

WYROK
z dnia 30 czerwca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Mateusz Zientak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 czerwca 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 czerwca 2017 r. przez wykonawcę **T-M. P. Sp. z o. o. z siedzibą w Wykonawca, ul. (...)** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Operator Gazociągów Przesyłowych G.-S. S.A z siedzibą w W., ul. (...)**

przy udziale

wykonawcy P.Sp. z o.o. z siedzibą w W., ul. (...), zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego – po stronie **zamawiającego**.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego wykonawcę T-M. P. Sp. z o. o. z siedzibą w W., ul. (...)

i:

zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **T-M. P. Sp. z o. o. z siedzibą w W., ul. (...)** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 oraz z 2016 poz. 831, 996, 1020, 1250, 1265, 1579 i 1920) 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:

2

Uzasadnienie

Zamawiający Operator Gazociągów Przesyłowych G.-S. S.A z siedzibą w W., ul. (...) wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Świadczenie usług telekomunikacyjnych (...) dla spółek O. G. P. G.-S. S.A oraz P. L. S.A.«.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 14.03.2017 r. pod nrem 2017/S 051-094669.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 oraz z 2016 poz. 831, 996, 1020, 1250, 1265, 1579 i 1920) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Zamawiający poinformował 6.06.2017 r. o:

- 1) wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy P. sp. z o.o. z siedzibą w W.;
- 2) odrzuceniu oferty wykonawcy T-M. P. S.A z siedzibą w W., ul. (...), gdyż treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji – art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Wykonawca T-M.I P. S.A z siedzibą w W., ul. (...), zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, wniósł 16.06.2017 r. do Prezesa KIO odwołanie.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust. 1 Pzp przez odrzucenie oferty złożonej przez odwołującego, pomimo że jej treść odpowiada treści SIWZ oraz ewentualne zaniechanie wezwania Wykonawcy do udzielenia wyjaśnień;
- 2) art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez niezapewnienie zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (w związku z naruszeniem wyżej wymienionych przepisów ustawy) oraz udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynności odrzucenia oferty odwołującego;
- 2) dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego;
- 3) ewentualnie: wezwanie odwołującego do udzielenia wyjaśnień;
- 4) dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

3

Argumentacja odwołującego

Odrzucenie oferty złożonej przez odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp nie znajduje uzasadnienia tak faktycznego, jak i prawnego. Oferta złożona przez odwołującego, zgodnie z wyraźną deklaracją Wykonawcy zawartą w treści oferty jest zgodna z treścią SIWZ i brak było podstaw do zastosowania w stosunku do odwołującego sankcji przewidzianej w art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Bezpodstawne jest przyjęte przez zamawiającego założenie, że wykonawca zdając sobie sprawę z niezgodności oferowanego rozwiązania z wymaganiami OPZ, specjalnie załączył do oferty wyjaśnienia, z których taka niezgodność miałaby dodatkowo wynikać – takie założenie pozbawione jest racjonalnych podstaw, a opis oferowanego rozwiązania został złożony zamawiającemu właśnie w celu dodatkowego potwierdzenia, że wykonawca, pomimo postanowień SIWZ niekorzystnych dla operatorów konkurencyjnych do wykonawcy Polkomtel, opracował rozwiązanie zapewniające spełnianie wszystkich wymagań.

Zarzuty podnoszone w stosunku do oferty odwołującego wynikają z niezrozumienia przez zamawiającego treści załączonego do oferty opisu i powinny, co najwyżej powodować wezwanie odwołującego do złożenia wyjaśnień, na etapie badania i oceny ofert, czy też wręcz na etapie realizacji umowy.

Wyznaczając wymagania, co do etapu badania i oceny ofert, zamawiający nie przewidział na tym etapie weryfikacji spełniania przez wykonawców jakichkolwiek wymagań w zakresie sposobu realizacji zamówienia opisanych w OPZ (Załącznik 1c do Umowy).

Skoro zatem zamawiający wyraźnie odstąpił od wymagania przedstawienia przez wykonawców szczegółów merytorycznych składanej oferty (poza deklaracjami wymaganymi zgodnie z Formularzem oferty), nie jest uprawnione dokonywanie przez niego oceny zgodności rozwiązania z wymaganiami SIWZ w oparciu o własną wiedzę lub w szczególności o informacje zaczerpnięte z publikacji prasowych.

1. Zastosowanie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp wymaga wyraźnego wskazania niezgodności pomiędzy treścią oferty odwołującego, a wymaganiami SIWZ, przy czym, ustalenie treści składanej oferty musi mieć charakter pozytywny i jednoznaczny i nie może opierać się na domysłach czy wątpliwościach zamawiającego. Szczególnie w sytuacji, w której zamawiający nie wymagał opisanego przez wykonawców żadnych szczegółów co do sposobu realizacji zamówienia na etapie składania ofert.

2. Podstawa odrzucenia oferty odwołującego opisana w pierwszej (jawnej) części uzasadnienia (pkt 11.1) Informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej nie opiera się na „pozytywnej”, przedstawionej zamawiającemu zgodnie z SIWZ treścią oferty wykonawcy, ale o własne, oparte na ogólnych informacjach i ustaleniach zamawiającego co do działalności

4

operatora. Tymczasem fakt, że jakieś niedopuszczalne w SIWZ rozwiązania są przez odwołującego stosowane, nie może prowadzić do prawidłowego jednoznacznego wnioskowania o fakcie, że zamawiający nie może zastosować innych, zgodnych z SIWZ rozwiązań – tym bardziej, że jak sam zamawiający dostrzega, świadomość ograniczeń

stawianych przez zamawiającego przez ukształtowanie przez niego takich, a nie innych wymagań opisu przedmiotu zamówienia, posiadali wszyscy operatorzy mogący ubiegać się na tym wąskim rynku o realizację przedmiotowego zamówienia (*de facto* wyłącznie wykonawcy P., O. P. S.A. i T-M. P. S.A. posiadające wymagane uprawnienia i wystarczający potencjał spośród dostawców usług telemetrycznych dla podmiotów rynku publicznego).

3. Wyciąganie negatywnych konsekwencji wobec jednego z wykonawców, opierające się na braku wykazania przez tego wykonawcę zgodności oferty z wymaganiami SIWZ, w sposób rażąco narusza zasady wynikające z art. 7 ust. 1 Pzp. Zamawiający opierając badania i ocenę jednej z ofert wyłącznie o ogólną deklarację w ofercie, nie może narzucać odwołującemu (który taką deklarację również złożył) dodatkowych obowiązków polegających na konieczności udowadniania – czy to w złożonej ofercie, czy to przez konieczność wniesienia środka ochrony prawnej na podjętą przez zamawiającego decyzję o odrzuceniu oferty, że jest w stanie zaoferować rozwiązanie spełniające wymagania SIWZ. Należy przy tym nadmienić, że odwołujący spełnia wszystkie z wyznaczonych przez zamawiającego warunków podmiotowych udziału w postępowaniu, zatem uprawniony był do złożenia oferty na takich samych zasadach, jak każdy z wykonawców.

4. Tym bardziej, że zamawiającym, w załączonym do SIWZ Wzorze Umowy, wyraźnie przewidział (§ 1 ust. 1 pkt 1 Załącznika nr 2d do SIWZ), że uruchomienie usługi poprzedzone i uwarunkowane jest uprzednim dokonaniem przez zamawiającego odbioru bez zastrzeżeń Projektu zaoferowanego rozwiązania. To zatem na tym etapie i zgodnie z określonymi w Umowie zasadami odbywać się będzie weryfikacja przewidzianego przez wykonawcę sposobu realizacji zamówienia.

Wobec tego, należy stwierdzić, że ocena oferty odwołującego jako nieodpowiadającej treści SIWZ została przez zamawiającego podjęta w sposób nieuprawniony, nie tylko ze względu na to, że odwołujący potwierdził spełnianie wymagań SIWZ i merytoryczną poprawność złożonej oferty, ale również ze względu na fakt, że zamawiający zaniechał wyjaśnienia i ustalenia, jaka faktycznie jest treść świadczenia wykonawcy, np. przez wezwanie odwołującego do udzielenia wyjaśnień w zakresie oferowanego rozwiązania.

Z uwagi na fakt, że zarówno zaoferowane rozwiązanie, jak i wyjaśnienia złożone przez odwołującego objęte są tajemnicą przedsiębiorstwa skutecznie zastrzeżoną w postępowaniu o udzielenie zamówienia, argumentacja merytoryczna odnosząca się do zarzutów

5

podniesionych przez zamawiającego w części niejawnej uzasadnienia odrzucenia oferty została przedstawiona w załączniku nr 1 do odwołania.

W związku z tym, odwołujący wniósł o nieudostępnienie załącznika nr 1 do odwołania innym podmiotom oraz rozpoznanie odwołania w tym zakresie z wyłączeniem jawności. Egzemplarze załącznika nr 1 do odwołania zostały przekazane jedynie Krajowej Izbie Odwoławczej i zamawiającemu. Do zastrzeżonych informacji, posiadających charakter techniczny i technologiczny oraz stanowiących know-how odwołującego, stosuje się w pełni argumentacja przedstawiona w tym zakresie w wyjaśnieniach zawartych w ofercie. Odwołujący przedstawił w nich obszernie uzasadnienie wykazujące zasadność dokonanego zastrzeżenia oraz przedstawił dowody potwierdzające stosowanie przez niego zasad zachowania poufności informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Argumentacja i dowody tam przedstawione odnoszą się również do obecnie zastrzeganych informacji.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu 16.06.2017 r. (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom 16.06.2017 r. (art. 185 ust. 1 in initio Pzp).

19.06.2017 r. wykonawca P. Sp. z o.o., ul. (...) złożył (1) Prezesowi KIO, z kopiami dla (2) zamawiającego i (3) odwołującego, pismo o zgłoszeniu przystąpienia po stronie zamawiającego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania zgodnie z art. 185 ust. 2 Pzp.

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy 26.06.2017

r. (art. 186 ust. 1 Pzp). Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że odwołanie nie jest zasadne.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

6

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

Izba postanowiła dopuścić, jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Izba wzięła pod uwagę dowody złożone i omówione na rozprawie przez przystępującego jako plik dowodów P1 [PRZYSTĘPUJĄCY 1] i pojedynczy dowód P2 [PRZYSTĘPUJĄCY 2]:

- 1) dowód numer 1 – sprawozdanie finansowe wykonawcy T-M. za rok zakończony 31 grudnia 2014 r.; w punkcie 2.14 pokazane jest zawarcie 15 letniej umowy RAN sharingu z wykonawcą O. na wykazanie, że nie będzie uprawnień, ale również zobowiązań do współdzielenia sieci między tymi dwoma podmiotami;
- 2) dowód numer 2 – sprawozdanie finansowe jw. w pkt 26 wskazano na mniejsze nakłady inwestycyjne spółki N.!, która budowała infrastrukturę i z 7 tys. x 2 punktów (anten) będących własnością każdego z podmiotów pozostało razem około 10 tys. anten;
- 3) dowód numer 3 – od lipca 2011 r. do grudnia 2014 r. zmniejszono liczbę anten u wykonawców T-M. i O. z 7 tys. (razem ok. 14 tys.) do razem ok. 10 tys. wspólnie budując sieć i to trwało około 3 lata, a więc nowa umowa czy wrócenie do stanu poprzedniego powinno też trwać około 3 lat dlatego przystępujący wykazuje, że odwołujący nie mógłby mieć oddzielnej sieci z antenami – niezależnej od wykonawcy O. na moment rozpoczęcia świadczenia umowy z zamawiającym (październik 2017 r.);
- 4) dowód numer 5 – zdjęcie panelu anteny na wykazanie, że panel jest wspólny, a poza zdjęciem wiadomo, że stacja bazowa B. również jest urządzeniem wspólnym dla tych dwóch podmiotów z umowy RAN sharing;
- 5) dowód numer 6 – odwołujący wskazuje po około 5 tys. anten dla wykonawców T-M. i O., a więc są to pojedyncze sieci niemogące sprostać objęciem wszystkich punktów swoim zasięgiem i niespełniających postanowień SIWZ – OPZ, V warunki gwarancji SLA punkt 1 litera A SIWZ, która mówi o dostępności usług nie mniejszych niż 97% i pkt 3 oraz pkt I.3 OPZ;
- 6) dowód numer 8 – tabela na wykazanie, że wykonawca T-M. nie ma pozwolenia radiowego w miejscowości G., ale korzysta z anteny współdzielonej z wykonawcą O. na zasadach umowy RAN sharing;

7

-
- 7) dowód numer 9 – tabela na wykazanie, że w miejscowości M.-G. – antenę wykonawcy T-M. wykorzystuje wykonawca O.;
 - 8) dowód numer 10 – tabela na wykazanie, że w miejscowości S. w dosyć newralgicznym punkcie niedaleko gazociągu wysokiego ciśnienia i również w tym miejscu wykonawca O. korzysta z sieci wykonawcy T-M. i znowu w momencie awarii obie te sieci nie mogły być używane;
 - 9) dowód numer P2 – pismem »Stanowisko przystępującego na rozprawie z

27.06.2017 r.« na wykazanie, że odwołujący nie posiada sieci niezależnej od wykonawcy O., a więc nie może zostać oferta odwołującego wybrana jako najkorzystniejsza.

Ponadto nie miał znaczenia dowód nr O1 Ekspertyza KIGEiT, wniesiony przez odwołującego z zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa, gdyż eksperci odnieśli się tylko do pierwszej części zadania, ale eksperci nie dali odpowiedzi na dalsze wymagania zamawiającego, na co wskazał zamawiający i nie zostało to podważone przez odwołującego.

W ocenie Izby, zarzut pierwszy naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust. 1 Pzp – przez odrzucenie oferty złożonej przez odwołującego, pomimo że jej treść odpowiada treści SIWZ oraz ewentualne zaniechanie wezwania Wykonawcy do udzielenia wyjaśnień – nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że zamawiający nie oczekiwał złożenia oświadczeń w sprawie RAN sharingu. RAN sharing jest to okoliczność obiektywna o charakterze podmiotowym. W pytaniu i odpowiedzi nr 27, gdzie wykonawca pytał o to czy zamawiający zgodzi się na złożenie oferty, które przez wykonawcę, który współdzieli radiową sieć dostępową, czyli RAN sharing, z operatorem, który po wygaśnięciu aktualnej umowy będzie jedynym z redundantnych operatorów sieci telemetrycznej. Pytanie dotyczyło właściwości podmiotowej danego wykonawcy. W odpowiedzi zamawiający doprecyzował, że nie dopuszcza RAN sharingu, czyli współdzielenia infrastruktury wykonawcy z dotychczasowym wykonawcą tej usługi tj. wykonawcą O.. Jednak w ofercie odwołujący potwierdził, a nawet na rozprawie, że współdzieli infrastrukturę z wykonawcą O.. Zatem wymóg zamawiającego nie został spełniony i stało się do podstawą do odrzucenia oferty. Dla specjalistów z tej telekomunikacyjnej jest ogólnie wiadome, że obecnie wykonawca T-M. ma RAN sharing z wykonawcą O..

Zamawiający podkreślił w OPZ konieczność posiadania dodatkowej, oddzielnej od posiadanej sieci transmisji danych. Stąd ważne jest, aby obie te sieci były od siebie niezależne (całkowicie).

8

Ponadto przystępujący dowiódł na rozprawie, że odwołujący nie dysponuje niezależną siecią na całym wymaganym przez odwołującego obszarze świadczenia usługi, a dysponuje taką siecią na zasadzie RAN sheringu z dotychczasowym wykonawcą usługi.

Wobec niewykazania omówionej cechy niezależności przez sieć należącą do odwołującego zamawiający musiał odrzucić ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, który to przepis brzmi »Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli [...] jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3«. W związku z tym Izba nie może przychylić się do zarzutu odwołującego.

Wobec tego pozostałe zarzuty i naruszenia przepisów nie miały wpływu na wynik postępowania w związku z czym zarzuty zostają oddalone, zgodnie z art. 192 ust. 2 Pzp, który to przepis brzmi »Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia«.

W ocenie Izby, zarzut drugi naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp – przez niezapewnienie zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy – nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że zamawiający wyciągając negatywne konsekwencje wobec odwołującego, opierając się na braku wykazania przez odwołującego zgodności oferty z wymaganiami SIWZ nie naruszył art. 7 ust. 1 ani art. 7 ust. 3 Pzp.

Zamawiający nie narzucił odwołującemu dodatkowych obowiązków polegających na konieczności udowadniania, że jest w stanie zaoferować rozwiązanie spełniające wymagania SIWZ. Odwołujący spełnia wszystkie z wyznaczonych przez zamawiającego warunków podmiotowych udziału w postępowaniu, zatem uprawniony był do złożenia oferty na takich samych zasadach, jak każdy z wykonawców, jednak odwołujący nie wykazał, że jego oferta spełniała wszystkie wymogi zamawiającego zawarte w SIWZ, co zostało okazane wyżej.

W związku z tym Izba nie może uwzględnić zarzutu drugiego naruszenia art. 7 ust. 1 i 3

Pzp.

Zamawiający – podczas prowadzenia postępowania – nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

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

9

Przewodniczący:

10