

Sygn. akt: KIO/UZP 1180/08

WYROK
z dnia 5 listopada 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Stanisław Sadowy

Członkowie: Klaudia Szczytowska-Maziarz
Małgorzata Stręciwilk

Protokolant: Jadwiga Ząbek

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **4 listopada 2008 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Polkomtel S.A. ul. Postępu 3, 02-676 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Komendę Wojewódzką Policji w Katowicach ul. Lompy 19, 40-038 Katowice** protestu z dnia 9 października 2008 r.

przy udziale **PTK Centertel Sp. z o.o. ul. Skierniewicka 10a, 01-230 Warszawa**, adres do korespondencji: **ul. Moniuszki 1A, 00-014 Warszawa**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża Polkomtel S.A. ul. Postępu 3, 02-676 Warszawa i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy)

z kwoty wpisu uiszczanego przez **Polkomtel S.A. ul. Postępu 3, 02-676 Warszawa;**

- 2) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz XXX stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, oraz wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Polkomtel S.A. ul. Postępu 3, 02-676 Warszawa;**

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

Komenda Wojewódzka Policji w Katowicach, zwana dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655), zwanej dalej „ustawą Pzp”, wszczęła w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na: „Usługę telefonii komórkowej GSM wraz z dostawą telefonów i modemów do bezprzewodowej transmisji danych dla 2000 użytkowników jednostek Policji woj. śląskiego” – zamówienie numer: ZP-2380-215-212/2008. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 31 lipca 2008 r., nr 2008/S 147-197970.

Pismem z dnia 02. 10. 2008 r. (znak: ZP-2380-215-212/3S01/2008) Zamawiający poinformował Protestującego - powołując się na art. 87 ust. 2 Pzp i art. 88 ust. 1 pkt 1a i art. 88 ust. 1 pkt 2a Pzp - o poprawieniu omyłek rachunkowych w trzech ofertach złożonych w Postępowaniu. W zawiadomieniu Zamawiający wskazał, w odniesieniu do każdej z ofert, iż "w oparciu o art. 88 ust. 1 pkt 1a i art. 88 ust. 1 pkt 2a (...) poprawiono omyłkę rachunkową w obliczeniu ceny ofertowej - w ofercie wskazano [...] złotych jako cenę brutto a powinno być [...] złotych".

W dniu 09. 10. 2008 r. pismem z dnia 08. 10. 2008 r. do Zamawiającego wpłynął protest wykonawcy - Polkomtel S. A. z siedzibą w Warszawie, zwanego dalej „Protestującym” lub „Odwołującym”, na czynności Zamawiającego podjęte w toku Postępowania:

1) poprawienia omyłek rachunkowych w ofertach następujących wykonawców: Polkomtel S. A. z siedzibą w Warszawie, Polską Telefonię Cyfrową Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie oraz PTK Centertel Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie polegających na poprawieniu przez Zamawiającego "ceny ofertowej";

2) wezwania Protestującego (pismem z dnia 03. 10. 2008 r.) do wyrażenia zgody na poprawienie omyłki rachunkowej w ofercie Protestującego w ten sposób, iż cenę brutto w wysokości 458.776,06 zł poprawiono na kwotę 434.458,46 złotych.

Powyższe czynności Zamawiającego naruszyły, zdaniem Protestującego, art. 88 ust. 1 pkt 1 lit. a, art. 88 ust. 1 pkt 2 lit. a, art. 88 ust. 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzucając naruszenie powyższych przepisów Protestujący wniósł o:

1) unieważnienie czynności poprawienia na podstawie art. 88 ust. 1 pkt 1a i art. 88 ust 1 pkt 2a Pzp omyłek rachunkowych w ofertach złożonych w Postępowaniu przez następujących wykonawców: Polkomtel S. A. z siedzibą w Warszawie, Polską Telefonię Cyfrową Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie oraz PTK Centertel Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie polegających na poprawieniu przez Zamawiającego "ceny ofertowej", o których Zamawiający zawiadomił Wykonawców pismem z dnia 02. 10. 2008 r.;

2) unieważnienie czynności wezwania Protestującego - Polkomtel S. A. z siedzibą w Warszawie do wyrażenia zgody na poprawienie omyłki rachunkowej w ofercie Protestującego w ten sposób, iż cenę brutto w wysokości 458.776,06 zł poprawiono na kwotę 434.458,46 złotych.

Protestujący stwierdził, iż posiada interes prawny do wniesienia protestu, albowiem oferta złożona przez niego w przedmiotowym postępowaniu o zamówienie zawiera, według jego szacunków, najniższą cenę za wykonanie zamówienia, zaś jedyne kryterium oceny ofert stanowi "cena brutto zamówienia".

Uzasadniając powyższe Protestujący przedstawił, przede wszystkim, następujące argumenty:

Po pierwsze, ani art. 88 ust 1 pkt 1 lit. a ani art. 88 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp nie przewidują sytuacji, gdy poprawieniu podlega jedynie łączna cena oferty, wobec czego czynność poprawienia omyłek dokonana przez Zamawiającego stanowi naruszenie ustawy Pzp i jako taka powinna zostać unieważniona.

Po drugie, z powodu wadliwej czynności poprawienia omyłek rachunkowych dokonanej przez Zamawiającego, bezpodstawną jest również czynność wezwania Protestującego do wyrażenia zgody na poprawienie rzekomej omyłki rachunkowej w ofercie Protestującego, poprzez poprawienie ceny brutto w wysokości 458.776,06 zł na kwotę

434.458,46 złotych.

Po trzecie, zgodnie z pkt X i XI SIWZ w niniejszym postępowaniu kryterium oceny ofert miała stanowić "cena brutto zamówienia", na którą miała się składać "łączna wartość usług telekomunikacyjnych i dostaw telefonów komórkowych i modemów (...)". Zgodnie z Załącznikiem nr 7 do SIWZ ("Szczegółowa oferta cenowa") wykonawcy byli zobowiązani wskazać ceny jednostkowe dla 14 "produktów lub usług", a w formularzu ofertowym podać łączną kwotę, za jaką oferują wykonanie zamówienia, obliczoną "dla cen jednostkowych podanych w Załączniku nr 7 do SIWZ".

W świetle tych okoliczności, zdaniem Protestującego powstaje pytanie, jak korekta ceny ofertowej (łącznej) wpływa na treść złożonych przez poszczególnych Wykonawców ofert na dostawę towarów w danej kategorii i świadczenia usług. Zdaniem Protestującego Wykonawca, który podobnie jak i on wyraził zgodę na poprawki dokonane przez Zamawiającego - nie wie, jaka jest "szczegółowa" treść jego oferty - i w konsekwencji nawet jeżeli uzyska zamówienie, nie będzie wiedział jak taryfikować np. opłaty za poszczególne usługi czy dostawę sprzętu. W opinii Protestującego poprawienie omyłek w trybie art. 88 ust. 1 pkt 1a lub art. 88 ust. 1 pkt 2a ustawy Pzp zawsze musi dotyczyć odpowiednio zmian w ilorazie cen jednostkowych i liczby jednostek miar (art. 88 ust. 1 pkt 1a) lub zmian w sumie łącznej ceny za wykonanie zamówienia (art. 88 ust. 1 pkt 2a), czego konsekwencją dopiero może być zmiana łącznej ceny ofertowej (art. 88 ust. 2 Pzp). Innymi słowy, poprawianie omyłek w trybie art. 88 ust. 1 pkt 1a lub art. 88 ust. 1 pkt 2a ustawy Pzp nie może "zamknąć" się w zmianie samej ceny łącznej za wykonanie zamówienia.

Jednocześnie, Protestujący podniósł, iż zmuszony był wyrazić zgodę na poprawienie w złożonej przez siebie ofercie rzekomej omyłki rachunkowej, by nie narazić się na odrzucenie oferty. W wyniku wyrażenia powyższej zgody nie wie jednak, jaką treść - po poprawieniu rzekomej omyłki rachunkowej - ma jego oferta (ceny jednostkowe sprzętu i usług), gdyż według kalkulacji ze szczegółowego formularza ofertowego kwota "po poprawieniu" nie wynika. Jednakże, zdaniem Protestującego, uwzględnienie niniejszego protestu i unieważnienie czynności poprawienia omyłek rachunkowych w ofertach zniweczy skutki wyrażonej przez niego zgody. Innymi słowy, unieważnienie czynności poprawienia omyłek "przywróci" ceny z ofert sprzed dokonania oprotestowanych czynności i zaniechań Zamawiającego.

Rozstrzygnięciem protestu z dnia 10. 10. 2008 r. Zamawiający na podstawie art. 183 ust. 2 ustawy Pzp, oddalił protest jako niezasadny.

Uzasadniając decyzję o oddaleniu protestu, Zamawiający stwierdził, iż postawiony przez Protestującego zarzut naruszenia przepisów ustawy Pzp, wskutek poprawienia przez Zamawiającego łącznej ceny oferty jako omyłki rachunkowej nie może zostać uznany za zasadny.

Ustawa Pzp określa bowiem konkretne omyłki rachunkowe, jakie mogą zostać poprawione w złożonych ofertach. Zgodnie z art. 88 ust. 1 pkt. 1 lit. a, jeżeli obliczona cena nie odpowiada iloczynowi ceny jednostkowej oraz liczby jednostek miar, przyjmuje się, że prawidłowo podano liczbę jednostek miar oraz cenę jednostkową. Natomiast stosownie do art. 88 ust. 1 pkt. 2 lit. a ustawy Pzp, jeżeli obliczona cena nie odpowiada sumie cen za części zamówienia, przyjmuje się, że prawidłowo podano ceny za części zamówienia.

Zamawiający podniósł, iż zgodnie z pkt X SIWZ Wykonawca miał obliczyć cenę oferty z zastosowaniem wzoru zawartego w pkt 4 w załączniku nr 3 do SIWZ. Na wskazany wzór składają się wyłącznie operacje rachunkowe polegające na mnożeniu cen jednostkowych brutto przez wskazaną ilość jednostek oraz sumowaniu otrzymanych iloczynów. Protestujący podnosi natomiast, że zgodnie ze wskazanym przepisem poprawienie omyłek rachunkowych musi dotyczyć zmian w ilorazie cen jednostkowych i liczby jednostek miar. Wobec powyższego Zamawiający zaznacza, że iloraz to efekt dzielenia jednej liczby przez drugą, a takiego działania matematycznego wskazany wzór oraz art. 88 ustawy Pzp nie przewiduje. Ceny jednostkowe brutto zostały podane przez wykonawców w załączonych do ofert wykazach. Zdaniem Zamawiającego stosując ceny jednostkowe danego wykonawcy dokonał on sprawdzenia prawidłowości wyliczenia cen podanych w formularzach ofertowych w złożonych ofertach do czego jest zobowiązany na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp

W rozstrzygnięciu protestu Zamawiający podał, iż w odniesieniu do oferty Protestującego dokonano następujących obliczeń:

kryterium oceny ofert: całkowity koszt oferty - K [zł] - (jednorazowy koszt zakupu aparatów i aktywacji, koszt zakładanych usług i abonamentu w okresie 24 miesięcy dla wszystkich aktywacji).

Koszty jednorazowe:

LAT - liczba aktywacji (kart SIM) do uruchomienia wraz z aparatami komórkowymi do świadczenia usług głosowych telefonii komórkowej wynosi 1950

LAM - liczba aktywacji (kart SIM) do uruchomienia wraz z modemami do świadczenia usług dostępu do internetu wynosi 50

KAK - jednorazowy łączny koszt aktywacji związany z uruchomieniem i przeniesieniem numerów z oferty Wykonawcy.

KAK = 12,20 zł

Jednorazowy koszt dostawy aparatów komórkowych z uwzględnieniem aparatów serwisowych;

C_I - cena jednostkowa aparatu typu I z oferty Wykonawcy

L_I - liczba aparatów typu I dostarczonych do realizacji usług wynosi: 83

C_{II} - cena jednostkowa aparatu typu II oferty Wykonawcy

L_{II} - liczba aparatów typu II dostarczonych do realizacji usług wynosi: 503

C_{III} - cena jednostkowa aparatu typu ID z oferty Wykonawcy

L_{III} - liczba aparatów typu III dostarczonych do realizacji usług wynosi: 802

C_{IV} - cena jednostkowa aparatu typu IV oferty Wykonawcy

L_{IV} - liczba aparatów typu IV dostarczonych do realizacji usług wynosi: 618

C_M - cena jednostkowa modemu GSM oferty Wykonawcy

L_M - liczba modemów GSM dostarczonych do realizacji usług wynosi: 51

KAT = L_I x C_I + L_{II} x C_{II} + L_{III} x C_{III} + L_{IV} x C_{IV} + L_M x C_M - jednorazowy koszt zakupu wszystkich aparatów:

$$KAT = 83 \times 47,58 \text{ zł} + 503 \times 47,58 \text{ zł} + 802 \times 47,58 \text{ zł} + 618 \times 47,58 \text{ zł} + 51 \times 47,58 \text{ zł}$$

$$KAT = 97\,872,06 \text{ zł}$$

Koszty comiesięczne

Obliczenie kosztów abonamentów:

ABT - miesięczny koszt abonamentu telefonicznego zaoferowany przez Wykonawcę

ABM - miesięczny koszt abonamentu na dostęp do Internetu zaoferowany przez Wykonawcę

KAB = L_{AT} x ABT + L_{AM} x ABM miesięczny koszt abonamentu wszystkich aktywacji

$$KAB = 1950 \times 1,22 \text{ zł} + 50 \times 0,01 \text{ zł}$$

$$KAB = 2\,379,50 \text{ zł.}$$

Na podstawie statystyk ruchu komórkowego zrealizowanego przez abonentów Zamawiającego w okresie styczeń ÷ maj 2008 roku przyjęto miesięczny średni czas połączeń komórkowych, średni procentowy udział w połączeniach do sieci własnej i stacjonarnych oraz sieci obcej (pozostałych operatorów) oraz średnią miesięczną liczbę SMS i MMS i transmisji danych z telefonów komórkowych.

- miesięczny średni czas połączeń komórkowych przypadający na jednego abonenta bez połączeń do sieci korporacyjnych wynosi: 56 min;

- miesięczny średni czas połączeń komórkowych do sieci własnej przypadający na jednego abonenta wynosi: 15 min., co stanowi (26,8%) wszystkich połączeń bez połączeń do sieci korporacyjnych;

- miesięczny średni czas połączeń komórkowych do sieci stacjonarnych przypadający na jednego abonenta. wynosi: 15 min co stanowi (26,8%) wszystkich połączeń bez połączeń do sieci korporacyjnych;

- miesięczny średni czas połączeń do pozostałych sieci komórkowych przypadający na jednego abonenta wynosi: 26 min co stanowi (46,4%) wszystkich połączeń bez połączeń do sieci korporacyjnych;

- średnia miesięczna liczba wysłanych SMS przypadających na jednego abonenta wynosi:
17

- średnia miesięczna liczba wysłanych MMS przypadających na jednego abonenta wynosi: 1

- średnia miesięczna liczba przesłanych danych przypadających na jednego abonenta
wynosi: 315 kB

S1 - cena 1 minuty połączenia do sieci własnej [zł / min] z dokładnością do 1 gr. zaoferowana
przez Wykonawcę

S2 - cena 1 minuty połączenia do sieci stacjonarnych [zł / min] z dokładnością do 1 gr.
zaoferowana przez Wykonawcę

S3 - cena 1 minuty połączenia do pozostałych sieci komórkowych [zł / min] z dokładnością
do 1 gr. zaoferowana przez Wykonawcę

S4 - cena wysłania 1 SMS do sieci komórkowych [zł] z dokładnością do 1 gr. zaoferowana
przez Wykonawcę

S5 - cena wysłania 1 MMS do sieci komórkowych [zł] z dokładnością do 1 gr. zaoferowana
przez Wykonawcę

S6 - cena 100kB danych przesłanych do/z internetu z dokładnością do 1 gr. zaoferowana
przez Wykonawcę

KPOŁ - średni miesięczny koszt połączeń komórkowych realizowanych przez pojedynczego
abonenta komórkowego

$$KPOŁ = S1 \times 15 \text{ min} + S2 \times 15 \text{ min} + S3 \times 26 + S4 \times 17 + S5 \times 1 + S6 \times 3,15$$

$$KPOŁ = 0,01 \text{ zł} \times 15 + 0,01 \text{ zł} \times 15 + 0,21 \text{ zł} \times 26 + 0,01 \text{ zł} \times 17 + 0,01 \text{ zł} \times 1 + 0,01 \text{ zł} \times 3,15$$

$$KPOŁ = 5,9715 \text{ zł}$$

$$\text{Całkowity koszt oferty } K \text{ [zł]} = KAT + KAK + KAB \times 24 + KPOŁ \times 1950 \times 24$$

24 - ilość miesięcy w okresie obowiązywania umowy

Koszt abonamentów nie może przekraczać 50% całkowitego kosztu oferty

$$K \text{ [zł]} = 97872,06 \text{ zł} + 12,20 \text{ zł} + (2\,379,50 \text{ zł} \times 24) + (5,9715 \text{ zł} \times 1950 \times 24)$$

$$K \text{ [zł]} = 434\,458,46 \text{ zł}$$

Tymczasem Protestujący w złożonej ofercie wskazał cenę brutto 458 776,06 zł.

Zdaniem Zamawiającego, wskazanie konkretnego miejsca, w którym doszło do omyłki rachunkowej jest niemożliwe z uwagi na brak wymogu w SIWZ podawania obliczeń częściowych przez wykonawców. Jednakże z uwagi na fakt, że na wskazany w SIWZ wzór składają się wyłącznie operacje rachunkowe polegające na mnożeniu cen jednostkowych brutto przez wskazaną ilość jednostek oraz sumowaniu otrzymanych iloczynów bez względu na miejsce, w którym Protestujący popełnił omyłkę rachunkową, będzie ona wyczerpywać znamiona art. 88 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający zauważył, że Protestujący (podobnie jak pozostali wykonawcy) wskazał w ofercie ceny jednostkowe brutto, które zostały podstawione we wskazanych miejscach do wzoru. W związku z tym, nie jest możliwe, aby błąd został

popelniony w obliczeniu wartości podatku VAT, a więc błąd w obliczeniu ceny, którego nie można poprawić zgodnie z art. 88 ustawy Pzp.

Zamawiający wskazał, iż uzasadnieniem powyższego poprawienia omyłek rachunkowych jest również przepis art. 88 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym poprawiając omyłki rachunkowe należy uwzględnić konsekwencje rachunkowe dokonanych poprawek. Oznacza to, że wskazanie konkretnego miejsca popełnionej omyłki, bez względu na jej miejsce dalej skutkowałoby obowiązkiem zastosowania art. 87 ust. 2 i art. 88 ust. 1 Pzp. W związku z powyższym, zdaniem Zamawiającego brak jest przesłanek do odrzucenia rozpatrywanych ofert na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp tj. z powodu, iż "zawierają omyłki rachunkowe w obliczeniu ceny, których nie można poprawić na podstawie art. 88 lub błędy w obliczeniu ceny". W związku z powyższym twierdzenie Protestującego, że Zamawiający dokonał poprawienia „jedynie łącznej ceny oferty” jest bezzasadne. Zamawiający dokonał bowiem sprawdzenia obliczenia ceny ofertowej w myśl przepisów prawa i zgodnie z zawartym SIWZ wzorem przy zastosowaniu cen jednostkowych brutto podanych przez Protestującego w złożonej ofercie.

Uwzględnienie żądań Protestującego stanowiłoby zdaniem Zamawiającego naruszenie przepisów ustawy Pzp, polegające na wybraniu przez Zamawiającego najkorzystniejszej oferty, która w istocie nie zawierałaby ceny wynikającej z podanych w wypełnionym załączniku cen jednostkowych i zastosowanego wzoru. Tym samym, koszt realizacji zadania odbiegałby od ceny ofertowej, na podstawie której wybrano najkorzystniejszą ofertę.

Zamawiający podkreślił, iż ceny jednostkowe podane w załączonym do oferty wykazie są jednoznaczne i stałe, tj. w żaden sposób nie podlegają modyfikacji przez poprawienie omyłek rachunkowych w obliczeniu ceny ofertowej. Protestujący natomiast poza kilkukrotnym wskazaniem art. 88 ust. 1 pkt 1 a i art. 88 ust. 1 pkt 2a w żaden sposób nie uzasadnił, dlaczego wyrażając zgodę na poprawienie omyłki rachunkowej: „nie będzie wiedział jak taryfikować np. opłaty za poszczególne usługi czy dostawę sprzętu”.

Do uznania, że w wyniku dokonanego poprawienia omyłek rachunkowych zmianie ulegną ceny jednostkowe, brak jest jakiegokolwiek podstawy. Natomiast zastosowany stopień skomplikowania podanego do obliczenia ceny ofertowej wzoru spowodowany jest złożonością zamówienia i liczbą czynników, które mają wpływ na ostateczną cenę oferty. Podanie przez Wykonawców wyłącznie cen jednostkowych lub tylko ich zsumowanie nie pozwoliłoby bowiem Zamawiającemu na wybranie oferty rzeczywiście najkorzystniejszej.

Zamawiający wskazał również, że zawieszenie biegu terminu związania ofertą jest zgodne z przepisami ustawy Pzp. Wniesienie protestu wyczerpuje bowiem znamiona art. 183 ust. 2 ustawy Pzp. Natomiast zgodnie z art. 181 ust. 1 ustawy Pzp „w przypadku wniesienia protestu po upływie terminu składania ofert bieg terminu związania ofertą ulega zawieszeniu do

czasu ostatecznego rozstrzygnięcia protestu." Uwzględniając treść wskazanego przepisu Zamawiający w piśmie z dnia 09. 10. 2008 r. (l.dz. ZP-2380-215-212/3607/08) poinformował Wykonawców o zawieszeniu biegu terminu związania ofertą z dniem wniesienia protestu.

Jednocześnie Zamawiający stwierdził, iż w złożonym proteście brak jest uzasadnienia zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. W myśl tego przepisu Zamawiający obowiązany jest równo traktować wykonawców i w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji. Zdaniem Zamawiającego wskazany zarzut jest niezasadny, z uwagi na fakt, że Zamawiający sprawdził poprawność dokonanych obliczeń cen ofertowych zgodnie ze wzorem i dokonał poprawienia omyłek zgodnie z ustawą Pzp we wszystkich złożonych ofertach.

W dniu 13.10.2008 r. do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przystąpił wykonawca – PTK Centertel Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, na skutek wezwania wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu otrzymanego w dniu 09.10.2008 r. Przystępujący zażądał oddalenia protestu.

Od rozstrzygnięcia protestu, Odwołujący wniósł w dniu 15.10.2008 r. (wpływ bezpośredni do UZP) do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie, jednocześnie przekazując jego kopię Zamawiającemu.

W odwołaniu podtrzymał zarzuty naruszenia przez Zamawiającego art. 88 ust. 1 pkt 1a i art. 88 ust. 1 pkt 2a Pzp przez ich błędną wykładnię i przyjęcie, że mają zastosowanie do ofert złożonych w postępowaniu, podczas gdy oferty, w tym oferta Odwołującego, zostały sporządzone prawidłowo i zgodnie z treścią SIWZ, wobec czego brak jest uzasadnienia do dokonania poprawek omyłek rachunkowych w sposób dokonany przez Zamawiającego. Ponadto, Odwołujący zarzucił naruszenie przez Zamawiającego art. 183 ust. 4 Pzp, przez rozstrzygnięcie protestu w terminie otwartym dla wykonawców do przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, przez co Zamawiający pozbawił się możliwości poznania m. in. żądań tych wykonawców w zakresie zarzutów zawartych w proteście.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i powtórzył żądania zawarte w proteście oraz wniósł o obciążenie Zamawiającego kwotą wpisu zaliczoną na poczet kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podtrzymał argumentację zawartą w proteście zaznaczając zarazem, iż nie sposób podzielić poglądu Zamawiającego o zasadności dokonanych przez niego poprawek. Zamawiający dokonał bowiem pomnożenia cen jednostkowych brutto przez „wskazaną” ilość jednostek. Obliczając całkowitą cenę oferty (wartość K), Zamawiający „po poprawce” przyjął wartość Kak (koszt aktywacji) w wysokości 12,20 zł.

Działanie to, zdaniem Odwołującego jest nieprawidłowe, gdyż oznaczałoby, że Kak został obliczony przez pomnożenie liczby 1 przez cenę jednostkową brutto w wysokości 12,20 zł. Jak wynika z pkt 4 załącznika nr 3 do SIWZ Lat i Lam (łącznie liczba aktywacji kart SIM w telefonach i modemach) wynosi 2.000, a nie 1. Gdyby Kak miał być liczony dla wartości 1, zbędne byłoby odwoływanie się przez Zamawiającego w pkt 4 załącznika nr 3 do SIWZ do wartości Lat i Lam (łącznie - liczby aktywacji). Wystarczyłaby sama wartość Kak.

Wbrew twierdzeniu Zamawiającego o pomnożeniu cen jednostkowych przez „wskazaną ilość jednostek”, w pkt 4 załącznika nr 3 do SIWZ nie została wskazana liczba jednostek aktywacji. Wynika ona z wolumenu aktywacji objętych postępowaniem, w tym w szczególności z pkt 1 SIWZ - „Opis przedmiotu zamówienia”. Bazując na tych informacjach Odwołujący przyjął, iż aby uzyskać wartość Kak cena jednostkowa w wysokości 12,20 zł powinna być pomnożona przez liczbę 2000 (liczba numerów objęta postępowaniem) z uwagi na fakt m. in. iż:

w formularzu ofertowym („Szczegółowa oferta cenowa” - Załącznik nr 7 do SIWZ) wszystkie ceny były określone jako ceny jednostkowe (czyli dotyczące jednej karty SIM),

koszt aktywacji jest opłatą, która jest ponoszona w odniesieniu do każdej karty SIM, tym bardziej, że SIWZ zakłada harmonogram aktywacji (karty SIM nie mają być aktywowane w jednym czasie),

aktywacje będą dokonywane dla poszczególnych jednostek Policji (KWP, KMP i KPP) - pkt 2 lit. i) oraz j) załącznika nr 3 do SIWZ, a każda z tych jednostek będzie otrzymywała odrębne faktury. Przy założeniu toku rozumowania Zamawiającego – rodzi się pytanie - która jednostka Policji ma zapłacić w zakresie opłaty za aktywację za inne jednostki i czy byłoby to działanie dopuszczalne w kontekście ustawy o finansach publicznych?.

W opinii Odwołującego dokonana przez Zamawiającego czynność sprowadza się do dowolnej interpretacji postanowień SIWZ, z których jednoznacznie wynika liczba aktywacji w wysokości 2000 (co potwierdza również fakt, iż inny wykonawca - PTK Centertel Sp. z o.o. również przyjął, iż Kak ma być wynikiem przemnożenia liczby 2000 przez cenę jednostkową brutto). Odwołujący przyznaje, iż pozycja „koszt aktywacji” jest w pkt 4 załącznika nr 3 do SIWZ wskazana w kategorii „kosztów jednorazowych”. Jednak równocześnie wskazuje, że Zamawiający założył dwie kategorie kosztów: koszty jednorazowe i koszty comiesięczne. Koszt aktywacji nie mógł być uwzględniony w pozycji kosztów comiesięcznych (gdyż nie jest on ponoszony cyklicznie w odróżnieniu np. od abonamentu) i z tego powodu znalazł się w pozycji kosztów jednorazowych. Jest on jednak ponoszony dla każdej karty SIM przy jej uruchomieniu (aktywacji). Z powyższych względów analogiczne poprawienie „omyłek” w ofercie PTK Centertel Sp. z o.o. polegające na przyjęciu, iż Kak powinien być mnożony przez liczbę 1 (a nie 2000) jest wadliwe i powinno być unieważnione.

Odwołujący stwierdził, iż gdyby tok rozumowania i intencje Zamawiającego

jednoznacznie wynikały z SIWZ, Odwołujący inaczej skonstruowałby swoją ofertę i tym samym miałby szansę uzyskać zamówienie. Jednocześnie, Odwołujący powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 marca 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 166/08; KIO/UZP 172/08, w uzasadnieniu którego Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż „wszelkie nieścisłości w sformułowaniu postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie powinny obciążać wykonawców”.

Ponadto Odwołujący zauważa, iż sam Zamawiający postanowił w załączniku nr 7 do SIWZ, iż „cena jednostkowa musi być zaokrąglona do drugiego miejsca po przecinku a następnie po doliczeniu stawki VAT należy wyliczoną cenę jednostkową brutto zaokrąglić do drugiego miejsca po przecinku. Błędne wyliczona cena jednostkowa brutto skutkować będzie odrzuceniem ofert z uwagi na brak podstawy prawnej do jej poprawienia”. Tym samym, zdaniem Odwołującego, dokonując czynności poprawienia omyłek rachunkowych Zamawiający obliczył Kpoł z naruszeniem tej zasady. Kpoł (średni miesięczny koszt połączeń komórkowych realizowanych przez pojedynczego abonenta komórkowego) miał wynikać z następującego wzoru:

$$\text{Kpoł} = S1 \times 15 \text{ min} + S2 \times 15 \text{ min} + S3 \times 26 + S4 \times 17 + S5 \times 1 + S6 \times 3,15$$

S1 - cena 1 minuty połączenia do sieci własnej [zł/min] z dokładnością do 1 gr. zaoferowana przez Wykonawcę

S2 - cena 1 minuty połączenia sieci stacjonarnych [zł/min] z dokładnością do 1 gr. zaoferowana przez Wykonawcę

S3- cena 1 minuty połączenia do pozostałych sieci komórkowych [zł/min] z dokładnością do 1 gr. zaoferowana przez Wykonawcę

S4 - cena wysłania 1 SMS do sieci komórkowych [zł] z dokładnością do 1 gr. zaoferowana przez Wykonawcę

S5 - cena wysłania 1 MMS do sieci komórkowych [zł] z dokładnością do 1 gr. zaoferowana przez Wykonawcę

S6 - cena 100 kB danych przesłanych do/z internetu z dokładnością do 1 gr. zaoferowana przez Wykonawcę.

Natomiast w rozstrzygnięciu protestu Zamawiający wskazał, iż Kpoł w jego wyliczeniach nie został zaokrąglony do drugiego miejsca po przecinku i został przedstawiony jako liczba: 5,9715 zł. Niezastosowanie zaokrągleń przy tej kwocie do drugiego miejsca po przecinku daje różnicę w całkowitej cenie oferty Odwołującego w wysokości 70,20 zł (według wiedzy Odwołującego, Wykonawcy dokonywali zaokrągleń zgodnie ze wskazaniem załącznika nr 7 do SIWZ, tj. w sposób odmienny niż Zamawiający). Odwołujący wskazał jednocześnie, iż postępowanie się cenami określonymi do 4 miejsc po przecinku jest sprzeczne nie tylko z SIWZ, ale przede wszystkim z art. 1 ust. 2 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r.

o denominacji złotego, zgodnie z którym obowiązująca w Polsce jednostka pieniężna o nazwie złoty dzieli się na 100 groszy.

Odwołujący wykazał również, iż Zamawiający co prawda wezwał Wykonawców do przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia w dniu 09. 10. 2008 r. protestu, jednakże przez rozstrzygnięcie protestu w terminie otwartym dla wykonawców do przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku jego wniesienia, tj. w dniu 10. 10. 2008 r. Zamawiający naruszył art. 183 ust. 4 ustawy Pzp.

Zgodnie bowiem z art. 181 ust. 4 pkt 1 ustawy Pzp - termin dla wykonawców do przystąpienia wynosi 3 dni, a w niniejszej sprawie - z uwagi na fakt, że termin ten upływał w dniu ustawowo wolnym od pracy (niedziela – 12. 10. 2008 r.) - termin na przystąpienie upłynął w dniu 13. 10. 2008 r.

PTK Centertel Sp. z o.o. - przystąpił do postępowania „protestacyjnego” w określonym ustawowo terminie – tj. w dniu 13. 10. 2008 r. Zamawiający natomiast przez rozstrzygnięcie protestu wniesionego przez Odwołującego już w dniu następnym po jego wniesieniu, tj. w dniu 10. 10. 2008 r., pozbawił się nie tylko możliwości poznania argumentacji pozostałych wykonawców, ale przede wszystkim nie wiedział, po której stronie (jeśli w ogóle) przystąpią i jakie są ich żądania w zakresie zarzutów zawartych w proteście (art. 181 ust. 5 Pzp). Na skutek powyższego naruszenia niemożliwe jest, zdaniem Odwołującego, np. jednoznaczne ustalenie zaktualizowania się w czasie uprawnienia (i obowiązku) do wykonania czynności przewidzianych w art. 183 ust. 5 ustawy Pzp, a zamierzona przez ustawodawcę konsolidacja postępowań protestacyjno-odwoławczych nie ma w niniejszym postępowaniu miejsca. Ponadto, w opinii Odwołującego, naruszenie art. 183 ust. 5 ustawy Pzp powoduje nierówne traktowanie wykonawców w rozumieniu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, a naruszenie art. 183 ust. 4 ustawy Pzp sprawia, że postępowanie jest obarczone wadą, o której mowa art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, w związku z czym na mocy art. 191 ust. 3 zdanie 2 ustawy Pzp Odwołujący wniósł również o unieważnienie postępowania.

W dniu 23.10.2008 r. Wykonawca PTK Centertel Sp. z o.o. przystąpił do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, podtrzymując swoje stanowisko przedstawione w przystąpieniu do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przez Odwołującego i wniósł o oddalenie odwołania.

Skład orzekający Izby uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz wyjaśnienia i oświadczenia stron postępowania odwoławczego ustalił i zważył, co następuje:

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby dokonał ustaleń w zakresie interesu prawnego do wniesienia przez Odwołującego, w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, protestu i odwołania.

W myśl art. 179 ust. 1 Pzp, środki ochrony prawnej przysługują wykonawcom (i uczestnikom konkursu, a także innym osobom), jeżeli ich interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie składu orzekającego Izby Odwołujący nie wykazał, że w niniejszym przypadku działanie Zamawiającego (poprawienie oczywistej omyłki rachunkowej w jego ofercie oraz w pozostałych ofertach) prowadzi do uszczerbku w interesie prawnym w uzyskaniu zamówienia. Podstawą takiego stanowiska składu orzekającego Izby jest ustalenie, że Odwołujący, w wyznaczonym terminie wyraził zgodę na poprawienie oczywistej omyłki rachunkowej popełnionej w jego ofercie (pismo z dnia 8.10.2008 r. przekazane w dniu 9.10.2008 r.) Oświadczenie takie złożyli również pozostali wykonawcy w tym Przystępujący. Odwołujący wyraził zgodę na poprawienie omyłki rachunkowej w swojej ofercie. W piśmie tym Odwołujący oświadczył wprost: *„wyrażam zgodę na poprawienie przez Zamawiającego omyłki rachunkowej w obliczeniu ceny w ten sposób, że kwota 458.776,06 zł została zastąpiona kwotą 434.458,46 zł.”*

Oświadczenie w tym względzie jest jednoznaczne i wiąże Odwołującego, zgodnie z art. 61 Kodeksu cywilnego w związku z art. 14 Pzp. Oświadczenie to nie zostało odwołane przez Odwołującego. Tym samym trudno przyjąć, że interes prawny Odwołującego, który zaakceptował działanie Zamawiającego, polegające na poprawieniu omyłki rachunkowej w obliczeniu ceny w jego ofercie, doznał uszczerbku. Wykonawca, jeżeli nie godził się na poprawienie omyłki rachunkowej w ofercie winien złożyć protest na tę czynność Zamawiającego, wstrzymując się jednakże ze złożeniem oświadczenia o akceptacji dokonanej poprawki.

Ewentualne odrzucenie oferty Odwołującego w trybie art. 89 ust. 1 pkt 7 Pzp na skutek nie wyrażenia zgody na poprawienie omyłki, nie pozbawiłoby Odwołującego prawa do skorzystania w tym zakresie ze środków ochrony prawnej.

Skład orzekający Izby wskazuje jednocześnie, iż przepis art. 89 ust. 1 pkt 7 Pzp (w brzmieniu sprzed wejścia w życie ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw Dz. U. Nr 171, poz. 1058) zawiera 7 dniowy termin na wyrażenie (lub odmowę) zgody na poprawienie omyłki rachunkowej w obliczeniu ceny, licząc od otrzymania zawiadomienia. Taki sam, tj. 7 dniowy termin ustawodawca określił na wniesienie protestu, liczony od dnia, w którym powzięto lub można

było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia, w myśl art. 180 ust. 2 Pzp (w brzmieniu sprzed wejścia w życie w/w ustawy z dnia 4 września 2008 r.) .

Argumentacja Odwołującego i zastrzeżenie wyrażone w treści przywoływanego pisma z dnia 8.10.2008 r. (*„Jednocześnie wskazuję, że czynność poprawienia omyłki rachunkowej w wyżej wskazany sposób stanowi przedmiot protestu wniesionego przez Polkomtel SA, a niniejsza zgoda jest wyrażona jedynie z uwagi na brak podstaw do przyjęcia, że 7-dniowy termin za wyrażenie zgody wskazany w art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (...) zawiesza bieg wskutek wniesienia protestu...”*) nie może być uwzględnione. Odwołujący jako profesjonalista występujący na rynku w obrocie gospodarczym winien mieć świadomość konsekwencji podejmowanych przez siebie decyzji i składanych oświadczeń woli oraz obowiązujących w tym zakresie przepisów prawa. Ustawie Pzp nie jest znana, w zakresie wyrażania zgody na poprawienie oczywistej omyłki rachunkowej, instytucja warunkowego wyrażania tej zgody, ze względu na fakt, że oświadczenie to musi być złożone w nieprzekraczalnym terminie 7 dni, a uzależnienie w tym przypadku przez Odwołującego skuteczności tego oświadczenia od zdarzenia przyszłego i niepewnego (jakim jest odrzucenie jego oferty, które również podlega zaskarżeniu przez Odwołującego) jest nie do pogodzenia w świetle obowiązujących w tym zakresie przepisów (art. 89 ust. 1 pkt 7 – nieprzekraczalny termin na złożenie oświadczenia o wyrażeniu zgody na poprawienie oczywistej omyłki rachunkowej w ofercie).

W świetle powyższego skład orzekający Izby uznał, że Odwołujący nie miał interesu prawnego we wniesieniu odwołania, co skutkuje koniecznością jego oddalenia.

Izba nie dopatrzyła się okoliczności skutkujących unieważnieniem postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 191 ust. 3 zd. drugie Pzp. Rozstrzygnięcie protestu przez Zamawiającego przed upływem terminu na zgłoszenie przez wykonawców przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu nie może pozbawiać wykonawców prawa do korzystania ze środków ochrony prawnej, a w związku z tym nie ma to naruszenie wpływu na wynik postępowania, jak również nie jest rażącym naruszeniem przepisów ustawy skutkującym nieważnością umowy (art. 146 Pzp).

Na marginesie, Izba wskazuje, że zapisy SIWZ dotyczące K_{AK} – jednorazowego łącznego kosztu aktywacji związanego z uruchomieniem i przeniesieniem numerów telefonów - wskazywały na łączny koszt aktywacji związany z uruchomieniem i przeniesieniem numerów telefonów.

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

Stosownie do art. 194 i 195 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 Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego **w Katowicach.**

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....