

Sygn. akt: KIO/UZP 302/09

WYROK
z dnia 24 marca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Członkowie: Luiza Łamejko
Ewa Jankowska

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **24 marca 2009 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Multimedia Polska – Zachód Sp. z o.o. ul. Tadeusza Wendy 7/9, 81–341 Gdynia** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Centrum Zarządzania Systemem Teleinformatycznym ul. Żwirki i Wigury 9/13, 00-909 Warszawa** protestu z dnia **17 lutego 2009 r.**

przy udziale wykonawcy xxx zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,
przy udziale wykonawcy Polkomtel S.A. ul. Postępu 3, 02-676 Warszawa zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża **Multimedia Polska – Zachód Sp. z o.o. ul. Tadeusza Wendy 7/9, 81–341 Gdynia** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Multimedia Polska – Zachód Sp. z o.o. ul. Tadeusza Wendy 7/9, 81–341 Gdynia**,
- 2) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx złotych xxx groszy) przez xxx na rzecz xxx stanowiącej uzasadnione koszty strony,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 10 426 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Multimedia Polska – Zachód Sp. z o.o. ul. Tadeusza Wendy 7/9, 81–341 Gdynia**.

Uzasadnienie

Centrum Zarządzania Systemami Teleinformatycznymi w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na świadczenie usług telekomunikacyjnych dostępu do sieci publicznej w rejonie odpowiedzialności Regionalnego Węzła Łączności w Szczecinie. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod poz. 2008/S 246 – 327835 w dniu 18 grudnia 2008 r.

Wykonawca Multimedia Polska -Zachód Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni został poinformowany o wyborze najkorzystniejszej oferty w zakresie zadania nr 1 RWŁ Szczecin

w dniu 10 lutego 2009 r. Za najkorzystniejszą została uznana oferta złożona przez Polkomtel S.A. z siedzibą w Warszawie.

Multimedia Polska - Zachód Sp. z o.o. wniosła protest na wybór oferty najkorzystniejszej, na zaniechanie wykluczenia Polkomtel S.A. z postępowania oraz zaniechanie odrzucenia oferty Polkomtel S.A. Wykonawca zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- art. 89 ust.1 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zmianami), zwanej dalej Pzp, w zw. z art. 5 ust.1 pkt 1 ustawy o podatku od towarów i usług z dnia 11 marca 2004 r. (Dz. U. Nr 54, poz. 535 z późn. zm.), art. 2 pkt 1 Pzp i art. 3 ust.1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz. U. Nr 97, poz. 1050 z późn. zm.), ze względu na fakt, iż oferta nie uwzględnia podatku od towarów i usług,
- art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp, gdyż oferta Polkomtel S.A. została podpisana i złożona przed wprowadzeniem ostatecznych wyjaśnień do siwz,
- art. 26 ust. 3 Pzp, gdyż zamawiający nie wezwał Polkomtel S.A. do złożenia aktualnego zaświadczenia ZUS, potwierdzającego nie zaleganie z opłacaniem odpowiednich składek na dzień otwarcia ofert,
- art. 90 ust. 1-3 Pzp, ponieważ zamawiający nie podjął czynności wyjaśniających w zakresie ustalenia, czy oferta Polkomtel S.A. zawiera rażąco niską cenę.

Wykonawca wniósł o unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie zadania nr 1 RWŁ Szczecin, odrzucenie oferty złożonej przez Polkomtel S.A. na podstawie art. 89 ust.1 pkt 1 i 2 Pzp oraz wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Multimedia Polska -Zachód Sp. z o.o.

W uzasadnieniu wykonawca podał, że zgodnie z treścią art. 2 pkt 1 Pzp przez cenę należy rozumieć cenę w rozumieniu ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach. Zgodnie z treścią art. 3 ust.1 pkt 1 ustawy o cenach, cena oznacza wartość wyrażoną w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę; w cenie uwzględnia się podatek od towarów i usług (...).

W treści oferty Polkomtel S.A. wskazał w części 1, w pkt.1 oraz w pkt.2 a), że stawka VAT wynosi 22%, a kwota VAT wynosi 0,00 zł. Tym samym cena, wskazana w ofercie nie uwzględnia kwoty VAT, a więc całej kwoty jaką zostanie obciążony zamawiający z tytułu wykonywania na jego rzecz usług. Powyższe stwierdzenie sugeruje, że podatek VAT nie będzie naliczany i stanowi o niezgodności oferty z wyżej przywołanymi przepisami ustaw. W sytuacji, gdy kwota netto jest tak niska, że po dodaniu do niej kwoty podatku VAT i zaokrągleniu kwota netto jest równa kwocie brutto, możliwym jest wyrażenie ceny za 1 minutę połączenia w tysięcznych i dziesięciotysięcznych częściach złotego, zwłaszcza

w sytuacji, gdy faktury będą wystawiane w miesięcznych okresach rozliczeniowych (por. wyrok KIO z dnia 26 stycznia 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 8/09, str.8).

Ponadto zdaniem protestującego oferta Polkomtel S.A. zawiera nieprawdziwe stwierdzenie, że wykonawca zapoznał się z treścią siwz - oferta została opatrzona datą 28 stycznia 2009 r. tj. przed dokonaniem przez zamawiającego ostatnich wyjaśnień treści siwz.

Wykonawca wskazał także, że do oferty Polkomtel S.A. dołączono nieaktualne, tj. starsze niż 3 miesiące przed dniem otwarcia ofert, zaświadczenie z ZUS, a z dokumentacji przetargowej nie wynika, iż zamawiający wezwał Polkomtel S.A. do przedłożenia zaświadczenia aktualnego na dzień otwarcia ofert. Dodatkowo, pomimo minimalnej ceny oferty, zamawiający, nie podjął czynności mających na celu wyjaśnienie, czy oferta zawiera rażąco niską cenę. Doświadczenie życiowe i znajomość rynku usług telekomunikacyjnych wskazują, że świadczenie usług za tak niską cenę jest nieuprawnione, nieuzasadnione ekonomicznie i może stanowić czyn nieuczciwej konkurencji.

Z uwagi na powyższe umowa zawarta z Polkomtel S.A. będzie nieważna w świetle art. 146 ust.1 pkt 6 Pzp. Naruszenie przepisów Pzp zgodnie z art. 17 ust.1 pkt 4 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych stanowi naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przystąpił Polkomtel S.A. wnosząc o oddalenie zarzutów protestu. Podniósł, że zastosowanie zaokrąglenia kwoty podatku jest prawidłowe. Zaokrąglenia kwoty podatku dokonał również protestujący w swojej ofercie. Wyjaśnił, że złożył w ofercie oświadczenie o zaakceptowaniu treści siwz, a po modyfikacji nie wycofał oferty, co należy rozumieć jako akceptację pełnej treści specyfikacji.

Zamawiający rozstrzygnął protest uwzględniając w części dotyczącej naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp w zakresie zaniechania wezwania Polkomtel S.A. do uzupełnienia dokumentu oraz oddalając w części dotyczącej zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 i 2 oraz art. 90 ust. 1-3 Pzp. Zamawiający wskazał, iż w ofercie Polkomtel S.A. oświadczył, że wykona usługę za „cenę”, która, zgodnie z jej definicją podaną w art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy o cenach oznacza wartość wyrażoną w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest zobowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę; w cenie uwzględnia się podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy. Oferta Polkomtel SA spełnia te wymagania, gdyż zostały podane w niej ceny za usługi wymagane przez zamawiającego, określona została także wartość podatku od towarów i usług {22%} oraz określona jego kwota wyrażona

w jednostkach pieniężnych wprowadzonych ustawą z dnia 7 lipca 1994 r. o denominacji złotego (Dz. U. Nr 84 poz. 386 z późn. zm.).

W zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 89 ust. 2 Pzp zamawiający uznał, że o niezgodności oferty z treścią siwz można mówić w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada przedmiotowi zamówienia w taki sposób, że uniemożliwia jego pełną realizację. Pomimo złożenia przez Polkomtel S.A. oferty przed wprowadzaniem ostatecznych zmian do siwz zamawiający nie stwierdził rozbieżności pomiędzy przedmiotem zamówienia a ofertą. Wskazał na orzecznictwo KIO (wyrok;: z 06.03.2008 r. KIO/UZP 151/08 oraz z 24.04.2008 r. KIO/UZP 339/08).

Zamawiający nie uznał potrzeby przeprowadzenia postępowania w celu wyjaśnienia czy którakolwiek z ofert złożonych w postępowaniu zawiera rażąco niską cenę. Stwierdził, że protestujący odniósł się jedynie do przedstawionych w ofercie cen jednostkowych, a nie do ceny za całe zamówienie. Zauważył, że odnosząc proponowane ceny jednostkowe do przewidywanego średniomiesięcznego czasu połączeń, występujące dysproporcje cen jednostkowych w poszczególnych pozycjach ofert znajdują wyrównanie w cenach za inne pozycje czyniąc je porównywalnymi nie noszącymi znamion rażąco niskiej ceny.

Od rozstrzygnięcia protestu w części oddalającej protest wykonawca Multimedia Polska – Zachód Sp. z o.o. wniósł odwołanie. Odwołujący podtrzymał w odwołaniu zarzuty dotyczące naruszenia:

- art. 89 ust.1 pkt 1 Pzp w zw. z art. 5 ust.1 pkt1 ustawy o podatku od towarów i usług w związku z art. 2 pkt 1 Pzp i art. 3 ust.1 pkt 1 ustawy o cenach,
- art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie zadania nr 1 RWŁ Szczecin, powtórzenia czynności badania ofert i odrzucenia oferty Polkomtel S.A. Podtrzymał w całości argumentację zawartą w proteście. Podkreślił, że oferta Polkomtel S.A. zawiera wewnętrzną sprzeczność. Polkomtel S.A. wskazał, że wykona zamówienie za cenę brutto w wysokości 0,01 zł zawierającej podatek VAT w wysokości 22%, a następnie stwierdził, że kwota tego podatku wynosi 0,00 zł. Skoro kryterium oceny ofert była cena jednostkowa brutto (SIWZ §13, str.6 oraz wyjaśnienia do SIWZ z dnia 2 lutego 2009r.), to przy takim sformułowaniu oferty Polkomtel S.A., de facto zamawiający oceniał cenę netto w wysokości 0,01 zł. Zasada zaokrąglania nie powinna prowadzić do sytuacji, w której z treści oferty, wynika, że nie zostanie odprowadzony podatek VAT, a oferta ta zostaje wybrana jako najkorzystniejsza. Nie sposób zgodzić się z tym, że jedna oferta jest oceniana według cen netto, a inne oferty według cen brutto.

Zgodnie z art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp oferta winna odpowiadać treści siwz jako całości, a nie tylko w zakresie przedmiotu zamówienia. We wzorze umowy Zamawiający zmodyfikował między innymi zapisy dotyczące terminów i sposobu płatności, kwestię kar i odszkodowań za przerwę w świadczeniu usług, zmian w treści umowy, uwzględnienia przy realizacji umowy regulaminu i cennika usług wydanego przez usługodawcę. W przypadku oferty Polkomtel S.A. nie sposób stwierdzić z pewnością, że Polkomtel S.A. podpisze umowę według zmienionego wzoru. W takim przypadku natomiast, należałoby uznać, że doszło do wprowadzania niedopuszczalnych zmian w treści oferty. Ponadto odwołujący wskazał w treści uzasadnienia, że Zamawiający, nie podjął czynności mających na celu wyjaśnienie, czy oferta zawiera rażąco niską cenę.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił Polkomtel S.A. wskazując, że nie mógł podać kwoty podatku do dwóch miejsc po przecinku, ponieważ podatek ten wynosi 0,0022, a zgodnie z § 5 ust. 6 rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 28 listopada 2008 r. w sprawie zwrotu podatku niektórym podatnikom, wystawiania faktur, sposobu ich przechowywania oraz listy towarów i usług, do których nie mają zastosowania zwolnienia od podatku od towarów i usług (Dz. U. Nr 212, poz. 1337), kwoty podatku VAT zaokrągla się do pełnych groszy, przy czym końcówki poniżej 0,5 grosza pomija się, a końcówki 0,5 grosza i wyższe zaokrągla się do 1 grosza. Ponadto siwz nie wymagała kalkulowania ceny za cały przedmiot zamówienia. Ceny należało podać w „PLN”. Zarzut dotyczący niezgodności treści oferty z treścią siwz przystępujący uznał za oparty na hipotezach nie znajdujących potwierdzenia w stanie faktycznym. Wykonawca podał ponadto, że zarzut rażąco niskiej ceny dotyczy wybiórczo niektórych stawek a nie całej oferty. Tylko wątpliwości w odniesieniu do ceny za cały przedmiot zamówienia mogą uzasadniać zastosowanie art. 90 ust. 1 Pzp.

Strony podtrzymały stanowiska w toku rozprawy. Odwołujący oświadczył, że podtrzymuje zarzuty zawarte w odwołaniu, dotyczące naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza, w wyniku analizy dokumentów przedłożonych do akt sprawy, oryginalnej dokumentacji postępowania oraz wyjaśnień stron i uczestnika postępowania odwoławczego, złożonych na rozprawie, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

KIO stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem prawnym w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. Izba uznała, że interes prawny odwołującego w uzyskaniu zamówienia mógłby doznać uszczerbku w przypadku potwierdzenia się zarzucanego naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu. Odwołujący, który złożył drugą ofertę w kolejności pod względem uzyskanej punktacji w kryterium ustalonym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia utraciłby w ten sposób możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Odnosząc się do, podniesionego przez odwołującego - zarzutu dotyczącego niezgodności z ustawą oferty Polkomtel S.A. z uwagi na fakt, iż oferta nie uwzględnia podatku od towarów i usług, Izba uznała - zarzut powyższy za niezasadny.

Zamawiający wymagał w specyfikacji (§ 12 ust. 3), aby ceny, o których mowa w ust. 1 pkt 1 i 2 były określone w PLN, wpisane do Formularza ofertowego jako ceny netto i brutto, podane cyfrowo i słownie, z wyodrębnieniem należnego podatku VAT. Zgodnie z treścią formularza ofertowego (załącznik nr 3 do siwz) zamawiający nie przewidział w pkt 1 pozycji do wypełnienia - odpowiadającej cenie netto. Zamawiający opisał pozycje do wypełnienia jako „cenę ..., w tym podatek VAT w wysokości ..., co stanowi kwotę ...”. W odpowiedzi na pytanie nr 2 jednego z wykonawców, zamawiający wyjaśnił (pismo z dnia 30 stycznia 2009 r.), że „wszystkie podane w formularzu ofertowym ceny mają być cenami brutto.” W odpowiedzi na pytanie nr 3 zamawiający wyjaśnił, że „do obliczeń punktowych poszczególnych ofert podstawiane będą ceny brutto.”

Polkomtel S.A. zaoferował w części 1 formularza ofertowego cenę opłaty abonamentowej (pkt 1) w wysokości „0,01 zł, w tym podatek VAT w wysokości 22%, co stanowi kwotę 0,00 zł” oraz jednostkową cenę połączeń krajowych (pkt 2a) w wysokości „0,01 zł, w tym podatek VAT w wysokości 22%, co stanowi kwotę 0,00 zł.”

Izba nie zgodziła się z twierdzeniem odwołującego, że cena, wskazana w ofercie Polkomtel S.A. nie uwzględnia kwoty VAT, a więc całej kwoty jaką zostanie obciążony zamawiający z tytułu wykonywania na jego rzecz usług. Polkomtel S.A. podał cenę brutto, o czym świadczy zapis „w tym podatek VAT w wysokości 22%”. Podatek VAT został wliczony zatem w podane ceny jednostkowe. Wobec powyższego, nieuzasadnione jest twierdzenie odwołującego, iż podatek ten nie będzie naliczany przy dokonywaniu rozliczeń za realizację zamówienia. Wskazana kwota podatku - 0,00 zł nie dowodzi sprzeczności wewnętrznej treści oferty. Nie jest zasadne również twierdzenie odwołującego, iż faktycznie oceniając oferty według ustalonych w siwz kryteriów zamawiający oceniał cenę netto w dwóch pozycjach oferty Polkomtel w wysokości 0,01 zł i dokonał jej porównania do cen brutto pozostałych ofert.

Zgodnie z treścią art. 2 pkt 1 Pzp przez „cenę” należy rozumieć cenę w rozumieniu ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz. U. Nr 97, poz. 1050 z późn. zm.). Stosownie do treści art. 3 ust.1 pkt 1 ustawy o cenach, cena oznacza wartość wyrażoną w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę; w cenie uwzględnia się podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy. Stosownie do art. 5 ust.1 pkt 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. Nr 54, poz. 535 z późn. zm.) opodatkowaniu podatkiem od towarów i usług podlega odpłatna dostawa towarów i odpłatne świadczenie usług na terytorium kraju.

Wskazanie w ofercie Polkomtel S.A. w pozycji 1 i 2a „ceny” są zgodne z definicją ceny podaną w art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy o cenach. Wskazane wyżej ceny zaoferowane przez Polkomtel S.A. zawierają wartość podatku od towarów i usług wyrażoną w prawidłowej stawce - 22% stanowią zatem tzw. cenę brutto. Kwota podatku została natomiast wyrażona przez wykonawcę w jednostkach pieniężnych wprowadzonych ustawą z dnia 7 lipca 1994 r. o denominacji złotego (Dz. U. Nr 84 poz. 386 z późn. zm.) stosownie do treści § 5 ust. 6 rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 28 listopada 2008 r., który nakazuje wykazywanie kwot podatku w fakturze w złotych. Kwota podatku została określona jako 0,00 zł, która to wartość wynika z zastosowania zasady zaokrąglania kwot wykazywanych w fakturze do pełnych groszy, zgodnie z którą końcówki poniżej 0,5 grosza pomija się, a końcówki 0,5 grosza i wyższe zaokrągla się do 1 grosza. Z uwagi na powyższe, kwota podatku w wysokości poniżej 0,005 zł podlega zaokrągleniu „w dół”, tj. do kwoty 0,00 zł. Zasada powyższa została zastosowana również przez odwołującego, który zaokrąglił w swojej ofercie, w tych samych pozycjach formularza ofertowego, kwotę podatku „w górę” do wartości 0,01 zł.

W tym stanie faktycznym Izba uznała, że pomimo podania w ofercie Polkomtel S.A. kwoty podatku VAT w wysokości 0,00 zł, nie sposób uznać, że podatek nie został wliczony w cenę oraz, że nie zostanie wykazany w fakturach za zrealizowane usługi. W tym przedmiocie zobowiązanie Polkomtel S.A. zawarte w ofercie jest jednoznaczne i nie budzi wątpliwości. Kwota podatku została natomiast wskazana z zastosowaniem ogólnie obowiązujących reguł dotyczących wystawiania faktur. Jest to również zgodne, w ocenie Izby z wymogami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dotyczącej przedmiotowego postępowania, co do sposobu wyrażania ceny. Zamawiający wymagał podania ceny w „PLN” i nie zastrzegł innych szczególnych wymagań w tym zakresie.

Niezależnie od powyższego, Izba podziela pogląd, że w przypadku podawania cen kalkulacyjnych można wyrazić kwotę podatku w tysięcznych i dziesięciotysięcznych częściach złotego, jeżeli zastrzeżenie w tym przedmiocie nie wynika z treści siwz. Nie stanowi to jednak, przeciwnie, o błędzie - w przypadku zastosowania zasad opisanych powyżej. Zgodnie z przywołanymi powyżej przepisami rozporządzenia Ministra Finansów,

kwoty wykazane w fakturze nie mogą być wyrażone w nieistniejących jednostkach pieniężnych.

Biorąc pod uwagę dany stan faktyczny, Izba nie stwierdziła naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 89 ust.1 pkt 1 Pzp w zw. z art. 5 ust.1 pkt 1 ustawy o podatku od towarów i usług, art. 2 pkt 1 Pzp i art. 3 ust.1 pkt 1 ustawy o cenach.

Izba uznała, iż nie podlega uwzględnieniu zarzut dotyczący niezgodności treści oferty Polkomtel S.A. z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zamawiający w dniu 30 lutego 2009 r. dokonał ostatnich przed upływem terminu składania ofert wyjaśnień treści siwz, odpowiadając na pytania wykonawców. Wyjaśnienia dotyczyły trzech pytań, a modyfikacja specyfikacji polegała na wydłużeniu terminu na uruchomienie usługi (zmiana zapisu w siwz w § 2 i we wzorze umowy - § 2 ust. 1). Pozostałe dwie odpowiedzi nie wprowadzały żadnych zmian do treści siwz. Otwarcie ofert nastąpiło w dniu 5 lutego 2009 r.

Oferta złożona przez Polkomtel S.A. zawiera w treści datę sporządzenia: 28 lutego 2009 r. W treści formularza ofertowego w pkt 3 znajduje się oświadczenie wykonawcy, że „zapoznaliśmy się ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (w tym ze wzorem umowy) i nie wnosimy do ich treści zastrzeżeń”. Wykonawca przyznał, że złożył ofertę przed dokonaniem przez zamawiającego wyjaśnień w dniu 30 stycznia 2009 r., lecz zapoznał się z treścią tych wyjaśnień. Zamawiający oświadczył, że nie stwierdził rozbieżności pomiędzy wymaganiami specyfikacji a ofertą, w szczególności w odniesieniu do przedmiotu zamówienia. Takich rozbieżności nie wskazał także odwołujący.

W tym stanie faktycznym, Izba uznała, że odwołujący nie wykazał, iż oświadczenie Polkomtel S.A. zawarte w pkt 3 formularza ofertowego, że wykonawca zapoznał się ze specyfikacją oraz, że nie wnosi zastrzeżeń, jest nieprawdziwe. Stosownie do treści tego oświadczenia - jego złożenie wywołuje skutek w postaci braku możliwości podnoszenia przez wykonawcę zarzutów do treści siwz, po wyborze oferty najkorzystniejszej. Tym samym stanowi ono zobowiązanie do podpisania umowy o zamówienie na warunkach określonych w specyfikacji. Wykonawca nie skorzystał z możliwości wycofania oferty, określonej w przepisie art. 84 ust. 1 Pzp, a wobec tego złożenie oferty wyraża wolę wykonawcy zawarcia umowy zgodnie z jej treścią. Treść oferty podlegała badaniu i ocenie przez zamawiającego stosownie do art. 82 ust. 3 Pzp, tj w zakresie zgodności z treścią specyfikacji (siwz). Zgodnie z utrwalonym poglądem w orzecznictwie i doktrynie chodzi przy tym o zakres merytoryczny oferty. Przesłanki odrzucenia oferty określone w art. 89 Pzp podlegają ścisłej interpretacji. Zgodnie z brzmieniem art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp zamawiający odrzuca ofertę, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Przesłanka ta nie obejmuje obowiązku badania przez zamawiającego okoliczności czy wykonawca

zapoznał się z treścią siwz i w jakim zakresie. Odzwierciedleniem znajomości przez wykonawcę wymagań zamawiającego jest bowiem treść złożonej oferty, która podlega badaniu i ocenie. Tylko w przypadku niezgodności merytorycznej treści oferty z treścią siwz zamawiający odrzuca ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Niezgodności oferty Polkomtel S.A. z treścią siwz nie zostały wykazane przez odwołującego, zatem brak jest podstaw do uznania, że oferta podlega odrzuceniu.

Biorąc za podstawę stan rzeczy, ustalony w toku postępowania, wobec nie potwierdzenia się zasadności zarzutów podniesionych przez odwołującego, Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art.191 ust.1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych stosownie do wyniku postępowania. Izba nie uwzględniła kosztów wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w wysokości 1 830 zł uznając, że złożony do akt sprawy dokument p.n „rachunek”, z uwagi na brak określenia podmiotu, do którego jest kierowany oraz daty wystawienia, nie stanowi rachunku jako podstawy do żądania zwrotu kosztów, stosownie do brzmienia § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zm.).

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....