

**WYROK**

**z dnia 20 maja 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:**

**Przewodniczący: Anna Packo**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 maja 2014 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 maja 2014 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia

**Integrated Solutions Sp. z o.o. ul. Skierniewicka 10A, 01-230 Warszawa oraz  
Orange Polska S.A. Al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa**

w postępowaniu prowadzonym przez

**Telewizję Polską S.A. ul. Jana Pawła Woronicza 17, 00-999 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **NETIA S.A. ul. Poleczki 13, 02-822 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Integrated Solutions Sp. z o.o. i Orange Polska S.A. i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Integrated Solutions Sp. z o.o. i Orange Polska S.A. tytułem wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013, poz. 907 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 Warszawie.

**Przewodniczący:** .....

## **Uzasadnienie**

Zamawiający – Telewizja Polska S.A. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „świadczenie usług telekomunikacyjnych w obszarze telefonii stacjonarnej, komórkowej i konwergentnej przez okres 30 miesięcy” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 12 marca 2014 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2014/S 050-083648. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Integrated Solutions Sp. z o.o. i Orange Polska S.A. wniósł odwołanie zarzucając zamawiającemu naruszenie ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 poprzez zaniechanie odrzucenia oferty niezgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia,
2. art. 89 ust. 1 pkt 6 poprzez zaniechanie odrzucenia oferty zawierającej błąd w obliczeniu ceny,
3. art. 87 ust. 2 pkt 3 poprzez usunięcie niezgodności ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia w ofercie wykonawcy Netia S.A. jako innej omyłki, mimo iż zmiana taka prowadziła do istotnej zmiany treści oferty.

Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej na cz. II zamówienia,
2. nakazanie odrzucenia oferty wykonawcy Netia S.A. w cz. II zamówienia,
3. nakazanie przeprowadzenia ponownej czynności badania i oceny ofert,
4. nakazanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, że w części II (w zakresie telefonii stacjonarnej) zamówienia jako najkorzystniejsza została wybrana oferta wykonawcy Netia S.A., która podlega odrzuceniu ze względu na niezgodność ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia oraz błąd w obliczeniu ceny.

Wykonawca Netia S.A. zaoferował przedmiot zamówienia niezgodny z opisem przedmiotu zamówienia. W ofercie tego wykonawcy, w załączniku „Formularz obliczenia ceny oferty”, w części A w wierszach nr 1-3 i 6-8, wskazano nieprawidłowe ilości oferowanych łącz, tj. 23 łącza PRA, 37 łącz BRA, oraz 220 linii analogowych. Tymczasem zamawiający

w odpowiedziach z 17 kwietnia 2014 r. dokonał modyfikacji wymaganych ilości łączy poszczególnych rodzajów na: 24 łączy PRA, 39 łączy BRA i 218 linii analogowych oraz uwzględnił te zmiany w treść formularza ofertowego. Zamawiający wymagał świadczenia usług za pomocą określonej ilości danego rodzaju łączy, a wykonawca nie miał dowolności co do sposobu świadczenia usług telekomunikacyjnych. Z punktu widzenia technologicznego linie analogowe nie są równoważne łączom PRA i BRA. Stąd nie można uznać, że różnice w ilości łączy poszczególnego rodzaju nie mają znaczenia, w szczególności, że łączy jednego rodzaju można zastąpić łączami innego typu.

Zaoferowanie niewłaściwej ilości łączy należy zatem uznać za merytoryczną niezgodność oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co skutkuje jej odrzuceniem na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wskutek błędnego ustalenia dotyczącego wymaganej liczby łączy poszczególnych rodzajów doszło również do błędu w obliczeniu ceny oferty. Wykonawca przyjął bowiem błędne składniki działań matematycznych, na podstawie których wyliczył cenę ofertową, a w efekcie błąd wpłynął na cenę całkowitą oferty. W związku z powyższym należy uznać, że oferta wykonawcy Netia S.A. podlega odrzuceniu również ze względu na błąd w obliczeniu ceny na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Błędy, które znalazły się w ofercie wykonawcy Netia S.A. nie mogą zostać poprawione na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nie mają one charakteru oczywistej omyłki pisarskiej ani oczywistej omyłki rachunkowej – działania matematyczne zostały wykonane poprawnie, zgodnie z zasadami arytmetyki, błędnie zostały natomiast przyjęte składniki tych działań. Nie można uznać tych błędów za inne omyłki polegające na niezgodności ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, które nie powodują istotnych zmian w treści oferty. Jak przyjmuje się w doktrynie, omyłka nie powoduje istotnych zmian w przypadku, gdy omyłki nie dotyczą podstawowego aspektu oferowanego świadczeń. Błędy w ofercie wykonawcy Netia S.A. powodują, że oferta nie spełnia w obecnym kształcie wymagań zamawiającego, dotyczą również liczby zaoferowanych łączy, a więc świadczenia głównego, co przemawia za tym, że nie można ich uznać za inne omyłki w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający uwzględnił odwołanie w całości. Stwierdził, iż początkowo skupił się na poprawieniu formularza ofertowego, jednak po otrzymaniu odwołania stwierdził, iż nie może zignorować faktu, że wykonawca Netia S.A. wraz z ofertą złożył też opis przedmiotu zamówienia w pierwotnej wersji, czyli zawierający te same ilości łączy, co w formularzu ofertowym, a więc te same błędy. Zbyt daleko idące byłoby ich poprawienie w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Oświadczenie woli spółki Netia w postaci oferty zostało złożone 23 kwietnia, zatem, zgodnie z art. 61 Kodeksu cywilnego,

odwołanie takiego oświadczenia jest skuteczne, gdy doszło wraz z takim oświadczeniem lub wcześniej, natomiast wykonawca zgodził się na poprawienie omyłek dopiero 28 kwietnia 2014 r.

Wykonawca Netia S.A. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, a następnie, w związku z jego uwzględnieniem, wniósł sprzeciw.

Stwierdził, iż wolą Netii była realizacja przedmiotu zamówienia zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia; to w trakcie wypełniania formularza cenowego doszło do omyłki w postaci użycia niezmienionego formularza. Przedłożenie opisu przedmiotu zamówienia w pierwotnym brzmieniu to ten sam rodzaj omyłki; natomiast z orzecznictwa wynika, że brak parafowanej części specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie przesądza o niezgodności oferty z tą specyfikacją. Poprawienie oferty przez zamawiającego usunęło niezgodność oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

Wskazał, iż gdyby zamierzał złożyć ofertę niezgodną ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, nie zgodziłby się na poprawienie omyłek, natomiast na takie poprawienie się zgodził. Wykonawcy po to składają oferty, żeby zawrzeć umowę, a nie forsować rozwiązania niezgodne z wymaganiami zamawiającego.

**W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania oraz złożonych oświadczeń Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.**

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania.

Izba ustaliła też, że stan faktyczny postępowania nie jest sporny między stronami.

Wykonawca Netia S.A. w formularzu ofertowym wskazał nieprawidłowe ilości oferowanych łączy, tj. 23 łączy PRA, 37 łączy BRA oraz 220 linii analogowych zamiast 24 łączy PRA, 39 łączy BRA i 218 linii analogowych.

Izba stwierdziła, iż sytuacja taka jest klasyczną omyłką, którą poprawia się w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z art. 87 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający poprawia w ofercie: 1) oczywiste omyłki pisarskie, 2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek, 3) inne omyłki polegające na

niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty – niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Nie ma wątpliwości, że zaoferowana liczba poszczególnych łączy jest niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, lecz – jak wynika z treści art. 87 ust. 2 pkt 3 – jest to warunek, aby taki błąd w ogóle można było poprawić.

Przy tym oczywiste dla Izby jest, że nie jest to celowa chęć zaoferowania innej liczby poszczególnych łączy, niż wymagał zamawiający, gdyż takie działanie wykonawcy byłoby pozbawione sensu – nie tylko ze względu na to, że oferta taka musiałaby zostać odrzucona, ale także, że wykonawca z łatwością może wykonać łączy o rodzaju i liczbie wskazanej przez zamawiającego. Najbardziej logiczne jest tłumaczenie przystępującego, że oferta przez nieuwagę została sporządzona na nieprawidłowym formularzu (wcześniejszej wersji). Jest to więc działanie o charakterze omyłki, zresztą jednej z najczęstszych, które popełniają wykonawcy.

Kwestii nieistotności omyłki należy tu upatrywać raczej w niewielkiej różnicy w liczbie łączy, niż ich rodzaju. Oczywiście jest bowiem, że łączy te różnią się technicznie, lecz poprawienie omyłki w ofercie nie oznacza, że nakazuje się zamawiającemu, by zgodził się na instalację innych łączy niż wymagał, a jedynie poprawia on oświadczenie woli wykonawcy w taki sposób, aby właśnie spełnione zostały założenia co do instalacji danego rodzaju łączy.

Również cena oferty ulega zmianie tylko w niewielkim stopniu – o 4.120 zł oraz 0,01 zł, tj. w zakresie jednego brakującego łączy (wykonawca zaoferował takie same ceny dla wszystkich rodzajów łączy) przy cenie oferty 2.121.077,94 zł. Zatem i z tego punktu widzenia nie jest to istotna zmiana oferty (w zakresie ceny).

Zaistniałego błędu nie można również zakwalifikować jako błędu w obliczeniu ceny, który powodowałby odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż po poprawieniu oferty zgodnie z dyspozycją art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych błąd ten znika.

Przy tym należy zwrócić uwagę, że procedura poprawienia błędów, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, czy też całym ustępie 2. art. 87, ma miejsce jeszcze przed etapem ewentualnego odrzucenia oferty.

Procedura ta nie ma też związku z art. 61 § 1 zdanie 2. Kodeksu cywilnego, gdyż jest osobną procedurą, która nie ma nic wspólnego z odwołaniem oświadczenia. Wykonawca bowiem nie odwołuje samodzielnie swojego oświadczenia, lecz zgadza się (bądź nie) na

ingerencję zamawiającego w treść oferty. Z samej istoty tej procedury wynika także, że nie następuje ona jednocześnie lub wcześniej niż doręczenie oświadczenia zamawiającemu.

Co do załączonego do oferty opisu przedmiotu zamówienia – zamawiający nie musi dokonywać w nim poprawek. Przede wszystkim nie tyle jest on błędny, co nieaktualny lub niekompletny, więc raczej należałoby dołączyć dokonane zmiany. Po drugie, w ofercie ma on dość niesprecyzowany charakter i nie wiadomo, z jakich powodów w ogóle został do oferty załączony; jest to dokument zamawiającego, a nie wykonawcy. Po trzecie – to z oświadczenia wykonawcy zawartego w formularzu ofertowym wynika jego zakres zobowiązania; opis przedmiotu zamówienia jest zawsze taki, jaki zostanie ustalony w ostatecznej wersji przed składaniem ofert.

W każdym razie – załączenie opisu przedmiotu zamówienia nie powoduje niemożności zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji oddalając odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** .....