Sygn. akt: KIO 2442/17

Wyrok
z dnia 1 grudnia 2017 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Beata Pakulska-Banach
Protokolant: Edyta Paziewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 grudnia 2017 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 listopada 2017 roku przez wykonawcę: **T-Mobile Polska S.A. z siedzibą w Warszawie,** (ul. Marynarska 12, 02- 674 Warszawa), w postępowaniu prowadzonym przez: **Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa w Warszawie,** (Al. Jana Pawła II nr 70, 00-175 Warszawa), przy udziale wykonawcy: **Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie,** (Al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa), zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego: **T-Mobile Polska S.A. z siedzibą w Warszawie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000,00 zł** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579, 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: …… 1

Sygn. akt: KIO 2442/17

Uzasadnienie

Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa w Warszawie [zwana dalej: „zamawiającym"] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania: *Zakup usług telekomunikacyjnych GSM* na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych [t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579, ze zm.], [zwanej dalej: „ustawą Pzp"].

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 4 sierpnia 2017 roku pod numerem 2017/S 148-306744. Wartość zamówienia kwoty określone w przepisach wydanych przekracza na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 10 listopada 2017 roku zamawiający przekazał wykonawcom biorącym udział w postępowaniu informację o wyborze najkorzystniejszej oferty.

W dniu 20 listopada 2017 roku wykonawca - T-Mobile Polska S.A. z siedzibą w Warszawie [zwany dalej: „odwołującym"] wniósł odwołanie, zarzucając zamawiającemu naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie, pomimo, że jest ona niezgodna z treścią SIWZ, gdyż zaoferowany przez tego wykonawcę telefon w Standardzie I, tj. Xiaomi Mi 6 nie spełnia wymagań w zakresie parametru HSDPA/LTE.

W oparciu o powyższe zarzuty odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2) dokonania powtórnej czynności badania i oceny;
3) odrzucenia oferty złożonej przez Orange Polska S.A.;
4) dokonania wyboru oferty odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podnosił, że zgodnie z rozdziałem I

pkt 4.5. SIWZ oraz rozdziałem III pkt 4 załącznika nr 1 do Umowy, stanowiącym Szczegółowy Opis Przedmiotu Umowy (po modyfikacji z dnia 25 sierpnia 2017 r.), 2

wykonawca zobowiązany był zaoferować 2 różne modele telefonów w każdym standardzie do wyboru zamawiającego. Natomiast w rozdziale III pkt 2 załącznika nr 1 do Umowy (Lp. 10 tabeli), zamawiający wymagał, żeby telefony zaoferowane przez wykonawcę w ramach Standardu I posiadały HSDPA/LTE.

Odwołujący wskazywał, iż jeden z telefonów zaoferowanych przez wykonawcę Orange w ramach Standardu I, tj. Xiaomi Mi 6 nie spełnia tego wymogu, co powoduje, że oferta tego wykonawcy nie odpowiada treści SIWZ, a zatem podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący wyjaśniał, że zgodnie z informacjami udostępnianymi przez producenta Xiaomi model Mi 6 jest produkowany na rynek chiński i w związku z tym nie obsługuje standardu LTE 800 Mhz, czyli pasma B20. Następnie zauważył, że pasmo LTE B20 określane jest również mianem 800EU i jest to specyficzny dla kontynentu europejskiego zakres częstotliwości używany przez LTE. Zdaniem odwołującego, fakt, że Xiaomi Mi 6 nie obsługuje pasma B20 powoduje, że użytkownik telefonu nie będzie miał możliwości korzystania z LTE w obrębie wszystkich nadajników działających w tym standardzie. Według odwołującego, ma to istotne znaczenie, ponieważ operator Orange coraz szerzej wspiera technologię LTE 800 Mhz i obecnie posiada ponad 5100 nadajników działających w paśmie 800 Mhz, co wynika z informacji prasowych przez niego podawanych.

W opinii odwołującego, okoliczność, iż użytkownik Xiaomi Mi 6 nie będzie miał możliwości korzystania z LTE w obrębie nadajników obsługujących częstotliwość 800 Mhz powoduje, że postawiony przez zamawiającego wymóg działania telefonu w standardzie HSDPA/LTE nie jest spełniony, a zatem oferta wykonawcy Orange podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W oparciu o powyższe odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania.

Zamawiający przekazał kopię odwołania wykonawcom za pośrednictwem poczty elektronicznej w dniu 21 listopada 2017 roku.

Zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp: *Wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w postaci papierowej albo elektronicznej opatrzone kwalifikowanym*

podpisem elektronicznym, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie.

W dniu 24 listopada 2017 roku – w formie pisemnej - do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego od wykonawcy Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie [zwanego dalej: „przystępującym" bądź „Orange"], przy czym zgłaszający przystąpienie wskazał stronę, do której zgłosił przystąpienie i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść tej strony oraz przedstawił dowody przesłania stronom kopii zgłoszenia przystąpienia.

Izba ustaliła, że wykonawca Orange zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego z zachowaniem wymogów określonych w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, tym samym stając się uczestnikiem tego postępowania.

W dniu 1 grudnia 2017 roku zamawiający złożył – za pośrednictwem faksu (a w toku posiedzenia z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego – w formie pisemnej) - odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie.

W tym samym dniu, przystępujący złożył pismo procesowe wraz z załącznikami.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, w tym szczególności: z protokołu postępowania o udzielenie zamówienia, ogłoszenia o zamówieniu, postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty złożonej przez przystępującego, informacji zamawiającego

o wyborze oferty najkorzystniejszej, jak również dowody z dokumentów złożonych przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego w toku rozprawy w dniu 1 grudnia 2017 roku oraz załączone do pisma procesowego przystępującego z dnia 1 grudnia 2017 roku.

Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi zamawiającego na odwołanie, piśmie procesowym złożonym przez przystępującego, a także oświadczenia i stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 1 grudnia 2017 roku.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis.

Ponadto, nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba ustaliła także, że odwołującemu w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przysługiwało uprawnienie do wniesienia odwołania jako, że spełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania, tj. istnienie interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Odwołanie podlega oddaleniu.

Przedmiotem zamówienia jest zakup usług telekomunikacyjnych GSM. Zgodnie z rozdziałem I pkt 4.5. Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia [zwanej dalej: „SIWZ"] oraz rozdziałem III pkt 4 Załącznika nr 1 do Umowy - Szczegółowy opis przedmiotu umowy, stanowiącej Załącznik nr 5 do SIWZ: *„Wykonawca zobowiązuje się do zaproponować 2 różne modele telefonów w każdym standardzie spełniających wymagania, do wyboru Zamawiającego"* [w brzmieniu ustalonym przez zamawiającego modyfikacją dokonaną w dniu 25 sierpnia 2017 roku].

W pkt 5.1. SIWZ zamawiający wskazał, że: *„wymaga aparatów telefonicznych o następujących standardach i ilościach:*
5.1.1. Standard I – 15 szt. + wymiana 15 szt.
5.1.2. Standard II – 250 szt. + wymiana 250 szt.
5.1.3. Standard III – od 1600 szt. do 3000 szt. + wymiana od 1600 szt. do 3000 szt., których wymogi zostały określone w tabeli wpkt 2.".

Zamawiający w pkt 5.2. SIWZ określił, że wymaga zaoferowania aparatów telefonicznych, spełniających minimalne parametry, m.in. w zakresie transmisji danych: GPRS, EDGE, UMTS, HSDPA/LTE, Wi-Fi, Bluetooth (pozycja Lp. 10 tabeli). Analogiczne postanowienie zamawiający zawarł w rozdziale III pkt 2 Załącznika nr 1 do Umowy – Szczegółowy opis przedmiotu umowy, stanowiącej Załącznik nr 5 do SIWZ.

Wykonawca Orange w Standardzie I zaoferował dwa modele telefonów, tj.:
1. model aparatu: Xiaomi Mi 6 oraz
2. model aparatu: Nokia 8.

Zarzuty odwołania odnosiły się do oferty wykonawcy Orange w zakresie zaoferowania aparatu telefonicznego – Xiaomi Mi 6.

Zdaniem odwołującego treść oferty wykonawcy Orange jest niezgodna z treścią SIWZ, ponieważ telefon Xiaomi Mi 6 oferowany w Standardzie I nie spełnia wymagań w zakresie parametru HSDPA/LTE, z uwagi na to, że nie obsługuje pasma LTE B20 (LTE 800 MHz), co powoduje, że użytkownik telefonu nie będzie miał możliwości korzystania z LTE w obrębie wszystkich nadajników działających w tym standardzie.

Izba ustaliła, że bezsporny pomiędzy stronami postępowania był fakt, że oferowany przez przystępującego telefon Xiaomi Mi 6 nie obsługuje pasma LTE B20 (LTE 800 MHz), co też przyznał przystępujący w toku rozprawy. Bezsporne było także to, że telefon ten jednocześnie obsługuje inne częstotliwości, m.in.: LTE 1800 MHz i 2600 MHz dostępne w Polsce oraz, że przystępujący posiada

nadajniki działające w tych pasmach. Ponadto, przyznane zostało w toku rozprawy przez przystępującego, iż występują pewne obszary na terenie Polski, w których w ogóle nie jest możliwe korzystanie z technologii LTE.

Izba oceniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, uznała ponadto, że dowody w postaci ofert handlowych dotyczących modelu telefonu Xiaomi Mi 6, czy wyciągu ze specyfikacji z innego postępowania prowadzonego przez innego zamawiającego (ZUS), jak i informacji prasowych, złożonych przez przystępującego, nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy z uwagi na fakt, że rozstrzygnięcie dotyczy kwestii oceny zgodności oferty z treścią SIWZ w tym konkretnym postępowaniu.

Izba uznała, że podniesiony w odwołaniu zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie, pomimo, że jest ona niezgodna z treścią SIWZ, gdyż zaoferowany przez tego wykonawcę telefon w Standardzie I, tj. Xiaomi Mi 6 nie spełnia wymagań w zakresie parametru HSDPA/LTE, jest bezzasadny.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp: *Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.*

Przepis art. 7 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, iż: *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.* Z kolei z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp wynika, że: *Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.*

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że zamawiający – odnośnie parametru „transmisja danych", w tym: „HSDPA/LTE" - nie ustanowił w treści SIWZ jakiegokolwiek wymagania w zakresie obsługiwanych przez oferowane aparaty częstotliwości, w tym, w zakresie częstotliwości 800MHz. Zamawiający jedynie wymagał, aby oferowane modele aparatów telefonicznych spełniały wymagania w zakresie transmisji danych HSDPA/LTE. Izba podziela stanowisko wyrażone przez zamawiającego i przystępującego, że postanowienia SIWZ w tym zakresie są jednoznaczne.

Z oświadczenia oficjalnego dystrybutora firmy Xiaomi na terenie Polski, tj. ABC Data S.A. z dnia 27 listopada 2017 roku, załączonego do pisma procesowego przystępującego, wynika, że telefon Xiaomi Mi 6 jest modelem globalnym, przeznaczonym do sprzedaży w Europie i obsługującym transmisję danych w standardach: GPRS, EDGE, UMTS, HSDPA i LTE. Natomiast ze specyfikacji technicznej telefonu Xiaomi Mi 6, załączonej przez przystępującego do pisma procesowego z dnia 1 grudnia 2017 roku, wynika, że telefon ten obsługuje pasma LTE 850/900/1800/2100/2600 MHz.

Jak już wcześniej wskazano, model aparatu telefonicznego oferowany przez przystępującego - Xiaomi Mi 6 - obsługuje pasma LTE m.in. o częstotliwościach 1800 MHz, czy 2600MHz, w zakresie których przystępujący korzysta z odpowiednich nadajników (stacji bazowych) na terenie Polski. Zamawiający nie postawił wymagania, aby transmisja danych odbywała się przy wykorzystaniu danego aparatu telefonicznego w technologii LTE w obrębie wszystkich nadajników dostępnych danemu wykonawcy, czy też w obrębie nadajników obsługujących częstotliwość

800MHz. Faktem jest, że być może funkcjonalność transmisji danych w technologii LTE, będzie ograniczona z uwagi na to, że na określonym obszarze wykonawca będzie dysponować siecią LTE wyłącznie dla pasma 800MHz, jednakże zamawiający nie postawił dodatkowych wymogów w treści SIWZ w tym zakresie. A nie ulega wątpliwości, że oferowany telefon ma możliwość transmisji danych w technologii LTE, w tym na obszarze Polski, choć zapewne nie obejmuje całego obszaru. Znamienne

jest jednak to, że obaj wykonawcy zgodni byli co do tego, że obecnie wciąż występują w Polsce obszary, na których w ogóle nie można korzystać z transmisji danych w technologii LTE. Jednakże zdaniem odwołującego, w tym postępowaniu, istotnym było to, aby zaoferować telefon, który będzie dawał możliwość korzystania z LTE w obrębie wszystkich nadajników dostępnych danemu wykonawcy. W ocenie Izby argumentacja taka nie znajduje oparcia w postanowieniach SIWZ, co już wcześniej zostało wywiedzione. Dodatkowo, jak słusznie wskazywał zamawiający w toku rozprawy w dniu 1 grudnia 2017 roku, przyjęcie takiej koncepcji, mogłoby prowadzić do sytuacji, w której ten sam aparat oferowany przez różnych wykonawców spełniałby, bądź nie, wymagania SIWZ, w zależności od nadajników posiadanych przez tych wykonawców, co prowadziłoby do naruszenia zasady wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Ponadto, Izba podziela także stanowisko wyrażone przez zamawiającego oraz przez przystępującego, iż sposób sformułowania przedmiotowego wymagania – parametr transmisji danych HSDPA/LTE (poz. Lp. 10 tabeli zawartej w pkt 5.2. SIWZ oraz odpowiednio w poz. Lp. 10 w pkt 2 w rozdziale III Załącznika nr 1 do Umowy) wskazuje na to, iż zamawiający wymagał alternatywnie tych dwóch technologii. Zatem, jeśli nie będzie możliwa transmisja danych w technologii LTE, to wówczas alternatywnym i możliwym rozwiązaniem jest zastosowanie technologii HSDPA. Co do transmisji danych w technologii HSDPA odwołujący w ogóle nie podnosił zarzutu w odwołaniu, iż oferowany aparat nie spełnia tego wymogu.

Mając powyższe na uwadze Izba uznała, że odwołujący nie wykazał, aby oferowany przez wykonawcę Orange w Standardzie I aparat telefoniczny Xiaomi Mi 6 nie spełniał wymagań SIWZ. Tym samym, Izba uznała, że nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze Izba uznała, że odwołanie podlega oddaleniu i orzekła jak w pkt 1 sentencji wyroku.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp: *W wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.* Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp: *Strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6.*

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 lit. a), a także § 5 ust. 4 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 ze zm.).

Zgodnie z § 3 pkt 1 lit. a) powołanego powyżej Rozporządzenia: *Do kosztów postępowania odwoławczego, zwanych dalej "kosztami", zalicza się:*
1) wpis, obejmujący w szczególności:
a) wynagrodzenia, wydatki i opłaty Urzędu związane z organizacją i obsługą postępowań odwoławczych, archiwizacją dokumentów oraz szkoleniami członków Krajowej Izby Odwoławczej, zwanej dalej "Izbą", przygotowującymi do należytego rozpoznawania odwołań.

Stosownie zaś do § 5 ust. 4: *W przypadkach nieuregulowanych w ust. 1-3 Izba orzeka o kosztach postępowania, uwzględniając, że strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.*

W niniejszej sprawie Izba – co wynika z sentencji orzeczenia – oddaliła odwołanie. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez odwołującego w wysokości 15.000 zł, którą to kwotę Izba zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego.

Przewodniczący: ……..