

Sygn. akt: KIO 2506/11

**WYROK**  
z dnia 1 grudnia 2011 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący: Marek Koleśnikow**

**Protokolant: Wioleta Paczkowska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **30 listopada 2011 r.** w Warszawie odwołania z dnia **23 listopada 2011 r.** wniesionego przez wykonawcę **Telekomunikacja Polska S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Twarda 18, 00-105 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Kancelaria Senatu, 00-902 Warszawa, ul. Wiejska 6**

**orzeka:**

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego **Telekomunikacja Polska S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Twarda 18, 00-105 Warszawa** i nakazuje:  
zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 7.500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczone przez wykonawcę **Telekomunikacja Polska S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Twarda 18, 00-105 Warszawa**, tytułem kosztów postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228 oraz z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143 i Nr 87, poz. 484) 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

Zamawiający **Kancelaria Senatu, ul. Wiejska 6, 00-902 Warszawa** wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Świadczenie usług telekomunikacyjnych telefonii stacjonarnej dla Kancelarii Senatu«.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228 oraz z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143 i Nr 87, poz. 484) zwanej dalej w skrócie Pzp.

Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych 22.09.2011 r., poz. 252385-2011.

Zamawiający 18.11.2011 r. zawiadomił o:

- 1) odrzuceniu oferty wykonawcy Telekomunikacja Polska S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Twarda 18, 00-105 Warszawa, gdyż treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i odrzuceniu oferty, zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp;
- 2) unieważnieniu postępowania, zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 2 Pzp, wykonawca Telekomunikacja Polska S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Twarda 18, 00-105 Warszawa wniósł 23.11.2011 r. do Prezesa KIO odwołanie na naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, przez przyjęcie, że oferta odwołującego podlegała odrzuceniu jako niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia;
- 2) art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, przez zaniechanie poprawienia godzin pracy zespołu ds. obsługi zgłoszeń, jako innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującego istotnej zmiany treści oferty;
- 3) art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp, przez unieważnienie postępowania, podczas gdy w postępowaniu złożono jedną niepodlegającą odrzuceniu ofertę.

Odwołujący wniósł o o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności unieważnienia postępowania;
- 2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego;
- 3) ponowne badanie oferty odwołującego.

## Argumentacja odwołującego

Zamawiający w załączniku nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej specyfikacją bez bliższego określenia) „Opis przedmiotu zamówienia” pkt 8 „Wymagania serwisowe i jakości łączy” zamieścił następujące postanowienia:

»8.3. Wykonawca poda w ofercie nazwiska osób i ich zastępców przewidzianych do udziału w zespole obsługi zamawiającego, sposób organizacji takiego zespołu, w tym numery telefonów i adresy pod którymi zamawiający będzie zgłaszał awarie i usterki w godzinach 8:00-20:00 w dni robocze.

8.4. Niezależnie od ww. zespołu wykonawca zapewni centrum do obsługi zgłoszeń o awariach (uszkodzeniach) łączy będących przedmiotem zamówienia, przyjmującym zgłoszenia w trybie 24/365 umożliwiającym obsługę zgłoszeń drogą telefoniczną i e-mailową”.

Informacje dotyczące zespołu stanowią merytoryczną część oferty i określają sposób realizacji usług serwisowych. Odwołujący uczynił zadość wymaganiom zamawiającego i w załączniku do oferty podał skład zespołu, określił numery telefonów i adresy, pod którymi istnieje możliwość zgłaszania awarii i usterek. Jedynie w zakresie godzin, w jakich będzie świadczona obsługa przez zespół, odwołujący popełnił omyłkę wpisując przy nazwiskach członków zespołu godziny 9:00-17:00 i 8:00-16:00.

Podanie godzin odmiennych niż wymagane w specyfikacji stanowi omyłkę, której poprawienie, nie spowoduje istotnej zmiany oferty. Jak podnosi się w orzecznictwie omyłka, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp niekoniecznie musi mieć charakter oczywisty. Dopuszczalne jest poprawienie omyłek nie mających takiego charakteru, byleby poprawa nie spowodowała istotnej zmiany treści oferty.

W świetle przytoczonych poglądów ocena istotności dokonywanej poprawki wynika w głównej mierze z intencji wykonawcy składającego oświadczenie woli oraz całokształtu okoliczności sprawy, w tym znaczenia poprawianego elementu dla całej oferty. Poprawienie godzin prac zespołu ds. obsługi zgłoszeń jest dopuszczalne z następujących względów:

1. Intencją wykonawcy (odwołującego) składającego ofertę była możliwość uzyskania zamówienia i świadczenie usług zgodnie z treścią specyfikacji. Intencja ta wyrażona została wprost, a co więcej przyjęła formę prawnie wiążącego oświadczenia, w pkt 3 formularza oferty, gdzie odwołujący oświadczył, że zapoznał się z postanowieniami specyfikacji wraz z załącznikami (w tym wzoru umowy), które akceptuje i nie wnosi w stosunku do nich żadnych uwag, a w przypadku wyboru oferty zobowiązuje się do podpisania umowy na warunkach zawartych w specyfikacji w miejscu wskazanym przez zamawiającego.

2. Oświadczenie przesądza też o wewnętrznej sprzeczności oferty, z jednej strony odwołujący zobowiązuje się do świadczenia umowy zgodnie ze specyfikacją, z drugiej strony

podaje godziny pracy zespołu ds. obsługi zgłoszeń niezgodne z tą specyfikacją. Sprzeczność ta powinna zostać poprawiona zgodnie z intencjami wykonawcy.

3. Znaczenie podlegających poprawie elementów dla całej oferty jest niewielkie, gdyż:

- poprawa omyłki nie spowoduje zmiany wartości oferty,
- poprawa dotyczyć będzie usługi mającej charakter poboczny, pomocniczy względem usługi „głównej”, jaką jest świadczenie usług telekomunikacyjnych, a co więcej dotyczyć będzie tylko pewnego elementu tej usługi pomocniczej, bowiem odwołujący uczynił zadość wymaganiom zamawiającego i podał skład zespołu, określił numery telefonów i adresy, pod którymi istnieje możliwość zgłaszania awarii i usterek,

- sam zamawiający nie przypisał istotnego znaczenia godzinom pracy zespołu, skoro nie przewidział kar umownych z tytułu niedostępności zespołu lub ograniczeń w możliwości zgłoszenia awarii, ponadto brak dostępności zespołu, którego zadaniem jest przyjmowania informacji o awariach i usterek, powoduje wydłużenie czasu trwania przerw w świadczeniu usługi i powoduje naliczenie kar umownych z tytułu przerwy w świadczeniu usługi telekomunikacyjnej (§ 7 ust. 1 wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 7 do specyfikacji).

Zastrzeżenie zamawiającego zawarte w pkt 12 opisu przedmiotu zamówienia są pozbawione znaczenia prawnego. Wszystkie wymogi zawarte w opisie przedmiotu zamówienia stanowią istotne warunki zamówienia, a niespełnienie tych wymogów skutkuje odrzuceniem oferty. Co istotne, zastrzeżenie to odnosi się do całości opisu przedmiotu zamówienia w postępowaniu, a więc w przypadku uznania jego znaczenia prawnego niweczyłoby skuteczność przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, w który wyraża normę o charakterze *ius cogens*.

Odwołujący przesłał w ustawowym terminie kopię odwołania zamawiającemu 22.11.2011 r. (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w ustawowym terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom 24.11.2011 r. (art. 185 ust. 1 *in initio* Pzp).

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy 29.11.2011 r. (art. 186 ust. 1 Pzp) wnosząc o oddalenie odwołania.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie jest zasadne.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba postanowiła dopuścić dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, przez zaniechanie poprawienia godzin pracy zespołu ds. obsługi zgłoszeń awarii, jako innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującego istotnej zmiany treści oferty – nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający określił w ust. 8.3 opisu przedmiotu zamówienia (stanowiącego załącznik nr 1 do specyfikacji) wymóg, aby wykonawca podał w ofercie podstawowe informacje o zespole obsługi gdzie zamawiający będzie zgłaszał awarie i usterki w godzinach 8:00-20:00 w dni robocze. Ponadto zamawiający wymagał w ust. 8.4 opisu przedmiotu zamówienia, aby wykonawca niezależnie od tego zespołu zapewnił centrum do obsługi zgłoszeń o awariach łączy będących przedmiotem zamówienia. Centrum powinno przyjmować zgłoszenia w trybie 24/365 umożliwiającym obsługę zgłoszeń drogą telefoniczną i e-mailową. Zamawiający stwierdził w ust. 12 opisu przedmiotu zamówienia, że wszystkie wymogi zawarte w cyt.: »opisie przedmiotu zamówienia stanowią istotne warunki zamówienia. Niespełnienie tych wymogów skutkuje odrzuceniem oferty«.

Odwołujący oświadczył ogólnie na str. 2 w pkt 3 oferty, że zapoznał się z postanowieniami specyfikacji i zobowiązał się do podpisania umowy na warunkach zawartych w specyfikacji. Natomiast na str. 5 oferty w opisie zespołu do obsługi zgłoszeń o awariach, odwołujący pominął godziny funkcjonowania tego zespołu, a z treści tego opisu można jednoznacznie wywnioskować o godzinach pracy członków kierownictwa przedmiotowego zespołu od 8:00-17:00. Natomiast w zakresie ust. 8.4 odwołujący w całości spełnił wymaganie zamawiającego stwierdzając, że cyt. »Wykonawca przyjmuje zgłoszenia o awariach 365 dni w roku 24 godziny na dobę pod numerem telefonu [...]«.

Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego ze względu na pominięcie w ofercie zadeklarowania godzin pracy zespołu od 8:00-20:00 i uznał, że to odstępstwo treści oferty od treści specyfikacji nie może zostać zakwalifikowane jako inna omyłka polegająca na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, co jest unormowane w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Skład orzekający Izby stwierdza, że usługa przyjmowania zgłoszeń o awariach jest, w okolicznościach rozpoznawanej sprawy, dla zamawiającego usługą warunkująca właściwe spełnianie usług telekomunikacyjnych, jako usług podstawowych. Ze względu na usytuowanie zamawiającego (Kancelaria Senatu) wśród najważniejszych organów państwa, dla zamawiającego jest istotne, aby mógł natychmiast interweniować u wykonawcy w przypadku wystąpienia awarii. Dlatego oprócz możliwości wystosowywania do wykonawcy informacji o awariach zgodnie z ust. 8.4 opisu przedmiotu zamówienia, zamawiający zażądał jeszcze możliwości kontaktowania się ze specjalnym zespołem wykonawcy przez 12 godzin na dobę w dni robocze, czyli w trakcie godzin, w których pracownicy zamawiającego działają z największą intensywnością, co zamawiający wyartykułował w ust. 8.3 opisu przedmiotu zamówienia. Ponadto w ust. 12 opisu przedmiotu zamówienia zamawiający podkreślił znaczenie m.in. wymogu dotyczącego możliwości kontaktowania się przez 12 godzin (8:00-20:00) ze specjalnym zespołem wykonawcy.

Tymczasem odwołujący zaoferował możliwość kontaktowania się ze specjalnym zespołem do obsługi zgłoszeń o awariach tylko przez 9 godzin, a więc o 25% mniej, niż wymagał tego zamawiający. Ponadto w przypadku nawet potraktowania deklaracji odwołującego w zakresie godzin pracy zespołu jako omyłki, zamawiający nie ma przesłanek do ustalenia wpływu na cenę oferty czynników nie uwzględnionych w ofercie, nie znał bowiem tych wielkości. Deklaracja o stałości ceny ofertowej mimo zwiększenia czasu działania zespołu o 25%, złożona po zakwestionowaniu przez zamawiającego zaoferowanych godzin pracy zespołu, nie mogła być brana pod uwagę przez zamawiającego, gdyż została złożona po upływie terminu składania ofert.

Skład orzekający Izby stwierdza, że postanowienia ust. 12 opisu przedmiotu zamówienia stanowiące, że wymogi zawarte w opisie przedmiotu zamówienia stanowią istotne warunki zamówienia i ich niespełnienie skutkuje odrzuceniem oferty nie można odczytywać, jako brak zamiaru zamawiającego zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Postanowienie to należy odczytywać, jako wskazanie na istotność wymagań zawartych w opisie przedmiotu zamówienia, tak jak to zostało napisane w ust. 12 opisu przedmiotu zamówienia.

W związku z powyższym skład orzekający Izby nie może przychylić się do odwołania, że omyłka odwołującego powinna być potraktowana, jako inna omyłka polegająca na niezgodności oferty ze specyfikacją, niepowodująca istotnych zmian w treści oferty, czyli jako omyłka podlegająca poprawie, zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Z tego względu zamawiający musiał odrzucić ofertę odwołującego, jako niezgodnej z treścią specyfikacji i na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, a więc zarzut naruszenia tego przepisu jest bezpodstawny.

W konsekwencji odrzucenia oferty odwołującego i wszystkich pozostałych ofert zamawiający musiał unieważnić postępowanie, zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp, gdyż w postępowaniu nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Zamawiający – podczas prowadzenia postępowania – nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

**Przewodniczący:**

.....