

WYROK
z dnia 18 grudnia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Członkowie: Ryszard Tetzlaff
Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na posiedzeniu / rozprawie * w dniu / w dniach 18.12.2008 r.
w Warszawie odwołania wniesionego przez **Telekomunikacja Polska S.A.,**
00-105 Warszawa, ul. Twarda 18 od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Centrum**
Wsparcia Teleinformatycznego i Dowodzenia Marynarki Wojennej,
protestu / protestów z dnia **84-200 Wejherowo, ul. Jana III**
Sobieskiego 277 *
13.11.2008 r.

przy udziale wykonawcy **Polkomtel S.A., 02-676 Warszawa, ul. Postępu 3,**
zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie
zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża Telekomunikacja Polska S.A.,
00-105 Warszawa, ul. Twarda 18

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 **Telekomunikacja Polska**
S.A., 00-105 Warszawa, ul. Twarda 18,
- 2) dokonać wpłaty kwoty zł gr.
(słownie:.....) przez
na rzecz, stanowiącej uzasadnione
koszty strony poniesione z tytułu
.....
.....
- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu
Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 10 936 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy
dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów
własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Telekomunikacja**
Polska S.A., 00-105 Warszawa, ul. Twarda 18.

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na świadczenie usług telefonii publicznej dla Centrum Wsparcia Teleinformatycznego i Dowodzenia Marynarki Wojennej w Wejherowie w zakresie połączeń lokalnych, strefowych, międzystrefowych, międzynarodowych oraz do sieci komórkowych, Telekomunikacja Polska S.A. – zwana dalej protestującym lub odwołującym, wniosła protest wobec czynności zamawiającego – Centrum Wsparcia Teleinformatycznego i Dowodzenia Marynarki Wojennej RP – zwanego dalej

zamawiającym, polegającej na zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez Polkomtel S.A., zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) - zwanej dalej ustawą poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Polkomtel S.A.,
2. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Polkomtel S.A.,

Protestujący, wykazując swój interes prawny w złożeniu protestu podał, że w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy jego interes w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku, w przypadku bowiem prawidłowego działania zamawiającego, oferta protestującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą.

Protestujący zażądał:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty Polkomtel S.A.,
2. dokonania ponownego badania i oceny ofert,
3. dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu protestu protestujący wskazał, że w rozdziale 5 SIWZ - opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków, zamawiający określił, iż o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy akceptują 21 dniowy termin płatności. Podał, że z dokumentów złożonych przez Polkomtel nie wynika, iż wykonawca ten akceptuje 21 dniowy termin płatności, co oznacza, iż po pierwsze wykonawca nie spełnił warunków udziału w postępowaniu, a po drugie treść jego oferty nie odpowiada treści SIWZ. Przywołał wyrok Sądu Okręgowego w Świdnicy (sygn. akt VI Ga 57/07), zgodnie z którym wymagania sformułowane w SIWZ wiążą zamawiającego, który przy ocenie nie może postępować w sposób dowolny, ale musi oceniać oferty z zastosowaniem tych samych kryteriów.

Odnosząc się do drugiego z zarzutów, protestujący podał, że zamawiający na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu żądał kopii aktualnych (na okres świadczenia usługi) umów ramowych z Organizatorem Wojskowego Systemu Telekomunikacyjnego, o którym mowa w rozporządzeniu Ministra Obrony Narodowej z dnia 12.10.2005 r. w sprawie szczegółowych warunków wykonywania działalności

telekomunikacyjnej (Dz.U. z 2005r. Nr 207, poz. 1736), jednak Polkomtel S.A. nie złożył umowy ramowej z treści, której wynikałoby, iż umowa to obejmuje okres świadczenia przedmiotowego zamówienia. Podał także, że umowa zawarta pomiędzy Polkomtel S.A. a Organizatorem Wojskowego Systemu Telekomunikacyjnego obejmuje okres do dnia 26 marca 2009r., natomiast umowa w sprawie niniejszego zamówienia zostanie zawarta na okres 12 miesięcy. Przy założeniu zatem, iż zamawiający zawrze umowę w sprawie zamówienia publicznego w listopadzie br., umowa ta będzie obowiązywać do listopada 2009r. Oznacza to, iż na czas trwania umowy wykonawca Polkomtel S.A. nie posiada właściwej umowy ramowej. Protestujący podniósł, że z uwagi na okoliczność, iż wykonawca Polkomtel S.A. nie złożył wymaganego dokumentu, jak również oferta tego wykonawcy podlega odrzuceniu, zamawiający zobowiązany jest do wykluczenia wykonawcy z postępowania, ponieważ zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy zamawiający zwolniony jest z obowiązku wezwania do uzupełnienia dokumentów wykonawcy, którego oferta podlega odrzuceniu.

Zamawiający protest oddalił.

W uzasadnieniu rozstrzygnięcia protest zamawiający wskazał, że wykonawca Polkomtel S.A. zaakceptował 21 dniowy termin płatności, składając oświadczenie w formularzu oferty, że SIWZ i wszystkie inne otrzymane od zamawiającego dokumenty i informacje przyjmuje bez zastrzeżeń i oferuje gotowość zrealizowania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonym w SIWZ. Nadto do oferty tego wykonawcy zostało dołączone oświadczenie dotyczące akceptacji warunków

umowy (§ 4 pkt 7).

Odnosząc się do drugiego zarzutu zamawiający wskazał, że zgodnie z pkt 5.3 SIWZ jednym z warunków udziału w postępowaniu był fakt znajdowania się wykonawcy w załączniku do rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 09.11.2007r. w sprawie wykazu przedsiębiorców o szczególnym znaczeniu gospodarczo-obronnym oraz fakt zawarcia umowy z Organizatorem Wojskowego Systemu Telekomunikacyjnego. Zamawiający podał, że Polkomtel S.A. jest wymieniony w załączniku do wymienionego rozporządzenia pod poz. 164 i jest stroną umowy ramowej z Ministerstwem Obrony Narodowej, której kopię załączył do umowy. Zamawiający wyjaśnił, że warunkiem zamawiającego nie było, aby przez cały okres świadczenia usługi wykonawca był stroną umowy ramowej. Podał także, że w pkt. 6.6 SIWZ wśród dokumentów zamawiający wskazał kopię aktualnych (na okres świadczenia usługi) umów

ramowych. W ocenie zamawiającego dokumenty te nie miały potwierdzać „bycia” stroną przez czas niemożliwy do ustalenia (co do okresu świadczenia usług).

Zamawiający wyjaśnił, że zgodnie z pkt 4 SIWZ usługa ma być świadczona przez 12 miesięcy od dnia rozpoczęcia świadczenia usług, a zamawiający przewiduje to rozpoczęcie z chwilą zgłoszenia gotowości wykonawcy do realizacji przedmiotu zamówienia po skutecznym wypowiedzeniu przez zamawiającego umowy poprzedniemu operatorowi publicznemu, z wyjątkiem CA Gdynia Babie Doły, której umowa upływa z dniem 31.12.2008r. Potwierdza to § 3 ust. 1 projektu umowy. Oznacza to, że nie wiadomo, kiedy rozpocznie się (i zakończy) okres świadczenia usług, a zatem w kontekście pkt 6.6 SIWZ nie wiadomo, jaki okres powinna obejmować umowa ramowa z MON. Zdaniem zamawiającego prowadzi to do wniosku, że przy tak skonstruowanej SIWZ, na dowód spełnienia warunku, wykonawcy byli w stanie złożyć jedynie kopie umów ramowych z MON aktualne, tj. obowiązujące w dacie składania oferty.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący ponowił zarzuty, żądania i argumentację zawartą uprzednio w proteście.

Odnosnie argumentacji zawartej w rozstrzygnięciu protestu odwołujący dodał, że wbrew twierdzeniom zamawiającego jest możliwe ustalenie przybliżonej daty, w której zaistnieje możliwość zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Termin ten powinien zostać ustalony z uwzględnieniem ustawowych terminów na wnoszenie i rozpatrywanie środków ochrony prawnej, terminów wypowiedzenia umów z dotychczasowymi operatorami usług. W ocenie odwołującego, zamawiający dokonuje wykładni jednoznacznego pojęcia „aktualna (na okres świadczenia usługi) umowa ramowa” w sposób sprzeciwiający się jego znaczeniu, stwierdzając, że pojęcie to oznacza „umowa ramowa aktualna w chwili składania ofert”. Desygnaty obu pojęć są różne. Podniósł, że zamawiający odwołał się do argumentu a *rerum natura* twierdząc, że spełnienie ustanowionego przez niego samego warunku jest niemożliwe do spełnienia.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej SIWZ), oferty odwołującego, stanowisk i oświadczeń stron oraz przystępującego, złożonych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Skład orzekający Izby ustalił, że w związku ze złożeniem protestu w niniejszej sprawie w dniu 13.11.2008r., tj. w dacie po wejściu w życie przepisów ustawy z dnia 4 września 2008r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058), mając na względzie przepis art. 4 ust. 2 przywołanej ustawy, skład orzekający Izby podjął rozstrzygnięcie w niniejszej sprawie w zakresie stosowania przepisów działu VI ustawy w oparciu o stan prawny po wejściu w życie przepisów nowelizacyjnych.

Odnosnie interesu prawnego odwołującego skład orzekający Izby ustalił, że odwołujący posiadał interes prawny w złożeniu odwołania. Oferta odwołującego została przez zamawiającego sklasyfikowana na drugim miejscu, a zatem potwierdzenie się zarzutów o zasadności odrzucenia oferty uznanej za najkorzystniejszą, oznaczałoby

dla odwołującego możliwość uzyskania niniejszego zamówienia. Tym samym wypełniona została materialnoprawna przesłanka do rozpoznania odwołania, wynikająca z treści art. 179 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Polkomtel S.A., pomimo, iż treść oferty tego wykonawcy nie odpowiada treści SIWZ.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z pkt. 5.4. SIWZ zamawiający zażądał akceptacji 21 dniowego terminu płatności. Termin ten został wskazany w § 4 ust. 7 ogólnych warunków umowy, stanowiących załącznik nr 3 do SIWZ („Należność za realizowany przedmiot umowy będzie płatna przez ZAMAWIAJĄCEGO przelewem na konto WYKONAWCY nr, terminie 21 dni licząc od daty wystawienia faktury”).

Zgodnie z pkt. 6.1. SIWZ zamawiający zażądał złożenia przez wykonawców wypełnionego i podpisanego formularza oferty, stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ, w którym w pkt. 5 zawarto oświadczenie o treści: „W razie wybrania naszej oferty,

zobowiązujemy się do podpisania umowy na warunkach określonych w SIWZ, w miejscu i terminie wskazanym przez Zamawiającego”

Zgodnie zaś z pkt. 6.2. SIWZ zamawiający zażądał złożenia przez wykonawców oświadczenia wg załącznika nr 3 o treści: „Akceptuję projekt umowy i w razie wybrania mojej/naszej oferty zobowiązuję się do podpisania umowy na warunkach zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w miejscu i terminie wskazanym przez Zamawiającego”.

Polkomtel S.A. złożył w swojej ofercie, zgodnie z wymogiem zamawiającego, wypełniony i podpisany formularz oferty, w tym oświadczenie o akceptacji warunków określonych w SIWZ, a nadto oświadczenie o akceptacji projektu umowy, sporządzone wg załącznika nr 3 do SIWZ.

W ocenie składu orzekającego Izby powyższe, wobec braku w ofercie wskazania innego niż oczekiwanego przez zamawiającego terminu płatności, oznacza zgodę Polkomtel S.A. na 21 dniowy termin płatności, a jednocześnie czyni zadość wymaganiu zamawiającego.

Skład orzekający Izby nie dopatrzył się tym samym naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Polkomtel S.A., pomimo, iż nie złożył dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z pkt. 5.3. SIWZ zamawiający postawił warunek, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy zawarli umowę ramową z Organizatorem Wojskowego Systemu Telekomunikacyjnego w myśl Rozporządzenia Ministra Obrony Narodowej z dnia 12.10.2005r. w sprawie szczegółowych warunków wykonywania działalności telekomunikacyjnej (Dz. U. z 2005r. Nr 207, poz. 1736).

Zgodnie z pkt. 6.7. SIWZ na potwierdzenie spełnienia tego warunku wykonawcy mieli złożyć kopię aktualnych (na okres świadczenia usługi) umów ramowych.

Polkomtel S.A. złożył w swojej ofercie kopię umowy z dnia 27.03. (nie wskazano roku jej zawarcia) oraz aneks nr 1 z dnia 09.03.2006r., w którego treści wskazano, że dotyczy on umowy z dnia 27.03.2003r., która zostaje przedłużona do dnia 26.03.2009r.

W ocenie składu orzekającego Izby Polkomtel S.A. spełnił postawiony przez zamawiającego warunek, tj. jest podmiotem, który zawarł umowę ramową z Organizatorem Wojskowego Systemu Telekomunikacyjnego w myśl Rozporządzenia Ministra Obrony Narodowej z dnia 12.10.2005r. w sprawie szczegółowych warunków

wykonywania działalności telekomunikacyjnej (Dz. U. z 2005r. Nr 207, poz. 1736),
czego potwierdzeniem jest umowa z dnia 27.03.2003r. oraz aneks nr 1 z dnia
09.03.2006r.

Bez znaczenia, z punktu widzenia postawionego warunku jest to, że określając
dokument, który miał potwierdzać ten warunek, zamawiający w nawiasie dodał: „na
okres świadczenia usługi”. Warunek brzmiał jednoznacznie, został wskazany
w pkt. 5.3. SIWZ i tylko brzmienie tam zawarte może być podstawą oceny
wykonawców. Słusznie w przystąpieniu do postępowania odwoławczego Polkomtel
S.A. wskazał iż „wykaz dokumentów, jakie wykonawcy mają dostarczyć w celu
potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, nie może de facto
rozszerzać czy ustanawiać nowych warunków”.

Skład orzekający Izby nie dopatrył się tym samym naruszenia przez zamawiającego
art. 7 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7
ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień
publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje
skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu
Okręgowego w **Gdańsku**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....