

WYROK
z dnia 4 kwietnia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek

Członkowie: Grzegorz Mazurek
Andrzej Niwicki

Protokolant: Lidia Ziółkowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu/rozprawie* w dniu/w dniach* 4 kwietnia 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **POLKOMTEL S.A., ul. Postępu 3, Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Centralny Węzeł Łączności Ministerstwa Obrony Narodowej, ul. świrki i Wigury 9/13, Warszawa** protestu/protestów * z dnia 6 marca 2008 r.

przy udziale **Polska Telefonía Cyfrowa Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 181, Warszawa**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1 oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża **POLKOMTEL S.A., ul. Postępu 3, Warszawa** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **POLKOMTEL S.A., ul. Postępu 3, Warszawa**

1

-
- 2) dokonać wpłaty kwoty xxx zł xx gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz xxx stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu xxx

- 3) dokonać wpłaty kwoty xxx zł xxx gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,

- 4) dokonać zwrotu kwoty 15 936 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **POLKOMTEL S.A., ul. Postępu 3, Warszawa**

UZASADNIENIE

Zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „świadczenie usług telefonii publicznej dla Centralnego Węzła Łączności Ministerstwa Obrony Narodowej w Warszawie w zakresie połączeń lokalnych, międzystrefowych, międzynarodowych, do sieci komórkowych oraz usług telefonii publicznej na zainstalowanych końcowych stacjach telefonicznych operatora publicznego” (sygnatura 4/PN/2008). Ogłoszenie o postępowaniu zamieszczone zostało w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich pod numerem 2008/S 14-017676.

W dniu 28 lutego 2008 r., Zamawiający przekazał wykonawcom drogą faksową informacje o wyborze najkorzystniejszej oferty w poszczególnych częściach, wskazując jako najkorzystniejszą w części III zamówienia ofertę Polskiej Telefonii Cyfrowej Sp. z o.o. z Warszawy. W dniu 6 marca 2008 r., Odwołujący wniósł do Zamawiającego protest wobec:

- 1) zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez spółkę Polska Telefonía Cyfrowa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz wyboru jako najkorzystniejszej oferty

PTC,

- 2) ewentualnie, zaniechania zwrócenia się do PTC o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w trybie art. 90 ust. 1 Pzp,

zarzucając w skutek powyższych zaniechań i czynności naruszenie przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp oraz w związku z żądaniem ewentualnym art. 90 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

2

W uzasadnieniu protestu Odwołujący wykazywał, iż oferta PTC jest niezgodna zarówno z ustawą, jak i specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

W zakresie niezgodności z ustawą Odwołujący podważał skuteczność pełnomocnictwa udzielonego Panu Krzysztofowi Wadasowi z dnia 10 czerwca 2003 r., które w ocenie Odwołującego nie obejmowało umocowania do reprezentowania PTC w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych. Swoje twierdzenia opierał na okoliczności, iż z treści pełnomocnictwa wynika jedynie umocowanie do występowania w przetargach publicznych, w rozumieniu, o jakim mowa w art. 70 § 1 Kodeksu cywilnego, a nie w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych. Ponadto Odwołujący wskazał, iż w ofercie w żaden sposób nie została wykazana prawidłowość udzielenia pełnomocnictwa w dniu 10 czerwca 2003 r., do czego wykonawca reprezentowany przez pełnomocnika jest zobowiązany.

Dodatkowo Odwołujący podnosił, iż oferta nie pozwala ustalić warunków ewentualnego wykonania zamówienia publicznego przez PTC, gdyż z treści oferty (str. 99) wynika, iż punkty przyłączenia urządzeń miałyby zostać zainstalowane w budynku MON przy ul. Dymińskiej 1 (Rejon Obsługi Abonentów nr 3) i to w odniesieniu do tej lokalizacji Zamawiający byłby zobowiązany uiszczać abonament, gdy tymczasem abonament wskazany przez PTC w pkt 1 tabeli zawartej na str. 1 oferty dotyczy Rejonu Obsługi Abonentów nr 2 (ul. świrki i Wigury 9/13). W związku z powyższym Zamawiający nie jest w stanie ustalić wysokości abonamentu, jaki będzie ewentualnie zobowiązany zapłacić za zlokalizowanie urządzeń przy ul. Dymińskiej 1. Ponadto w przypadku połączeń międzynarodowych (usługa obliczona lit. F w pkt 3 tabeli zawartej na str. 1 oferty PTC) podanych zostało 8 cen (od 0,29 zł. netto do 3,49 zł. netto) do różnych stref międzynarodowych (N1-N8). Nie wskazano zostało, jakie regiony geograficzne są zaliczane do poszczególnych stref międzynarodowych, co nie pozwala Zamawiającemu na ustalenie cen ewentualnego wykonania zamówienia.

W zakresie niezgodności ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia podniesiono, iż w ofercie PTC nie wyodrębniono stawki podatku VAT, co jest niezgodne z pkt XII – str. 21 SIWZ. Ponadto w ofercie PTC nie złożono wykazu numerów telefonicznych oraz osób upoważnionych do realizacji przedmiotu zamówienia, zgodnie z pkt III.c – str. 12 SIWZ.

Odwołujący kwestionował również w zarzucie ewentualnym naruszenie przez Zamawiającego art. 90 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie procedury wyjaśnienia treści oferty mających wpływ na wysokość ceny. Podana przez PTC stawka za połączenia do POLKOMTEL i PTK CENTERTEL jest równa wysokości stawki interconnectowej, jak będzie obowiązywać od 1 maja 2008 r., a niższa od obecnie obowiązującej. Nie może ona zatem uwzględniać min. kosztów rozpoczynania połączeń, kosztów utrzymania infrastruktury telekomunikacyjnej itd. Ponadto wskazana stawka do sieci Era jest rażąco niska, gdyż biorąc

3

pod uwagę koszty, jakie każdy z operatorów ponosi, nie sposób dojść do wniosku, że przy tym poziomie ceny jest to cena odpowiadająca przynajmniej kosztom ponoszonym przez operatora.

Zamawiający w dniu 14 marca 2008r. oddalił protest w zakresie zarzutów nieprawidłowego pełnomocnictwa oraz rażąco niskiej ceny, uwzględniając zarzut braku wykazu numerów telefonicznych i osób uprawnionych do realizacji przedmiotu zamówienia oraz rozbieżności w zapisie adresu lokalizacji realizacji punktu udostępniania usługi. Zamawiający postanowił dokonać ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej, po uprzednim wypełnieniu obowiązku wezwania do uzupełnienia dokumentów, zgodnie z art. 26

ust. 3 ustawy Pzp, w związku z art. 87 ust. 1 ustawy.

Wykonawca w dniu 19 marca 2008 r. wniósł do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie, wskazując na naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp poprzez nieuzasadnione przyjęcie, iż nie istnieją przesłanki do odrzucenia oferty Polskiej Telefonii Cyfrowej Sp. z o.o., naruszenie art. 26 ust. 3 i art. 87 ust. 1 poprzez jego błędną wykładnię i zastosowanie do braków merytorycznych, podczas gdy braki te nie mogą być usunięte na mocy przepisu oraz naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 poprzez błędną wykładnię i nieuzasadnione przyjęcie, że oferta PTC nie zawiera rażąco niskiej ceny pomimo, iż stawki zaoferowane są niższe od stawek interconnectowych.

Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonanie ponownej oceny ofert, odrzucenie oferty złożonej przez PTC, ewentualnie zwrócenie się do PTC o wyjaśnienie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, dokonanie wyboru oferty Odwołującego się.

W dniu 03 kwietnia 2008 r., wpłynęło do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przystąpienie do postępowania odwoławczego Polskiej Telefonii Cyfrowej Sp. z o.o. z Warszawy po stornie Zamawiającego.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej na podstawie przedłożonej na rozprawie oryginału dokumentacji oraz złożonych przez strony wyjaśnień ustalił i zważył co następuje.

Interes prawny Odwołującego we wniesieniu środków ochrony prawnej przejawia się w możliwości uzyskania zamówienia w części III przedmiotu zamówienia. W przypadku uwzględnienia odwołania i odrzucenia oferty PTC w części III, oferta Odwołującego stanie się najkorzystniejsza.

Na wstępie skład orzekający Izby wskazuje, iż odwołanie w zakresie zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 i art. 87 ust. 1 ustawy, podlega odrzuceniu na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo Zamówień Publicznych (Dz.U. z 2007 r.

4

Nr 223, poz. 1655). We wskazanym zakresie odwołanie nie zostało poprzedzone protestem. Odwołujący wniósł odwołanie na podstawie informacji o rozstrzygnięciu protestu, w której Zamawiając uwzględniając w części zarzuty, wskazał iż dokona ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty po realizacji czynności wynikających z art. 26 ust. 3 i art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. W uzasadnieniu Zamawiający oświadczył, iż dokona zaniechanych czynności, zwracając się do Polskiej Telefonii Cyfrowej o uzupełnienie niezbędnych dokumentów oraz o wyjaśnienie rozbieżności w zapisie lokalizacji realizacji udostępnienia usługi. Odwołujący skorzystał z procedury odwoławczej wobec czynności, których nie oprotestował, zarzucając w ich efekcie naruszenie art. 26 ust. 3 i art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Sama zapowiedź dokonania wezwania PTC do złożenia wyjaśnień oraz uzupełnienia dokumentów nie stanowiła podstawy do wniesienia odwołania. Ewentualny protest wobec tych czynności będzie mógł być wniesiony dopiero w momencie uzyskania przez wykonawców informacji o stwierdzeniu podstawy odrzucenia oferty PTC lub jej braku. Zamawiający dopiero w wyniku powtórzenia czynności badania ofert dokona ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej w części III przedmiotu zamówienia, ewentualnie odrzuci ofertę PTC na podstawie art. 89 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Prawdopodobności czynności Zamawiającego w zakresie uzupełnienia dokumentów, czy też dokonywania wyjaśnień treści ofert, nie może być obecnie przedmiotem oceny przez skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej. Zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 i art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, wykraczają poza zakres zaskarżenia czynności Zamawiającego objęte protestem z dnia 6 marca 2008 r.

W zakresie pozostałych zarzutów merytorycznych odwołania istota sporu sprowadza się do ustalenia istnienia podstaw odrzucenia oferty złożonej przez Polską Telefonię Cyfrową Spółkę z o.o. z Warszawy, w części III przedmiotu zamówienia, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Skład orzekający nie stwierdził podstawy do odrzucenia oferty PTC, jako niezgodnej z ustawą oraz specyfikacją istotnych warunków zamówienia, z powodu braku skutecznego umocowania pełnomocnika do reprezentowania wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i złożenia w jego imieniu oferty. Na podstawie oryginału

pełnomocnictwa przedłożonego na rozprawie i dołączonego do oferty PTC, skład orzekający Izby stwierdził, iż wystawione zostało ono na rzecz Pana Krzysztofa Wadasa przez urzędujących członków Zarządu, zgodnie ze sposobem reprezentacji wskazanym w wypisie z KRS nr 0000029159 z dnia 07.02.2008r. Z treści pełnomocnictwa wynika, iż obejmuje ono umocowanie pełnomocnika do „występowania w imieniu PTC Sp. z o.o. w przetargach publicznych dotyczących świadczenia usług telekomunikacyjnych oraz zaciągania zobowiązań wynikających z tych przepisów”. Podnoszona przez Odwołującego okoliczność, iż pełnomocnictwo z dnia 10 czerwca 2003 r. nie obejmowało systemu zamówień

5

publicznych, nie znalazła uzasadnienia. Odwołujący swoje twierdzenie wywodził z tego, iż w dacie wystawienia pełnomocnictwa usługi telefoniczne wyłączone były z zakresu stosowania ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych, a tym samym pełnomocnictwo nie mogło dotyczyć stanu prawnego zaistniałego trzy lata później. Wykładnia dokonana przez Odwołującego zawężała zakres umocowania wyłącznie do przetargów podlegających regulacji art. 70 ¹ kodeksu cywilnego. Skład orzekający nie przychylił się do takiej interpretacji zakresu umocowania pełnomocnika. To oświadczenie woli mocodawcy decyduje zarówno o powstaniu, jak i o zakresie umocowania. Pełnomocnictwo udzielone w dacie 10 czerwca 2003 r. jest pełnomocnictwem do czynności prawnych określonego rodzaju i obejmuje umocowanie do dokonywania czynności prawnych mieszczących się w określonej kategorii (pełnomocnictwo rodzajowe). Tym samym należy uznać, iż obejmuje ono umocowanie do występowania w przetargach publicznych niezależnie od procedury, jakim miałyby one podlegać. Mocodawca nie wyznaczył do jakich postępowań o udzielenie zamówień publicznych będzie mieć ono zastosowanie. Skład orzekający Izby uznał, iż pełnomocnik został umocowany do składania ofert w imieniu mocodawcy w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, niezależnie od procedury, jakiej one podlegają. Tym samym Izba uznała, iż Pan Krzysztof Wadas złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu w imieniu Polskiej Telefonii Cyfrowej Sp. z o.o. w granicach umocowania. Odwołujący nie przedstawił dowodu podważającego skuteczność przedłożonego w ofercie pełnomocnictwa. W konsekwencji dokonanych ustaleń, zarzut braku wykazania wraz z ofertą prawidłowości udzielenia pełnomocnictwa, również nie znalazł potwierdzenia w stanie faktycznym sprawy. Złożenie dokumentu pełnomocnictwa oznaczonego numerem BZ/3487/2003 było wystarczające do uznania, iż oferta została podpisana w granicach umocowania przez upoważnioną osobę. Zamawiający mógł wystąpić do wykonawcy o przedstawienie dokumentu potwierdzającego prawidłowość udzielonego pełnomocnictwa, w celu ustalenia jego skuteczności. Podnoszony przez Odwołującego argument, iż przedłożenie samego pełnomocnictwa bez dokumentu potwierdzającego skuteczność jego udzielenia, nie może stanowić podstawy do uznania zarzutu niezgodności oferty z ustawą oraz specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

W dalszej kolejności skład orzekający Izby uznał, iż Zamawiający nie wymagał wskazania w ofercie regionów geograficznych zaliczonych do poszczególnych stref międzynarodowych, co zdaniem Odwołującego jest niezbędne do ustalenia cen za połączenia międzynarodowe. Oferta Wykonawcy sporządzona została zgodnie z wymaganiami Zamawiającego określonymi w pkt XII SIWZ i załączniku nr 1 – „Formularz ofertowy”. Podnoszony przez Odwołującego dowód z dokumentu (zapis załącznika nr 1 dla części III przedmiotu zamówienia) nie potwierdza zarzutu niezgodności treści oferty ze

6

specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Izba stwierdziła, iż w żadnym miejscu specyfikacji Zamawiający nie wymagał uszczegółowienia stref numeracyjnych. Wnioski Odwołującego oparte były wyłącznie na jego interpretacji pkt 4 załącznika i przekonaniu o potrzebie zamieszczenia tych informacji w ofercie, a nie na konkretnych zapisach specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Okoliczność, iż Odwołujący dokonał stosownego przyporządkowania państw do rejonów geograficznych nie przesądza o zamieszczeniu takiego wymagania przez Zamawiającego. Tym samym, Izba nie podzieliła poglądu Odwołującego, iż brak przyporządkowania do regionów geograficznych stanowi przesłankę odrzucenia oferty PTC.

W zakresie braku wskazania w treści oferty stawki podatku VAT, skład orzekający Izby przychylił się do stanowiska Zamawiającego, iż podanie kwoty netto i brutto umożliwia uzyskanie przez Zamawiającego informacji o wysokości stawki podatku VAT. W załączniku nr 1 do specyfikacji, Zamawiający wprowadził wzór formularza ofertowego, który zgonie z pkt XII SIWZ, wykonawcy zobowiązani byli wypełnić. W formularzu tym, Zamawiający nie przewidział rubryki dla wskazania wysokości należnego podatku VAT, chociaż sam wprowadził wymóg jego określenia. Jako cenę oferowaną za realizację połączeń do sieci telefonii komórkowej (część III przedmiotu zamówienia), wykonawcy zobowiązani byli podać cenę netto oraz brutto abonamentu, opłat instalacyjnych za łącza, opłat za 1 minutę połączenia. Odwołujący przedłożył w swojej ofercie dodatkowy dokument, w którym jeszcze raz określił ceny za poszczególne usługi, wskazując przy każdej pozycji stawkę podatku VAT. Nie oznacza to jednak, iż oświadczenie takie powinni złożyć wszyscy wykonawcy uczestniczący w postępowaniu. Zamawiający wyraźnie określił w jaki sposób należy przygotować ofertę, wskazując na zastosowanie opracowanego przez Zamawiającego wzoru formularza oferty. Brak jednoznacznego wskazania należnego podatku VAT, nie oznacza, iż nie ma możliwości jej ustalenia na podstawie pozostałych elementów treści oferty. Tym samym nie można uznać, iż oferta jest niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia na tej podstawie, że nie zawiera wymaganego oświadczenia o wysokości należnego podatku VAT.

Co do zarzutu rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, skład orzekający Izby uznał, iż okoliczność ta nie została udowodniona przez Odwołującego się. Podstawą do stwierdzenia rażąco niskiej ceny nie może być sam fakt posiadania znaczącej pozycji rynkowej wykonawcy. Nie wyklucza to możliwości konkurencyjności przez innych usługodawców na rynku świadczeń połączeń telefonii komórkowej. Odwołujący opierał swoje zarzuty na twierdzeniu, iż oferta PTC nie uwzględnia kosztów z tytułu opłat interconnectowych, za zakończenie połączeń u operatorów sieci komórkowych. Ich

7

wysokość ustalana jest przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej w formie decyzji w sprawie wysokości stawek za zakańczanie połączeń głosowych w sieciach ruchomych (stawki MTR). Do końca kwietnia 2008r., stawka ta została ustalona na poziomie 44 gr/ min w godzinach szczytu oraz 40 gr / min. poza godzinami szczytu. Od 1 maja 2008 r. ulega ona obniżeniu do 33,87 gr / min. połączenia. Odwołujący w swojej ofercie uwzględnił stawkę 40 gr. / min. połączenia z siecią telefonii komórkowej PTC ERA, POLKOMTEL oraz PTK CENTERTEL. W wybranej ofercie opłata za minutę połączenia do sieci telefonii komórkowej POLKOMTEL oraz PTK CENTERTEL określona została w wysokości 34 gr./ min., a w przypadku PTC ERA 17 gr. / min. Skład orzekający Izby, mając na uwadze zarówno termin rozpoczęcia świadczenia usługi, jaki również okoliczność, iż Polska Telefonia Cyfrowa Sp. z o.o. jest właścicielem sieci telefonii komórkowej PTC ERA, uznał, iż cena oferty nie została skalkulowana poniżej kosztów.

Zgodnie z zapisami pkt. IV SIWZ, Zamawiający przewidywał rozpoczęcie świadczenia usług z chwilą zgłoszenia gotowości Wykonawcy do realizacji przedmiotu zamówienia – nie później jednak niż od dnia 01.07.2008 r. w części III zamówienia. Tym samym skład orzekający Izby uznał, iż kalkulacja dokonana na poziomie 0,34 gr / min. połączenia do sieci komórkowej uwzględnia koszty zarówno opłaty interconnectowej, jak i zysk usługodawcy. Określone w wybranej ofercie stawki za połączenia z sieciami komórkowymi są cenami hurtowymi, które pozwalają na wykonanie usługi z należyтым zyskiem. Izba stwierdziła, iż wykonawca będzie świadczył usługę po wejściu w życie nowych stawek MTR niższych od podanej w ofercie cenie za minutę połączenia. Ponadto Izba uznała, iż w przypadku opłaty za połączenie z własną siecią telefonii komórkowej, Wykonawca mógł skalkulować cenę poniżej obowiązującej stawki MTR. Na tej podstawie skład orzekający uznał, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie zachodziła podstawa do wszczęcia postępowania wyjaśniającego na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. nr 223, poz. 1655).

Mając na uwadze powyższe ustalenia dokonane na rozprawie, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosowanie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy.

8

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok/postanowienie* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*

9