

Sygn. akt: KIO 1802/13

**WYROK**

**z dnia 7 sierpnia 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Małgorzata Rakowska**

**Protokolant: Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 sierpnia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 lipca 2013 r. przez wykonawcę **PTK Centertel Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 01-230 Warszawa, ul. Skierniewicka 10A (adres do korespondencji: 00-014 Warszawa, ul. Moniuszki 1A)** w postępowaniu prowadzonym przez **Kancelarię Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej, 00-902 Warszawa, ul. Wiejska 10,**

przy udziale wykonawcy **Polkomtel Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 02-676 Warszawa, ul. Postępu 3** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1802/13 po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1.uwzględnia odwołanie i nakazuje: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz ponowne badanie i ocenę ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawcy Polkomtel Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**

**2.kosztami postępowania obciąża Kancelarię Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej, 00-902 Warszawa, ul. Wiejska 10 i:**

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **PTK Centertel Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 01-230 Warszawa, ul. Skierniewicka 10A (adres do korespondencji: 00-014 Warszawa, ul. Moniuszki 1A)** tytułem wpisu od odwołania

- 2.2. zasądza od **Kancelarii Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej, 00-902 Warszawa, ul. Wiejska 10** na rzecz wykonawcy **PTK Centertel Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 01-230 Warszawa, ul. Skierniewicka 10A** (adres do korespondencji: 00-014 Warszawa, ul. Moniuszki 1A) kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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:** .....

## **Uzasadnienie**

Kancelaria Prezydenta RP, zwana dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Świadczenie usług telefonii komórkowej oraz pakietowej transmisji danych na potrzeby Kancelarii Prezydenta RP, Centrum Obsługi Kancelarii Prezydenta RP i Biura Bezpieczeństwa Narodowego wraz z usługami konwergentnymi”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 23 maja 2013 r., nr 2013/S 098-167686.

W dniu 16 lipca 2013 r. (pismem z tej samej daty) zamawiający poinformował wykonawcę PTK Centertel Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwany dalej „odwołującym”, o wyborze oferty wykonawcy Polkomtel S.A. siedzibą w Warszawie, zwanego dalej wykonawcą „Polkomtel”, jako najkorzystniejszej.

W dniu 25 lipca 2013 r. (pismem z tej samej daty) odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do zamawiającego w dniu 25 lipca 2013 r.) na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej oraz zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Polkomtel jako nieodpowiadającej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej „SIWZ”, zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 i art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez niezasadne wezwanie wykonawcy Polkomtel do uzupełnienia projektu zbiorczej umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych w sytuacji, gdy dokument ten nie podlega uzupełnieniu w świetle przepisów ustawy
2. art. 7 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Polkomtel pomimo, iż oferta ta nie odpowiada treści SIWZ
3. art. 7 ust. 1 i art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Polkomtel do uzupełnienia dokumentu polisy, a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca ten jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia.

Jednocześnie odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonania ponownego badania i oceny ofert, a w konsekwencji odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Polkomtel jako nieodpowiadającej treści SIWZ.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, iż oferta wykonawcy Polkomtel nie odpowiada treści SIWZ i jako taka podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Niezgodność treści oferty wykonawcy Polkomtel z treścią SIWZ polega na braku w tej ofercie projektu umowy zbiorczej o świadczenie usług telekomunikacyjnych dla 600 kart SIM dostarczanych w ciągu 7 dni od podpisania umowy, gdyż - zgodnie z pkt V. 5.2. lit. b) SIWZ - zamawiający żądał, by złożona oferta zawierała m.in. projekt umowy wraz z regulaminem świadczenia usług telekomunikacyjnych. Nadto – zgodnie z treścią odpowiedzi na pytanie nr 4 - udzielonej w piśmie z dnia 10.04.2013 r., zamawiający oświadczył, że załącznikiem do oferty ma być nie tylko projekt umowy o współpracy (opracowany przez wykonawcę na podstawie zawartych w SIWZ istotnych postanowień umowy), ale również projekt zbiorczej umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych dla 600 kart SIM dostarczanych w ciągu 7 dni od podpisania umowy.

Zamawiający pismem z dnia 12.07.2013 r. wezwał wykonawcę Polkomtel w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia projektu zbiorczej umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych. Czynność ta została dokonana przez zamawiającego z naruszeniem przepisów ustawy, gdyż przedmiotowy dokument nie jest dokumentem, o którym mowa w art. 25 ust. 1 ustawy - podlegającym uzupełnieniu w trybie wezwania na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Tym samym brak takiego projektu umowy w ofercie przesądza o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ

Odwołujący podniósł także, iż zamawiający zaniechał wezwania wykonawcy Polkomtel do uzupełnienia dokumentu polisy, a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca ten jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Na potwierdzenie spełniania powyższego warunku udziału w postępowaniu zamawiający żądał przedłożenia wraz z ofertą opłaconej polisy, a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia (pkt VIII.8.1.3. SIWZ). Tymczasem w złożonej ofercie wykonawca Polkomtel nie przedłożył kopii polisy, ani żadnego innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca ten jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Załączył wyłącznie kopie potwierdzeń zapłaty składki za ubezpieczenie (w trzech ratach). Potwierdzenie opłacenia składki nie jest dokumentem właściwym dla potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu, gdyż - i przede wszystkim - nie wskazuje na zakres posiadanego ubezpieczenia oraz nie podaje sumy gwarancyjnej wymaganej przez zamawiającego.

W dniu 25 lipca 2013 r. (pismem z tej samej daty) zamawiający wezwał wykonawcę Polkomtel do przystąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania, przekazując jednocześnie kopię odwołania

W dniu 29 lipca 2013 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca Polkomtel przystąpił do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

**Zarzut dotyczący nieuprawnionego wezwania wykonawcy Polkomtel do uzupełnienia projektu zbiorczej umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych dla 600 kart oraz zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy potwierdził się.**

Izba ustaliła, iż zamawiający w rozdziale V SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia”, pkt 5.2 wskazał „oferta musi zawierać:

- a) (...)
- b) projekt umowy wraz z regulaminem świadczenia usług telekomunikacyjnych”.

Zamawiający, pismem z dnia 10 czerwca 2013 r., odpowiadając m.in. na pytanie „Pkt V SIWZ pkt 5.2 lit. b) – czy chodzi o umowę współpracy czy też może o umowę o świadczenie usług telekomunikacyjnych?” podał „Załącznikiem do oferty ma być projekt umowy o współpracy oraz projekt zbiorczej umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych dla 600 kart SIM dostarczanych w ciągu 7 dni od podpisania umowy”.

Zamawiający, pismem z dnia 27 czerwca 2013 r., odpowiadając m.in. na pytanie „Czy w związku z odpowiedzią Zamawiającego na pytanie nr 4 udzieloną w dniu 10 czerwca 2013

r. prosimy o potwierdzenie, że przez projekt umowy o współpracy Zamawiający rozumie zapisy Istotnych Postanowień Umowy zawarte w SIWZ Rozdział XVI?" podał „Nie. Wykonawca ma przygotować projekt umowy, w którym znajdują się zapisy istotnych postanowień umowy określonych w SIWZ”.

Wykonawca Polkomtel wraz z ofertą nie złożył projektu zbiorczej umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych.

Zamawiający, pismem z dnia 12 lipca 2013 r., działając na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, wezwał wykonawcę Polkomtel do uzupełnienia brakujących dokumentów, tj. projektu zbiorczej umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych.

W odpowiedzi na powyższe wykonawca Polkomtel w załączeniu do pisma z dnia 12 lipca 2013 r. złożył projekt zbiorczej umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Niewątpliwym jest, iż zamawiający żądał od wykonawców złożenia wraz z ofertą m.in. projektu zbiorczej umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych i takiego dokumentu w załączeniu do oferty wykonawca Polkomtel nie złożył. Dokument ten nie jest dokumentem składanym na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu ani też dokumentem składanym na potwierdzenie spełnienia określonych przez zamawiającego wymogów. A tym samym nie może być uzupełniony w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, gdyż uzupełnienie dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp może dotyczyć jedynie oświadczeń i dokumentów składanych w ofercie w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub oświadczeń i dokumentów składanych w celu potwierdzenia, że oferowany przedmiot zamówienia spełnia wymagania określone przez zamawiającego w SIWZ albo pełnomocnictw. Tymczasem projekt zbiorczej umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych nie jest żadnym z oświadczeń bądź dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, dlatego też nie może podlegać uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

W niniejszym stanie faktycznym dokument ten, podobnie jak projekt umowy wraz z regulaminem świadczenia usług telekomunikacyjnych, miał być przygotowany dla potrzeb tego konkretnego postępowania i złożony przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie przedmiotowego zamówienia. W projekcie tym winny się znaleźć zapisy istotnych postanowień SIWZ, dotyczących chociażby określenia sposobu i zasad realizacji tego zamówienia. Dokumentu tego nie można więc uznać jedynie za dokument o charakterze czysto technicznym. Z żadnego z zapisów SIWZ ani też odpowiedzi udzielonych przez zamawiającego na pytania wykonawców nie wynika przypisanie mu wyłącznie takiego ograniczonego charakteru.

Treść SIWZ to, przede wszystkim, zawarty w opisie przedmiotu zamówienia opis potrzeb i wymagań zamawiającego, które mają być zaspokojone w wyniku postępowania o

udzielenie zamówienia przez zawarcie i zrealizowanie z należytą starannością umowy w sprawie zamówienia publicznego. Natomiast treść oferty to jednostronne zobowiązanie wykonawcy do wykonania oznaczonego świadczenia, które zostanie zrealizowane na rzecz zamawiającego, jeśli oferta złożona przez wykonawcę zostanie uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu i zostanie z nim zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Tak więc świadczenie wykonawcy ma odpowiadać opisanym w SIWZ potrzebom zamawiającego. Skoro więc zamawiający wymagał bezwzględnego złożenia dokumentu (projektu zbiorczej umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych) przygotowanego przez wykonawcę dla potrzeb tego postępowania i zawierającego istotne postanowienia SIWZ nie można uznać, iż dokument ten nie jest dokumentem zawierającym merytoryczną treść. Tym samym brak złożenia tego dokumentu przesądza o tym, iż treść oferty wykonawcy (wykonawcy Polkomtel) nie odpowiada treści SIWZ, gdyż została sporządzona niezgodnie z postanowieniami SIWZ. Dlatego też oferta tego wykonawcy winna być odrzucona.

**Zarzut dotyczący braku w ofercie wykonawcy Polkomtel dokumentu polisy nie potwierdził się.**

Izba ustaliła, iż zamawiający w rozdziale VII SIWZ „Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków”, pkt 7.1.4. podał, iż o udzielenie zamówienia mogą się ubiegać wykonawcy, którzy spełniają warunku dotyczące „sytuacji ekonomicznej i finansowej:

Wykonawcy winni udokumentować znajdowanie się w sytuacji ekonomicznej i finansowej umożliwiającej realizację niniejszego zamówienia, tj.: posiadają opłaconą polisę lub inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia i mienia, na jedno lub wszystkie zdarzenia, na sumę gwarancyjną nie mniejszą niż 1.000.000 zł”.

Wykonawca Polkomtel w załączeniu do oferty złożył Certyfikat nr 1 do Umowy Ubezpieczeniowej nr 0361003777.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Niewątpliwym jest, iż wykonawca Polkomtel w załączeniu do oferty złożył Certyfikat nr 1 do Umowy Ubezpieczeniowej nr 0361003777. Powyższe wynika jednoznacznie z treści jego oferty. Tym samym zarzut odwołującego nie potwierdził się.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.

Izba w poczet materiału dowodowego zaliczyła dokumentację przedmiotowego postępowania oraz dokumenty.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania.

**Przewodniczący:** .....