

Sygn. akt: KIO 702/10

WYROK
z dnia 14 maja 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Członkowie: Przemysław Dzierzędzki

Dagmara Gałczewska - Romek

Protokolant: Patrycja Kaczmarska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 maja 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Polską Telefonię Komórkową - Centertel Sp. z o.o., 01-230 Warszawa, ul. Skierniewicka 10A**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Urząd Kontroli Skarbowej, ul. Chłopska, 80-362 Gdańsk**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje: unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.

2. Kosztami postępowania obciąża **Urząd Kontroli Skarbowej, ul. Chłopska 3, 80-362 Gdańsk i nakazuje:**

1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **7500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Polską Telefonię Komórkową – Centertel Sp. z o.o. 01-230 Warszawa, ul. Skierniewicka 10A**,

2) dokonać wpłaty kwoty **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) przez **Urząd Kontroli Skarbowej, ul. Chłopska 3, 80-362 Gdańsk** na rzecz **Polskiej Telefonii Komórkowej – Centertel Sp. z o.o., 01-230 Warszawa, ul. Skierniewicka 10A**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu uiszczanego wpisu.

3) dokonać zwrotu kwoty **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Polskiej Telefonii Komórkowej – Centertel Sp. z o.o., 01-230 Warszawa, ul. Skierniewicka 10A**.

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający – Urząd Kontroli Skarbowej w Gdańsku (dalej: „Zamawiający”) przeprowadził postępowanie o udzielenie w trybie przetargu nieograniczonego zamówienia publicznego na „*świadczenie usług telefonii komórkowej wraz z dostawą fabrycznie nowych telefonów komórkowych (w nienaruszonym opakowaniu) z wyposażeniem (baterie, zasilacze) oraz świadczenie usługi bezprzewodowego Internetu z dostawą fabrycznie nowych modemów HSDPA dla Urzędu Kontroli Skarbowej w Gdańsku oraz OZ UKS w Słupsku*”.

Postępowanie o udzielenie zamówienia wszczęto w dniu 24.03.2010 r. Szacunkowa wartość zamówienia jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust 8 ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej: „ustawa Pzp”).

Odwołujący – Polska Telefonia Komórkowa – Centertel Sp. z o.o. (dalej: „Odwołujący”) w dniu 16.04.2010 r. otrzymał informację o wynikach postępowania oraz o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Niezgadzając się z decyzją Zamawiającego Odwołujący w dniu 21.04.2010 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, zarzucając w nim naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez jego zastosowanie w stanie faktycznym sprawy i odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”), art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie poprawienia w ofercie Odwołującego niezgodności z SIWZ, polegającej na wpisaniu niewłaściwej liczby telefonów, niepowodującej istotnej zmiany jej treści, art. 87 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie poprawienia oczywistej omyłki pisarskiej, polegającym na błędnym wpisaniu nazwy telefonu w formularzu oferty, alternatywnie naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie poprawienia w ofercie Odwołującego omyłki polegającej na niezgodności z SIWZ, niepowodującej istotnej zmiany treści oferty, art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez pominięcie przy ocenie ofert wyjaśnień Odwołującego dotyczącej oferowanego telefonu. Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, dokonania ponownego badania i oceny ofert, dokonania poprawienia oczywistych omyłek pisarskich w treści oferty, dokonania poprawienia omyłek w treści oferty polegającej na niezgodności z SIWZ niepowodującej istotnych zmian w treści oferty, dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

W terminie przewidzianym ustawą Pzp do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej nie wpłynęło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

W związku z brakiem podstaw do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp Izba rozpoznała odwołanie na rozprawie.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ i treść oferty złożonej przez Odwołującego, jak również oświadczenia i stanowiska stron postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje: Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie skład orzekający Izby ustalił, że Odwołujący posiadał interes prawny w wniesieniu przedmiotowego odwołania. W przypadku uwzględnienia odwołania oferta Odwołującego ma szansę, w przypadku uznania jej za ważną, zostać wybraną jako najkorzystniejsza.

Odnosząc się do podniesionych w odwołaniu zarzutów skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie, gdyż brak było podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Izba badając poszczególne zarzuty stwierdziła:

I. W zakresie zarzutu dotyczącego bezpodstawnego odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z powodu wpisania niewłaściwej liczby telefonów Izba ustaliła co następuje: powyższy zarzut zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający w pkt III SIWZ opisał przedmiot zamówienia poprzez wskazanie, że przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług telefonii komórkowej wraz z dostawą fabrycznie nowych telefonów komórkowych (w nienaruszonym opakowaniu) z wyposażeniem (baterie, zasilacze) oraz świadczenie usługi bezprzewodowego Internetu z dostawą fabrycznie nowych modemów HSDPA dla Urzędu Kontroli Skarbowej w Gdańsku oraz OZ UKS w Słupsku. Szacunkowa wielkość zamówienia została ustalona w następujący sposób: t.j. 45 szt. (grupa A), 6 szt. (grupa B). Okres obowiązywania umowy wynosić miał 24 miesiące od podpisania umowy z Wykonawcą. Ponadto w pkt 3 „Wymagania ogólne” Zamawiający zastrzegł sobie możliwość wymiany aparatów na fabrycznie nowe co 12 miesięcy na 6 numerach.

Wykonawca w toku postępowania zapytał Zamawiającego czy wymaga możliwości wymiany aparatów na 6 numerach co 12 miesięcy oraz w jakiej grupie cenowej przewiduje skorzystanie z tej możliwości? Zamawiający udzielił odpowiedzi, iż niniejsza wymiana

dotyczy telefonów grupy B, objętych według SIWZ taryfą II.

Odwołujący w swojej ofercie zaproponował 45 telefonów z grupy A (taryfa I) oraz 6 telefonów z grupy B (taryfa II). Pismem z dnia 13.04.2010 r. Odwołujący udzielił Zamawiającemu następującej odpowiedzi - wskazał, iż brak podania wskazanej liczby telefonów jw. Grupie B (wskazanie 6 nie zaś 12 telefonów) jest wynikiem niedopatrzenia ze strony wykonawcy, który bazował na liczbie telefonów podanych w punkcie V formularza ofertowego.

Pismem z dnia 16.04.2010 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wyniku postępowania ze wskazaniem, iż jego oferta została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zdaniem Zamawiającego w złożonej ofercie wykonawca wycenił i zadeklarował wymianę 6 sztuk aparatów telefonicznych grupy B, a powinien dokonać wyceny 12 telefonów.

W celu ustalenia, czy decyzja Zamawiającego była zasadna, skład orzekający Izby dokonał badania, przede wszystkim, treści SIWZ oraz oferty złożonej przez Odwołującego, w zakresie określenia zarówno wymogów Zamawiającego, jak również oświadczeń Odwołującego co do treści jego oferty.

Na rozprawie Zamawiający wywiódł, iż jego zdaniem w gr. B wykonawcy mieli zaoferować 12 szt. aparatów (nie zaś 6 jak wynikało to z pkt III SIWZ) ponieważ powyższa okoliczność wynikała z zapisu liczby abonamentów dla taryfy 1 - 45 szt. oraz liczby abonamentów dla taryfy 2 – 6 szt. Ponadto Zamawiający powyższą okoliczność wywiódł z liczby abonamentów oraz ppkt 3 SIWZ („wymagania ogólne”) dotyczącego możliwości zastrzeżenia wymiany 6 aparatów na fabrycznie nowe co 12 mc na 6 numerach oraz z udzielonej odpowiedzi na pytanie, a także również z informacji zawartej pod tabelą nr 3 formularza ofertowego wskazującej, iż wykonawcom w kolumnie - oferowane telefony należało wskazać min. 2 telefony dla każdej wymienionej grupy o nie gorszych parametrach. Zdaniem Zamawiającego Odwołujący w sposób nienależyty dokonał powyższej czynności, tym samym jego oferta nie odpowiadała treści SIWZ i należało ją odrzucić.

Skład orzekający Izby uznał za zasadny zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez czynność odrzucenia oferty Odwołującego. Podzielił stanowisko i argumentację Odwołującego, że Zamawiający w SIWZ zastrzegł jedynie możliwość wymiany aparatów na fabrycznie nowe co 12 miesięcy na 6 numerach. Izba nie podzieliła stanowiska, Zamawiającego przedstawionego na rozprawie, iż obowiązek wymiany powyższych aparatów jednoznacznie wynikał z SIWZ oraz odpowiedzi nr 18 na pytanie wykonawcy.

W ocenie składu orzekającego Izby to na Zamawiającego spoczywa obowiązek rzetelnego

przygotowania dokumentacji postępowania, tak aby wykonawcy czytając zapisy SIWZ nie mieli wątpliwości co do zakresu wskazanego przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia.

Tym samym w ocenie składu orzekającego Izby brak jest podstaw do uznania, że w świetle wskazanych powyżej zapisów SIWZ Zamawiający mógł stwierdzić, iż oferta Odwołującego podlegała odrzuceniu.

Zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 3 ustawy – Pzp, specyfikacja istotnych warunków zamówienia powinna zawierać opis przedmiotu zamówienia.

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia powinna zatem zawierać w sposób precyzyjny opis przedmiotu zamówienia oraz jego zakres w celu umożliwienia wykonawcom wyceny zaproponowanego przedmiotu zamówienia. W specyfikacji Zamawiający powinien sprecyzować przedmiot zamówienia na tyle dokładnie, żeby wykonawca przed przystąpieniem do sporządzania oferty mógł zweryfikować, jaki będzie zakres świadczenia oraz wskazać jego cenę obejmującą cały przedmiot zamówienia. Ustawa pozostawia Zamawiającemu swobodę w zakresie kształtowania przedmiotu zamówienia z zastrzeżeniem, że przedmiot zamówienia należy opisać w sposób jednoznaczny i wyczerpujący za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń tak, aby zagwarantować dostęp do zamówienia podmiotom zdolnym do jego wykonania.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego SIWZ tworzona jest po to, aby Zamawiający otrzymał w wyniku przeprowadzonego postępowania zamówienie, które odpowiadać będzie ściśle jego potrzebom. SIWZ jest jednym z podstawowych dokumentów w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i jednym z głównych dokumentów, na podstawie którego wykonawcy sporządzają ofertę. Specyfikacja stanowi instrukcję dla wykonawców w jaki sposób powinni sporządzić poprawnie ofertę. Wykonawca czytając SIWZ nie może się domyślać jaki jest zakres przedmiotu zamówienia. Warunki udziału powinny być określone w SIWZ przez zamawiającego w sposób jednoznaczny. Sporządzona przez zamawiającego SIWZ wiąże zarówno zamawiającego jak i wykonawców uczestniczących w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Z tych też względów SIWZ musi być precyzyjna i jednoznaczna, a jakiegokolwiek wątpliwości powstałe na tym tle powinny być, przy poszanowaniu przepisów prawa rozstrzygane na korzyść wykonawcy.

Zamawiający nie może też obowiązkowo sporządzenia oraz doprecyzowania zapisów SIWZ przerzucać na wykonawców, twierdząc iż w toku postępowania mają oni prawo zadawania pytań w przypadku zaistnienia wątpliwości co jej treści.

W niniejszym postępowaniu Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia określił, iż szacunkowa wielkość zamówienia została ustalona jako: 45 szt. telefonów (grupa A), 6 szt. telefonów (grupa B). Okres obowiązywania umowy wynosić miał 24 miesiące od podpisania umowy z Wykonawcą. Ponadto w pkt 3 „Wymagania ogólne” Zamawiający zastrzegł sobie możliwość wymiany aparatów na fabrycznie nowe co 12

miesiący na 6 numerach. Na rozprawie Zamawiający podnosił, iż skoro umowa na świadczenie przedmiotowego zamówienia ma trwać 24 miesiące to logicznym jest, że wykonawcy zobligowani byli do zaferowania 12 a nie 6 aparatów telefonicznych jak wskazuje Odwołujący.

Z analizy treści oferty Odwołującego wynika, że Odwołujący nie zawarł możliwości wymiany aparatów na fabrycznie nowe co 12 miesięcy na 6 numerach (co również potwierdził w piśmie z dnia 13.04.2010 r.) do czego zdaniem Izby nie był zobowiązany w świetle zapisów SIWZ, a w szczególności pkt 3 SIWZ tzw. „Wymagań ogólnych”. Rację należy przyznać Odwołującemu, iż zapisy SIWZ stwarzały wykonawcom taką możliwość nie zaś obowiązek. W świetle powyższego należy stwierdzić, iż w ofercie Odwołującego znalazły się wszystkie wymagane SIWZ informacje niezbędne do stwierdzenia, iż oferta Odwołującego jest zgodna z SIWZ. Ponadto, co należy również podkreślić, Zamawiający w formularzu ofertowym nie wskazał wykonawcom, gdzie dokładnie informacja dotycząca możliwości wymiany aparatów na fabrycznie nowe co 12 miesięcy na 6 numerach miała się znaleźć.

Mając powyższe na względzie, Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego jako niezgodną z treścią SIWZ naruszył m. in. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i w konsekwencji dokonał wyboru oferty uznanej za najkorzystniejszą w sposób wadliwy z naruszeniem zasad równego traktowania wykonawców w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

II. W zakresie zarzutu dotyczącego bezpodstawnego odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z powodu błędnego wpisania nazwy telefonu na formularzu oferty Izba ustaliła co następuje: powyższy zarzut zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący w swojej ofercie zaproponował 45 telefonów z grupy A (taryfa I) oraz 6 telefonów z grupy B (taryfa II). Ponadto w tabeli 3 – Informacje o oferowanych aparatach telefonicznych w grupie telefonów A Odwołujący zaproponował telefon Sony Ericsson Model Jalou. Jednakże w załączniku nr 4 „Tabela równoważności” Odwołujący wskazał na typ telefonu Son Ericsson n Yari.

Zdaniem Zamawiającego oferta wykonawcy Odwołującego nie odpowiadała treści SIWZ. W konsekwencji Zamawiający (w związku z zaistniałymi wątpliwościami) pismem z dnia 12.04.2010 r. na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp poprosił wykonawcę o potwierdzenie spełniania minimalnych wymagań Zamawiającego dla aparatu telefonicznego Sony Ericsson Model Jalou. Na powyższe pismo Odwołujący w dniu 13.04.2010 r. udzielił Zamawiającemu odpowiedzi. Odwołujący wskazał, iż w tabeli nr 4 podał Sony Ericsson

Model Yari. Podanie innego modelu aparatu w grupie A firmy Sony Ericsson było niezamierzoną pomyłką. Prawidłowy model został przedstawiony w tabeli równoważności (tabela nr 4) i był nim Sony Ericsson Yari, który spełnia wszystkie minimalne wymagania określone przez Zamawiającego. Jednakże Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego wskazując, iż model zawarty w formularzu ofertowym (model Jalou) nie spełnia warunków Zamawiającego w stosunku do postawionych minimalnych wymagań w zakresie parametrów technicznych wyświetlacza, który zamiast minimum 2,2 cala ma zaledwie dwa cale wielkości. Zdaniem Zamawiającego nie może on dokonać poprawy takiej omyłki, dlatego oferta wykonawcy Odwołującego podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Istotą sporu między stronami w zakresie przedstawionego zarzutu jest ustalenie w świetle przedstawionego stanu faktycznego wystąpiła w ofercie Odwołującego omyłki a następnie ewentualne odpowiednie zakwalifikowanie wskazanej omyłki na podstawie art. 87 ustawy Pzp. Właściwe zakwalifikowanie omyłki ma wpływ na dalsze działania Zamawiającego w tym zakresie.

W pierwszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza nie podziela argumentacji Zamawiającego, iż z treści oferty Odwołującego jasno wynika, że zaproponował on model Jalou nie zaś Yari, co potwierdziła treść formularza ofertowego. Zdaniem Izby przy ocenie zgodności oferty Odwołującego z SIWZ nie bez znaczenia pozostają wyjaśnienia złożone przez Odwołującego w piśmie z dnia 13.04.2010 r., w którym to Odwołujący wyjaśnia, że zaproponował model Yari nie zaś Jalou. Zamawiający przy ocenie oferty powinien brać pod uwagę całokształt okoliczności, w tym także ewentualne wyjaśnienia wykonawców złożone w toku postępowania. Rację należy przyznać Odwołującemu, że Zamawiający dokonując badania i oceny złożonych ofert nie może wybiórczo oceniać ofert, nie biorąc jednocześnie pod uwagę wyjaśnień złożonych w wyniku wezwania go przez Zamawiającego w tym zakresie. Jedynie zastrzeżeniu podlega podstawa prawna, wezwania wykonawcy o wyjaśnienie treści złożonej oferty. Zamawiający powinien dokonać powyższej czynności powołując się na art. 87 ustawy Pzp, nie zaś na treść art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Bezsporne jest jednak, iż Odwołujący w piśmie z dnia 13.04.2010 r. wskazał iż zaproponował model Yari (spełniający wymagania Zamawiającego) nie zaś Jalou.

Celem wprowadzonych ustawą z dnia 04.09.2008 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2008 r., Nr 171, poz. 1058) przepisów dotyczących art. 87 ust. 2 pkt 1 -3 ustawy Pzp było odformalizowanie procedur w zakresie poprawiania w treści ofert omyłek. Ustawodawca wyszedł z założenia, iż formalizm nie może być głównym celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a ma jedynie służyć podtrzymaniu zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania

wykonawców, dlatego też Zamawiający nie może bezwzględnie stosować treści art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp bez możliwości skorzystania z wyjaśnienia i poprawienia ofert.

Przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, obliguje Zamawiającego do poprawiania w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego omyłek w treści oferty, jeżeli zachodzą łącznie dwie okoliczności: stwierdzona przez Zamawiającego niezgodność treści oferty ze SIWZ ma charakter omyłki i poprawienie tej omyłki nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. W orzecznictwie przyjmuje się iż w zakresie ww. omyłki, fakt, że omyłka ta może ewentualnie mieć wpływ na cenę oferty, nie stanowi automatycznie przeszkody w jej poprawieniu.

Zdaniem Izby w niniejszym stanie faktycznym obie przesłanki zostały wypełnione. Zaistniałą rozbieżność w treści oferty Odwołującego (w zakresie zaoferowanego modelu telefonu) można zakwalifikować jako inną omyłkę polegającą na niezgodności z SIWZ a niepowodującą istotnej zmiany jej treści.

Zdaniem Izby wskazana powyżej omyłka nie jest omyłką pisarską, co zostało alternatywnie podnoszone przez Odwołującego, a kwalifikuje się jako inna omyłka polegająca na niezgodności z SIWZ, niepowodująca istotnej zmiany jej treści, co również podniósł Odwołujący w odwołaniu.

Reasumując, odstępując od wykorzystania czynności wynikających z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp Zamawiający naruszył przepisy ustawy Pzp wskazane w odwołaniu i w konsekwencji dokonał wyboru oferty uznanej za najkorzystniejszą w sposób wadliwy z naruszeniem zasad równego traktowania wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Z tych też względów Izba wskazuje na konieczność zastosowania przez Zamawiającego w stosunku do oferty Odwołującego przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w stosownym zakresie podczas powtórzenia czynności badania i oceny ofert dokonywanej z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

W świetle powyższego, działając na podstawie art. 192 ust. 2 oraz ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp oraz w wyniku uznania, że stwierdzone przez Izbę naruszenie poprzez bezpodstawne odrzucenie przez Zamawiającego oferty Odwołującego ma istotny wpływ na wynik postępowania, orzeczono jak w sentencji.

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....