzeżeniem wcześniejszego zastosowania przez zamawiającego art. 26 ust. 3 Pzp), zamiaru zawarcia umowy na warunkach niemożliwych do spełnienia (umowa o świadczenie niemożliwe). Natomiast bezprawność czynności objęta również zakresem normy art. 58 k.c. powinna mieć oparcie w przepisach innych ustaw, z których sankcja nieważności wynika wprost (vide wyroki Izby w sprawach o sygn. akt: KIO 1066/17, KIO 758/17, KIO 353/17).

Art. 10 ust. 1 Prawa telekomunikacyjnego stanowi, że działalność telekomunikacyjna, będąca działalnością gospodarczą, jest działalnością regulowaną i podlega wpisowi do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych. Świadczenie usług telekomunikacyjnych wchodzących w zakres przedmiotu zamówienia wymaga zatem uzyskania wpisu do rejestru, jednak niewątpliwie Prawo telekomunikacyjne nie zawiera sankcji nieważności dla oświadczeń woli oraz dla czynności

faktycznych pochodzących od przedsiębiorcy, który nie został wpisany do rejestru prowadzonego przez Prezesa UKE. W związku z tym brak wpisu do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych nie powoduje nieważności oferty oraz obowiązku odrzucenia takiej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp. Przepis ten ma charakter sankcyjny, w związku z tym nie może podlegać wykładni rozszerzającej.

Zakres kognicji Izby określa art. 180 Pzp, zgodnie z którym odwołanie przysługuje wobec czynności i zaniechania przez zamawiającego czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, do wykonania których jest on zobowiązany przepisami ustawy. Izba oceniła zatem czynność wyboru najkorzystniejszej oferty według stanu na dzień dokonania tego wyboru uwzględniając postanowienia SIWZ oraz przepisy prawa. Ponieważ obowiązek posiadania wpisu do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych powstaje w dacie przystąpienia do świadczenia usług telekomunikacyjnych, materia ta - w okolicznościach sprawy - dotyczy etapu wykonywania umowy. Izba nie oceniała zatem wniosku o wpis złożonego przez przystępującego, charakteru prawnego wpisu oraz terminu, w jakim Apex może ten wpis uzyskać. Status przedsiębiorcy komunikacyjnego powinien wykonawca posiadać 3 dni po zawarciu umowy, a data ta zostanie ustalona przez zamawiającego.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp.

Przewodniczący: .....