

**Sygn. akt: KIO/UZP 447/10**

**WYROK**  
**z dnia 14 kwietnia 2010 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Barbara Bettman**

**Członkowie: Katarzyna Brzeska**

**Przemysław Dzierzędzki**

**Protokolant: Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 kwietnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **PTK Centertel Sp. z o. o. ul. Skierniewicka 10a, 01-230 Warszawa, adres do korespondencji ul. Moniuszki 1a, 00-014 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Narodowy Bank Polski Departament Informatyki i Telekomunikacji ul. Świętokrzyska 11/21, 00-919 Warszawa** protestu z dnia 4 marca 2010 r.

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

**2. kosztami postępowania obciąża PTK Centertel Sp. z o. o. ul. Skierniewicka 10a, 01-230 Warszawa i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 444 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero**

**groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez PTK Centertel Sp. z o.o. ul. Skierniewicka 10a, 01-230 Warszawa,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty XXX zł (słownie: XXX) przez XXX na rzecz XXX, stanowiącej uzasadnione koszty strony XXX
- 3) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr** (słownie: **dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy**) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **PTK Centertel Sp. z o.o. ul. Skierniewicka 10a, 01-230 Warszawa adres do korespondencji ul. Moniuszki 1a, 00-014 Warszawa.**

### **U z a s a d n i e n i e**

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na zakup konwergentnych usług GSM/UMTS (Dz. Urz. UE 2009/S 238-341129 z 10.12.2009 r.) w dniu 4 marca 2010 r. został wniesiony protest, a następnie odwołanie przez, PTK Centertel Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie.

Złożenie protestu nastąpiło skutkiem powiadomienia w dniu 24 lutego 2010 r. o czynności wyboru oferty najkorzystniejszej – złożonej przez Polkomtel S.A. z siedzibą w Warszawie. Protestem odwołujący objął czynności: badania i oceny ofert, poprawienia innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, dokonaną w dniu 18 lutego 2010 r. w odniesieniu do wybranej oferty oraz zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Polkomtel S.A.

Odwołujący w proteście zarzucił zamawiającemu – Narodowemu Bankowi Polskiemu Departament Informatyki i Telekomunikacji naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058, Nr 220, poz. 1420 i Nr 222, poz. 1505 oraz z 2009 r. Nr 19, poz. 101, Nr 65 poz. 545, Nr 91, poz. 742, Nr 157, poz. 1241, Nr 206, poz. 1591, Nr 219, poz. 1706, Nr 223, poz. 1778), to jest:

- 1) art. 7 oraz art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, przez błędną kwalifikację braku wskazania ceny za usługę serwisu VIP jako omyłki, polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją, niepowodującą istotnych zmian w treści oferty oraz dowolną modyfikacją oświadczenia woli złożonego przez Polkomtel S.A.,

2) art. 7 oraz 89 ust. 1 pkt 2, ustawy, przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Polkomtel S.A., pomimo, że oferta jest sprzeczna z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), a to przez:

- zaniechanie podania ceny za miesięczną obsługę serwisu VIP dla 10 osób,
- zaniechanie zaoferowania usługi serwisu VIP.

Podnosił, iż w wyniku naruszenia przez zamawiającego ww. przepisów interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku. W przypadku prawidłowego prowadzenia postępowania i odrzucenia oferty Polkomtel S.A., oferta odwołującego mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą.

W związku z przedstawionymi zarzutami, odwołujący żądał:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty Polkomtel S.A.,
- 2) unieważnienia poprawienia innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją dokonanej w dniu 18 lutego 2010 r.,
- 3) dokonania ponownego badania ofert i oceny ofert, a w konsekwencji odrzucenie oferty wykonawcy Polkomtel S.A.,
- 4) dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej, z pominięciem ofert odrzuconych i wykonawców wykluczonych z udziału w postępowaniu.

W uzasadnieniu zarzutów i żądań protestu, odwołujący podał, iż zamawiający w dniu 18 lutego 2010 r. dokonał poprawienia innej omyłki w ofercie wybranego wykonawcy, polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, w ten sposób, że w formularzu ofertowym, w wierszu A4 koszt miesięczny serwisu VIP dla 10 osób, wpisał cenę netto 0,03 zł, podatek VAT 0,01 zł oraz cenę brutto 0,04 zł. Ponościł, iż usługa VIP dla 10 osób jest istotna, skoro w pkt. 9.1 Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ zamawiający wymagał aby wykonawca zapewnił kompleksową obsługę serwisową 10 numerów telefonów VIP w zakresie:

- 1) pełnej obsługi technicznej telefonu i konta użytkownika,
- 2) zapewnienia zastępczego telefonu komórkowego w razie awarii telefonu podstawowego,
- 3) wsparcia serwisu sprzętu i software,
- 4) dedykowanego Help Desku telefonicznego VIP.

Odwołujący zaznaczał, iż przez szczegółowy opis usługi, oraz wyodrębnienie jej w formularzu cenowym, zamawiający nadał tym postanowieniom SIWZ walor essentialia negotii umowy w sprawie zamówienia publicznego. Omyłki, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp winny natomiast mieć taki charakter, by czynności ich poprawy mógł dokonać samodzielnie zamawiający, bez udziału wykonawcy w tej czynności. Ustalenie ceny za obsługę VIP dla 10 osób stanowi wyraz oświadczenia woli wykonawcy, co

przesądza, że brak wskazania tej ceny w ofercie powoduje konieczność zwrócenia się do wykonawcy w celu podania ceny za ten element. Porozumienie się zamawiającego z wykonawcą w tej mierze, zdaniem odwołującego, stanowiłoby niedozwolone art. 87 ust. 1 ustawy, negocjacje treści oferty (co potwierdza wyrok KIO z dnia 20 stycznia 2009 r, sygn. akt KIO/UZP 11/09). Odwołujący argumentował, iż zamawiający nie zwrócił się jednak do wykonawcy o złożenie wyjaśnień, które de facto i de iure stanowiłyby negocjację treści oferty, lecz złożył samodzielnie oświadczenie „zastępcze” za wykonawcę. „Wycena” powyższej usługi odbyła się przy tym w sposób zupełnie dowolny. Dalej wywodził, iż obowiązkiem zamawiającego jest dokonanie badania i oceny ofert z należytą starannością, z poszanowaniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Dochowanie należytej staranności ze strony zamawiającego zapewnić winno, by udzielenie zamówienia publicznego nie nastąpiło wykonawcy, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu oraz w przekonaniu odwołującego, oferuje usługę z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji, a tym samym nie daje rękojmi należytego wykonania zamówienia. Odwołujący powołując się na brzmienie przepisów art. 24 oraz art. 89 ustawy Pzp, podkreślał obowiązek zamawiającego - wykluczenia wykonawców w sytuacjach przewidzianych w art. 24 ustawy Pzp oraz odrzucenia ofert wykonawców w okolicznościach opisanych w art. 89 tej ustawy. Zarzucił pominięcie przez zamawiającego zbadania przesłanek wykluczenia wybranego wykonawcy i odrzucenia jego oferty. Wskazywał, iż oferta Polkomtel S.A. podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jako nieodpowiadająca treści SIWZ z następujących przyczyn:

W formularzu ofertowym, w wierszu A4 koszt miesięczny serwisu VIP dla 10 osób, Polkomtel S.A. nie wpisał żadnej wartości. Powyższe zaniechanie, zdaniem odwołującego, skutkuje tym, że wykonawca nie zaoferował ceny za powyższą usługę, co pozwala przyjąć, że jedna z usług wymaganych przez zamawiającego nie została w ogóle zaoferowana. Jak podkreślał, w orzecznictwie przyjmuje się, iż „Oferta nieodpowiadająca treści SIWZ to taka, która jest sporządzona odmiennie, niż określają to postanowienia SIWZ. Odmienność ta może przejawiać się w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia, jak też w sposobie jego realizacji. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma miejsce również w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot dostawy nie odpowiada opisanemu w SIWZ przedmiotowi zamówienia co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy zamawiającego,” (tak np. w wyroku KIO sygn. akt KIO/UZP 1060/08). Zaoferowany przez Polkomtel S.A. przedmiot zamówienia nie odpowiada co do zakresu przedmiotowi zamówienia opisanemu w SIWZ. Na poparcie tych twierdzeń powołał wyrok KIO z dnia 13.08.2009 r. (sygn. KIO/UZP 1000/09): „Okoliczność pominięcia wyceny określonego zakresu rzeczowego zamówienia, kwalifikowana jest jako niezgodność treści oferty z treścią

specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zatem zaistnienie takiej okoliczności upoważniałoby zamawiającego do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp." Powoływał się na dalsze orzeczenia Izby o sygn. akt KIO/UZP 1045/08 i sygn. akt KIO/UZP 1097/08. Uzasadniając niezgodność oferty Polkomtel S.A. z SIWZ, odwołujący wskazywał, że zgodnie z wymaganiami najniższa cena brutto powinna wynosić 4 grosze. Wynika to z udzielonej przez zamawiającego w dniu 7 stycznia 2010 r. odpowiedzi na zapytanie wykonawcy - „Jakie wartości ma wpisać wykonawca we wskaźnikach (tabela ofertowa), jeśli nie pobiera opłat za usługę," gdzie odpowiedź brzmiała - „najniższa cena brutto powinna wynosić 4 grosze dla wszystkich usług wymienionych w formularzu ofertowym, o ile jest wyższa niż 0 (zero) groszy." Udzielając powyższej odpowiedzi, w opinii odwołującego, zamawiający przewidział możliwość zaoferowania za usługę 4 groszy lub 0 zł, nie dopuszczając możliwości pozostawienia niewypełnionych wierszy formularza ofertowego. zatem zarówno wykonawca jak i sam zamawiający jest związany treścią tej odpowiedzi na równi z postanowieniami SIWZ.

Na wezwanie zamawiającego doręczone dnia 5 marca 2010 r., do postępowania wywołanego wniesieniem protestu, w dniu 8 marca 2010 r. przystąpił wybrany wykonawca Polkomtel S.A., który poparł stanowisko zamawiającego oraz powołał się na interes prawny w utrzymaniu wyboru jego oferty, żądając oddalenia protestu.

Pismem z dnia 10 marca 2010 r. zamawiający oddalił protest w całości. W uzasadnieniu swego stanowiska podał, iż przywołany przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp obliguje do poprawienia w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego omyłek w treści oferty, jeżeli zachodzą łącznie dwie okoliczności:

- stwierdzona przez zamawiającego niezgodność treści oferty ze SIWZ ma charakter omyłki,
- poprawienie tej omyłki nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty.

Zaznaczył, iż w przedmiotowym postępowaniu zachodzi taka okoliczność (przywołał wyrok KIO/UZP 16/09 z dnia 23 stycznia 2009 r.). Podkreślał, iż przepis ust. 2 art. 87 ustawy Pzp nałożył na zamawiającego obowiązek poprawienia w ofercie oczywistych omyłek rachunkowych z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek oraz innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, nie powodujących istotnych zmian w treści oferty (wyrok KIO/UZP 5/09 z dnia 19 stycznia 2009 r.). Nie zgodził się także z twierdzeniem, że przez dokonaną poprawę omyłki zmodyfikował oświadczenie woli wykonawcy Polkomtel S.A. w sposób dowolny. Wyjaśnił, iż dla kategorii wskaźników od A1 do A4 przeanalizował ceny w obu ofertach, w których ceny wszystkich wskaźników A wynosiły 0,04 PLN. Zdaniem zamawiającego,

wyceniana usługa nie posiada znamion „istotności,” ponieważ usługi dla kategorii A wycenione zostały przez obydwu wykonawców jednakowo na 0,04 PLN, dlatego, w tym przypadku dokonana poprawę ceny uznał za uzasadnioną i zakwalifikował ją jako „inną omyłkę,” polegającą na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, która nie powoduje istotnych zmian w treści oferty. Zaznaczył, iż miał prawo uznać, iż mimo że w samym formularzu ofertowym wykonawcy Polkomtel S.A. nie wpisano „Kosztu miesięcznej obsługi serwisu VIP dla 10 osób - wskaźnik kategorii A4” (puste miejsca w A4), to jednak z treści pozostałych oświadczeń złożonych w treści Formularza ofertowego wg str. 27 SIWZ podano iż „(...) najniższa cena brutto powinna wynosić 4 grosze.” W związku z powyższym, zamawiający poprawił omyłkę w oparciu o oświadczenie wykonawcy, znajdujące się na stronie 2 Formularza ofertowego, według wzoru załącznika nr 2 do SIWZ, w którym zawarto postanowienie, iż: „(...) najniższa cena brutto powinna wynosić 4 gr (grosze),” zatem z tego oświadczenia i cen wpisanych przez wykonawców - w tym zakresie usług, zamawiający wywiódł, że cena „Kosztu miesięcznej obsługi serwisu VIP dla 10 osób - wskaźnik kategorii A4” winna wynosić 0,04 PLN brutto. Dokonana korekta, w opinii zamawiającego, w omawianym przypadku nie spowodowała istotnej zmiany treści oferty, ponieważ w jej wyniku cena oferty, została zmieniona o 0,26 PLN w stosunku do oferty o wartości 2 783 301,16 PLN. Na poparcie swego stanowiska powołał się na wyrok Izby sygn. akt KIO/UZP 1277/08 z dnia 26 listopada 2008 r. Zamawiający przyjął, iż dokonana zmiana była zasadna, skoro w dniu 19.02.2010 r. wykonawca wyraził zgodę na dokonanie poprawek, zgodnie z pismem zamawiającego nr DIT-POZ-WZI-EJ-243-395/10 z dnia 18.02.2010 r. Zamawiający przytoczył tezy z komentarza do ustawy Prawo zamówień publicznych, który podaje, że „można poprawić omyłkę, która nie powoduje istotnych zmian w treści oferty. Dopuszczalne wydaje się dokonanie zmian w sytuacji, jeżeli z okoliczności wynika zamiar złożenia przez wykonawcę oferty zgodnie z wymaganiami zamawiającego oraz poprawienie omyłki nie ingeruje w sposób istotny w treść oferty, tj. nie powoduje konieczności znaczącej ingerencji ze strony zamawiającego lub nie dotyczy jej istotnych postanowień” (Komentarz Prawo Zamówień Publicznych po nowelizacji z dnia 44 września 2008 r., red. J. Sadowy, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2008, str. 118). Zaznaczył również, iż nie wpisanie wartości w ofercie przy oświadczeniu wykonawcy, że jego treść odpowiada treści SIWZ jest uchybieniem o charakterze formalnym, nie powodującym konieczności odrzucenia oferty (wyrok KIO 418/09 z dnia 15 kwietnia 2009 r.). Przytoczył kolejne orzeczenia Izby, iż: „Ominięcie ceny w formularzu ofertowym powoduje, że oferta Wykonawcy nie spełnia wszystkich wymagań Zamawiającego zawartych w SIWZ, ale jednocześnie nie powoduje istotnej zmiany treści oferty, co odpowiada dyspozycji art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Odstępując od wykonania czynności wynikających z art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy, Zamawiający naruszyłby

przepisy ustawy Pzp.” (wyrok KIO/UZP 134/09 z dnia 12 lutego 2009 r., wyrok KIO/UZP 418/09 z dnia 15 kwietnia 2009 r.).

Zamawiający zwrócił uwagę, że odwołujący oparł większość swojej argumentacji na wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej wydanych w stanie prawnym, w którym nie obowiązywał jeszcze przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Stwierdził, że dokonana ocena ofert i wybór oferty najkorzystniejszej są prawidłowe, a zarzuty przedstawione w proteście nie znajdują uzasadnienia w odniesieniu do stanu faktycznego, jaki istnieje w postępowaniu. Zatem zaprzeczył zarzutom naruszenia przepisu art. 89 ust 1 pkt 2, art. 87 ust. 2 pkt 3, a także art. 7 ustawy Pzp, ponieważ postępowanie prowadził w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W odwołaniu wniesionym w dniu 19 lutego 2010 r, z kopią przekazaną zamawiającemu w tym samym terminie, zarzuty protestu zostały podtrzymane w całości wraz z wnioskami o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty Polkomtel S.A.,
- 2) unieważnienia poprawienia innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją dokonanej w dniu 18 lutego 2010 r.,
- 3) dokonania ponownego badania ofert i oceny ofert, a w konsekwencji odrzucenia oferty wykonawcy Polkomtel S.A.,
- 4) dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej, z pominięciem ofert odrzuconych i wykonawców wykluczonych z udziału w postępowaniu.

W uzasadnieniu odwołujący ponowił argumentację protestu. Odnosząc się do rozstrzygnięcia zamawiającego podał, iż: w myśl postanowień art. 66 Kodeksu cywilnego oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy, a oferta składa się z dwóch elementów: stanowczej decyzji zawarcia umowy oraz określenia co najmniej istotnych postanowień tejże umowy (E. Gniewek, K. c. Komentarz, Warszawa 2006, s. 161, 162). Istotne postanowienia umowne są niezbędne ze względu na specyfikę ofertowego trybu zawierania umów, charakteryzującego się tym, że adresat oferty - w tym wypadku zamawiający - nie uzupełnia jej, a jedynie przyjmuje lub odrzuca zaproponowane warunki. Wywodził dalej, iż zgodnie z art. 14 ustawy Pzp, przepisy K. c. mają odpowiednie zastosowanie do czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a zatem przepisy ustawy stanowią *lex specialis* wobec art. 66 K. c. Na mocy art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, ustawodawca wyposażył zamawiającego w uprawnienie do uzupełnienia oferty w ściśle określonym zakresie, tj.: oczywistych omyłek pisarskich; oczywistych omyłek rachunkowych, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek oraz innych omyłek polegających na niezgodności oferty z SIWZ, nie powodujących istotnych zmian w treści oferty. Uprawnienia zamawiającego stanowią wyjątek

i nie mogą być rozszerzane. Są z jednej strony ograniczone przez konieczność odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, gdzie niezgodność z SIWZ dotyczy istotnych postanowień oferty, z drugiej zaś przez zawarty w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp zakaz negocjacji pomiędzy zamawiającym a wykonawcami. Podtrzymał zarzut, iż w przedmiotowym postępowaniu zamawiający dokonał niedopuszczalnej czynności uzupełnienia oferty. Wykonawca w pozycji A4 formularza ofertowego nie zaoferował żadnej ceny, natomiast zamawiający uzupełnił ją w oparciu o ceny innych usług zawartych w ofercie. W zaistniałych okolicznościach, zamawiający nie poprawił oferty, lecz ją uzupełnił o istotne postanowienia (*essentialia negotii*). Przywołał wyrok 23 stycznia 2009 (sygn. akt: KIO/UZP 16/09), także cytowany przez zamawiającego w rozstrzygnięciu protestu, podający: „Istotność zmiany oferty (...) potwierdzona jest choćby w rozwiązaniach Konwencji wiedeńskiej o umowach międzynarodowej sprzedaży towarów z 1980 r., które są wskazywane jako pomocne przy wykładni regulacji polskiej (S. Dmowski, S. Rudnicki Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga pierwsza. Część ogólna. Warszawa 2004, s. 302.). Wedle art. 19 ust. 3 Konwencji dodatkowe lub odmienne warunki, dotyczące między innymi ceny, płatności, jakości i ilości towarów, miejsca i czasu dostawy, zakresu odpowiedzialności jednej ze stron względem drugiej lub sposobu rozstrzygnięcia sporów, uważa się za zmieniające w sposób istotny warunki oferty.” Przywołał to odwołującego do wniosków, iż omyłki, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp winny mieć taki charakter, by czynności ich poprawy mógł dokonać zamawiający samodzielnie, bez udziału wykonawcy w tej czynności. Uznał, za chybione argumenty zamawiającego w rozstrzygnięciu protestu o nieistotności dokonanej poprawki, wywodzonej z faktu, że spowodowała ona zmianę ceny oferty o 0,26 zł., jako że to sam zamawiający ustalił, że poprawka nie będzie miała charakteru istotnego przez zupełnie dowolne wpisanie ceny za daną usługę. Ponowił argument, iż ustalenie ceny za usługę VIP dla 10 osób stanowi element oświadczenia woli wykonawcy, co powoduje że brak wskazania tej ceny w ofercie powoduje konieczność zwrócenia się do wykonawcy w celu podania ceny za ten element. W opinii odwołującego, oświadczenie woli złożone przez wybranego wykonawcę nie zawierało zatem elementów pozwalających uznać je za ofertę, ze względu na brak możliwości prostego zaakceptowania jego treści i w związku z tym musi zostać uznane za rozpoczęcie negocjacji. Wywodził, iż do wyboru oferty najkorzystniejszej prowadziły cztery zasadnicze oświadczenia: oferta wykonawcy niezawierająca ceny za usługę VIP, zaproponowanie wynagrodzenia za wykonanie świadczenia przez zamawiającego, zaakceptowanie proponowanego wynagrodzenia przez wykonawcę, a także ostateczne zaakceptowanie warunków przez zamawiającego. Zaznaczał, iż tryb ofertowy charakteryzuje się prostym przyjęciem bądź odrzuceniem oferty przez zamawiającego. Czynności zamawiającego oraz wykonawcy złożyły się na proces negocjowania ceny, zakazany na mocy art. 87 ust. 1 ustawy, co



potwierdza orzecznictwo KIO (np. wyrok z dnia 20 stycznia 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 11/09), przy czym zakaz ten jest bezwarunkowy, niezależny od istotności, czy wartości przedmiotu negocjacji. W konkluzji - istotność usługi VIP dla 10 osób z punktu widzenia zamawiającego przejawia się również w tym, że w punkcie 9.1 Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia, stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ zawarto wymaganie aby wykonawca zapewnił kompleksową obsługę serwisową 10 numerów telefonów VIP we wskazanym zakresie. Podtrzymał twierdzenie, iż zamawiający nie dokonał badania i oceny ofert z należytą starannością, z poszanowaniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz, że z naruszeniem wskazanych przepisów ustawy zaniechał odrzucenia oferty konkurencyjnego wykonawcy Polkomtel S.A. Skoro wykonawca w ogóle usługi VIP nie zaoferował - jego oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jako niezgodna z SIWZ. Z udzielonej przez zamawiającego odpowiedzi, że „najniższa cena brutto powinna wynosić 4 grosze dla wszystkich usług wymienionych w formularzu ofertowym, o ile jest wyższa niż 0 (zero) groszy,” odwołujący wywodził, iż dopuszczono możliwość zaoferowania za usługę 4 groszy lub 0 zł, bez możliwości pozostawienia niewypełnionych wierszy formularza ofertowego. Z ostrożności procesowej zaznaczał, iż linia orzecznicza KIO rozgałęzia się na dwa główne nurty: dopuszczający możliwość uzupełnienia pustych pozycji w formularzu ofertowym oraz ograniczająca zakres dopuszczalnych zmian. Pierwsza grupa orzeczeń zapadła głównie w odniesieniu do postępowań dotyczących robót budowlanych, w których pojawia się częstokroć kosztorys i poprawienie oferty w formie kosztorysu zostało dopuszczone przez Izbę. Istota kosztorysu różni się jednak od zwykłego formularza ofertowego: jest on powiązany logicznie z projektem budowlanym, odnosi się do całkowitej jego wartości, a ma na celu umożliwienie bieżących rozliczeń pomiędzy stronami. Taki charakter uwypukla w szczególności sytuacja, gdy cena będzie miała charakter ryczałtowy. Odwołujący uznał za niepotwierdzające stanowiska zamawiającego – cytowanych i przytoczonych w rozstrzygnięciu protestu orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej. Idąc dalej tym tokiem, podał iż druga grupa orzeczeń dotyczy delimitacji zakresu potencjalnych poprawek jako nieistotnych zmian umowy. Linia orzecznicza opiera się na uznaniu, iż dopuszczalne są jedynie takie zmiany, które nie prowadzą do złożenia nowego oświadczenia woli. W orzeczeniu z dnia 20 marca 2009 r. (sygn. akt: KIO/UZP 267/09) Izba stwierdziła, że ingerencja w treść oferty nie może prowadzić do zmiany oferowanego świadczenia. Podobnie w orzeczeniu z 17 marca 2009 r. (sygn. akt: KIO/UZP 246/09) KIO zważyła, że można zmieniać postanowienia, których „poprawienie nie wywołuje zmiany treści oświadczenia woli wykonawcy (w sensie merytorycznym)”. Analogicznie w wyroku z 23 stycznia 2009 r. (sygn. akt: KIO/UZP 16/09) Izba stwierdziła, że dopuszczalne jest poprawienie omyłek na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, o ile nie spowoduje to istotnych zmian w treści oferty. Reasumując, ze względu na brak ceny całkowitej oferty, nie

można prostym arytmetycznym działaniem ustalić ceny brakującego elementu. Brak jest również ceny ryczałtowej, która pozwalałaby zamawiającemu stwierdzić, że wykonawca nie zażąda większej kwoty niż zaoferowana, nie możliwe jest też określenie wartości brakującego elementu, w związku z czym uzupełnienie ceny jest wzbogaceniem oferty o niezaoferowaną usługę, a zatem dokonuje zmiany oferowanego świadczenia. Działanie zamawiającego, w opinii odwołującego, nie znajdowało uzasadnienia także, ze względu na charakter usługi VIP, która nie jest oferowana w standardowych cennikach usług operatorów telefonii komórkowej. Jest ona przygotowywana dla ofert dedykowanych do poszczególnych klientów. Proste porównanie z pozostałymi ofertami nie może zatem zostać uznane za wystarczające. Mając na względzie, brak ceny całkowitej oferty, oraz że wykonawca nie zaproponował żadnej ceny za świadczenie usługi o charakterze dedykowanym dla konkretnego klienta, odwołujący nadmienił, iż nie można uzupełnić oferty bez oświadczenia ze strony wykonawcy, co z kolei stanowić będzie zakazane zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp negocjacje. Podtrzymał stanowisko, iż istnieją podstawy do odrzucenia kwestionowanej oferty.

Pismem z dnia 8 kwietnia 2010 r, doręczonym stronom przed otwarciem posiedzenia Izby, do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił przystąpienie wybrany wykonawca Polkomtel S.A., który podtrzymał stanowisko wyrażone w przystąpieniu do postępowania wywołanego protestem. Wskazywał, iż zamawiający dokonał dwóch czynności: w dniu 18 lutego 2010 r. w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprawił omyłkę polegającą na braku ceny dla usługi serwisu VIP, natomiast w dniu 23 lutego 2010 r. na podstawie art. 87 ust 2 pkt 2 ustawy Pzp podstawił wszystkie wartości formularza ofertowego do wzoru i dokonał ponownego wyliczenia maksymalnego kosztu umowy, który stanowił podstawę do porównania ofert w kryterium ceny. Zdaniem wykonawcy Polkomtel S.A., odwołujący złożył protest jedynie na pierwszą czynność, a więc nawet unieważnienie czynności zamawiającego z dnia 18 lutego 2010 r. nie może wpłynąć na wynik postępowania przetargowego. Podkreślał, iż wybór najkorzystniejszej oferty Polkomtel S.A. nastąpił w oparciu o poprawione wyliczenie, które nie zostało zakwestionowane przez odwołującego, przez co odwołujący, zdaniem Polkomtel S.A. nie zachował interesu prawnego do korzystania ze środków ochrony prawnej. Wykonawca wybrany podnosił, iż jego wolą było zaoferowanie całego zakresu świadczenia. Pominięcie podania kosztu świadczenia usługi serwisu VIP stanowiło omyłkę wynikającą z przeoczenia. Poprawa omyłki dokonana przez zamawiającego została przez wykonawcę zaakceptowana w trybie art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Powołał się na okoliczność występującą w danym przypadku, iż zgodnie z ustalonymi zasadami najniższa cena brutto miała wynosić 4 grosze. Dokonana poprawa nastąpiła zatem bez udziału oferenta. Podał, iż tak samo odwołujący podał cenę 4 groszy za obsługę

VIP, Zaprzeczył twierdzeniom, aby poprawienie oferty Polkomtel S.A. naruszyło przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych powoływane przez odwołującego.

Krajowa Izba Odwoławcza nie stwierdziła podstaw skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 187 ust. 4 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza postanowiła nie dopuścić wykonawcy Polkomtel S.A w charakterze przystępującego do odwołania po stronie zamawiającego. Odwołujący podnosił, iż nie otrzymał kopi przystąpienia do postępowania wywołanego protestem. Wykonawca zgłaszający przystąpienie, nie złożył dowodu, iż kopia przystąpienia została odwołującemu doręczona taki sposób, iż mógł się zapoznać z treścią wymienionego pisma. Obowiązek przekazania kopii przystąpienia wykonawcy składającemu protest nakłada art. 181 ust. 5 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza dopuściła i przeprowadziła dowody: z protokołu postępowania z załącznikami, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wzoru umowy, pytań i wyjaśnień do SIWZ, oferty Polkomtel S.A, oferty odwołującego, pism zamawiającego z dnia 18 lutego 2010 r. oraz z dnia 23 lutego 2010 r. w sprawie poprawienia omyłki w ofercie Polkomtel S.A., wraz z pismem tego wykonawcy o wyrażeniu zgody na dokonaną poprawę oferty, pism złożonych w postępowaniu protestacyjno – odwoławczym. Ponadto Izba rozważyła stanowiska pełnomocników stron, przedstawione do protokołu rozprawy.

Izba nie dopuściła dowodu wnioskowanego przez odwołującego - wyciągu z oferty PTK Centertel Sp. z o.o. dla banku Zachodniego WBK SA z 2007 r., gdyż zakres dedykowanej obsługi konsultanta jest różny od określenia obsługi serwisowej dla 10 numerów VIP w przedmiotowym postępowaniu, zatem dowód taki nie był przydatny dla określenia ceny elementu usługi z pozycji A4 formularza ofertowego.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów protestu, jak stanowi art. 191 ust. 3 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje.

Z druku ZP-12 załącznika do protokołu postępowania wynika, że oferty złożyło dwóch wykonawców. Polkomtel S.A. złożył ofertę najkorzystniejszą w wyznaczonych kryteriach oceny ofert, stanowiących: cena brutto – waga 97%, upust cenowy - waga 3%. (cena brutto – 2 783 301,16 PLN); upust 10%. Cena brutto oferty odwołującego – 2 846 247,90 PLN; upust 10%.

Rozdział III SIWZ. Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług telefonii komórkowej w sieci GSM/UMTS wraz z łączami sieci wewnętrznej zamawiającego, zwanych telefonią konwergentną na zasadach określonych w załączniku nr 1 do SIWZ.

W tabeli w rozdziale XVIII SIWZ Kryteria oceny ofert pkt I.1) wskaźniki poszczególnych kategorii od A do F w pozycji A4 zamawiający podał następującą nazwę świadczenia/rodzaju usługi: koszt miesięcznej obsługi serwisu VIP dla 10 osób. W załączniku nr 1 do SIWZ Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia pod pozycją lit. j) widnieje zapewnienie usług serwisu obsługi VIP dla 10 osób. W punkcie 9.12 załącznika 1 do SIWZ zamawiający postanowił: wykonawca zapewni kompleksową obsługę serwisową 10 numerów VIP w zakresie:

- a) pełnej obsługi technicznej telefonu i konta użytkownika,
- b) zapewnienie zastępczego telefonu komórkowego w razie awarii telefonu podstawowego,
- c) wsparcie serwisu sprzętu i software,
- d) dedykowanego Help Desku telefonicznego VIP.

W załączniku nr 2 do SIWZ Formularzu ofertowym należało podać między innymi w pozycji A4 cenę netto, podatek VAT i cenę brutto miesięcznej obsługi serwisu VIP dla 10 osób. Jednocześnie zamawiający podał, iż ze względu na sposób wyliczenia podatku VAT najniższa cena brutto winna wynosić 4 grosze.

Umowa ma zostać zawarta na okres 48 miesięcy.

Zgodnie z ust. 10 § 6 wzoru umowy - faktury VAT przedłożone przez wykonawcę muszą zawierać ceny jednostkowe netto i brutto za każdy zrealizowany element składowy usługi. Zamawiający przez czas trwania umowy będzie płacił wykonawcy w okresach miesięcznych wynagrodzenie obliczane według czasu faktycznie zrealizowanych usług i cen jednostkowych określonych w ofercie.

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia ten sam jak załącznik nr 1 do SIWZ stanowi załącznik nr 1 do wzoru umowy.

W odpowiedzi na zapytanie do SIWZ nr 33 o treści „ jakie wartości ma wpisać wykonawca we wskaźnikach (tabela ofertowa) jeżeli nie pobiera opłat za usługę? Zgodnie z wymogami SIWZ najniższa cena brutto powinna wynosić 4 grosze (str,. 27 SIWZ). Pismem z dnia 7 stycznia 2010 r. zamawiający udzielił odpowiedzi, iż „najniższa cena brutto winna wynosić 4 grosze dla wszystkich usług wymienionych w formularzu ofertowym, o ile jest wyższa niż „0” (zero) groszy.”

W formularzu ofertowym wybrany wykonawca Polkomtel S.A. w poz. A4 tabeli pkt I na stronie (2) pozostawił bez wypełnienia pola w których należało podać cenę miesięcznej obsługi serwisu VIP dla 10 osób. Wszystkie inne pozycje tabeli zostały wypełnione przez podanie cen jednostkowych. Odwołujący w pozycji A4 tabeli formularza ofertowego podał cenę jednostkową brutto w wysokości 4 grosze.

Pismem z dnia 18 lutego 2010 r. zamawiający wystąpił do wykonawcy Polkomtel SA o wyrażenie zgody na dokonanie poprawy, gdyż w złożonej ofercie wystąpiła omyłka

polegająca na niezgodności treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i wskazał sposób poprawy, przyjmując cenę jednostkową brutto w poz. A4 w wysokości 0,04 PLN. Pismem z dnia 19 lutego 2010 wykonawca Polkomtel SA zaakceptował poprawienie omyłki w sposób wskazany przez zamawiającego.

Pismem z dnia 23 lutego 2010 r. zamawiający powiadomił Polkomtel S.A., iż oczywista omyłka rachunkowa w obliczeniu ceny brutto została poprawiona na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanej poprawki. W oparciu o podany w SIWZ wzór obliczenia ceny oferty, zamawiający skorygował cenę całkowitą z podanej 2 783 301,16 zł brutto na cenę 2 783 300,90 zł brutto.

Izba zważyła co następuje.

Odwołujący wykazał istnienie interesu prawnego we wniesieniu środków ochrony prawnej, skoro potwierdzenie się zarzutów protestu, prowadziłyby do wyeliminowania konkurencyjnej oferty z postępowania i wyboru oferty odwołującego.

Poza ogólną deklaracją podjęcia się przez wykonawcę realizacji zamówienia, wymagane było potwierdzenie w odrębnych dokumentach, złożenia oferty na cały zakres rzeczowy zamówienia wraz z podaniem wyceny jednostkowej wyszczególnionych elementów usług. Izba podzieliła poglądy odwołującego, że zapewnienie serwisu VIP dla 10 osób. w zakresie:

- a) pełnej obsługi technicznej telefonu i konta użytkownika,
- b) zapewnienia zastępczego telefonu komórkowego w razie awarii telefonu podstawowego,
- c) wsparcia serwisu sprzętu i software,
- d) dedykowanego Help Desku telefonicznego VIP.

- nosi charakter wyodrębnionej usługi wchodzącej w skład przedmiotu zamówienia, dla której należało podać w tabeli formularza ofertowego cenę jednostkową, służącą do rozliczeń stron, zgodnie z postanowieniami umowy, która ma zostać zawarta z wybranym wykonawcą - według ustalonego wzoru załącznika 5 do SIWZ. Świadczy to, iż przedmiotowy element zamówienia przynależy do istotnej treści oferty, a jego cena nie jest jedynie i wyłącznie czynnikiem kalkulacji kosztów ceny całkowitej oferty. W sytuacji, gdy ceny jednostkowe służą do realnych rozliczeń stron umowy w trakcie wykonywania zamówienia za zrealizowany zakres świadczeń, stanowią one istotną treść oferty. Zamówienie bowiem jest udzielane na okres 48 miesięcy i przez wymieniony czas trwania umowy, strony będą dokonywały rozliczeń w oparciu o ceny jednostkowe usług wchodzących w skład przedmiotu zamówienia podane w ofercie, stanowiące istotne postanowienia zawartej umowy. Natomiast cena

całkowita oferty, wyliczona w oparciu o ceny jednostkowe i zakładany okres trwania umowy, służy do porównania cen ofert. Pomijanie w tak ukształtowanych warunkach zamówienia podania ceny jednostkowej wyodrębnionej części zamówienia jest równoznaczne z niezgodnością treści oferty z postanowieniami SIWZ. Skutku takiego nie powoduje pominięcie składnika kalkulacji kosztów jednostkowych, w sytuacji gdy ustalana jest cena całkowita za przedmiot zamówienia (np. przy wynagrodzeniu ryczałtowym), i rozliczenia za zrealizowanie przedmiotu umowy następują jedynie przy uwzględnieniu tej ceny, natomiast koszty, jeżeli jest wymagany, ma znaczenie pomocnicze.

Nie oznacza to jednak, iż w omawianej sytuacji, jaka zaistniała w niniejszym postępowaniu, w ogólności wyłączone jest stosowanie przepisu art. 87 ust 1 ustawy Pzp, odnoszącego się do udzielania wyjaśnień co do treści oferty, oraz przepisu art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, dopuszczającego możliwość prostowania omyłek. Ustawodawca wręcz nakazuje zamawiającemu poprawianie w ofertach:

- 1) oczywistych omyłek pisarskich,
- 2) oczywistych omyłek rachunkowych;
- 3) innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty.

Z powyższego wynika, iż zamawiający każdorazowo przed odrzuceniem oferty, z powołaniem się na podstawę niezgodności z wymaganiami SIWZ i przepisami ustawy Pzp, winien zbadać i rozważyć możliwość dokonania poprawy tej oferty, w sposób jaki dopuszcza cytowany przepis.

W niniejszym przypadku, wybrany wykonawca Polkomtel S.A. nie twierdził, iż pominięcie wyceny serwisu obsługi 10 numerów telefonów dla VIP, było celowe gdyż ten zakres zamówienia zamierzał świadczyć bezpłatnie. Zarówno wybrany wykonawca, jak i zamawiający od początku utrzymywali, iż pominięcie podania ceny jednostkowej tej usługi wynika z błędnego – przypadkowego i niezamierzonego przeoczenia wykonawcy przy wypełnianiu formularza ofertowego. Z zakwalifikowaniem przedmiotowego uchybienia do kategorii omyłki, a nie celowego działania, odwołujący w zasadzie nie polemizował. W ocenie Izby, należało zatem ustalić czy zachodziły przesłanki ustawowe do sprostowania popełnionej omyłki w sposób dopuszczony art. 87 ust. 2 pkt 2 i 3 ustawy Pzp. Nie każda niezgodność treści oferty z treścią istotnych warunków zamówienia, z góry eliminuje ofertę, ale jedynie taka, której nie można poprawić według wskazań art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. W orzecznictwie wskazuje się na istotną okoliczność możliwości dokonania takiej poprawy samodzielnie przez zamawiającego, w oparciu o dane zawarte w ofercie wykonawcy w takim kształcie w jakim została ona złożona. Bez możliwości prowadzenia jakichkolwiek negocjacji, czy składania nowych oświadczeń – także w zakresie uzupełniania podania ceny i wytworzenia tym samym oferty o odmiennej treści niż pierwotnie złożona. Na takie działania

ze strony wykonawców jak i zamawiających nie pozwala art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Nie jest też, w opinii Izby, jedynym i znaczącym wyznacznikiem dopuszczalności poprawy oferty wykonawcy, wysokość dokonanej w następstwie korekty rachunkowej, w tym przypadku sprowadzającej się do kwoty 26 groszy w cenie całkowitej oferty, z obniżeniem tej ceny o wymienione 26 groszy, w wyniku poprawy także innych omyłek rachunkowych.

Podstawowe znaczenie dla dopuszczalności dokonanych poprawek w ofercie wybranego wykonawcy miała okoliczność, że zamawiający we wzorze formularza ofertowego podał, iż ze względu na sposób wyliczenia podatku VAT najniższa cena brutto (w odniesieniu do pozycji cen jednostkowych) winna wynosić 4 grosze. Tą samą dyspozycję zamawiający powtórzył w odpowiedzi z dnia 7 stycznia 2010 r. na pytanie 33 do SIWZ, - najniższa cena brutto powinna wynosić 4 grosze dla wszystkich usług wymienionych w formularzu ofertowym, o ile jest wyższa niż „0” groszy. Wykonawca miał prawo podać cenę jednostkową obsługi serwisowej 10 numerów dla VIP według kalkulacji własnej, a jeżeli nie podał tej ceny, w takiej sytuacji zastosowanie znajdowały warunki określone z góry w SIWZ. Skoro ustawa Prawo zamówień publicznych w art. 2 pkt 1 odwołuje się do pojęcia ceny w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001r. o cenach (Dz. U. Nr 97, poz. 1050 ze zm.), jako należności za towary czy usługi wyrażonej w jednostkach pieniężnych, to nie jest możliwe podanie ceny w wysokości „0” zł. W ocenie Izby, w przypadku braku wskazania ceny jednostkowej pozycji, w ofercie wykonawcy, należało uznać, iż wynosi ona 4 grosze z VAT, gdyż takiej treści oświadczenie złożył wykonawca wprost w ofercie.

Istotną okoliczność stanowi, nie tylko wprowadzenie takiego mechanizmu ustalania ceny jednostkowej przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ale także przyjęcie wprost tej ceny (dla pozycji niewycenionej) przez wykonawcę Polkomtel S.A. w indywidualnym złożonym przez niego i podpisanym formularzu oferty. Zamawiający miał więc podstawę do sprostowania omyłki w ofercie Polkomtel S.A. na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, w oparciu o dane zawarte w samym formularzu oferty wykonawcy Polkomtel S.A, co w żadnej mierze nie łączyło się z przeprowadzeniem nowych negocjacji, czy złożeniem przez wybranego wykonawcę odmiennych oświadczeń woli, niż zawartych pierwotnie w treści oferty. Dopuszczalność korekty w takiej sytuacji potwierdza treść wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 28.10.2005 r. sygn. akt VCa 398/05.

Izba uznała, iż sposób poprawienia omyłki w ofercie Polkomtel S.A. mieści się w zakresie dyspozycji przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i nie ingeruje w treść oferty, wynika z wyraźnej woli wykonawcy, wyrażonej uprzednio w formularzu ofertowym. Ponadto Polkomtel S.A. potwierdził w terminie ustawowym swą zgodę na dokonaną poprawę, zatem zamawiający nie miał żadnych podstaw do odrzucenia oferty tego wykonawcy w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jak też w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Prawdą jest, iż odrębnym pismem z dnia 23 lutego 2010 r. zamawiający powiadomił wybranego

wykonawcę o poprawieniu w pkt 2 formularza ofertowego ceny całkowitej oferty według podanego w SIWZ wzoru z ceny 2 783 301,16 zł brutto na cenę 2 783 300,90 zł brutto, tj. z obniżeniem ceny oferty o 26 groszy, z powołaniem się na podstawę prawną art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, tj. sprostowania oczywistej omyłki rachunkowej. W ocenie Izby, zamawiający prawidłowo podał w piśmie z dnia 18 lutego 2010 r. podstawę prawną dla dokonania poprawy innej omyłki w ofercie Polkomtel S.A. w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Winien jednocześnie podać korektę obliczenia ceny oferty będącą następstwem dokonanej czynności, nawet jeżeli zachodziła podstawa do zastosowania przepisu art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, gdyż kwestionowana oferta wykazywała także inne omyłki w obliczeniach arytmetycznych, dokonanych według podanego w SIWZ wzoru obliczenia ceny. Wykonawcy nie są odrębnie powiadamiani o dokonaniu poprawek w konkurencyjnych ofertach, zatem termin zaskarżenia tej czynności środkiem ochrony prawnej, w ocenie Izby, biegnie od daty powiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty, ustalonej klasyfikacji wykonawców, przy uwzględnieniu konsekwencji dokonanych poprawek w ofertach. Termin złożenia protestu został zatem przez odwołującego dochowany. Dywagacje, że odrębna czynność poprawy omyłek rachunkowych nie została zaskarżona, przez co odwołujący utracił interes prawny w kwestionowaniu czynności wyboru oferty – jako ostatecznej, należy uznać za chybione.

Ustawa Prawo zamówień publicznych wymaga, aby postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone było w sposób przejrzysty, oznacza to między innymi, iż zamawiający winien ustalone w ogłoszeniu i w SIWZ przez siebie warunki, jakim mają odpowiadać oferty, stosować tak jak zostały przewidziane. Weryfikacji ofert może jedynie dokonywać w oparciu o ustanowione postanowienia, wiążące również dla samego zamawiającego, który nie jest uprawniony aby je zmieniać w inny sposób, niż przewiduje to ustawa Pzp. Zamawiający nie jest legitymowany, aby po upływie terminu składania ofert, odstępować od ustalonych w SIWZ warunków, a w szczególności odnoszących się do wszelkich aspektów sposobu oceny ofert. W tym także uwzględniających możliwość poprawy ofert w sposób przewidziany i podany przez zamawiającego w SIWZ. Stosownie do art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, odstępowanie przez zamawiającego od postanowień SIWZ, stanowiłoby złamanie zasady równego traktowania wykonawców i prowadzenia postępowania z poszanowaniem zasad uczciwej konkurencji. Z tych względów dokonana poprawa oferty Polkomtel S..A. znajduje uzasadnienie w postanowieniach SIWZ i przepisach ustawy Pzp.

Materiał dowodowy sprawy nie potwierdził trafności czynionych zamawiającemu zarzutów naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp

W tym stanie rzeczy Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 191 ust 1 i ust. 1a ustawy Pzp

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp.



Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....