

WYROK
z dnia 1 lipca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 lipca 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 czerwca 2015 r. przez wykonawcę **Polkomtel spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Polskie Sieci Energetyczne spółka akcyjna z siedzibą w Konstancinie-Jeziornie, oraz PSE Innowacje, PSE Inwestycje spółka akcyjna, Zarządca Rozliczeń spółka akcyjna w Warszawie**

przy udziale zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wykonawcy **Orange Polska spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Polkomtel spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną 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 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 1287/15

Uzasadnienie

I. Polskie Sieci Energetyczne spółka akcyjna z siedzibą w Konstancinie-Jeziornie, oraz PSE Innowacje, PSE Inwestycje spółka akcyjna, Zarządca Rozliczeń spółka akcyjna w Warszawie (zwane dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „Świadczenie usług telekomunikacyjnych w zakresie telefonii komórkowej wraz z dostawą aparatów telefonicznych oraz mobilnego dostępu do sieci Internet i usług M2M dla grupy kapitałowej PSE S.A.”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 30 marca 2015 r., poz. 2015/S 048-084225. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu ograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. – Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 18 czerwca 2015 r. Polkomtel spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (dalej: Odwołujący) wniosła odwołanie, w którym zakwestionowała prawidłowość wyboru oferty najkorzystniejszej dla Pakietu nr 1 i zarzuciła Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Orange Polska S.A., która nie spełnia wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ).

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu i w odpowiedzi na odwołanie wnosił o jego oddalenie.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Orange

Polska spółka akcyjna w Warszawie, którego oferta została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą (dalej: Przystępujący).

Odwolujący uzasadnił swoje zarzuty następująco:

Odwolujący przywoływał postanowienia SIWZ – Część I, pkt 3.4 II części SIWZ, pkt 3.2 II części SIWZ

Podnosił, że na przykładzie lokalizacji w Warszawie (lokalizacja opisana w punkcie 3 lit. h), zgodnie z zapisami SIWZ, Wykonawca przystępując do składania ofert - już na tym etapie ma obowiązek udowodnić Zamawiającemu fakt posiadania zasięgu w konkretnych, wymienionych przez Zamawiającego miejscach. Zasięg w obiekcie przy ul. Górskiego 9

w Warszawie ma obejmować wszystkie piętra Zamawiającego i ciągi komunikacyjne i klatki schodowe. Aby potwierdzić spełnienie tych wymagań, każdy z zaproszonych do drugiego etapu postępowania Wykonawców miał obowiązek dołączenia do swojej oferty protokołu z pomiarów poziomu sygnału sieci komórkowej, przygotowanego zgodnie z załącznikiem nr 4 do ID części SIWZ. Zamawiający w tym celu wskazał punkty pomiarowe, które Wykonawca w obecności przedstawiciela Zamawiającego miał zmierzyć, a wartości pomiarów wpisać do protokołu pomiaru poziomu sygnału sieci komórkowej. I tak dla lokalizacji wymienionej w pkt 3 lit. h - PSE Inwestycje S.A. w Warszawie na ul. Górskiego 9 Zamawiający dla potwierdzenia spełnienia warunku wymagał dokonania pomiaru w następujących punktach:

1. Parter - hol wejściowy
2. Serwerownia - parter
3. Korytarz z sekretariatem otwartym - IV piętro
4. Sala konferencyjna - III piętro
5. Sala konferencyjna - II piętro
6. Sala konferencyjna - I piętro

Wszystkie punkty pomiarowe, na podstawie których Zamawiający badał, czy dany Wykonawca spełnia warunek posiadania odpowiedniego poziomu sygnału sieci komórkowej w miejscach opisanych w pkt 3.2 III części SIWZ, były z góry określone przez Zamawiającego i znane Wykonawcy od dnia otrzymania przez Wykonawcę SIWZ. Dodatkowym wymaganym warunkiem było, aby na dzień złożenia ofert wartość odbieranego poziomu sygnału sieci komórkowej dla usługi głosowej w lokalizacjach opisanych pkt 3.2 II części SIWZ była nie niższa niż - 90dBm (dla wyjaśnienia kwestii technicznej - wartość np. - 91 dBm jest wartością gorszą, a wartość -89dBm jest wartością lepszą od wymaganej przez Zamawiającego). Co więcej, każdy z Wykonawców zaproszony do drugiego etapu postępowania miał obowiązek dokonać pomiarów siły sygnału radiowego w obecności przedstawiciela Zamawiającego. Zawiadomienie o wynikach oceny spełnienia wymogów udziału w postępowaniu oraz zaproszenie do składania ofert w przetargu ograniczonym Wykonawcy otrzymali pismem z dnia 16.04.2015 r., zaś termin składania ofert wyznaczono początkowo na 4.05.2015 r. a następnie przesunięto na 11.05.2015 r. W tym czasie tj. od dnia 16.04.2015 r. do dnia 11.05.2015 r. każdy Wykonawca zaproszony do składania ofert, chcąc wziąć udział w dalszej części postępowania miał obowiązek sprawdzić i ewentualnie dokonać poprawy zasięgu swojej sieci we wskazanych w pkt 3.2 II Części SIWZ obiektach, dokonać pomiarów w obecności przedstawiciela Zamawiającego, podpisać protokoły pomiaru poziomu sygnału sieci komórkowej zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 4 części III i dołączyć je do swojej oferty. Polkomtel dokonał wskazanych powyżej czynności w sposób zgodny z wymaganiami Zamawiającego. Na podstawie map zasięgów zostały

wytypowane miejsca, w których przewidywana był możliwość gorszych parametrów sieci komórkowej niż oczekiwana przez Zamawiającego, zostały wykonane korekty sieci, dopiero wówczas Polkomtel dokonał pomiarów w punktach wskazanych przez Zamawiającego. W przypadku, gdyby okazało się, że choćby jeden parametr jakości sieci nie spełnia wymagań Zamawiającego, dokonano by kolejnych korekt sieci i Polkomtel dokonałby ponownych pomiarów, tak aby wypełnić wszelkie wymagania opisane przez Zamawiającego. W szczególności dotyczy to parametru wartość odbieranego sygnału radiowego dla usługi głosowej nie niższej niż -90dBm. Podkreślenia wymaga fakt, iż każda zmiana w sieci Wykonawcy zawsze związana jest i przekłada się na zaangażowanie wielu pracowników, co wprost przekłada się na poniesione przez Wykonawcę koszty i kalkulację oferty składanej

w postępowaniu. Po wszystkich modyfikacjach w sieci w dniach od 21.04.2015 r. Od 29.04.2015 r. w każdej z lokalizacji Zamawiającego dokonano pomiarów poziomu sygnału sieci komórkowej w miejscach pomiaru wyszczególnionych w zgodnie załączniku nr 4 w części III SIWZ.

W przypadku wyników pomiarów dokonanych przez Odwołującego, każdy pomiar spełniał wszystkie warunki określone przez Zamawiającego - w tym wartość odbieranego sygnału radiowego dla usługi głosowej był na poziomie wyższym niż wymagane minimum ustalone na poziomie -90dBm. Nie sposób jednak uznać, że oferta złożona przez Orange również spełnia te wymagania. Poniżej zaprezentowane jest zestawienie graficzne w formie tabeli, w wykazaniem lokalizacji i zaznaczeniem na czerwono miejsc, w których poziom sygnału jest niższy od wymaganego i opisanego w SIWZ przez Zamawiającego.

Pomiary oznaczone na czerwono oznaczają, że wymagany przez Zamawiającego poziom sygnału sieci komórkowej nie został przez Wykonawcę Orange spełniony. Oferta złożona przez Orange nie spełnia zatem wymagań stawianych przez Zamawiającego w SIWZ i powinna zostać odrzucona. Szczegółowa analiza oferty Orange prowadzi do wniosku, iż w konkretnych miejscach w lokalizacji Górskiego 9 w Warszawie Orange nie spełnia wymagań stawianych przez Zamawiającego w SIWZ, w 3 spośród 6 podanych przez Zamawiającego miejsc pomiaru - parter, I piętro oraz II piętro nie spełnia wymagania posiadania poziomu sygnału w wysokości nie niższej niż -90dBm. W tych miejscach pomiaru wartości sieci są gorsze (niższe) niż wymagane.

Podobnie w lokalizacji w Warszawie ul. Mysia 2. W dwóch z siedmiu miejsc pomiarowych nie zostały spełnione wymagania stawianych przez Zamawiającego w SIWZ w zakresie mocy sygnału. Dla lokalizacji w Krakowie ul. Mehoffera 10 - większość zajmowanej przez Zamawiającego miejsca jest poza wymaganym przez Zamawiającego poziomem zasięgu tj. 2 z 3 miejsc pomiarowych nie spełnia wymagań SIWZ.

Reasumując, analiza załącznika nr 4 do m części SIWZ, stanowiącego część składową oferty złożonej przez Orange, prowadzi do wniosku iż w 7 punktach pomiarowych w lokalizacjach, gdzie dokonywane było badanie poziomu sygnału sieci komórkowej Wykonawca Orange nie spełnia wymagań stawianych przez Zamawiającego w SIWZ. Tym samym jego oferta powinna zostać odrzucona jako niezgodna z SIWZ. Zamawiający wyraźnie bowiem zapisał w SIWZ, iż wymagane jest, aby na dzień złożenia oferty wartość odbieranego sygnału radiowego dla usługi głosowej była w lokalizacjach Zamawiającego nie niższa niż -90 dBm. Wyniki pomiarów mają dotyczyć lokalizacji wskazanych w pkt 2, a w tychże lokalizacjach Zamawiający określił jakie konkretnie miejsca/pomieszczenia mają spełnić to wymaganie. Miejsca pomiarowe zostały przez Zamawiającego podane niewątpliwie po to, aby mógł on ocenić, czy dany Wykonawca posiada odpowiednią moc sygnału dla danej lokalizacji czy też nie posiada. W każdym mierzonym miejscu poziom mierzonego sygnału miał być wyższy od -90 dBm. Zamawiający w odpowiedzi na zadane mu pytanie nr 46 potwierdził, że „nie narzuca ilości wykonanych pomiarów, zamawiający wyznaczył miejsca pomiaru wymienione we wzorze nr 4 załączonym do SIWZ cz. III - i są one takie same dla wszystkich Wykonawców”.

Na etapie składania ofert, każdy z Wykonawców miał obowiązek tak przygotować zasięg swojej sieci w lokalizacjach Zamawiającego by podczas pomiarów we wszystkich miejscach pomiarowych poziom sygnału był nie niższy niż -90dBm. To był wymóg konieczny, stawiany przez Zamawiającego. Polkomtel dokonał takich zmian w sieci, poniósł pewne koszty, wkalkulował je w ofertę, aby móc przedstawić swoją ofertę, jednocześnie spełniać wymagania SIWZ. W przypadku oferty Orange ten Wykonawca nie dokonał na dzień składania ofert modyfikacji swojej sieci, więc można domniemać, że nie poniósł dodatkowych kosztów na modyfikację swojej sieci w zakresie wymaganym przez Zamawiającego - tj. nie spełnił wymagania posiadania wartości sygnału radiowego w punktach pomiarowych na poziomie nie niższym niż -90dBm, lub też dokonał takich zmian w sieci, ale z załączonych do oferty Protokołów widać, że nie dały one wymaganego minimum poziomu sygnału. Poziomy sygnał sieci Orange są gorsze od wymaganych, oferta Orange nie spełnia wymagania określonego przez Zamawiającego. Przez to też oferta Orange jest tańsza o nieco ponad 3% od oferty Odwołującego, jednakże niezgodna z SIWZ.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. oferty złożonej przez Orange Polska S.A.; odrzucenia oferty Orange

Polska S.A., jako oferty, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia; powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych - jeżeli podniesione przez niego zarzuty by się potwierdziły, w wyniku czego zostałaby dokonana powtórna ocena ofert, a oferta Przystępującego zostałaby odrzucona – wówczas Odwołujący miałby realną szansę na uzyskanie zamówienia, jako że jego cena była na drugim miejscu w rankingu ofert.

Izba ustaliła, co następuje:

1. W SIWZ, w części II, Opis przedmiotu zamówienia, Zamawiający na wstępie zawarł wykaz skrótów i definicji użytych w dokumentacji. Termin „lokalizacja Zamawiającego” został zdefiniowany jako „nieruchomość/cześć nieruchomości, którą Zamawiający wykorzystuje do prowadzenia swojej działalności gospodarczej”.
2. W części I SIWZ, Wskazówki dla Wykonawcy, Zamawiający zawarł wymóg odnośnie umiejscowienia punktów pomiarów: „W Pakiecie 1 - dla potwierdzenia siły sygnału radiowego Wykonawca przedstawi w formie oświadczenia, którego wzór stanowi załącznik nr 4 do części III SIWZ wyniki pomiarów wykonanych w lokalizacjach Zamawiającego wskazanych w pkt 2. Pomiary muszą odbyć się w obecności przedstawiciela Zamawiającego. Wyniki pomiarów muszą zostać potwierdzone przez przedstawiciela Zamawiającego”. *Powtórzenie tego wymagania znajduje się w pkt 3.4 II części SIWZ.*
3. W pkt 3.2 II części SIWZ Zamawiający wymienił wszystkie obiekty, w których ma być zapewniona realizacji połączeń głosowych oraz transmisji danych, w lit od a do j: m.in. „zapasowe centrum dyspozytorskie i centrum przetwarzania danych Zamawiającego w Warszawie ul. Mysia 2 (budynek własności PGE S.A.) gdzie zasięg sieci komórkowej ma obejmować parter, antresolę, serwerownię, część piętra I i II budynku zajmowane przez Zamawiającego, ciągi komunikacyjne i klatki schodowe (lit. c), siedzibę spółki PSE Inwestycje S.A. ul. Wojciecha Górskiego 9, Warszawa oraz w biurze w Krakowie ul. Mehoffera 10, gdzie zasięg sieci komórkowej ma obejmować piętro budynku zajmowane przez spółkę, ciągi komunikacyjne i klatki schodowe (lit. h).
4. W pkt 3.3 części II SIWZ, Zamawiający wymagał, „aby na dzień składania ofert oraz przez cały czas trwania Umowy wartość odbieranego sygnału radiowego dla usługi głosowej w lokalizacjach wymienionych w pkt. 2 (tj. w pkt 3 powyżej), była nie niższa niż

-90dBm (minus dziewięćdziesiąt dBm), gdzie poziom sygnału radiowego jest mierzony zgodnie z normami technologicznymi ETSI”.

5. Dla potwierdzenia sygnału radiowego należało przedstawić protokół (zgodnie z pkt 3.4 części II SIWZ, którego wzór był załączony do SIWZ jako Wzór nr 4 do Części III SIWZ „Protokół pomiarów poziomu sygnału w wybranych lokalizacjach Zamawiającego”. Protokół zawierał wymienienie każdej z lokalizacji, wraz ze szczegółowym opisem (data badania, osoby dokonujące pomiaru) oraz – w osobnej tabeli – dla każdej lokalizacji wymieniono miejsca pomiaru (np. serwerownia, antresola, stolówka itp. – od czterech do ośmiu miejsc dla każdej lokalizacji). Dla każdego miejsca pomiaru należało wpisać do tabeli wynik pomiaru, a następnie podać „wynik uśredniony dla całego obiektu”.
6. Ponadto Zamawiający udzielił odpowiedzi na pytania wykonawców: czy jeśli operator nie dostarczy wyników pomiarów lub gdy pomiary nie będą spełniały zakładanych parametrów, będzie to oznaczać wykluczenie operatora z postępowania? (pytanie nr 40), Zamawiający odpowiedział, że prostuje omyłkę w SIWZ – i zastępuje dotychczasowy wymóg złożenia protokołu o posiadaniu zasięgu własnej sieci komórkowej protokołem zgodnym ze wzorem nr 4, załączonym do SIWZ. Na pytanie: „W jaki sposób wykonawca ma zweryfikować poziom sygnału w wybranych lokalizacjach na dzień złożenia oferty? (pytanie nr 42), Zamawiający udzielił odpowiedzi, że poziom sygnału radiowego ma być zmierzony „dla lokalizacji Zamawiającego

szczegółowo opisanych we wzorze nr 4 załączonym do SIWZ cz. III”.

7. W protokołach pomiaru, złożonych do oferty Przystępującego, niektóre wartości dla poszczególnych miejsc pomiaru były niezgodne z wymogiem Zamawiającego (przekraczały -90dBm, co nie było sporne). Wynik uśredniony dla danej lokalizacji (obiektu) był zgodny z wymaganiem (w każdym razie w odwołaniu nie podnoszono w tym zakresie żadnego zarzutu). Zdaniem Odwołującego taka oferta była niezgodna z treścią SIWZ i powinna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych.

W niniejszym postępowaniu sama treść oferty Odwołującego nie była kwestionowana – spór sprowadzał się do ustalenia, czy jest ona zgodna z SIWZ, a bardziej szczegółowo: czy wynik pomiaru miał odpowiadać wymogowi Zamawiającego dla danej lokalizacji, czy dla każdego z miejsc pomiaru wskazanych w protokole dla danej lokalizacji. Na tak sformułowane pytanie, Izba po analizie dokumentacji, a w szczególności przywołanych wyżej postanowień SIWZ odpowiedziała następująco: treść SIWZ jednoznacznie wskazywała na konieczność dochowania wymogów odnośnie siły sygnału dla danej lokalizacji. Zamawiający był konsekwentny w nazywaniu kolejnych obiektów lokalizacjami, zgodnie z definicją zawartą na wstępie części II SIWZ. Każdorazowo, odnosząc się do wymogu siły sygnału,

Zamawiający wskazywał na konieczność jej zapewnienia w danej lokalizacji. „Miejsca pomiaru” pojawiają się wyłącznie we wzorze protokołu, i skoro należało w podsumowaniu tabeli opisującej wyniki pomiarów z każdego miejsca pomiaru podać uśredniony wynik dla całego obiektu, to jasne jest, że – także w kontekście pozostałych postanowień SIWZ – wynik pomiaru pod kątem zgodności z treścią SIWZ będzie badany dla każdej lokalizacji (a więc uśredniony), a nie dla każdego miejsca pomiaru.

Reasumując, Zamawiający konsekwentnie wymóg odnośnie siły sygnału w całej SIWZ odnosił wyłącznie do lokalizacji, i wbrew twierdzeniom Odwołującego nie zmieniły tego odpowiedzi na pytanie nr 40 i 42. Odpowiedź nr 40 nie miała nic wspólnego z podnoszonym w odwołaniu zarzutem (skoro Zamawiający nawet nie udzielił odpowiedzi na pytanie, czy pomiary niezgodne z wymogami będą „oznaczać wykluczenie operatora z postępowania”), a odpowiedź nr 42, jak w każdym innym miejscu SIWZ, ponownie odnosi się do lokalizacji, a nie do punktów czy miejsc pomiaru.

Skoro Zamawiający podał w SIWZ w sposób jednoznaczny, że wartość odbieranego sygnału radiowego o określonej sile sygnału jest wymagana „w lokalizacjach” (pkt 3.3 części II SIWZ), to nieuprawnione są twierdzenia Odwołującego, że wymóg ten odnosił się do każdego z miejsca pomiaru, podanego w protokole pomiaru.

Wobec powyższych okoliczności Izba stwierdziła, że nie doszło do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, a oferta Przystępującego była zgodna z treścią SIWZ dlatego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 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).

Przewodniczący:

.....