

Sygn. akt: KIO 1329/12

WYROK

z dnia 9 lipca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 lipca 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 czerwca 2012 r. przez wykonawcę „**Polska Telefonía Komórkowa - Centertel**” Sp. z o.o., ul. Skierniewicka 10A, 01-230 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez **Agencję Rozwoju Przemysłu S.A.**, ul. Wołoska 7, 02-675 Warszawa

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę „**Polska Telefonía Komórkowa - Centertel**” Sp. z o.o., ul. Skierniewicka 10A, 01-230 Warszawa i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę „**Polska Telefonía Komórkowa - Centertel**” Sp. z o.o., ul. Skierniewicka 10A, 01-230 Warszawa tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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

Zamawiający - Agencja Rozwoju Przemysłu S.A. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest świadczenie usług w zakresie telefonii komórkowej z dostawą telefonów komórkowych oraz Internetu bezprzewodowego z dostawą modemów dla Agencji Rozwoju Przemysłu S.A.

Odwołujący Polska Telefonía Komórkowa - Centertel Sp. z o.o. wniósł odwołanie na czynność odrzucenia oferty Odwołującego, a w dalszej konsekwencji na czynność unieważnienia postępowania. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 87 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, podczas gdy wskazana jako podstawa odrzucenia oferty niezgodność ze specyfikacją, stanowiła omyłkę, której poprawienie nie spowodowałoby istotnej zmiany treści oferty, art. 93 ust. 1 pkt 1, poprzez unieważnienie postępowania podczas gdy w postępowaniu została złożona jedna oferta niepodlegająca odrzuceniu.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności unieważnienia postępowania, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, dokonanie poprawy oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez wykreślenie zastrzeżeń odnoszących się do ograniczeń w skorzystaniu z możliwości zawieszenia usługi,

W punkcie 8.1.5. SIWZ, Zamawiający wymagał dołączenia do ofert Wykonawców planu taryfowego zawierającego ceny usług, w szczególności tych usług które nie zostały ujęte w tabeli formularza oferty, a były wymagane przez Zamawiającego i zostały enumeratywnie w sposób wyczerpujący wymienione w pkt 9 Opisu przedmiotu zamówienia, stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ. W punkcie 9.2.26 przywołanego załącznika Zamawiający wymagał zaoferowania usługi polegającej na możliwości zawieszenia wszelkich usług objętych przedmiotem zamówienia na jego życzenie jako abonenta. W SIWZ Zamawiający nie przewidział jakichkolwiek ograniczeń czy spełnienia warunków w skorzystaniu z usługi określonej w punkcie 9.2.26 Opisu przedmiotu zamówienia, co oznacza, że żądał bezwarunkowej możliwości zawieszenia korzystania z wszelkich usług oferowanych przez Wykonawców. Do oferty Odwołującego został załączony plan taryfowy, w którym na stronie 52 została ujęta oraz wyceniona możliwość zawieszenia wszelkich usług na życzenie abonenta. Znalazło się tam jednak zastrzeżenie, że maksymalny okres na jaki mogą zostać zawieszane usługi wynosi 3 miesiące. Ponadto w odesłaniu do indeksu (odnośnika) 2 na stronie 53 została zamieszczona informacja, że przedmiotowa usługa jest dostępna wyłącznie po zakończeniu „okresu promocyjnego”, tj. okresu na jaki została zawarta umowa.

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego. W uzasadnieniu decyzji wskazał, że wymagana postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia (pkt 9.2.26 Opisu przedmiotu zamówienia) usługa, polegająca na zawieszeniu wszelkich usług na życzenie Abonenta, została ujęta i wyceniona w załączonym do oferty planie taryfowym, z tym, że na stronie 53 oferty, w odnośniku nr 2, znalazło się zastrzeżenie, że usługa ta dostępna jest wyłącznie poza zakończeniu „okresu promocyjnego”. Ponadto w tabeli na str. 52 oferty znalazło się zastrzeżenie, iż usługa zawieszenia świadczenia wszelkich usług na życzenie abonenta może trwać do 3 miesięcy.

Odwołujący wniósł odwołanie. W jego ocenie przedstawioną niezgodność oferty ze specyfikacją Zamawiający powinien potraktować jako omyłkę, której poprawienie nie spowoduje istotnej zmiany treści oferty, a następnie poprawić ją w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Odwołujący podniósł następujące argumenty: „Nie budzi wątpliwości wola Odwołującego złożenia oferty zgodnej z treścią SIWZ. Sprzeczność ze specyfikacją wynika z omyłki Odwołującego, a nie jego zamierzonego działania. Należy tutaj odwołać się do pytania Odwołującego do treści siwz nr 4 i 10 z dnia 21 maja 2012 r., w którym zadano pytanie czy wystarczające będzie dołączenie do oferty cennika usług telekomunikacyjnych, w rozumieniu art. 61 prawa telekomunikacyjnego, który stosowany będzie w zakresie niesprzecznym z oferta i siwz. Poprawa w żaden sposób nie wpłynie na cenę oferty lub koszty ponoszone przez Zamawiającego. Możliwość zawieszenia usługi jest jedną w wielu usług oferowanych usług i nie ma ona charakteru istnego względem całości oferty.”

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba ustaliła, iż Odwołujący posiada interes w rozumieniu art. 179 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W ocenie Izby nie sposób zgodzić się z Odwołującym, że niezgodność treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ ma charakter nieistotny i mogłaby zostać poprawiona w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zdaniem Izby podkreślić należy, że Zamawiający może poprawić omyłkę, gdy ma pewność, iż jest to omyłka, a ponadto musi

także mieć wiedzę, w jaki sposób taką omyłkę poprawić.

W niniejszej sprawie, pomijając lakoniczną formę odpowiedzi na pytanie Zamawiającego, jakiej udzielił Odwołujący, należy przede wszystkim zauważyć, że w odpowiedzi Odwołujący ograniczył się do stwierdzenia, iż zaprzecza, że zaoferował to, co w sposób jednoznaczny zaoferował w ofercie. Zaprzeczył, iż usługa jest niedostępna i że czas jej trwania jest ograniczony do okresu 3 miesięcy, o którym mowa w planie taryfowym.

W wyjaśnieniach Odwołującego brak jest z całą pewnością oświadczenia wykonawcy, iż popełnił omyłkę. Zatem treść wyjaśnień nie wskazywała, aby Odwołujący popełnił omyłkę przy sporządzeniu oferty. Co więcej, Izba przychyliła się do stanowiska Zamawiającego, iż ten nie ma żadnej pewności, co do tego, co Odwołujący zaoferował w swojej ofercie, a więc jaki jest zakres oferowanych przez Odwołującego usług i warunki ich świadczenia. Jak słusznie zauważył Zamawiający wykonawca w treści wyjaśnień nie potwierdził, że usługa jest dostępna bez ograniczeń, tak jak wymagał Zamawiający w SIWZ.

Odwołujący zaprzeczył jedynie zapisom zawartym w złożonej przez siebie ofercie, ale nie oświadczył, jaka powinna być treść jego oferty. Skoro więc Odwołujący zaprzeczył jedynie, iż usługa jest niedostępna i że czas jej trwania jest ograniczony do okresu 3 miesięcy, o którym mowa w planie taryfowym, to należy również postawić pytanie, czy w ogóle wykonawca ten zaoferował usługę zawieszenia połączeń. A jeśli tak, to o jakim charakterze – czy z ograniczeniami, czy bez ograniczeń. Ani treść oferty Odwołującego, ani treść złożonych przez niego wyjaśnień nie dają odpowiedzi na to pytanie.

Odwołujący aż do chwili wniesienia odwołania nie oświadczył, że w treści jego oferty znalazła się jakakolwiek omyłka, jak również nie dał żadnych wskazówek co do tego, w jaki sposób taką omyłkę poprawić. W tym zakresie Odwołujący milczał ...

Żaden przepis ustawy Prawo zamówień publicznych nie stanowi, iż Zamawiający zobowiązany jest oceniać oferty na podstawie odgadanych przez Zamawiającego intencji wykonawcy. Zamawiający zobowiązany jest oceniać oferty na podstawie ich treści. Zamawiający nie ma obowiązku domniemywać, że Wykonawca miał zamiar złożyć ofertę zgodną z treścią SIWZ. W szczególności nie ma obowiązku domniemywać, iż wykonawca zaoferował coś innego, niż to, co wynika z treści oferty. W szczególności w takiej sytuacji, jak w okolicznościach niniejszej sprawy, gdy sam zainteresowany wykonawca nie potwierdził, iż popełnił omyłkę i nie wskazał, jaka powinna być według niego prawidłowa treść jego oferty. Odwołujący, jak wyżej wskazano, nie wyraził ani w ofercie, ani w złożonych wyjaśnieniach, jaka jest treść jego oferty w zakresie usługi zawieszenia połączeń. Odwołujący zaprzeczył w wyjaśnieniach, iż zaoferował to, co zaoferował w ofercie, a więc należy uznać, iż mógł w ogóle nie zaoferować usługi zawieszenia połączeń. Zatem, w ocenie Izby, Zamawiający nie mógł poprawić omyłki w ofercie Odwołującego, gdyż nie powziął wiadomości, iż jest to

omyłka, a ponadto nie miał wiedzy, w jaki sposób poprawić omyłkę. Izba podziela w pełni stanowisko Zamawiającego wyrażone w odpowiedzi na odwołanie.

Jakkolwiek nie zmieniałyby się przepisy, faktem powszechnie znanym i okolicznością bezsporną i niewymagającą dowodu jest to, że wykonawcy w ofertach oferują taki przedmiot zamówienia oraz takie ceny, jakie rzeczywiście chcą zaoferować. Zamawiający zatem ocenia ofertę na podstawie tego, co zostało w niej zaoferowane. Omyłka może być stwierdzona w sytuacji, gdy wynika ona z oczywistych okoliczności i jest bezsporna. W okolicznościach niniejszej sprawy Zamawiający nie miał podstawy, aby stwierdzić, iż to, co przedstawił Odwołujący w swojej ofercie, zaoferował omyłkowo. Żadna bowiem z okoliczności nie dawała podstawy Zamawiającemu, aby stwierdzić, iż treść oferty Odwołującego w zakresie usługi zawieszenia połączeń stanowi omyłkę. Z całą pewnością co do okoliczności, iż Odwołujący popełnił omyłkę, nie mogły Zamawiającego utwierdzić wyjaśnienia Odwołującego.

Izba nie podziela także stanowiska Odwołującego, iż omyłka dotyczy tylko jednej z wielu usług, zatem nie ma charakteru istotnego względem całości oferty. W ocenie Izby nieujęcie w oferowanym przedmiocie zamówienia jednej z usług ma zasadnicze znaczenie. Istotność dotyczy przedmiotu zamówienia, a więc podstawy, elementów przedmiotowo istotnych każdej umowy i oferty. Nieujęcie jakiejś usługi powoduje, że przedmiot zamówienia jest inny od oczekiwanego przez Zamawiającego, a także nie można porównać oferty wykonawcy do ofert innych wykonawców. Co więcej, przyjęcie toku rozumowania Odwołującego prowadziłoby do możliwości potraktowania w taki sam sposób każdej i wszystkich pozostałych usług wymienionych w opisie przedmiotu zamówienia.

Izba podziela także stanowisko Zamawiającego, iż „Ewentualnie nie zauważenie przez Zamawiającego sprzeczności treści oferty z treścią SIWZ w zakresie braku możliwości skorzystania z usługi zawieszenia wszelkich usług, ze względu na treść art. 140 ust. 1 Ustawy, oznaczałoby dla niego poważne konsekwencje, pozbawiając go możliwości żądania od Wykonawcy świadczenia tej usługi w całym okresie jej trwania. Rozmiar tych negatywnych konsekwencji jest dodatkowym argumentem stojącym naprzeciw uznaniu, iż doszło w niniejszej sprawie do wystąpienia omyłki niepowodującej istotnych zmian w treści oferty Odwołującego się”.

Nie można zatem stwierdzić, iż niezgodność treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ ma charakter nieistotny i mogłaby zostać poprawiona w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Możliwość zawieszenia wszelkich usług na życzenie abonenta wpływa na zakres przedmiotu zamówienia, ponoszone koszty przez Zamawiającego. Zamawiający wskazał w tym zakresie załącznik nr 2 do SIWZ, który przesądza, że rozliczenie z Wykonawcą nastąpi za faktycznie świadczone usługi. Tym samym brak

możliwości zawieszenia świadczenia usług w podstawowym okresie, na jaki umowa miała zostać zawarta uniemożliwiłby Zamawiającemu zmniejszenie kosztów związanych z czasowym zawieszeniem świadczenia usług, które w danym okresie nie są Zamawiającemu potrzebne. Jedynie na marginesie Izba zauważa, że o tym, że poprawa omyłki nie wpłynęłaby na cenę oferty lub koszty ponoszone przez Zamawiającego Wykonawca wspomniał w treści odwołania. Jednakże tego rodzaju oświadczenie nie znalazły się w treści wyjaśnień złożonych na wezwanie Zamawiającego.

Fakt, że Odwołujący zadał pytanie do SIWZ w ocenie Izby nie ma żadnego znaczenia w niniejszej sprawie. Zamawiający, wobec upływu terminu określonego na wystąpienie o wyjaśnienie treści SIWZ, pozostawił bez rozpoznania wnioski o wyjaśnienie treści SIWZ, tym samym również nie wskazał, iż dopuszcza sytuację, aby wykonawca dołączył do oferty cennik usług telekomunikacyjnych, w rozumieniu art. 61 prawa telekomunikacyjnego, który stosowany będzie w zakresie niesprzecznym z ofertą i SIWZ. Ponadto Odwołujący nie załączył do oferty informacji, iż załączony cennik stosowany będzie w zakresie niesprzecznym z ofertą i SIWZ. Zamawiający, jak wskazano powyżej, ocenia oferty na podstawie tego, co jest w nich napisane, a pisemne oświadczenie o treści wskazanej powyżej nie znalazło się w ofercie.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238). Do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....