

WYROK

z dnia 25 lutego 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący - członek Krajowej Izby Odwoławczej: Barbara Bettman

Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **25 lutego 2013 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **15 lutego 2013 r.** przez wykonawcę **Polkomtel Sp. z o. o., ul. Postępu 3, 02-676 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Polskie Sieci Elektroenergetyczne Operator S.A. (aktualnie: Polskie Sieci Elektroenergetyczne S.A.), ul. Warszawska 165, 05-520 Konstancin Jeziorna** upoważnionego do przeprowadzenia postępowania i udzielenia zamówienia w imieniu i na rzecz: **Polskich Sieci Elektroenergetycznych Centrum S.A., ul. Kruczkowskiego 8, 00-380 Warszawa; Polskich Sieci Elektroenergetycznych Południe S.A., ul. Jordana 25, 40-056 Katowice; Polskich Sieci Elektroenergetycznych Północ S.A., ul. Marszałka Focha 16, 85-950 Bydgoszcz; Polskich Sieci Elektroenergetycznych Zachód S.A. ul. Marcelińskiej 71, 60-354 Poznań; Polskich Sieci Elektroenergetycznych Wschód S.A., ul. Żeromskiego 75, 26-600 Radom; Centrum Zastosowań Zaawansowanych Technologii Sp. z o.o., ul. Warszawska 165, 05-520 Konstancin-Jeziorna; EPC S.A., ul. W. Górskiego 9, 00-033 Warszawa; Zarządcy Rozliczeń S.A., ul. Wilcza 50/52, 00-679 Warszawa,**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża **Polkomtel Sp. z o. o., ul. Postępu 3, 02-676 Warszawa;**

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **Polkomtel Sp. z o. o., ul. Postępu 3, 02-676 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od odwołującego **Polkomtel Sp. z o. o., ul. Postępu 3, 02-676 Warszawa** na rzecz zamawiającego: **Polskich Sieci Elektroenergetycznych Operatora S.A. (aktualnie: Polskie Sieci Elektroenergetyczne S.A.), ul. Warszawska 165, 05-520 Konstancin Jeziorna** upoważnionego do przeprowadzenia postępowania i udzielenia zamówienia w imieniu i na rzecz **Polskich Sieci Elektroenergetycznych Centrum S.A., ul. Kruczkowskiego 8, 00-380 Warszawa; Polskich Sieci Elektroenergetycznych Południe S.A., ul. Jordana 25, 40-056 Katowice; Polskich Sieci Elektroenergetycznych Północ S.A., ul. Marszałka Focha 16, 85-950 Bydgoszcz; Polskie Sieci Elektroenergetyczne Zachód S.A. ul. Marcelińskiej 71, 60-354 Poznań; Polskich Sieci Elektroenergetycznych Wschód S.A., ul. Żeromskiego 75, 26-600 Radom; Centrum Zastosowań Zaawansowanych Technologii Sp. z o.o., ul. Warszawska 165, 05-520 Konstancin-Jeziorna; EPC SA, ul. W. Górskiego 9, 00-033 Warszawa; Zarządcy Rozliczeń S.A., ul. Wilcza 50/52, 00-679 Warszawa - kwotę **840,00 zł** (słownie: osiemset czterdzieści złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony z tytułu kosztów przedłożonych aktów notarialnych rep. A: nr 1716/2013; 1736/2013; 1741/2013 (738,00 zł) oraz opłat skarbowych od pełnomocnictw w kwocie 102 zł.**

Stosownie do art. 198a i 198b 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 Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie.**

Przewodniczący:

.....

Sygn. akt: KIO 342/13

Uzasadnienie:

W postępowaniu o udzielenie sektorowego zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na: „Świadczenie Usług Telekomunikacyjnych dla Grupy Kapitałowej PSE Operator (usługi gsm, telefonia konwergentna, komutowana transmisja danych, bezprzewodowy dostęp do Internetu, zakup sprzętu i akcesoriów”, (Dziennik Urzędowy Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich Nr 2012/S 203-334456 z 20.10.2012r.), w dniu 15 lutego 2013 r. zostało wniesione w formie pisemnej odwołanie przez wykonawcę Polkomtel Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie, w kopii przekazane zamawiającemu w terminie ustawowym.

Złożenie odwołania nastąpiło skutkiem powiadomienia w dniu 6 lutego 2013 r. za pośrednictwem faksu o odrzuceniu oferty odwołującego oraz o unieważnieniu postępowania.

Wobec podjętych czynności oraz zaniechania czynności, odwołujący zarzucił zamawiającemu: Polskim Sieciom Elektroenergetycznym Operatorowi SA (aktualnie: Polskie Sieci Elektroenergetyczne S.A.), ul. Warszawska 165, 05 - 520 Konstancin Jeziorna naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm.), dalej zwanej ustawą Pzp, tj.:

- 1) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 93 ust. 1 pkt. 1 tej ustawy - poprzez unieważnienie przedmiotowego postępowania - pomimo braku podstaw,
- 2) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 tej ustawy - poprzez odrzucenie oferty odwołującego, pomimo iż oferta jest zgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia („SIWZ”),
- 3) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 tej ustawy - poprzez zaniechanie poprawienia innej omyłki w ofercie odwołującego, które nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty,
- 4) art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 25 ust. 1 pkt. 2 tej ustawy, w zw. z § 5 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2009 r. Nr 226, poz. 1817) („rozporządzenie”) - poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego, pomimo iż zamawiający był do tego zobowiązany,

5) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 30 ust. 5 tej ustawy - poprzez nieprawidłową i nieuzasadnioną ocenę przez zamawiającego, że oferowane przez odwołującego telefony nie spełniają określonych przez zamawiającego parametrów rozwiązań równoważnych,

6) art. 58 § 1 Kodeksu cywilnego w związku z art. 14 ustawy Pzp poprzez dokonanie przez zamawiającego ponownej oceny oferty odwołującego w zakresie wykraczającym poza ocenę nakazaną wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej („KIO”) z dnia 14 stycznia 2013 r. sygn. akt: KIO 2850/12, tj. w zakresie zgodności zaoferowanych telefonów z SIWZ, podczas gdy ocena ta - dokonana przez zamawiającego przed wyborem oferty najkorzystniejszej w piśmie z dnia 14 grudnia 2012 r. - doprowadziła do stwierdzenia przez zamawiającego prawidłowości zaoferowanych przez odwołującego telefonów, a wyrok KIO z dnia 14 stycznia 2013r., sygn. akt: KIO 2850/12 nie uprawniał zamawiającego do ponownej oceny ofert w zakresie prawidłowości zaoferowanego sprzętu i ograniczał zamawiającego do konieczności ponownej oceny oferty odwołującego jedynie w zakresie ceny za telefony.

Powołując się na naruszenie swego interesu w uzyskaniu zamówienia, odwołujący wnosił o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności unieważnienia przedmiotowego postępowania, unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego,
2. poprawienia innej omyłki w ofercie odwołującego zgodnie z art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp, wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego,
3. powtórzenia czynności oceny oferty odwołującego oraz czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów żądań odwołujący podnosił, że posiada interes we wniesieniu niniejszego odwołania. W wyniku naruszenia przez zamawiającego wskazanych przepisów ustawy Pzp interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, gdyż objęte odwołaniem czynności i zaniechania zamawiającego doprowadziły do niezgodnego z przepisami tej ustawy odrzucenia złożonej oferty i w konsekwencji unieważnienia przedmiotowego postępowania. Objęte odwołaniem czynności i zaniechania zamawiającego prowadzą do możliwości poniesienia szkody przez odwołującego - polegającej na uniemożliwieniu uzyskania zamówienia, natomiast uwzględnienie odwołania

doprowadzi do usunięcia nieprawidłowego rozstrzygnięcia zamawiającego. Tym samym odwołujący uzyska możliwość otrzymania zamówienia.

W piśmie z dnia 6 lutego 2013 r. zamawiający poinformował odwołującego, że jego oferta została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz, że na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało unieważnione.

1. Odnosząc się w pierwszej kolejności do czynności odrzucenia oferty - odwołujący zaznaczał, że podstawą jej podjęcia była niezgodność treści oferty z treścią SIWZ polegająca m.in. na zaoferowaniu przez odwołującego modemu ZTE MF 669, który w ocenie zamawiającego obsługuje łączność w technologii HSPA+ z maksymalną prędkością do 28,8 Mb/s, podczas gdy technologią o najwyższej prędkości mobilnego dostępu do Internetu w publicznej ofercie odwołującego jest technologia LTE z maksymalną prędkością do 150 Mb/s, a zamawiający zgodnie z SIWZ wymagał dostarczenia na jego zamówienie modemów transmisji danych „obsługujących technologię o najwyższej prędkości mobilnego dostępu do Internetu dostępnej w publicznej ofercie wykonawcy.”

Odwołujący oświadczył, że na etapie składania oferty chciał zaoferować modemem ZTE MF 821 LTE, a więc modem spełniający wymagania zamawiającego w tym zakresie, czyli obsługujący technologię LTE z maksymalną prędkością do 150 Mb/s. Wskazanie modemu ZTE MF 669 jest jedynie omyłką w zakresie oznaczenia symbolu modemu tego samego producenta, a więc niezamierzonym błędem w końcowym oznaczeniu modelu tego samego producenta modemów transmisji danych, który nie powoduje istotnych zmian w ofercie - jak przekonywał odwołujący - zamawiający dokonując oferty odwołującego kolejny raz pominął art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp, którego treść obliguje zamawiającego do poprawienia w ofercie wykonawcy „innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty”.

Odwołujący utrzymywał, że ww. niezgodność w treści jego oferty - jest omyłką w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i powinna zostać poprawiona przez zamawiającego. Zamawiający oczekiwał zaoferowania modemu transmisji danych, „obsługującego technologię o najwyższej prędkości mobilnego dostępu do Internetu dostępnej w publicznej ofercie wykonawcy. Odwołujący stwierdził, że spełnił ten wymóg. Omyłka dotycząca oznaczenia modelu modemu tego samego producenta jest jedynie wynikiem zwykłego przeoczenia, a poprawienie jej przez zamawiającego nie zmienia w żaden sposób treści oferty. W szczególności nie ma to wpływu na cenę oferty, jak również nie zmienia oświadczenia odwołującego złożonego w Formularzu oferty, z którego wynika, że odwołujący w dniu złożenia oferty był świadomy wymagań zamawiającego dotyczących

modemu, akceptował je i wyraził gotowość zrealizowania zamówienia zgodnie z tymi wymaganiami.

Odwołujący nadmienił, że wystarczającą przesłanką do zastosowania wskazanego przepisu jest fakt, że omyłka w jego ofercie nie powoduje istotnej zmiany treści tej oferty. Na poparcie swego stanowiska powołał się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej. W wyroku z dnia 12.08.2010 r. KIO wyraziła pogląd, że omyłka, o której mowa w art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp niekoniecznie musi mieć charakter oczywisty. „Dopuszczalne jest również poprawienie omyłek nie mających takiego charakteru, byleby poprawa nie spowodowała istotnej zmiany treści oferty. O tym, czy dana zmiana ma charakter istotny, czy nie, należy rozstrzygać każdorazowo, biorąc pod uwagę wszystkie okoliczności sprawy. Artykuł 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wprowadzony w celu uniknięcia licznych niegdyś przypadków odrzucania ofert z powodu błahych pomyłek, dopuszcza poprawienie niedopatrzeń, błędów niezamierzonych, opuszczeń, drobnych różnic itp.” (KIO/UZP 1610/10).

Odwołujący podkreślał, że jego celem i intencją było złożenie oferty zgodnie z wymaganiami SIWZ określonymi przez zamawiającego, prowadzącymi do uzyskania zamówienia oraz wykonania go zgodnie z oczekiwaniami i parametrami określonymi przez zamawiającego. W wyroku z dnia 06.07.2010 r. Izba zwróciła uwagę na wyrażany w doktrynie pogląd, że „dopuszczalne wydaje się dokonanie zmian w sytuacji, jeśli z okoliczności wynika zamiar złożenia przez wykonawcę oferty zgodnie z wymaganiami zamawiającego” (KIO 1255/10). Odwołujący deklarował, że jego wolą w przedmiotowym postępowaniu było złożenie oferty odpowiadającej wszystkim wymaganiom zamawiającego określonym w SIWZ (w tym również w zakresie modemu transmisji danych), uzyskanie zamówienia i wykonanie go zgodnie z wymaganiami SIWZ, czego potwierdzeniem jest oświadczenie złożone w formularzu ofertowym następującej treści: „Oświadczamy, że zapoznaliśmy się ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia i Wzorem Umowy oraz nie wnosimy do nich zastrzeżeń”. „Zrealizujemy przedmiot zamówienia zgodnie z wymaganiami SIWZ i załączonym Wzorem Umowy, w tym w szczególności będziemy przestrzegać obowiązujących przepisów prawa”.

Nadto odwołujący zaznaczał, że kwestionował już zaniechanie przez zamawiającego poprawienia innej omyłki w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, która dotyczyła omyłkowego wpisania ceny jednostkowej za telefony. KIO przychyliła się do argumentacji prezentowanej przez odwołującego i w wyroku z dnia 14 stycznia 2013 r. nakazała zamawiającemu poprawienie tej omyłki (sygn. akt: KIO 2850/12), pomimo, że zmiana ta wpływała na cenę oferty odwołującego, a w tym wypadku zmiana ta w żaden sposób nie wpływa na cenę oferty odwołującego. Dokonując poprawienia poprzedniej omyłki zgodnie z

wyrokiem KIO zamawiający zaniechał poprawienia – ocenie odwołującego - analogicznej omyłki, dotyczącej błędnego wpisania końcowego oznaczenia modelu modemu, pomimo iż art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp - nakłada na zamawiającego taki obowiązek.

Odwołujący argumentował, że jest aktywnym operatorem telekomunikacyjnym na rynku zamówień publicznych, oferuje swoje usługi o najwyższej jakości i wykonuje umowy o zamówienia publiczne z należytą starannością. Jako racjonalny wykonawca zainteresowany jest zawarciem umowy i wykonaniem jej w sposób należyty oraz nie składa celowo oferty nieodpowiadającej SIWZ.

W następnej kolejności odwołujący podnosił, że czynność zamawiającego polegająca na ponownej ocenie oferty odwołującego w zakresie zaoferowanych przez odwołującego telefonów na tym etapie jest nieważna na mocy art. 58 § 1 Kodeksu cywilnego. Oferta odwołującego w powyższym zakresie podlegała badaniu i ocenie już na wcześniejszym etapie przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego - w zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu oferty odwołującego pismem z dnia 14 grudnia 2012 r. - zamawiający nie wskazał tych uchybień, oceniając jednocześnie, że oferta odwołujący w tym zakresie jest prawidłowa i spełnia wymagania określone w SIWZ.

Z ostrożności jeżeli jednak, gdy KIO uzna dopuszczalność badania zgodności sprzętu w tym zakresie na rozpatrywanym etapie postępowania to odwołujący podkreślił, że w zawiadomieniu o odrzuceniu jego oferty zamawiający wskazał, iż telefony zaoferowane przez odwołującego nie spełniają wymagań SIWZ, w tym rozwiązań równoważnych, które zamawiający dopuścił w pkt. 6.6 Części II SIWZ, i związku z tym uznał, że oferta odwołującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Czynność zamawiającego poczytał odwołujący za nieprawidłową i naruszającą przepisy ustawy Pzp, w szczególności art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 30 ust. 5 ustawy Pzp. Telefony zaoferowane spełniają wymagania SIWZ – jak przekonywał odwołujący. Zamawiający określił w pkt. 6.6 Części II SIWZ jakie parametry będą brane pod uwagę przy ocenie rozwiązań równoważnych. „Zaoferowane przez Wykonawcę rozwiązanie równoważne musi zapewniać jednorodność techniczną, technologiczną, zarządzającą, serwisową i funkcjonalną ze sprzętem i oprogramowaniem posiadanym przez Zamawiającego, tj. Wykonawca musi dokonać takiego doboru sprzętu i oprogramowania, aby zagwarantować całkowitą projektową/produkcyjną zgodność funkcjonalność, niezawodność i bezpieczeństwo po jego instalacji, uruchomieniu i eksploatacji u Zamawiającego.”

Odwołujący oświadczył, że zaoferował modele telefonów równoważne i spełniające powyższe wymagania, co również potwierdził w formularzu ofertowym „Oświadczamy, że

zapoznaliśmy się ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia i Wzorem Umowy oraz nie wnosimy do nich zastrzeżeń”. „Zrealizujemy przedmiot zamówienia zgodnie z wymaganiami SIWZ i załączonym Wzorem Umowy, w tym w szczególności będziemy przestrzegać obowiązujących przepisów prawa”.

Podnosił, że w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty odwołującego, zamawiający rozszerzył podaną pierwotnie w SIWZ „definicję” równoważności o katalog kolejnych wymagań, których odwołujący nie znał w dniu złożenia ofert (np. systemy operacyjne, wielkość ekranu, pojemność baterii, pamięć wewnętrzna, itd.). Dodatkowe wymagania, na które powołuje się zamawiający w ogólności zdaniem odwołującego nie mogą być brane pod uwagę przy ocenie jego oferty, w szczególności zaś nie mogą one stanowić podstawy odrzucenia oferty wykonawcy, gdyż jedynym źródłem ich wskazania powinna być SIWZ, a nie jakakolwiek późniejsza czynność zamawiającego.

W zawiadomieniu o odrzuceniu oferty odwołującego, zamawiający jako podstawę odrzucenia podaje także brak w ofercie odwołującego szczegółowego opisu technicznego zaoferowanych rozwiązań równoważnych. Szczegółowy opis techniczny to dokument w rozumieniu art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z § 5 ust. 1 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów. Zatem podlega on uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, jak twierdził odwołujący, a zamawiający jest zgodnie z treścią tego przepisu zobowiązany do wezwania wykonawcy do uzupełnienia tych dokumentów, czego ewidentnie zaniechał. Celem instytucji uzupełnienia dokumentów jest stworzenie możliwości uzyskania oferty poprawnej pod względem oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, pomimo pierwotnych braków lub uchybień. Zamawiający ma obowiązek zwrócenia się o uzupełnienie przez odwołującego dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane telefony wymagań zamawiającego w każdym przypadku, gdy stwierdzi brak któregoś z nich.

Nadmienił, że w związku powyższym zaniechaniem, bezpodstawne i nieuzasadnione są twierdzenia zamawiającego o niezgodności treści oferty odwołującego z SIWZ, jak i bezprzedmiotowa jest ocena spełniania przez odwołującego wymagań dotyczących rozwiązań równoważnych w zakresie zaoferowanych telefonów, bowiem oceny tej zamawiający mógł dokonać jedynie na podstawie dokumentów, do uzupełniania których nie wezwał odwołującego.

Mając na uwadze niezasadne odrzucenie złożonej oferty oraz wskazane powyżej sprzeczne z przepisami ustawy Pzp czynności i zaniechania - według odwołującego zamawiający naruszył ponadto art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp - unieważniając przedmiotowe postępowanie, pomimo iż nie zachodzą przesłanki wymienione w tym przepisie. Tym samym

niezgodne z przepisami ustawy Pzp czynności i zaniechanie czynności, do których zamawiający był zobowiązany doprowadziły do naruszenia interesu odwołującego w uzyskaniu zamówienia i narażają odwołującego na poniesienie szkody.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 18 lutego 2013 r. do postępowania odwoławczego w terminie ustawowym, t.j. dnia 21 lutego 2013 r. zgłosił pisemne przystąpienie operator - Polska Telefonia Komórkowa Centertel. Sp. z o.o., wnosząc o oddalenie odwołania. Zgłaszający przystąpienie stwierdził, że zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp posiada interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego. Uwzględnienie odwołania spowoduje natomiast, że zamówienie uzyska wykonawca, który złożył ofertę droższą od oferty przystępującego i niezgodną z SIWZ - w takim samym zakresie, co oferta przystępującego. Prowadziłoby to do rażącego naruszenia zasady równego traktowania wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Jak podkreśliła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 23 sierpnia 2013 r. (sygn. akt 1718/12), uznając za skuteczne przystąpienie do postępowania odwoławczego wykonawcy wykluczonego z postępowania, najistotniejszą kwestią jest to, że w odróżnieniu od interesu w rozumieniu art. 179 ust.1 Pzp, interes z art. 185 ust. 3 Pzp nie jest związany z interesem w zyskaniu danego zamówienia, lecz interesem w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść jednej ze stron. Podtrzymanie decyzji zamawiającego doprowadzi do unieważnienia postępowania i umożliwi przystępującemu ubieganie się o uzyskanie zamówienia w kolejnym postępowaniu. Jak stwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dn. 30 grudnia 2011 (sygn. akt: KIO 2702/11), „Izba opowiada się za szerokim rozumieniem interesu (faktycznego i prawnego) we wniesieniu odwołania, co wyraża się m. in., w przyjęciu, iż w świetle art. 179 ust, 1 ZamPubiU wykonawca jest uprawniony, aby domagać się unieważnienia postępowania, co umożliwi mu ubieganie się o udzielenie zamówienia w kolejnym postępowaniu (o ile zostanie wszczęte). Przez „dane zamówienie”, do którego odnosi się komentowany przepis, należy bowiem rozumieć nie przedmiot konkretnego postępowania, lecz dostawę/usługę/robotę budowlaną, którą zamawiający chce na podstawie umowy o zamówienie publiczne nabyć.” Skoro, zatem wykonawca może mieć interes we wniesieniu odwołania zmierzającego do unieważnienia postępowania, to tym bardziej uzasadniony jest interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego, który już postępowanie unieważnił – jak utrzymywał zgłaszający przystąpienie.

Zgłaszający przystąpienie wyjaśniał, że 14 grudnia 2012 r. zamawiający dokonał czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wybierając ofertę PTK Centertel Sp. o.o., jednocześnie odrzucił ofertę odwołującego. Na skutek odwołania wniesionego przez Polkomtel Sp. z o.o., w wyroku z dn. 15 stycznia 2013 r. (sygn. akt: KIO 2850/12), Krajowa Izba Odwoławcza nakazała odrzucenie oferty PTK Centertel Sp. z o.o. jako niezgodnej z

SIWZ oraz poprawienie innych omyłek w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp w ofercie Polkomtel Sp. z o.o., a także przeprowadzenie jej ponownego badania i oceny. Wbrew twierdzeniom wyrażonym przez odwołującego w uzasadnieniu odwołania, obowiązek dokonania czynności poprawienia innej omyłki w ofercie Polkomtel Sp. z o.o. wynikający z treści ww. orzeczenia, dotyczył tylko i wyłącznie poprawienia omyłki w zakresie cen oferowanych telefonów, co wynika z uzasadnienia ww. wyroku (str.12, akapit pierwszy), gdzie znalazło się wyraźne odniesienie do cen telefonów i sposobu ich poprawiania (kwestia zaoferowania przez Polkomtel Sp. z o.o. modemu niespełniającego wymagań SIWZ, nie była objęta zarzutami poprzedniego odwołania, a co za tym idzie nie była przedmiotem orzekania Izby). Niezgodność oferty przystępującego z SIWZ, skutkująca odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, w ocenie Izby polegała na zaoferowania modemu nie obsługującego technologii o najwyższej prędkości mobilnego dostępu do Internetu dostępnej w publicznej ofercie wykonawcy. Wskutek ponownego badania i oceny oferty odwołującego, zamawiający odrzucił również ofertę odwołującego jako niezgodną ze specyfikacją, w tym samym zakresie, co oferta przystępującego, tj. ze względu na to, że zaoferowany modem nie obsługiwał technologii o najwyższej prędkości mobilnego dostępu do Internetu dostępnej w publicznej ofercie wykonawcy. Dodatkowo, zamawiający stwierdził niezgodność z SIWZ oferty Polkomtel Sp. z o.o. w zakresie zaoferowanych przez odwołującego telefonów, oraz brak wykazania, że zaoferowane jako równoważne modele telefonów spełniały wymagania. Wobec powyższego, dnia 6 lutego 2013 r. zamawiający unieważnił postępowanie na skutek odrzucenia, jako niezgodnych z SIWZ wszystkich ofert złożonych w postępowaniu.

W świetle okoliczności postępowania, uwzględnienie odwołania prowadziłoby do sytuacji, w której tego samego rodzaju niezgodność oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, w ofercie składanej w tym samym postępowaniu, prowadziła by u jednego wykonawcy do niezgodności oferty z SIWZ, w myśl art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp i skutkowałą jej odrzuceniem, z kolei u innego wykonawcy powodowała by jedynie „inną omyłkę”, możliwą do poprawienia na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp. Powodowało by to nieuzasadnione żadnymi względami rozróżnienie traktowania wykonawców, znajdujących się w tych samych okolicznościach. Oznaczało by to rażące naruszenie wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, fundamentalnej dla systemu zamówień publicznych, zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców - jak zaznaczał zgłaszający przystąpienie.

Pismem z dnia 22 lutego 2013 r. opozycję przeciwko przystąpieniu Polskiej Telefonii Komórkowej Centertel Sp. z o.o. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił w trybie art. 185 ust. 4 ustawy Pzp odwołujący, który uprawdopodobniał, że

zgłaszający przystąpienie nie ma interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego.

Izba działając z urzędu - postanowiła nie dopuścić zgłaszającego przystąpienie - Polską Telefonię Komórkową Centertel. Sp. z o.o. do udziału w postępowaniu odwoławczym. Oferta tego podmiotu została w sposób ostateczny odrzucona wskutek wykonania przez zamawiającego wyroku Izby z dnia 14 stycznia 2013 r. sygn. KIO 2850/12. Wykonawca nie wniósł skargi na powyższy wyrok. Zgłaszający przystąpienie nie ma obecnie nawet przymiotu wykonawcy ubiegającego się o dane zamówienie w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy Pzp. Art. 185 ust. 1 i 2 Pzp przyznaje prawo do zgłoszenia przystąpienia do toczącego się postępowania odwoławczego na rzecz wykonawcy uczestniczącego w postępowaniu. Zdaniem Izby, zarówno odwołujący, jak i przystępujący winni się legitymować interesem związanym z dążeniem do uzyskania zamówienia w danym postępowaniu, a nie w dążeniu do unicestwienia prowadzonego przetargu. Art. 179 ust. 1 ustawy Pzp wyraźnie stanowi, że środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia, tj. indywidualnie oznaczonego postępowania, wszczętego w określonej dacie. Uprawnienia przystępującego nie są szersze niż odwołującego wykonawcy i nie obejmują żądań ani popierania czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Tym samym, Izba postanowiła również uwzględnić wniesioną przez odwołującego opozycję.

Zamawiający nie uwzględnił odwołania, podtrzymał ustalenia zawarte w piśmie z dnia 6 lutego 2013 r. powiadającym o wynikach przetargu. W odpowiedzi na odwołanie z dnia 22 lutego 2013 r. oraz w wypowiedzi do protokołu rozprawy, zamawiający szczegółowo odniósł się do zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Zamawiający zaznaczał, że dokonywał oceny ofert zarówno wykonawcy PTK Centertel Sp. z o.o., jak i odwołującego przy zachowaniu zasady wyrażonej w art. 7 Pzp, czyli równego traktowania wykonawców. Przy ocenie tej - zamawiający uwzględniał wytyczne wyroku KIO z dnia 14 stycznia 2013 r. o sygn. akt: KIO 2850/12. Izba wskazała w jaki sposób należy rozumieć zapis SIWZ części II pkt 4, tj. dotyczący zamówienia 200 sztuk modemów transmisji danych, z zapewnieniem parametrów obsługi technologii o najwyższej prędkości mobilnego dostępu do Internetu udostępnianej w publicznej ofercie wykonawcy. Okoliczność przyznaną stanowi, że oferta publiczna odwołującego obejmuje: mobilny dostęp do Internetu przy zastosowaniu technologii LTE o prędkości transmisji danych 100,150 Mb/s, natomiast w ofercie odwołującego, widnieje modem ZTE MF 669, który obsługuje technologię HSPA+, która to nie jest technologią najwyższej, dostępnej w ofercie tego operatora szybkości dostępu do Internetu, zapewnia szybkość transmisji danych 28,8 Mb/s i takie rozwiązanie

techniczne jest dostępne i stosowane, jest również oferowane w ofercie publicznej w *Regulaminie Usług* tegoż operatora. Zamawiający powołał się na złożony jako dowód protokół notarialny o numerze rep. A 1716/2013. Jest to regulamin operatora Polkomtel Sp. z o.o., który obowiązywał na dzień 2 listopada 2013 r., a termin składania ofert został wyznaczony do dnia 26 listopada 2013 r. Zdaniem zamawiającego, zaoferowanie modemu ZTE MF 669 HSPA+ nie może być uznane za omyłkę, gdyż równolegle w ofercie odwołującego znajdował się modem ZTE MF 821 LTE. Z żadnego elementu oferty nie wynika, iż odwołujący chciał zaoferować modem do obsługi technologii LTE, zapewniający prędkość transmisji danych na poziomie 100 Mb/s. Dodatkowo zamawiający zaznaczał, że również ten model modemu ZTE MF 821 LTE, który rzekomo odwołujący miał zamiar zaoferować, nie obsługuje transmisji danych 150 Mb/s, ale 100 Mb/s. Natomiast na dzień składania ofert - dostępny był w ofercie odwołującego modem Huawei E3276 w technologii LTE 150 Mb/s.

W odniesieniu do telefonów komórkowych zamawiający zaznaczał, że w pierwszej kategorii odwołujący zaoferował tylko 3 modele telefonów, a były wymagane 4. W pierwszej kategorii odwołujący nie zaoferował żadnego telefonu w zamian za opisaną w tabeli SIWZ Nokię Lumię 900. Zaoferował tylko Nokię Lumię 800, a jest różnica pomiędzy modelami Nokia Lumia 800, a Nokia Lumia 900, w zakresie wielkości wyświetlacza i pojemności baterii. Różnice te obrazuje przedłożony jako dowód protokół notarialny rep. A 1736/2013. Natomiast w odniesieniu do telefonów zaoferowanych w kategorii drugiej, zdaniem zamawiającego, żaden z wymienionych telefonów nie posiadał systemu operacyjnego Windows Phone, a rozbieżność jest dokumentowana w złożonym protokole notarialnym rep. A 1741/2013. Telefony tam zaoferowane - marki Samsung - mają system Android, a zamawiający wymagał systemu Windows Phone. Mają wolniejsze taktowanie procesora. Zamawiający stwierdził, że te parametry, które opisał, jako niespełniające wymogu równorzędności, odnoszą się do cech podstawowych, a nie drugorzędnych (taktowanie, pamięć, system operacyjny). Zaprzeczył jednocześnie twierdzeniom, jakoby rozszerzył katalog równoważności. Zaoferowanych przez Polkomtel Sp. z o.o. modeli telefonów nie uznał za równoważne, gdyż nie zapewniają jednorodności technicznej i technologicznej z oprogramowaniem stosowanym przez zamawiającego. Zamawiający zaznaczał, że odwołujący nie składał żadnych pytań do SIWZ, odnośnie tego, jaki ma być zakres szczegółowy równoważności oferowanych aparatów. Odwołujący jedynie zadał pytanie odnośnie liczby zamawianych aparatów w danej kategorii: *Czy można zaproponować dwa aparaty z danej kategorii?*, a zamawiający udzielił odpowiedzi, że wymaga wskazania w ofercie wszystkich telefonów, podanych z nazwy, z zastosowaniem równoważności. W ocenie zamawiającego, przedstawione wymagania w zakresie równoważności dawały

wykonawcy możliwość wykonania opisu proponowanych rozwiązań równoważnych, a ponadto, jak zaznaczył w treści SIWZ – stosownie do art. 30 ust. 5 ustawy Pzp wykonawca zobowiązany był wykazać, że oferowane rozwiązanie spełnia wymagania i zobowiązany był dołączyć opis tych rozwiązań, wraz z pełnym podaniem funkcjonalności proponowanego rozwiązania i jednocześnie przedstawiając jego szczegółowy opis techniczny. Zamawiający nie wymagał przedłożenia żadnych opisów: w rodzaju kart katalogowych producenta, jako dokumentów na potwierdzenie oferowanych rozwiązań równoważnych, a wymagał przedłożenia opisów, w przypadku, gdy wykonawca oferował rozwiązania równoważne. Zdaniem zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie dotyczy uzupełniania dokumentów w sytuacji, gdy oferowane są rozwiązania równoważne. Opis oferowanego rozwiązania – opis przedmiotu świadczenia - należy kwalifikować jako treść oferty, nie zaś jako dokument przedmiotowy, którego złożenia zamawiający nie wymagał.

W odniesieniu do pozostałych zarzutów odwołującego - zamawiający zaznaczał, że podczas pierwszego wyboru oferty stwierdził niezgodność w zakresie ceny oferowanych aparatów telefonicznych, w związku z czym innych niezgodności w tej ofercie nie podał w uzasadnieniu odrzucenia. Zamawiający wyraził pogląd, że jest uprawniony do tego, aby przy ponownej ocenie ofert, nakazanej przez Izbę, brać pod uwagę wszystkie niezgodności oferty z SIWZ. Są to bowiem nowe czynności w postępowaniu, które doprowadzić mają do ustalenia prawidłowego wyniku przetargu i udzielenia zamówienia wykonawcy, którego oferta jest zgodna z SIWZ. Stwierdził, że zachodziła tożsamość okoliczności, w odniesieniu do oferowanych modemów, zarówno przez Centertel i odwołującego, zatem rozstrzygnięcie w tej kwestii przez zamawiającego, musiało być zgodne ze wskazaniem wyroku Izby. Ponadto, zamawiający wyjaśniał, że telefony, które zakupuje wraz z usługą, służą do zastosowań biznesowych, wobec czego istotny jest np. poziom zabezpieczeń, bezpieczeństwo przekazywanych informacji (certyfikaty bezpieczeństwa i oprogramowanie wewnętrzne obsługiwanych firm - służące do przekazywania informacji). Zamawiający podnosił, że w odniesieniu do telefonów chciał mieć do wyboru kilka modeli z każdej z kategorii. Zdaniem zamawiającego, oferta odwołującego nie spełnia wymagań odnośnie zapewnienia zamawiającemu możliwości zamówienia wszystkich modeli podanych w poszczególnych kategoriach lub ich odpowiedników o wyznaczonym stopniu równoważności.

Zamawiający argumentował, że skoro zostały odrzucone wszystkie oferty, to zaistniały podstawy do unieważnienia postępowania stosownie do wskazań art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w oparciu o art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody: z protokołu postępowania, z ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia z wyjaśnieniami, oferty odwołującego. Izba z urzędu dopuściła dowód z akt sprawy odwoławczej sygn. KIO 2850/12.

Izba dopuściła dowody zgłaszane przez zamawiającego z poświadczonych notarialnie rep A: 1716/2013; 1736/2013, 1741/2013 - wydruków ze stron internetowych odwołującego oraz producentów aparatów telefonicznych na okoliczność: dostępnej w ofercie publicznej odwołującego technologii zapewniającej najszybszy przesył danych oraz na okoliczność różnic w zaoferowanych przez zamawiającego aparatach w odniesieniu do wymagań zamawiającego dla telefonów kategoriach od I do III podanych w części II pkt 4 SIWZ. W pozostałym zakresie dowody wnioskowane przez zamawiającego (dalsze protokoły notarialne) były zbędne, gdyż potwierdzały okoliczności wprost przyznane przez odwołującego.

Nadto, Izba rozważyła stanowiska stron przedstawione w pismach oraz do protokołu rozprawy.

Rozpatrując odwołanie w granicach podnoszonych zarzutów stosownie do art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba ustaliła, co następuje.

Przedmiot zamówienia obejmuje: „Świadczenie Usług Telekomunikacyjnych dla Grupy Kapitałowej PSE Operator (usługi gsm, telefonia konwergentna, komutowana transmisja danych, bezprzewodowy dostęp do Internetu, zakup sprzętu i akcesoriów”.

Szczegółowe wymagania (...) oraz opis przedmiotu zamówienia znajduje się w części II SIWZ.

Rozdział 7. Pkt 1. Wykonawca zobowiązany jest przedłożyć wypełniony i podpisany Formularz oferty stanowiący zał. 1 według wzoru określonego w części III SIWZ.

Rozdział 9. Pkt 1. Oferta powinna być przygotowana zgodnie z SIWZ. Treść oferty musi odpowiadać treści SIWZ.

W rozdziale 12 i 13 części I SIWZ odwołujący przytoczył ustawowe przesłanki odrzucenia oferty oraz przesłanki unieważnienia postępowania.

Część II SIWZ stanowi szczegółowy opis przedmiotu zamówienia.

Pkt. 3.2. taryfa mobilnego dostępu do Internetu, lit b. wymagał zapewnienia możliwości korzystania ze wszystkich rodzajów technologii mobilnego dostępu do Internetu, dostępnych w publicznej ofercie wykonawcy, takich jak CDMA,LTE,HSPA,UMTS,EDGE,GPRS.

W pkt 4 zamawiający wymienił następujące modele telefonów, których zapewnienia dostawy wymagał:

Kategoria I - iPhone 4S 16GB, Samsung Galaxy S3, 16GB, Nokia Lumia 800, Nokia Lumia 900,

Kategoria II –Samsung S Advane 8GB, Nokia Lumia 710, Nokia E6,

Kategoria III- Samsung Solid B2710, Nokia C5.

W ramach zamówienia wykonawca zapewni możliwość (...) dostawy (...) 200 szt. modemów transmisji danych o co najmniej następujących parametrach, w tym:

- obsługa technologii o najwyższej prędkości mobilnego dostępu do Internetu dostępnej w ofercie publicznej wykonawcy.

Rozdział 6.6 części II SIWZ.

„W przypadku użycia w opisie przedmiotu zamówienia znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, Zamawiający dopuszcza zaoferowanie rozwiązań równoważnych. Zaoferowane przez Wykonawcę rozwiązanie równoważne musi zapewniać jednorodność techniczną, technologiczną, zarządzającą, serwisową i funkcjonalną ze sprzętem i oprogramowaniem posiadanym przez Zamawiającego, tj. Wykonawca musi dokonać takiego doboru sprzętu i oprogramowania, aby zagwarantować całkowitą projektową i produkcyjną zgodność funkcjonalność, niezawodność i bezpieczeństwo po jego instalacji, uruchomieniu i eksploatacji u Zamawiającego.

W przypadku zaoferowania rozwiązań równoważnych Wykonawca, stosownie do treści art. 30 ust. 5 ustawy, obowiązany jest wykazać, że oferowane przez niego rozwiązanie spełnia wymagania określone przez Zamawiającego, tj. zobowiązany jest do złożonej oferty dołączyć opis tych rozwiązań wraz z pełnym podaniem funkcjonalności proponowanego rozwiązania i jednocześnie przedstawić szczegółowy opis techniczny rozwiązań.”

Formularz oferty stanowiący zał. nr 1 do SIWZ zawiera postanowienia: „my niżej podpisani oferujemy zgodnie z wymaganiami (...) SIWZ, z warunkami załączonego wzoru umowy, z przepisami (...) obowiązującymi w RP stosownymi do wykonania przedmiotu zamówienia.

Punkt I. Po zapoznaniu się z treścią SIWZ oraz warunkami realizacji zamówienia oferujemy wykonanie przedmiotu zamówienia przez okres 24 m-cy za cenę(....).

Oferujemy następujący modem... (wskazać model).

IV. Oświadczamy, że zapoznaliśmy się z SIWZ oraz wzorem umowy i nie wnosimy do nich zastrzeżeń.

VI. Zrealizujemy przedmiot zamówienia zgodnie z SIWZ oraz wzorem umowy, w tym w szczególności będziemy przestrzegać obowiązujących przepisów prawa.

W § 2 wzoru umowy zamawiający postanowił, że szczegółowy zakres prac związanych z realizacją przedmiotu umowy (część II SIWZ) stanowi załącznik nr 1 do umowy.

W formularzu oferty odwołujący zaoferował następujące telefony w poszczególnych kategoriach:

Kategoria I - iPhone 4S 16GB, Samsung Galaxy S3, 16GB, Nokia Lumia 800,

Kategoria II - Samsung Galaxy Ace 2, LG Swift L7,

Kategoria III- Samsung Solid B2710, Nokia C5, Samsung Galaxy mini2.

Oferujemy następujący modem ZTE MF 669 (prędkość transmisji danych 28,8 Mb/s).

Odwołujący przyznał, że w swojej ofercie publicznej na dzień składnia ofert posiadał modem zapewniający przepływność maksymalną 150 Mb/s.

Odwołujący złożył podpis pod Formularzem oferty, w której oświadczył, że „Zrealizujemy przedmiot zamówienia zgodnie z SIWZ oraz wzorem umowy, w tym w szczególności będziemy przestrzegać obowiązujących przepisów prawa.”

Jedynym kryterium oceny ofert została ustanowiona cena.

W postępowaniu złożono 2 oferty:

Odwołującego Polkomtel S.A. cena brutto - 2 709 663,92 zł,

Polska Telefonía Komórkowa Centertel Sp. z o.o. cena brutto - 2 332 249,64 zł.

Pismem z dnia 14 grudnia 2012 r. zamawiający powiadomił o wyborze oferty wykonawcy Centertel i o odrzuceniu oferty odwołującego, jako niezgodnej z treścią SIWZ. *„Uzasadnienie faktyczne i prawne Oferta złożona przez Wykonawcę: Polkomtel sp. z o.o. ul. Postępu 3, 02-676 Warszawa, nie spełnia wymagania postawionego w pkt. 4 Części II SIWZ, zgodnie z którym „Zamawiający wymaga aby niezależnie od kategorii telefonu aby opłata za jeden telefon oraz modem była nie większa niż 199 zł netto”. Natomiast Wykonawca w złożonej ofercie zaoferował cenę 200 zł netto za telefon.*

W związku z powyższym należy stwierdzić, iż złożona oferta nie odpowiada wymaganiom Zamawiającego określonym w SIWZ.

Odrzucenie oferty Wykonawcy Polkomtel sp. z o. o, ul. Postępu 3, 02-676 Warszawa znajduje uzasadnienie w pkt 12.1. Cz. I SIWZ oraz postanowieniu art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych, zgodnie, z którym zamawiający odrzuca ofertę w przypadku, gdy jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.”

Na powyższe czynności odwołujący złożył odwołanie w dniu 21 grudnia 2012 r. o treści:
(...).

„Czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego zarzucam naruszenie:

art. 7 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP - poprzez odrzucenie oferty Odwołującego,

art. 7 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP - poprzez zaniechanie poprawienia omyłki w ofercie Odwołującego, które nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty,

art. 7 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Polskiej Telefonii Komórkowa „Centertel” Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie („PTK Centertel”) oraz dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty PTK Centertel, która podlega odrzuceniu.

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu:

unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,

poprawienia omyłki w ofercie Odwołującego zgodnie z art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy PZP, odrzucenie oferty PTK Centertel,

powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

(...) Odwołujący ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów ustawy PZP interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, gdyż objęte odwołaniem czynności i zaniechania Zamawiającego doprowadziły do niezgodnego z przepisami ustawy PZP odrzucenia oferty Odwołującego i w konsekwencji uznania za najkorzystniejszą oferty PTK Centertel, która podlega odrzuceniu. Objęte odwołaniem czynności i zaniechania Zamawiającego prowadzą do możliwości poniesienia szkody przez Odwołującego - polegającej na uniemożliwieniu Odwołującemu uzyskania zamówienia. Uwzględnienie odwołania doprowadzi do usunięcia nieprawidłowego rozstrzygnięcia Zamawiającego. Tym samym Odwołujący uzyska możliwość uzyskania zamówienia. UZASADNIENIE Pismem z dnia 14 grudnia 2012 r. Zamawiający poinformował Odwołującego, że jego oferta została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP. Za najkorzystniejszą, Zamawiający uznał ofertę złożoną

przez PTK Centertel. Powyższe czynności Zamawiającego nie mogą być uznane za prawidłowe i zgodne z przepisami ustawy PZP. Odnosząc się w pierwszej kolejności do czynności odrzucenia oferty Odwołującego wskazać należy, że podstawą odrzucenia była, niezgodność treści oferty z treścią SIWZ polegająca na zaoferowaniu ceny netto 200 zł za telefon, zamiast wymaganej przez Zamawiającego ceny maksymalnie 199 zł za telefon.

Zamawiający pominął jednak art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy PZP, którego treść obliguje Zamawiającego do poprawienia w ofercie Odwołującego „innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty”. Omyłka w treści oferty Odwołującego jest omyłką w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustaw PZP i powinna zostać poprawiona przez Zamawiającego. (Pragniemy nadmienić, że Zamawiający oczekiwał ceny maksymalnej za opłatę abonamentową za łącze PRA nie wyższej niż 200 zł. Odwołujący spełnił ten wymóg. Omyłka Odwołującego dotycząca ceny aparatów telefonicznych jest jedynie wynikiem zwykłego przeoczenia, że oczekiwana przez Zamawiającego maksymalna cena za sprzęt ma wynosić 199 zł a nie 200 zł za sztukę.) Wystarczającą przesłanką do zastosowania tego przepisu jest fakt, że omyłka w ofercie Odwołującego nie powoduje istotnej zmiany treści oferty. Stanowisko to znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. W wyroku z dnia 12.08.2010 r. KIO wyraziła pogląd, że omyłka, o której mowa w art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy PZP niekoniecznie musi mieć charakter oczywisty. „Dopuszczalne jest również poprawienie omyłek nie mających takiego charakteru, byleby poprawa nie spowodowała istotnej zmiany treści oferty. O tym, czy dana zmiana ma charakter istotny, czy nie, należy rozstrzygać każdorazowo, biorąc pod uwagę wszystkie okoliczności sprawy. Artykuł 87 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP wprowadzony w celu uniknięcia licznych niegdyś przypadków odrzucania ofert z powodu błahych pomyłek, dopuszcza poprawienie niedopatrzeń, błędów niezamierzonych, opuszczeń, drobnych różnic itp.”(KIO/UZP/1610/10).

Z kolei w wyroku z dnia 6.07.2010 r. Izba zwróciła uwagę na wyrażany w doktrynie pogląd, że „dopuszczalne wydaje się dokonanie zmian w sytuacji, jeśli z okoliczności wynika zamiar złożenia przez wykonawcę oferty zgodnie z wymaganiami zamawiającego” (KIO 1255/10).

Bezspornie wolą Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu było złożenie oferty odpowiadającej wszystkim wymaganiom Zamawiającego określonym w SIWZ (w tym również co do cen maksymalnych oczekiwanych przez Zamawiającego), uzyskanie zamówienia i wykonanie go zgodnie z wymaganiami SIWZ, czego potwierdzeniem jest oświadczenie złożone przez Odwołującego w formularzu ofertowym następującej treści: „Oświadczamy, że zapoznaliśmy się ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia i Wzorem Umowy oraz nie wnosimy do nich zastrzeżeń”. „Zrealizujemy przedmiot zamówienia

zgodnie z wymaganiami SIWZ i załączonym Wzorem Umowy, w tym w szczególności będziemy przestrzegać obowiązujących przepisów prawa”.

Podanie formularzu oferty w pkt 6 „Sprzęt” w kolumnie „D” ceny jednostkowej 200 zł netto stanowi uchybienie niewielkiej wagi, które nie spowoduje zwiększenia kosztów dla Zamawiającego. Poprawienie tej omyłki obniży cenę oferty o 1683 zł, co w skali wartości całego zamówienia (2.709.663,92 zł brutto) stanowi niewielką kwotę. Zamawiający był zatem zobowiązany do poprawienia tej omyłki na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP, czego zaniechał.

Odnosząc się do czynności wyboru oferty PTK Centertel, czynność ta została dokonana z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP, bowiem oferta PTK Centertel podlega odrzuceniu w związku z jej niezgodnością z treścią SIWZ.

W pkt 4 Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia na str. 8, Zamawiający oczekiwał zaferowania 200 szt. modemów transmisji danych, umożliwiających co najmniej, m.in. pracę modemu w sieci 2G i 3G oraz obsługę technologii o najwyższej prędkości mobilnego dostępu do Internetu dostępnej w publicznej ofercie Wykonawcy.

PTK Centertel na str. 5 formularza oferty, zaferował modem Huawei e173 S2, który nie spełniania powyższego wymogu SIWZ. Modem Huawei e173 S2 (według specyfikacji producenta) pozwala na transmisję danych z maksymalną prędkością jedynie 7,2 Mbps. Maksymalna prędkość transmisji danych dostępna w ofercie publicznej PTK Centertel wynosi 42 Mbps (za stroną Internetową: <http://www.orange.pl/kid,4002234980,id,4002235415,title,Nowy-Business-Everywhere-z-modemem,article.html>).

Zamawiający w SIWZ jasno określił swoje wymagania w zakresie obsługi technologii o najwyższej prędkości mobilnego dostępu do Internetu dostępnej w publicznej ofercie Wykonawcy oraz urzędzeń spełniających ten wymóg, czyli umożliwiających Zamawiającemu wykorzystanie maksymalnej prędkości przesyłu danych oferowanej przez Wykonawcę. Wymóg ten jasno i precyzyjnie wskazywał, że Wykonawca bez względu na technologię jaką dysponuje (potencjalni Wykonawcy dysponują różnymi rozwiązaniami) zobowiązany jest zapewnić pełną realizację tego parametru. PTK Centertel zaferował urządzenie zasadniczo odbiegające od tego parametru.

Zgodnie z zamieszczoną specyfikacją dostępną na stronach internetowych PTK Centertel, zaferowany przez PTK Centertel modem Huawei e173 S2 (<http://www.orange.pl/klienci/biz/e-nowy-bew-z-modemem/modemy/huawei/huawei-e173s-2?lovalt=36&priceParams=-1:4477:XT5502>) pozwala na uzyskanie maksymalnej prędkości transmisji danych 7,2 Mbps, podczas gdy najwyższa prędkość mobilnego dostępu do Internetu dostępnej w publicznej

ofercie PTK Centertel wynosi 42 Mbps <http://www.orange.pl/kid.4002234980.id.4002235415.title.Nowy-Business-Everywhere-z-modemem.article.html>).

Zaoferowany przez PTK Centertel modem Huawei e173 S2 nie zapewnia Zamawiającemu realizacji głównego celu jakim było uzyskanie najwyższej szybkości przesyłu danych w sieci PTK Centertel. Parametr szybkości przesyłu danych został zredukowany w sposób istotny. Przyjmując taką ofertę Zamawiający korzystać będzie z usługi, która w istotny sposób odbiega od zdefiniowanych przez Zamawiającego parametrów usługi, tj. z prędkością blisko sześciokrotnie niższą niż wymagana przez Zamawiającego. Zatem i ofertowana przez PTK Centertel usługa transmisji danych nie spełnia wymogów Zamawiającego określonych w SIWZ. Nadto wskazać należy, iż modem zaoferowany przez PTK Centertel obsługuje jedynie technologię przesyłu danych HSUPA/HSDPA (5,76 Mbps/7,2 Mbps) (za stroną producenta http://www.huaweidevice.pl/products_solutions/mb_drp_umts_e173.html), podczas gdy technologią o najwyższej prędkości mobilnego dostępu do Internetów jaką udostępniła w swojej publicznej ofercie PTK Centertel jest HSPA+DC (42 Mbps). Konsekwentnie, zaoferowany przez PTK Centertel modem nie spełnia wymogów Zamawiającego określonych w SIWZ dotyczących obsługi technologii o najwyższej prędkości mobilnego Internetu.

Wbrew oczywistej niezgodności treści oferty PTK Centertel z wymaganiami SIWZ, Zamawiający zaniechał jej odrzucenia, co więcej uznał tę ofertę za najkorzystniejszą naruszając tym samym fundamentalne zasady udzielania zamówień, wyrażone w art. 7 ust. 1 ustawy PZP, tj. zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Naruszenie tego przepisu ustawy PZP i wskazanych powyżej, polega na zaniechaniu poprawienia omyłki w ofercie Odwołującego, oraz na zaniechaniu odrzucenia oferty PTK Centertel. Tym samym niezgodne z przepisami ustawy PZP czynności Zamawiającego i zaniechanie czynności, do których Zamawiający był zobowiązany doprowadziły do naruszenia interesu Odwołującego w uzyskaniu zamówienia i narażają Odwołującego na poniesienie szkody.

Wyrokiem sygn. akt: KIO 2850/12 z dnia 14 stycznia 2013 r. Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu: „unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia oferty Odwołującego oraz w konsekwencji nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert, a w jego ramach nakazuje poprawienie „innej omyłki” w ofercie Odwołującego zgodnie z art. 87 ust.2 pkt 3 Pzp, nadto nakazuje odrzucenie oferty Przystępującego [Centertel] na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.”

W uzasadnieniu Izba przytoczyła treść odwołania oraz stanowisk stron i uczestnika oraz podała: „Zgodnie z art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Wynika więc z niniejszego przepisu, że tylko wtedy można odrzucić ofertę Wykonawcy, w tym wypadku Odwołującego, jeśli nie ma zastosowania instytucja wynikająca z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, która ma charakter obligatoryjny, a nie fakultatywny. „Inna omyłka”, o które mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp niekoniecznie musi mieć charakter oczywisty. Dopuszczalne jest również poprawienie omyłek nie mających takiego charakteru, byleby poprawa nie spowodowała istotnej zmiany treści oferty. Każdorazowo, o tym, czy dana zmiana ma charakter istotny, czy też nie należy rozstrzygać biorąc pod uwagę wszystkie okoliczności sprawy.

Nadto, Izba podnosi za orzecznictwem: „(...) przed zastosowaniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy zamawiający ma obowiązek zbadać ofertę pod względem możliwości poprawienia pojawiających się w takiej ofercie omyłek w trybie art. 87 ust. 2 ustawy. Wynika to wprost z brzmienia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, zgodnie z którym odrzucenie oferty z tego powodu, że jej treść nie odpowiada treści siwz, jest możliwe dopiero w sytuacji, gdy niezgodności treści oferty nie da się usunąć poprzez zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. (...)”

Izba stwierdza, że wzajemna relacja art. 89 ust. 1 pt 2 i art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy jest następująca:

Art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy stanowi o wszelkich nieprawidłowościach oferty wykonawcy, które powodują, że treść oferty nie odpowiada treści siwz. Pojęcie „nie odpowiada” jest pojęciem szerokim obejmuje zarówno:

- sprzeczność (niezgodność) treści oferty z treścią siwz, czyli sytuację, gdy z oferty wynika wprost zaoferowanie innego przedmiotu zamówienia niż wymagany przez zamawiającego – w przedmiotowej sprawie przykładem takiej sprzeczności jest podanie innej niż określona przez zamawiającego (...)

- jak również sytuacji, gdy z oferty nie wynika element, czy fragment elementu, którego zaoferowania wymagał zamawiający (...).

Jednocześnie w przepisie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, jak już wspomniano powyżej, przewiduje się możliwość odrzucenia oferty tylko, o ile opisane powyżej „nieodpowiedniości” nie dadzą się usunąć w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy nakazuje zamawiającemu poprawić takie omyłki, które spełniają łącznie dwa warunki :

- polegają na niezgodności oferty ze siwz i

- ich poprawienie nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty.

W zakresie pierwszej z przesłanek należy stwierdzić, że odnosi się ona wyłącznie do sprzeczność treści oferty z treścią siwz. Pojęcie „niezgodności” jest węższe niż pojęcie

„nieodpowiedniości”. Tym samym do poprawienia nadają się wyłącznie omyłki, które polegają na sprzeczności treści oferty z treścią siwz i to wyłącznie takie, których poprawienie nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. Zamawiający zatem stosując art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy odrzuca ofertę, gdy popełniona omyłka polega na sprzeczności oferty z treścią siwz, a jej poprawienie prowadziłoby do istotnych zmian w treści oferty, a także odrzuca ofertę w sytuacji, gdy omyłka (niezależnie od tego czy jest istotna czy też nie) nie polega na sprzeczności treści oferty z treścią siwz. (...)” (wyrok KIO z dnia 29.03.2012 r., sygn. akt: KIO 533/12).

Odnosząc się do przedmiotowego stanu faktycznego, Izba uznała, że istnieją podstawy do zastosowania instytucji wynikającej z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, a Zamawiający pochopnie zaniechał jej zastosowania względem oferty Odwołującego. Zaistniała sprzeczność treści oferty z treścią SIWZ i to wyłącznie taka, której poprawienie nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. Należy także stwierdzić, że celem wprowadzenia przez Ustawodawcę niniejszego przepisu było uniknięcie sytuacji, gdy drobne błędy skutkowałyby odrzuceniem prawidłowej merytorycznie oferty.

Względem kwestii, że Zamawiający nie dysponował wiedzą w jaki sposób należało poprawić ofertę Odwołującego, czy też odnośnie jego rzeczywistego zamiaru, właściwym wydaje się zauważyć, że zgodnie z postanowieniami SIWZ (str. 9 cz. II, Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia), nie należało przekroczyć kwoty 199 PLN, tzn. opłaty za jeden telefon oraz modem, wynika więc z tego określony narzucony sposób poprawy „innej omyłki” (na który Wykonawca zgodził się w ramach oświadczenia ogólnego). Jeśli Wykonawca nie zgadzałby się na taki rodzaj poprawy (oświadczenia szczegółowego) w terminie 3 dni Zamawiający odrzuca ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 Pzp. Nie ma więc konieczności ustalania wiążącej wykładni w trybie art. 87 ust.1 Pzp, a Zamawiający może dokonać stosownej poprawy samodzielnie. (W tym zakresie Izba jedynie sygnalizuje, że część orzecznictwa opierając się na stanowisku Sądu Okręgowego w Suwałkach, tj. wyrok z dnia 06.03.2009 r., sygn. akt: I Ca 27/09 dopuszcza wyjaśnienia w trybie art. 87 ust.1 Pzp).

Z kolei względem kwestii, istotności zmiany w treści oferty, Izba stwierdza, że będzie ona polegała na obniżeniu ceny ofertowej (o 1683 PLN), przy czym nie stanowi elementu decydującego o miejscu w rankingu złożonych ofert (zadecyduje o tym status oferty Przystępującego), choć jest korzystna dla Zamawiającego. Izba nie przeczy, że zmiana dotyczy 1683 telefonów, ale sprzęt jest tylko elementem składowym przedmiotu zamówienia i to tylko jednym z 6 (sześciu) do tego nie o najwyższym udziale kwotowym w całości ceny ofertowej. (...).

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego - Polskiej Telefonii

Komórkowej „Centertel” Sp. z o.o. oraz dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej jego oferty, która podlega odrzuceniu, Izba uznała w/w zarzut za potwierdzony.

Po pierwsze, Izba wskazuje na okoliczność, że Odwołujący nie rozszerzył zakresu odwołania. Przedmiotem odwołania nie była tylko i wyłącznie kwestia maksymalnej dostępnej przepływowości, lecz również technologii o najwyższej prędkości mobilnego dostępu do Internetu dostępnej w publicznej ofercie Wykonawcy (2 akapit od dołu na str. 5 odwołania). Argumentacja w tym zakresie zawarta w odpowiedzi na odwołanie i ponowiona na rozprawie odnosi się tylko i wyłącznie do kwestii nie określonej przez Zamawiającego maksymalnej dostępnej przepływowości. W tym zakresie, Izba zgadza się że żadne postanowienia SIWZ nie regulowały niniejszej kwestii. Z kolei, pkt 3.2 Cz. II. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia rzeczywiście nie wskazywał konkretnego modelu modemu bądź jego parametrów transferu szybkości danych, a jedynie technologie dostępu do Internetu. Jednakże tak pkt 4, jak i pkt 3.2 lit. b i c Cz. II. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia (...) wyraźnie odnosi się do technologii – „(...) dostępnej w publicznej ofercie Wykonawcy (...)”. Nie jest więc do końca tak, jak próbuje udowodniać Zamawiający, że nie przewidział żadnego sposobu weryfikacji przedłożonych ofert, czy też dyskredytuje walor dowodowy i miarodajność przedłożonych na rozprawie przez Odwołującego – poświadczonych notarialnie wydruków określonych stron internetowych Przystępującego, czy też producenta zaoferowanego modemu. Izba wskazuje, że sam pełnomocnik Zamawiającego przyznał na rozprawie, że weryfikował oferty na podstawie stron internetowych producentów zaoferowanych modemów (nota bene podmiot zewnętrzny, który miał pomagać Zamawiającemu w tej ocenie jest wskazany w protokole, tj. DRUKU ZP-PN jedynie jako przygotowujący opis przedmiotu zamówienia). Można nawet uznać, że postanowienia SIWZ wręcz predysponowały do weryfikacji złożonych ofert na podstawie w pierwszej kolejności dostępnej publicznej oferty Wykonawcy (czyli jego stron internetowych), a nie na podstawie stron producentów (te drugie ewentualnie wtórnie).

Po drugie, Izba podziela co do zasady stanowisko co do waloru dowodowego stron internetowych wyrażone w wyroku z dnia 12.05.2012 r., sygn. akt: KIO 877/12, jednakże biorąc pod uwagę postanowienia SIWZ Zamawiającego jednoznacznie odwołujące się do dostępnej publicznej oferty Wykonawcy (a więc skierowanej do wszystkich, a nie pod danego Zamawiającego), jak i nie mogąc ignorować przedłożonego oficjalnego regulaminu promocji „Nowy bussines everywhere z modemem” Przystępującego, uznała że w przedmiotowym stanie faktycznym mają one walor dowodowy. Przystępujący nie zakwestionował na rozprawie wiążącego charakteru niniejszego regulaminu, tudzież jego aktualności. Przy czym Izba, dla porządku wyjaśnia, że decydującym dla uwzględnienia niniejszego zarzutu, a w konsekwencji i całego odwołania była kwestia zaoferowania modemu, który nie -

obsługuje technologii o najwyższej prędkości mobilnego dostępu do Internetu dostępnej w publicznej ofercie Wykonawcy, i tylko dowody przedłożone przez Odwołującego dotyczące tej kwestii mają istotne znaczenie dla przedmiotu sporu.

Po trzecie, odnośnie - technologii o najwyższej prędkości mobilnego dostępu do Internetu dostępnej w publicznej ofercie Wykonawcy, nie sposób zaprzeczyć, że technologia HSPA+DC jest odmianą technologii HSPA, jednakże, to sam Przystępujący dokonał jej wyraźnego wyodrębnienia w przedłożonym jako dowód przez Odwołującego regulaminie (§1 ust.2). Wskazane przez Zamawiającego w pkt 3.2 lit. b Cz. II. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia technologie mają charakter przykładowy nie było więc przeszkód w zaoferowaniu tej technologii, tym bardziej, że Zamawiający zapewnił sobie wymianę – w wypadku uruchomienia „nowych technologii dostępu do mobilnego Internetu przez Wykonawcę oraz włączenia ich do publicznie dostępnych ofert (...)”. Wynika więc z tego, że oparcie się ewentualnie na stanowisku stowarzyszenia 3GPP jest nieuprawnione, nie dlatego, że Izba zamierza podważyć charakter tego stowarzyszenia, ale dlatego, że Zamawiający wyraźnie odnosi się w SIWZ do technologii o najwyższej prędkości mobilnego dostępu do Internetu dostępnej w publicznej ofercie Wykonawcy. Określił więc samodzielnie czym będzie się kierował nie tylko przy ocenie złożonych ofert, ale w trakcie realizacji umowy.

Po czwarte, Izba pragnie zauważyć, że zarzuty sformułowane przez Zamawiającego w ramach odpowiedzi na odwołanie (ostatnia strona, 2 akapit od góry) wobec Odwołującego dotyczą kwestii prędkości zaoferowanego modemu, a nie technologii: „wobec oferowanej w tej samej technologii”, brak jest więc podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego z tej przyczyny. Z uwagi na tą okoliczność Izba nie dopuściła także, jako dowodu odnośnie oferty Odwołującego wydruku okazanego przez Przystępującego na rozprawie (zwracając niniejszy wnioskodawcy), z którego wywodził, iż było tak, jak wskazał Zamawiający na stronie ostatniej odpowiedzi na odwołanie. Izba również zauważa, że de facto dotyczył on oferty Odwołującego, która nie jest przedmiotem odwołania w tym zakresie. Kwestia, zaś wymiany modemu na lepszy w trakcie realizacji zamówienia, nie ma znaczenia na etapie badania i oceny złożonych ofert.”

Pismem z dnia 6 lutego 2013 r. zamawiający zawiadomił o odrzuceniu ofert złożonych w postępowaniu w tym oferty odwołującego.

I. Wykonując wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14.01.2013 r. sygn. akt KIO 2850/12 oraz działając na podstawie art. 92 ust 1 pkt 2) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2010 r. Nr 113, poz. 759, ze zm., dalej zwana Ustawą) Zamawiający zawiadamia o odrzuceniu oferty złożonej w postępowaniu na „Świadczenie

Usług Telekomunikacyjnych dla Grupy Kapitałowej PSE Operator (usługi gsm, telefonia konwergentna, komutowana transmisja danych, bezprzewodowy dostęp do Internetu, zakup sprzętu i akcesoriów)", przez Wykonawcę: Polska Telefonia Komórkowa „Centertel” Sp. z o.o. ul. Skierniewicka 10a; 01-230 Warszawa. Oferta Wykonawcy została odrzucona na mocy art. 89 ust. 1 pkt 2) Ustawy. (...).

II. Zawiadomienie o odrzuceniu oferty.

Działając na podstawie art. 92 ust. 1 pkt 2) Ustawy Zamawiający zawiadamia o odrzuceniu oferty złożonej w postępowaniu na „Świadczenie Usług Telekomunikacyjnych dla Grupy Kapitałowej PSE Operator (usługi gsm, telefonia konwergentna, komutowana transmisja danych, bezprzewodowy dostęp do Internetu, zakup sprzętu i akcesoriów)", przez Wykonawcę: Polkomtel sp. z o.o., 02-676 Warszawa, ul. Postępu 3. Oferta Wykonawcy została odrzucona na mocy art. 89 ust. 1 pkt 2) Ustawy.

Uzasadnienie faktyczne i prawne.

Oferta złożona przez Wykonawcę: Polkomtel sp. z o.o. ul. Postępu 3, 02-676 Warszawa, nie spełnia wymagań postawionych w pkt. 4 Części II SIWZ, zgodnie z którym:

1. „W ramach Zamówienia Wykonawca zapewni możliwość zamówienia i dostarczy Zamawiającemu na jego zamówienie 200 szt modemów transmisji danych, o co najmniej następujących parametrach:

(...) Obsługa technologii o najwyższej prędkości mobilnego dostępu do Internetu dostępnej w publicznej ofercie Wykonawcy.

Wykonawca w złożonej ofercie zaoferował modem obsługujący łączność w technologii HSPA+ z maksymalną prędkością 28,8 Mb/s, podczas gdy technologią o najwyższej prędkości mobilnego dostępu do Internetu w publicznej ofercie Wykonawcy jest technologia LTE z maksymalną prędkością do 150 Mb/s.

2. „W ramach Zamówienia Wykonawca zapewni możliwość zamówienia i dostarczy Zamawiającemu na jego zamówienie telefony komórkowe w ilości zgodnej z poniższą tabelą:

Kategoria telefonu; Liczba aparatów; Wybrane modele telefonów

Kategoria I - 271 [szt.] iPhone4S 16GB, Samsung Galaxy S3 16GB, Nokia Lumia 800, Nokia Lumia 900,

Kategoria II - 1 061 [szt.] Samsung S Advance 8GB, Nokia Lumia 710, Nokia E6,

Kategoria III - 351 [szt.] Samsung Solid B2710, Nokia C5.

Zgodnie z pkt. 6.6 Części II SIWZ Zamawiający dopuścił zaoferowanie rozwiązań równoważnych. W przypadku zaoferowania rozwiązań równoważnych Wykonawca, stosownie do treści art. 30 ust. 5 ustawy, obowiązany jest wykazać, że oferowane przez niego rozwiązanie spełnia wymagania określone przez Zamawiającego, tj. zobowiązany jest

do złożonej oferty dołączyć opis tych rozwiązań wraz z pełnym podaniem funkcjonalności proponowanego rozwiązania i jednocześnie przedstawić szczegółowy opis techniczny rozwiązania.

Wykonawca zaoferował inną listę telefonów niż ta, która została określona przez Zamawiającego. Jednocześnie Wykonawca nie dołączył opisu technicznego oferowanych telefonów.

W kategorii I Wykonawca nie zaoferował żadnego telefonu w zamian za Nokię Lumię 900. Ponadto żaden z pozostałych telefonów z kategorii I nie jest równoważny Nokii Lumii 900 ponieważ posiadają albo odmienne systemy operacyjne, albo tak jak Nokia Lumia 800 różnią się wielkością ekranu i pojemnością baterii.

W kategorii II liczba zaproponowanych telefonów odpowiada tej z SIWZ aczkolwiek same telefony nie są równoważne z tymi ze specyfikacji SIWZ. Żaden z zaproponowanych telefonów nie posiada systemu Windows Phone, zatem nie jest równoważny z Nokią Lumia 710. Ponadto oba zaproponowane przez Wykonawcę telefony posiadają mniejszą pamięć wewnętrzną (tylko 4GB) niż Samsung Galaxy S Advance oraz Nokia Lumia 710 (8GB). Samsung Galaxy Ace 2 posiada również niższe taktowanie procesora (800 MHz zamiast 1000 MHz w Samsungu Galaxy S Advance oraz 1400 MHz w Nokii Lumii 710), natomiast LG Switt L7 posiada tylko 512 MB pamięci RAM (Samsung Galaxy S Advanced 768 MB). Różnica występuje również w mniejszej matrycy przedniego aparatu, która w Samsungu Galaxy S Advanced wynosi 1,3 MPx, podczas gdy w zaoferowanych telefonach 0,3 Mpx.

W związku z powyższym należy stwierdzić, iż złożona oferta nie odpowiada wymaganiom Zamawiającego określonym w SIWZ.

Odrzucenie oferty Wykonawcy Polkomtel sp. z o. o, ul. Postępu 3, 02-676 Warszawa znajduje uzasadnienie w pkt 12.1.Cz. I SIWZ oraz postanowieniu art. 89 ust. 1 pkt 2) Ustawy, zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę w przypadku, gdy jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

III. Zawiadomienie o unieważnieniu postępowania

Działając na podstawie art. 93 ust. 3 Ustawy Zamawiający zawiadamia o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, sektorowego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na „Świadczenie Usług Telekomunikacyjnych dla Grupy Kapitałowej PSE Operator (usługi gsm, telefonia konwergentna, komutowana transmisja danych, bezprzewodowy dostęp do Internetu, zakup sprzętu i akcesoriów)“.

Postępowanie zostało unieważnione na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1) Ustawy.

Uzasadnienie faktyczne i prawne. W przedmiotowym postępowaniu w wymaganym terminie wpłynęły 2 oferty złożone przez następujących Wykonawców: Polska Telefonii Komórkowa „Centertel” Sp. z o. o. oraz Polkomtel Sp. z o. o. Oferty złożone przez Wykonawców nie spełniają wymagań merytorycznych specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ). W związku z powyższym oferty podlegają odrzuceniu na mocy art. 89 ust. 1 pkt 2) Ustawy, ponieważ ich treść nie odpowiada treści SIWZ.

W związku z faktem, iż w ramach przedmiotowego postępowania nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu, Zamawiający zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 1) Ustawy unieważnia przedmiotowe postępowanie.

Izba zważyła, co następuje.

Odwołujący wykazał legitymację do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, jest bowiem wykonawcą ubiegającym się o uzyskanie danego zamówienia – co pozostaje równoznaczne z wykazaniem interesu w zaskarżaniu kwestionowanych czynności zamawiającego. Potwierdzenie się natomiast zarzutów, że odrzucenie oferty odwołującego zostało dokonane z naruszeniem przepisów ustawy Pzp – mogłoby prowadzić do poniesienia szkody przez odwołującego w związku z niemożliwością uzyskania przedmiotowego zamówienia.

W ocenie Izby, stanowisko odwołującego przedstawione w odwołaniu nie zasługiwało na przyjęcie, i to z wielu względów.

W oparciu o przytoczony powyżej materiał dowodowy sprawy oraz okoliczności bezspornie przyznane, Izba uznała, że stawiane wymaganie w części II pkt 4 SIWZ - aby zaoferowano modem umożliwiający odpowiedni poziom transmisji danych: „w ramach zamówienia wykonawca zapewni zamawiającemu (...) 200 szt. modemów do transmisji danych, o co najmniej następujących parametrach, [w tym] – obsługa technologii o najwyższej prędkości mobilnego dostępu do Internetu, dostępnej w ofercie publicznej wykonawcy”, przy uwzględnieniu wszystkich wskazanych w punkcie 3.2. lit b rodzajów technologii mobilnego dostępu do Internetu, takich jak: CDMA, LTE, HSPA, UMTS, EDGE, GPRS – nie zostało w ofercie odwołującego spełnione.

Omawiany wymóg wykonawca zobowiązany był wypełnić - wskazując w Formularzu złożonej oferty konkretnie oferowany model modemu charakteryzujący się obsługą technologii o największej prędkości mobilnego dostępu do Internetu – udostępniany w publicznej ofercie danego operatora. Okoliczność bezsporną stanowiło, że odwołujący zaoferował modem o nazwie ZTE MF 699 umożliwiający przepływność 28,8 Mb/s w technologii HSPA+. Dalszą okoliczność bezsporną - ustaloną przez zamawiającego -

stanowiło, że odwołujący posiada w swojej ofercie publicznej modem ZTE MF 821 LTE pozwalający na największą prędkość mobilnego dostępu do Internetu - 100 Mb/s, przy zastosowaniu technologii LTE oraz modem Huawei E3276 LTE, zapewniający transmisję danych z prędkością 150 Mb/s.

Odwołujący przyznając powyższe okoliczności faktyczne, co do niezgodności z powyższej przyczyny jego oferty z treścią SIWZ - wywodził jednocześnie, że zamawiający w trakcie badania i oceny ofert niezasadnie zaniechał obowiązkowej procedury poprawy złożonej oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp - gdyż wskazanie w ofercie niewłaściwego modemu do transmisji danych było wynikiem omyłki popełnionej przez odwołującego, a jej poprawienie nie wpływałoby istotnie na treść oferty.

Po pierwsze, należało zważyć, że zaoferowany modem przynależy do istotnej treści oferty w rozumieniu art. 66 § 1 K. c. w związku z art. 14 ustawy Pzp - wynika to z rangi jaką nadał temu wymaganiu zamawiający. Stanowi bowiem o istotnych właściwościach oferowanych zamawiającemu usług wraz ze sprzętem - łącznie zapewniającymi ich wykorzystanie na zakładanym poziomie. Zamawiający w SIWZ w każdym postępowaniu określa jakie wymagania stanowią istotną treść SIWZ, którym z kolei winna odpowiadać treść oferty. Oferta zaś stanowi wiążące oświadczenie wykonawcy, realizacji zamówienia w oznaczonym zakresie w określony sposób i za podaną cenę. Dane te (parametry techniczne, część II SIWZ) objęte są postanowieniami umowy o wykonanie zamówienia, również jako jej załącznik nr 1. Zgodnie z art. 140 ust. 1 ustawy Pzp zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. Brak zaoferowania w ofercie odwołującego modemu do obsługi mobilnego Internetu z prędkością dostępną w jego ofercie publicznej - aktualną na dzień składania ofert (do 150 Mb/s) - jest równoznaczny z tym, że zobowiązanie takie w ofercie odwołującego wykonawcy nie zostało w ogóle podjęte, zatem nie istnieje, a zamawiający nie mógłby się domagać jego realizacji.

Parametr szybkości dostępu do Internetu, jest jednym z kluczowych - wykazywanych przez operatorów w konkurencyjnej walce o klienta, przy czym wpływa również znacząco na cenę zakupywanej usługi. Tym bardziej ma on znaczenie, gdy zamawiający zamawia usługi wraz ze sprzętem do zastosowań biznesowych.

Po drugie, odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że zaoferowanie określonego modelu modemu ZTE MF 699 było omyłką, a nie wynikiem przemyślanej decyzji bazującej na założeniach, że zamawiający nie ustali aktualnej oferty rynkowej odwołującego w tym zakresie. W formularzu oferty wykonawca miał podać cenę jednostkową za modem, co w powiązaniu z oferowaną technologią przesyłu danych i ich szybkością miało wpływ na cenę oferty. Bez znaczenia pozostaje, że operatorzy telekomunikacyjni oferują urządzenia za

symboliczną opłatę, jak w tym przypadku – 1 zł, skoro rekompensują to sobie w cenie abonamentu świadczenia usługi na oznaczonym poziomie przez przewidziany w umowie czas.

Izba zajmuje stanowisko, że przy powoływaniu się na dyspozycję art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp - nie wystarczy samo oświadczenie wykonawcy, że ujawniona niezgodność treści oferty z SIWZ jest wynikiem omyłki - trzeba bowiem wykazać, że popełnienie omyłki było w danych okolicznościach prawdopodobne, wynikało np. z niejasnych instrukcji zamawiającego. W żadnym innym elemencie, stanowiącym zestaw dokumentów oferty odwołującego – właściwy modem ZTE MF 821 LTE nie został podany. Dowód w postaci Regulaminu promocji „Internet z modemem lub routerem na 24 m-ce w sklepie internetowym – testuj” potwierdza, że odwołujący posiadał w swojej ofercie publicznej aktualnej na dzień składania ofert zarówno modem ZTE MF HSPA+ umożliwiający transfer danych z prędkością 28,8 Mb/s jak i modem ZTE MF 821 LTE umożliwiający przesył danych z prędkością 100 Mb/s oraz dalszy modem HUAWEI E 3276 LTE 150 Mb/s. Stąd nie można było rozróżnić, iż wskazanie w ofercie modemu ZTE MF 669 HSPA + było omyłką, gdyż modem taki istnieje i jest przez odwołującego powszechnie oferowany.

Rozbieżność między ogólnymi deklaracjami wykonawcy, że wykona zamówienie zgodnie z postanowieniami SIWZ a między faktycznie skonkretyzowaną w ofercie oznaczoną usługą wraz podaniem modelu sprzętu i jego właściwościami – stanowi wyraz wewnętrznej niespójności oferty i jej sprzeczności z postanowieniami SIWZ. Ogólne deklaracje rutynowo zamieszczane w formularzach oferty w żadnej mierze nie mogą stanowić wyrazu wiążących intencji wykonawcy – zaoferowania świadczenia zgodnego z wymaganiami zamawiającego, skoro zaprzeczają temu stwierdzeniu zobowiązania szczegółowe zaciągnięte w ofercie – które jednocześnie miałyby stanowić przedmiot sprostowania w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Po trzecie, gdyby nawet rozważać popełnienie omyłki przez odwołującego, to w ocenie Izby parametr jak najwyższej prędkości transmisji danych (zestawienie rzeczywiście oferowanego 28,8 Mb/s z prędkością, która winna zostać wskazana (100 Mb/s), czy 150 Mb/s – jest istotny z punktu widzenia właściwości świadczonej usługi. Dokonywanie zatem w tym obszarze zmian wskutek prostowania rzekomej omyłki prowadziłby do istotnej zmiany treści oferty i tym samym stanowiło odmienną ofertę w stosunku do złożonej w określonym terminie - czego nie dozwala ani art. 87 ust. 1, ani też art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

W doktrynie przyjmuje się, że inna omyłka stanowi rodzaj niezamierzonego błędu co do treści oferty jako jednostronnego oświadczenia woli. Nie każda zatem niezgodność treści oferty z treścią SIWZ może być uznana za efekt omyłki. Ponadto omyłki o których mowa w

art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp winny mieć taki charakter aby ich poprawa była możliwa samodzielnie przez zamawiającego. Zarówno zatem okoliczność popełnienia omyłki musi zostać wykazana, jaki i możliwość poprawienia błędu musi być jasna, a ponadto musi wynikać z danych zawartych w samej ofercie – bez uzupełniania zakresu oświadczenia woli wykonawcy. Dla zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp wymagane jest kumulatywne spełnienie przesłanek:

- 1) wykazanie okoliczności omyłki;
- 2) brak znaczącej ingerencji w treść oferty;
- 3) dysponowanie przez zamawiającego samodzielnymi danymi umożliwiającymi dokonanie poprawy.

Niedopuszczalne jest składanie nowych oświadczeń woli po upływie wyznaczonego terminu na złożenie ofert, ani udzielanie prowadzących do tego wyjaśnień. Taki sposób poprawy oferty jak postulował odwołujący prowadziłby do naruszenia art. 87 ust. 1 oraz art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, stanowiąc dokonanie niedozwolonych zmian treści oferty, a wręcz złożenie nowej oferty o treści odmiennej niż pierwotna.

Po czwarte, znamienne jest rozbieżne stanowisko odwołującego w odniesieniu do oceny własnej oferty, z jego stanowiskiem prezentowanym w sprawie sygn. akt KIO 2850/12 – gdzie odwołujący podnosił wobec oferty konkurenta analogiczny zarzut, że ze względu na zaoferowanie przez wybranego wykonawcę Centertel Sp. z o.o. modemu o przepływności mniejszej niż proponuje on o ofercie publicznej - oferta podlega odrzuceniu, gdyż jest niezgodna z treścią SIWZ. Wówczas odwołujący nie używał argumentu, że zastosowanie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp winno być poprzedzone obligatoryjną procedurą prostowania omyłki w oparciu o przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp – podnoszonego obecnie w obronie własnej oferty.

Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku sygn. akt KIO 2850/12 z dnia 14 stycznia 2013r., uznała, że z wymienionych - analogicznych przyczyn - oferta wykonawcy Centertel podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jako niezgodna z treścią SIWZ. Tym samym, Izba nakazała jej odrzucenie.

Izba rozpatrując niniejsze odwołanie podziela poglądy przytoczone w uzasadnieniu wyroku KIO Sygn. akt KIO 2850/12, przemawiające za tym, że zachodzi istotna niezgodność również w ofercie odwołującego, ze względu na zaoferowanie modemu – poniżej szybkości transferu danych w ofercie publicznej odwołującego – i z powyższych przyczyn treść oferty odwołującego nie odpowiada treści SIWZ.

Potwierdzenie znalazł również zarzut zamawiającego, iż mimo zaoferowania częściowo odmiennego asortymentu aparatów telefonicznych do podanych z nazwy w opisie

przedmiotu zamówienia część II pkt 4 SIWZ dla kategorii od I do III – odwołujący nie przedstawił w dokumentach oferty wymaganego opisu rozwiązań równoważnych.

W ocenie Izby, opis proponowanych urządzeń równoważnych do oznaczonych przez zamawiającego aparatów telefonicznych - przynależy do treści oferty i winien być wprost zamieszczony zgodnie z dyspozycją zamawiającego w dokumentach oferty. Przepis art. 30 ust. 5 ustawy Pzp stanowi bowiem, iż wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne opisywanym przez odwołującego, jest obowiązany wykazać, że oferowane przez niego dostawy, usługi (...) spełniają wymagania określone przez zamawiającego. Opis wymagań co do rozwiązań równoważnych został zamieszczony w SIWZ, której niekwestionowana treść na obecnym etapie postępowania jest wiążąca.

Izba uznaje za błędny pogląd odwołującego, że powinien zostać wezwany w trybie art. 26 ust. 3 w związku z art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp o uzupełnienie opisu zastosowanych rozwiązań równoważnych, do którego w przeświadczeniu odwołującego odnosi się przepis z § 5 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2009 r. Nr 226, poz. 1817). W przekonaniu Izby, cytowany przepis dotyczy opisów zewnętrznych, np. kart katalogowych producentów, instrukcji obsługi itp. Opis rozwiązań równoważnych jako przynależny do treści oferty – nie podlega uzupełnieniu we wskazanym trybie, gdyż nie potwierdza, że oferowane urządzenia równoważne spełniają wymagania, ale stanowi samo ich zaoferowanie – treść oferty. Żeby można było mówić o dokumentach potwierdzających spełnienie przez oferowane dostawy, czy usługi wymagań określonych przez zamawiającego, w pierwszym rzędzie w ofercie musi być złożone oświadczenie samego wykonawcy – jakie też rozwiązania równoważne proponuje on zamawiającemu, w następnej zaś kolejności – jeżeli zamawiający tego wymaga – winny być przedłożone dokumenty, w oparciu o które zamawiający mógłby zweryfikować deklaracje wykonawcy zawarte w ofercie.

Bezsprzecznie odwołujący podał częściowo odmienny asortyment aparatów telefonicznych niż wskazane z nazwy w SIWZ. Z wymienionych względów był zobowiązany zamieścić w ofercie opis tych aparatów i ich znaczących cech – jako rozwiązań równoważnych, statuujących treść oferty, czego odwołujący nie uczynił. Dokumenty o tym charakterze, w przeciwieństwie do opisów, o których stanowi § 5 ust. 1 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów – nie podlegają uzupełnieniu. Izba podziela pogląd, że opis oferowanego rozwiązania, w istocie będący opisem przedmiotu świadczenia – należy przyjmować za treść oferty. Skoro opis ten, (mimo wskazania częściowo odmiennych modeli telefonów lub braku zaoferowania innych modeli w miejsce nie ujętych w ofercie) nie został

podany – oferta odwołującego jest dotknięta istotnym brakiem. Zamawiający nie miał obowiązku za wskazanymi z nazwy modelami telefonów – ustalać ich parametrów i właściwości, gdyż winien dostać w ofercie gotowy opis wykazujący zachowanie owej równoważności. Za pozbawiony znaczenia Izba uznała argument odwołującego, że zamawiający porównywał same aparaty telefoniczne, a nie ich jednorodność techniczną, technologiczną, zarządzającą, serwisową oraz funkcjonalną ze sprzętem i oprogramowaniem posiadanym przez zamawiającego. Sam fakt - braku złożenia opisu rozwiązań równoważnych bowiem kwalifikowany jest w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp - jako niezgodność treści oferty wykonawcy z treścią SIWZ.

Ponadto odwołujący pomija okoliczność, że przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nawet w okolicznościach - gdy dokument ewidentnie podlegałby uzupełnieniu, zwalnia z tego obowiązku zamawiającego, gdy oferta wykonawcy z innych względów podlega odrzuceniu, jako niezgodna z treścią SIWZ. Jak zostało stwierdzone wyżej treść oferty odwołującego odbiega od treści SIWZ z uwagi na nie zaoferowanie modemu obsługującego technologię o najszybszych możliwościach przesyłu danych z oferty publicznej odwołującego. Zamawiający był w tym względzie zobowiązany wykonać wyrok Izby sygn. akt KIO 2850/12 jednolicie w odniesieniu do ofert obydwu wykonawców uczestniczących w postępowaniu.

Za całkowicie pozbawiony racji należało uznać pogląd odwołującego, że skoro zamawiający podczas dokonywania oceny ofert, o której wykonawcy zostali powiadomieni w dniu 14 grudnia 2013 r. nie dostrzegł niezgodności treści oferty odwołującego, które stały się przyczyną odrzucenia tej oferty - w wyniku ponownej oceny ofert nakazanej przytaczanym wyrokiem sygn. akt KIO 2850/12 - z powiadomieniem z dnia 6 lutego 2013 r. - to nie był uprawniony aby dokonać czynności odrzucenia oferty odwołującego. Odwołujący nie wziął pod uwagę, że ustawodawca w ustawie Prawo zamówień publicznych ustalił terminy na podnoszenie zarzutów wobec czynności i zaniechań odwołującego – lecz są to terminy wiążące wyłącznie wykonawców – w odniesieniu do wnoszenia środków ochrony prawnej. Oprócz okresu związania ofertą i zakazu z art. 183 ust. 1 ustawy Pzp, że zamawiający nie może zawrzeć umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę orzeczenia w sprawie wniesionego odwołania, innych ograniczeń co do podejmowanych kolejnych czynności ustawa Pzp na zamawiającego nie nakłada. Nawet w sytuacji gdyby zamawiający ujawnił, czy to nowe fakty, czy też ujawnił niezgodności treści oferty już wybranej – (w oparciu o ustalone kryteria), świadczące że oferta wykonawcy pierwotnie wybranego winna podlegać odrzuceniu – jest uprawniony do korekty swoich nieprawidłowych decyzji. Może zatem samodzielnie, a nie tylko w wyniku postępowań odwoławczych – unieważnić podjęte czynności, ponowić czynności i naprawić błędy postępowania przetargowego, doprowadzając tym samym do ustalenia prawidłowego wyniku postępowania. Nie wyklucza to wnoszenia środków ochrony

prawnej przez wykonawców, z wyłączeniem sytuacji wprost wskazanej w ustawie Pzp, np. art. 189 ust. 2 pkt 4 i 5. Za przyjęciem powyższej interpretacji przemawia przepis art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp - w sytuacji gdy umowa nie została jeszcze zawarta - przyznający KIO kompetencje do nakazania wykonania, unieważnienia lub powtórzenia czynności zamawiającego. Granicę czasową dokonywania czynności przez zamawiającego, jak i nakazywana dokonania takich czynności, czy ich powtórzenia lub unieważnienia stanowi zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W zaistniałych okolicznościach, gdy w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu bezwzględnym obowiązkiem zamawiającego było unieważnienie postępowania – jak nakazuje art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Zarzuty naruszenia przez zamawiającego:

1) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 93 ust. 1 pkt. 1 tej ustawy - poprzez unieważnienie przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, pomimo iż brak jest podstaw do unieważnienia postępowania,

2) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 tej ustawy - poprzez odrzucenie oferty odwołującego, pomimo iż oferta jest zgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia,

3) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 tej ustawy - poprzez zaniechanie poprawienia innej omyłki w ofercie odwołującego, które nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty,

4) art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 25 ust. 1 pkt. 2 tej ustawy, w zw. z § 5 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2009 r. Nr 226, poz. 1817) - poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego, pomimo iż zamawiający był do tego zobowiązany,

5) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 30 ust. 5 tej ustawy - poprzez nieprawidłową i nieuzasadnioną ocenę przez zamawiającego, że oferowane przez odwołującego telefony nie spełniają określonych przez zamawiającego parametrów rozwiązań równoważnych,

6) art. 58 § 1 Kodeksu cywilnego w związku z art. 14 ustawy Pzp poprzez dokonanie przez zamawiającego ponownej oceny oferty odwołującego w zakresie wykraczającym poza ocenę

nakazaną wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 stycznia 2013 r. sygn. akt: KIO 2850/12,

- nie znalazły potwierdzenia.

W tym stanie rzeczy Izba oddaliła odwołanie, o czym orzekła na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 i 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba zasądziła od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 840 zł tytułem zwrotu kosztów sporządzenia notarialnie potwierdzonych odpisów ze wskazanych stron internetowych – dowodów wykorzystanych w sprawie - na podstawie odpisu przedstawionej faktury, a ponadto tytułem zwrotu kosztów opłat skarbowych od pełnomocnictw. W pozostałym zakresie wnioskowane dowody były zbędne, gdyż odwołujący przyznał, że posiada w swojej ofercie publicznej modemy obsługujące większe prędkości przesyłu danych niż określone w ofercie. Izba nie zasądziła od odwołującego na rzecz zamawiającego zwrotu kosztów zastępstwa przez pełnomocnika, gdyż wniosek o zamówienie usługi prawnej nie jest rachunkiem, o którym mowa w § 3 pkt 2 powołanego rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....

