

Sygn. akt: KIO 522/15

WYROK
z dnia 30 marca 2014 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 marca 2015 roku, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 marca 2015 roku przez wykonawcę Polkomtel Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Postępu 3, 02-676 Warszawa

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Polskie Radio S.A. z siedzibą w Warszawie w Alejach Niepodległości 77/85, 00-977 Warszawa

przy udziale wykonawcy Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie w Alejach Jerozolimskich 160, 02-326 Warszawa zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka

1. Uwzględnia odwołanie.

Nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie Zadania nr 1 *Usługi telefonii komórkowej wraz z usługami dodatkowymi dla Polskiego Radia S.A.*.

Nakazuje Zamawiającemu w zakresie Zadania nr 1 *Usługi telefonii komórkowej wraz z usługami dodatkowymi dla Polskiego Radia S.A.* odrzucenie oferty wykonawcy Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie w Alejach Jerozolimskich 160, 02-326 Warszawa jako niezgodnej z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Polskie Radio S.A. z siedzibą w Warszawie w Alejach Niepodległości 77/85, 00-977 Warszawa i:

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

2.2 zasądza od Zamawiającego Polskie Radio S.A. z siedzibą w Warszawie w Alejach Niepodległości 77/85, 00-977 Warszawa na rzecz wykonawcy Polkomtel Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Postępu 3, 02-676 Warszawa kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) stanowiącą koszty poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający Polskie Radio S.A. z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego w przedmiocie *Usługi telefonii komórkowej wraz z usługami dodatkowymi dla Polskiego Radia S.A.*

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2014 /S 242-426416

16 marca 2015 roku działając na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) Odwołujący wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy czynności i zaniechań Zamawiającego zarzucając naruszenie:

- art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy w związku z art. 25 ust. 2 ustawy - przez błędną ich wykładnię, polegającą na przyjęciu, że wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dopuszczalne jest wyłącznie na podstawie informacji z Krajowego Rejestru Karnego, prowadzącą w konsekwencji do wykluczenia Odwołującego i odrzucenia jego oferty,
- art. 7 ust. 1 ustawy w związku z art. 89 ust 1 pkt 2) ustawy - przez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawcy Orange Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie („Orange Polska”), która to oferta nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”) i tym samym naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz prowadzącej do niego czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania, nakazanie Zamawiającemu dokonania powtórnej oceny ofert wraz ze złożonymi wyjaśnieniami, odrzucenie oferty wykonawcy Orange Polska jako nie spełniającej wymogów określonych SIWZ oraz wybór oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów ustawy interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, gdyż objęte odwołaniem czynności Zamawiającego

uniemożliwiają Odwołującemu uzyskanie zamówienia. W razie uwzględnienia odwołania Odwołujący uzyska możliwość uzyskania zamówienia. Objęte odwołaniem czynności Zamawiającego prowadzą do poniesienia szkody przez Odwołującego polegającej na uniemożliwieniu Odwołującemu uzyskania zamówienia.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty:

I.

Zgodnie z art. 25 ust. 2 ustawy, potwierdzeniem niekaralności może być w szczególności informacja z Krajowego Rejestru Karnego, co wskazuje na możliwość wykazania spełnienia tego warunku również przy pomocy innych dostępnych dokumentów. Przepis art. 25 ust. 2 ustawy wskazuje na rodzaje dokumentów jakich Zamawiający może żądać od wykonawców. Zastosowanie katalogu otwartego, w przywołanym przepisie, w zakresie wykazania niekaralności umożliwia wykonawcy przedłożenie innych dokumentów z zastrzeżeniem zachowania wymaganej formy. Zgodnie z powyższym Odwołujący w ramach przedstawionych wyjaśnień złożonych Zamawiającemu w dniu 18 lutego 2015 roku przedłożył stosowną informację z Krajowego Rejestru Karnego dla nowo powołanego członka zarządu Odwołującego - pani A. J. - datowaną na dzień 10 lutego 2015 roku oraz jej oświadczenie co do figurowania w Rejestrze wg stanu na dzień składania ofert tj. 09 lutego 2015 roku.

W ocenie Odwołującego na podstawie orzecznictwa dotyczącego możliwości uzupełnienia dokumentów w zakresie informacji z Krajowego Rejestru Karnego stanowiska nie są jednoznaczne i np. w wyroku Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 20 maja 2010 roku (sygnatura akt I ACa 357/10) można przeczytać: „W tym miejscu Sąd Apelacyjny stwierdza, że wykładnia celowościowa przepisu art. 25 p.z.p prowadzi do wniosku, że informacja z KRK dotycząca podmiotu zbiorowego zaświadczająca stan faktyczny na dzień jej udzielenia, to jest 22 maja 2009 r. poświadcza również, ten stan na dzień w którym upłynął termin do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, czyli a dzień 12 maja 2009 r.. Oczywistym celem przepisu art. 24 ust. 1 pkt 9 p.z.p jest wykluczenie z udziału w przetargu podmiotów, wobec których sąd orzekł zakaz ubiegania się o zamówienia na podstawie przepisów o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary. *Skoro ustawodawca zakłada możliwość wezwania o uzupełnienie braków*

wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, między innymi braku dotyczącego niezłożenia omawianego zaświadczenia, wobec faktu, że zaświadczenie dokumentuje stan faktyczny na dzień jego wydania - należy przyjąć, że jego złożenie na skutek wezwania zamawiającego po dniu, w którym upłynął termin do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu stanowi prawidłowe uzupełnienie braków wniosku. W odniesieniu do będącej przedmiotem spornego wezwania do uzupełnienia dokumentów informacji z KRK o podmiocie zbiorowym, słusznie również podnosi powódka, że nie jest możliwe uzyskania zaświadczenia o niekaralności z KRK z datą wsteczną przed dniem złożenia wniosku - punkty informacyjne KRK wydają informacje aktualne na dzień złożenia wniosku albo dni bezpośrednio po nim następujące (w ciągu wskazanych w art. 217 § 3 k.p.a. 7 dni). Skądinąd skoro z wydanego w niniejszej sprawie zaświadczenia wynika, że powódka nie figurowała w kartotece podmiotów zbiorowych KRK na dzień 22 maja 2009 r., to tym bardziej nie figurowała w nim na dzień 12 maja 2009 r. (dzień otwarcia ofert).”.

II.

Zamawiający w Tabeli 1b Załącznika nr 1 do SIWZ tj. Opisie Przedmiotu Zamówienia dla części pierwszej - wymaga w ramach minimalnych wymogów sprzętowych aby aparaty telefoniczne obsługiwały karty pamięci.

W ramach swojej oferty Wykonawca Orange Polska zaoferował dla tzw. Puli VIP aparaty telefoniczne marki NOKIA model Lumia 930, który to model zgodnie ze specyfikacją na stronie producenta (wydruk ze strony internetowej stanowi załącznik nr 5 do odwołania) oraz informacjami uzyskanymi od przedstawicieli producenta w formie mailowej (kopia korespondencji stanowi załącznik nr 6 do odwołania) nie spełnia tego parametru, gdyż nie oferuje takiej funkcjonalności.

Podkreślenia wymaga okoliczność, iż zarówno treść SIWZ, jak i treść oferty stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: Zamawiającego - który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia oświadcza realizacji jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego - oraz wykonawcy - który jednostronnie zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez siebie oferty jako najkorzystniejszej. Wobec tego - co do zasady - porównanie zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w SIWZ przesadza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści SIWZ - jest z nią zgodna (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 2013-06-10. KIO 1266/13).

Zasada równego traktowania wykonawców polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji. Sytuacja, w której Zamawiający wyjaśnia treść oferty jednego wykonawcy, nie korzystając z przedmiotowego uprawnienia w przypadku innego wykonawcy, budzi wątpliwości na tle zasady równego traktowania oferentów.

Zamawiający nie wezwał wykonawcy Orange Polska do złożenia wyjaśnień w sytuacji gdy treść oferty nie odpowiadała wymogom określonym w SIWZ i konsekwentnie nie dokonał odrzucenia takiej oferty, czym dopuścił się naruszenia zasady równego traktowania i przepisów art. 7 ust. 1 ustawy PZP w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron i uczestnika postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 16 marca 2015 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co potwierdziły Strony na posiedzeniu z ich udziałem.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy* - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Zaznaczyć należy, że przesłanki z art. 179 ust. 1 ustawy nie aktualizują się w zależności od zasadności podnoszonych zarzutów w odwołaniu, na co wskazywał uczestnik postępowania odwoławczego. Izba wskazuje, że legitymacja do wniesienia odwołania warunkowana jest koniecznością poszukiwania ochrony prawnej przed nieuzasadnionym pozbawieniem udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, uzyskania takiego zamówienia.

Odwołanie stanowi środek ochrony prawnej skierowany na zmianę sytuacji wykonawcy w danym postępowaniu. Odwołujący w złożonym odwołaniu kwestionował czynności Zamawiającego dotyczące wykluczenia Odwołującego jak i zaniechania Zamawiającego w stosunku do oferty wykonawcy wybranego do realizacji zamówienia.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie a także stanowiska i oświadczenia złożone ustnie do protokołu.

Izba dopuściła dowody zawnioskowane przez Odwołującego i załączone do odwołania.

Zamawiający złożył pismo z dnia 23 marca 2015 roku *Odpowiedź na odwołanie*. Izba dopuściła dowody zawnioskowane przez Zamawiającego i załączone do odpowiedzi na odwołanie.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), *Izba uwzględniła odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia*. Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

I.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy w związku z art. 25 ust. 2 ustawy - przez błędną ich wykładnię, polegającą na przyjęciu, że wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dopuszczalne jest wyłącznie na podstawie informacji z Krajowego Rejestru Karnego, prowadzącą w konsekwencji do wykluczenia Odwołującego i odrzucenia jego oferty – Izba uznała za niezasadny.

Zamawiający zgodnie z punktem 10.2.5) Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) żądał od wykonawców złożenia, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z udziału w postępowaniu aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego

w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8, 10-11 ustawy, wystawioną nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert.

Odwołujący w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania, w odpowiedzi na wezwane Zamawiającego z dnia 13 lutego 2015 roku, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy za pismem z dnia 18 lutego 2015 roku złożył aktualne zaświadczenie z Krajowego Rejestru Karnego dla Pani A. J. wystawione na dzień 10 lutego 2015 roku oraz oświadczenie członka zarządu Polkomtel Sp. z o.o. Pani A. J. z dnia 9 lutego 2015 roku.

Termin składania i otwarcia ofert – 9 lutego 2015 roku.

Zgodnie z Rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 roku *w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane* (Dz. U. z 2013r. poz. 231) § 3 ust. 1 pkt 5 Zamawiający w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia w okolicznościach o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy żąda aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert.

Na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Zamawiający wyklucza z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawców, którzy nie wykazali spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Należy jednoznacznie stwierdzić, że dokumentem wykazującym brak podstaw do wykluczenia wykonawcy jest informacja z Krajowego Rejestru Karnego, tylko i wyłącznie ten dokument w realiach rozpoznawanej sprawy potwierdza w sposób należyty brak podstaw wykluczenia wykonawcy z postępowania – ustawodawca nie przewidział możliwości wykazania okoliczności stwierdzanych informacją z Rejestru jakimkolwiek innymi dokumentami, w tym oświadczeniem. Informacja z Krajowego Rejestru Karnego przedstawiona w postępowaniu zaświadcza okoliczności wynikające z treści wpisów do Rejestru według stanu na dzień, w którym informacja jest udzielona. Dokumenty składane w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania powinny być wystawione najpóźniej w dniu, w którym upływa termin składania ofert (w rozpoznawanym przypadku 9 luty 2015 rok) jednocześnie zgodnie z rozporządzeniem (§ 3 ust. 1 pkt 5) przedstawiona informacja z rejestru ma być aktualna, wystawiona nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert.

Odwołujący składając na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy dokumenty do uzupełnienia których został wezwany powinien był złożyć w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania informację z Krajowego Rejestru Karnego dla Pani A. J. wystawioną najpóźniej na dzień 9 lutego 2015 roku, bowiem to był dzień składania ofert. Odwołujący nie złożył wymaganego dokumentu, tym samym nie wykazał braku podstaw do wykluczenia go z postępowania – działanie Zamawiającego było prawidłowe i nie naruszało art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy w związku z art. 25 ust. 2 ustawy.

II.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy- *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców* - w związku z art. 89 ust 1 pkt 2) ustawy – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust.2 pkt 3* - przez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawcy Orange Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie („Orange Polska”), która to oferta nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia i tym samym naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania– Izba uznała za zasadny.

Obowiązkiem Zamawiającego jest prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z poszanowaniem zasad zamówień publicznych oraz w zgodzie z obowiązkami nałożonymi przez ustawę na Zamawiającego. Izba wskazuje, iż ustawa zobowiązując Zamawiających zgodnie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy do odrzucenia oferty o ile jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, odrzucenie oferty, biorąc pod uwagę dodatkowo zastrzeżenie jakie uczynił ustawodawca, nie może nastąpić z powodów formalnych, błahych nie wpływających na treść złożonej oferty oraz nie może nastąpić, gdy Zamawiający ma możliwość poprawienia błędów jakie zawiera oferta.

Wskazać należy, iż o zgodności treści oferty z treścią SIWZ przesądza ich porównanie. (porównaj: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 30 marca 2010 roku sygn. akt KIO/UZP 228/10; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 30 marca 2010 roku sygn. akt KIO/UZP 228/10; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 30 stycznia 2013 roku sygn. akt KIO 103/13; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 28 listopada 2014 roku sygn. akt KIO 2387/14). Niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia należy oceniać z

uwzględnieniem pojęcia oferty zdefiniowanego w art. 66 Kodeksu cywilnego, czyli niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami Zamawiającego w odniesieniu do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia – w przedmiotowym postępowaniu, w ofercie złożonej przez Orange Polska brak jest zgodności pomiędzy oświadczeniami jakie złożył wykonawca a wymaganiami Zamawiającego.

Izba podkreśla, że należy mieć na uwadze, że niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia – która to stanowi obligatoryjną przesłankę odrzucenia oferty z postępowania o udzielenie zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy – zachodzi, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada pod względem przedmiotu zamówienia albo sposobu wykonania przedmiotu zamówienia ukształtowanym przez Zamawiającego i zawartym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymaganiom. Obowiązkiem wykonawcy przystępującego do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest złożenie oferty zgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (porównaj: wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 10 lipca 2008 roku sygn. akt V Ca 1109/08). Odzwierciedleniem znajomości wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a tym samym wymagań Zamawiającego co do przedmiotu zamówienia, sposobu jego realizacji jest złożona w postępowaniu o udzielenie zamówienia oferta. Wykonawca składający ofertę niezgodną z wymaganiami Zamawiającego, musi brać pod uwagę konsekwencje jakie go spotkają, w szczególności odrzucenie oferty z postępowania. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, stanowi szczególną formę prowadzącą do zawarcia umowy w sprawie realizacji danego zamówienia, kreowane jest przez obowiązujące przepisy prawa dla tej dyscypliny i zobowiązuje tymi przepisami wszystkich uczestników tego systemu. Choć samo postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie powinno być formalizmem samym w sobie a jego głównym zadaniem jest doprowadzenie do zawarcia umowy – to odstępianie od formalizmu nie może być utożsamiane z modyfikacją reguł postępowania określonych ustawą i w konsekwencji prowadzić do wyboru w postępowaniu oferty, która nie jest zgodna z wymaganiami Zamawiającego. Szczególna regulacja postępowań o udzielenie zamówienia publicznego zobowiązuje Zamawiających do takiego działania oraz korzystania z praw jakie przypisuje mu ustawa, które to działanie doprowadzi do obiektywnie najkorzystniejszego rozstrzygnięcia postępowania, zgodnego z postanowieniami SIWZ, a działanie takie zapewni jednocześnie poszanowanie zasad prawa zamówień publicznych oraz interesów wszystkich uczestników procesu udzielania zamówień publicznych.

Zamawiający w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”) w Załączniku nr 1 – *Opis przedmiotu Zamówienia* wskazał dwa zadania:

Zadanie nr 1 - *Usługi telefonii komórkowej wraz z usługami dodatkowymi dla Polskiego Radia S.A.* oraz

Zadanie nr 2 – *Usługi transmisji danych z usługami dodatkowymi dla Polskiego Radia S.A.*

W części 6 SIWZ Zamawiający wskazał, że wykonawcy mogą składać oferty częściowe.

Zarzut dotyczący niegodności treści oferty złożonej przez Orange Polska z SIWZ dotyczy Zadanie nr 1 - *Usługi telefonii komórkowej wraz z usługami dodatkowymi dla Polskiego Radia S.A.*

W opisie przedmiotu zamówienia dla zadania nr 1 w Tabeli 1b – *Zestawienie parametrów aparatów telefonicznych (minimalne wymagania sprzętowe)* w tabeli *Pula VIP* w kolumnie *wymagany parametr* Zamawiający wskazał: *Obsługa kart pamięci* a w kolumnie *Wartość minimalna* Zamawiający wskazał: *tak*.

W Załączniku nr 7 *Specyfikacja oferowanego sprzętu* do SIWZ dla Zadania nr 1 Zamawiający pod tabelą zmieścił: *Wykonawca zobowiązany jest do uwzględnienia wszystkich parametrów, które Zamawiający określił w opisie przedmiotu zamówienia.*

Wykonawca Orange Polska w złożonej ofercie zaoferował w Tabeli *Pula VIP* aparat telefoniczny Nokia Lumia 930.

Wykonawca Orange Polska w trakcie rozprawy oświadczył, że telefon nie posiada slotu na kartę pamięci, ale obsługuje te karty przez zewnętrzne urządzenie a odpowiednie urządzenie do odczytu kart pamięci zostanie dołączone do telefonu i dostarczone razem z tym telefonem. Pełnomocnik Orange Polska wyjaśnił, że karta pamięci to zewnętrzny nośnik, czyli fizyczny element. W zakresie parametru obsługa kart pamięci, zakładał, że chodzi o obsługę zewnętrznych kart, który to warunek spełniał przez zastosowanie dodatkowego urządzenia.

W ocenie Izby spełnienie wymagania określonego przez Zamawiającego dotyczącego Obsługi kart pamięci, przy uwzględnieniu wszystkich postanowień SIWZ określonych przez Zamawiającego sprowadza się do tego, że zaoferowany aparat telefoniczny miał obsługiwać karty pamięci, czyli nośnik pamięci, który można w sposób swobodny odłączyć od urządzenia, w tym wypadku aparatu telefonicznego. Niedorzeczne jest twierdzenie Zamawiającego, że przez obsługę kart pamięci należało rozumieć obsługę wbudowanej pamięci wewnętrznej oraz, że zaoferowana wbudowana pamięć wewnętrzna telefonu (32

GB) jest wystarczająca dla zabezpieczenia potrzeb użytkownika telefonu i pozwala na przechowywanie danych na wewnętrznej karcie, która choć niewymienna spełnia wymagania SWIZ. Zaznaczyć należy, że zarówno Odwołujący jak i uczestnik postępowania odwoławczego w jednakowy sposób zrozumieli postanowienia SWIZ a jedynie Zamawiający, wydaje się że na potrzeby postępowania odwoławczego przedstawił zupełnie inne, odmienne rozumienie postanowień SIWZ, które nie wynika z samej treści SIWZ. Zamawiający wskazywał również, poza wcześniej podniesionym rozumieniem SIWZ, że tak skonstruowane postanowienia SWIZ miały za zadanie umożliwienie przechowywanie danych w „chmurze”, co w ocenie Izby również nie znajduje umocowania w postanowieniach SIWZ. Słusznie wskazał Odwołujący, co potwierdził również uczestnik postępowania odwoławczego, że pamięć wewnętrzna wbudowana stanowi układ scalony trwale związany z urządzeniem natomiast karta pamięci stanowi nośnik pamięci, który można swobodnie odłączyć od urządzenia.

Z załączonego do odpowiedzi na odwołanie dokumentu (Załącznik nr 4) wynika, że zaoferowane przez Orange Polska urządzenie – aparat telefoniczny Nokia Lumia 930 posiada pamięć masowa 32 GB (czyli wymaganą przez Zamawiającego pamięć wewnętrzną wbudowaną) oraz że nie posiada karty zwiększającej pojemność pamięci (czyli nie posiada możliwości zwiększenia pojemności pamięci, co prowadzi do wniosku, że nie posiada możliwości obsługi kart pamięci). Zaszczyc należy, że podnoszony przez Zamawiającego argument o możliwości przechowywania danych w „chmurze” w kontekście obsługi kart pamięci również w obliczu przedstawionego dokumentu przez Zamawiającego jest chybiony bowiem w sposób odrębny, niezależnie od możliwości zastosowania karty zwiększającej pojemność pamięci, w specyfikacji technicznej została wykazana bezpłatna pamięć w chmurze (15 GB).

Z dokumentów załączonych do Odwołania (Załącznik nr 5 i 6) wynika również, że zaoferowany aparat telefoniczny Nokia Lumia 930 nie spełnia wymagań Zamawiającego. Izba zaznacza, że zarówno Zamawiający jak również Odwołujący posłużyli się wydrukiem ze strony internetowej zawierającym specyfikę zaoferowanego przez Orange Polska urządzenia a sam uczestnik postępowania odwoławczego oświadczył, potwierdzając tym samym informację zawarte w przedstawionych wydrukach, że aparat telefoniczny Nokia Lumia 930 nie posiada slotu na kartę pamięci.

Korespondencja mailowa jaka została przedstawiona przez Odwołującego (załącznik nr 6 do odwołania) stanowi w tym wypadku uzupełnienie informacji zawartych w specyfice aparatu telefonicznego. Izba na wniosek uczestnika postępowania odwoławczego traktuje ten

dokument (załącznik nr 6 do odwołania) jako stanowisko Odwołującego. Zestawienie tabelaryczne zawarte w tym dokumencie jednoznacznie wskazuje na to, że Nokia Lumia 930 – czyli zaoferowany przez Orange Polska aparat telefoniczny nie obsługuje kart pamięci, co jest zgodne ze stanowiskiem przedstawionym przez Orange Polska na rozprawie. Natomiast istotne jest, że w zestawieniu tabelarycznym zostało wskazane urządzenie, które spełnia wszystkie wymagania Zamawiającego określone w SWIZ.

Orange Polska na rozprawie oświadczyło, że zaoferowany telefon nie posiada slotu na kartę pamięci, czym w ocenie Izby jednoznacznie potwierdziło, że oferując telefon Nokia Lumia 930 uczestnik postępowania odwoławczego nie uwzględnił wszystkich parametrów, które Zamawiający określił w opisie przedmiotu zamówienia. Natomiast oświadczenie Orange Polska, że telefon zaoferowany obsługuje karty przez zewnętrzne urządzenie a odpowiednie urządzenie do odczytu kart pamięci zostanie dołączone do telefonu i dostarczone razem z tym telefonem stanowi zmianę, niedopuszczoną zmianę w świetle postanowień SIWZ, przedmiotu zamówienia. Zaznaczyć należy, że Zamawiający nie dopuścił możliwości składania ofert zawierających inne rozwiązanie niż określone przez Zamawiającego (nie dopuścił składania rozwiązań równoważnych czy też ofert wariantowych). Na etapie oceny ofert Zamawiający nie jest uprawniony do zmiany sposobu oceny złożonych ofert jak również nie może być uznane za poprawne dokonywanie oceny ofert w sposób intencyjny, bez umocowania w postanowienia SIWZ.

Ocena ofert Orange Polska w zakresie Zadania nr 1 była nieprawidłowa. Słusznie wskazał Odwołujący, że ewentualne wyjaśnienia treści oferty stanowią element procesu badania i oceny oferty a ten zakończył Zamawiający dokonując wyboru oferty w postępowaniu. W ocenie Izby zarzut naruszenia art. 89 ust. 1pkt 2 ustawy oraz art. 7 ust. 1 ustawy, nie jest przedwczesny. Izba uznała zrzut naruszenia art. 89 ust. 1pkt 2 ustawy oraz art. 7 ust. 1 ustawy za zasadny i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie Zadania nr 1 *Usługi telefonii komórkowej wraz z usługami dodatkowymi dla Polskiego Radia S.A* oraz odrzucenie oferty wykonawcy Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie w Alejach Jerozolimskich 160, 02-326 Warszawa jako niezgodnej z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i 5 ust. 2 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).

Przewodniczący: