

Sygn. akt: KIO 931/14

Sygn. akt: KIO 937/14

## WYROK

z dnia 23 maja 2014 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Beata Pakulska**

**Protokolant: Mateusz Michalec**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 maja 2014 roku w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 9 maja 2014 roku przez wykonawcę: **Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa** (sprawa o sygn. akt KIO 931/14),
- B. w dniu 9 maja 2014 roku przez wykonawcę **Polkomtel Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie, ul. Postępu 3, 02-676 Warszawa** (sprawa o sygn. akt KIO 937/14)

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Resortowe Centrum Zarządzania Sieciami i Usługami Teleinformatycznymi, ul. Żwirki i Wigury 9/13, 00-909 Warszawa,**

przy udziale:

- A. wykonawcy: **„Netia” S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Poleczki 13, 02-822 Warszawa**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 931/14 po stronie zamawiającego,
- B. wykonawcy: **Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 937/14 po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

**A. sygn. akt KIO 931/14**

1. uwzględnia odwołanie, i nakazuje Zamawiającemu w ramach części I i IV zamówienia:
  - 1.1 unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
  - 1.2 odrzucenie oferty wykonawcy **„Netia” S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Poleczki 13, 02-822 Warszawa,**
  - 1.3 dokonanie czynności ponownego badania i oceny ofert;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **„Netia” S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Poleczki 13, 02-822 Warszawa,** i:
  - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego **Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa,** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2 zasądza od wykonawcy **„Netia” S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Poleczki 13, 02-822 Warszawa,** na rzecz **Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa,** kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wpisu od odwołania.

**B. sygn. akt KIO 937/14**

1. uwzględnia odwołanie, i nakazuje Zamawiającemu w ramach części III zamówienia:
  - 1.1 unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
  - 1.2 odrzucenie oferty wykonawcy **Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa,**
  - 1.3 dokonanie czynności ponownego badania i oceny ofert;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa,** i:
  - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego **Polkomtel Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie, ul. Postępu 3, 02-676 Warszawa,** tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od wykonawcy **Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa**, na rzecz **Polkomtel Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie, ul. Postępu 3, 02-676 Warszawa** , kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów 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

Resortowe Centrum Zarządzania Sieciami i Usługami Teleinformatycznymi w Warszawie [zwane dalej: „Zamawiającym”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania: *Świadczenie usługi telefonii publicznej dla Centrum Wsparcia Teleinformatycznego Sił Zbrojnych w Warszawie i Regionów Wsparcia Teleinformatycznego Bydgoszcz, Kraków, Olsztyn, Wrocław w zakresie połączeń lokalnych, międzystrefowych, międzynarodowych, do sieci komórkowych oraz usługi telefonii publicznej na zainstalowanych końcowych stacjach telefonicznych operatora publicznego*, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych [j.t. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.], zwanej dalej „ustawą Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 7 marca 2014 roku pod numerem 2014/S 047-078784.

Zamówienie podzielone zostało na cztery części, przy czym wykonawca mógł złożyć oferty na dowolną ilość części.

W dniu 30 kwietnia 2014 r. Zamawiający przekazał wykonawcom informację o wyborze oferty najkorzystniejszej w ramach poszczególnych części zamówienia. W ramach części I i IV zamówienia jako najkorzystniejsza została wybrana oferta wykonawcy : Netia S.A. z siedzibą w Warszawie , w części II i III – oferta wykonawcy Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie.

### **KIO 931/14**

W dniu 9 maja 2014 roku Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie [zwana dalej „Odwołującym”] wniosła odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na wyborze - w ramach części I i IV zamówienia - jako najkorzystniejszej oferty w niezgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, a złożonej przez wykonawcę Netia S.A. z siedzibą w Warszawie.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

- art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
- art. 26 ust. 3 ustawy Pzp - poprzez wezwanie do uzupełnienia dokumentów, które nie podlegały uzupełnieniu jako stanowiące część treści oferty.

Odwołujący wnosił o:

- unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej na część I i IV zamówienia;
- nakazanie odrzucenia oferty wykonawcy Netia S.A. w części I i IV Zamówienia;
- nakazanie przeprowadzenia ponownej czynności badania i oceny ofert;
- nakazanie dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł, że jako najkorzystniejsza w częściach I i IV zamówienia została wybrana oferta wykonawcy Netia S.A., którą jako niezgodną z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający powinien był odrzucić. Odwołujący wskazał, że Zamawiający wymagał wskazania sposobu taryfikacji dla poszczególnych Państw, w ramach połączeń danego rodzaju. Wynikało to wprost z treści formularza ofertowego, w którym Zamawiający wskazał, że do oferty winien być dołączony wykaz stref taryfikacyjnych z dokładnym wyspecyfikowaniem państw objętych daną strefą taryfikacyjną. W ocenie Odwołującego oświadczenie wykonawcy Netia S.A. zawarte w ofercie nie obejmowało tych informacji, wobec czego należało uznać, że oferta ta nie opisywała w sposób właściwy całości zobowiązania zawartego w ofercie.

Ponadto, Odwołujący podniósł, że informacje takiego rodzaju nie podlegają uzupełnieniu, gdyż nie stanowią one potwierdzenia spełniania przez oferowane usługi wymagań Zamawiającego, lecz dotyczą treści samej oferty. Wykaz stref taryfikacyjnych ma określać na jakich warunkach usługi będą świadczone (w jakich strefach można wykonywać połączenia, na jakich warunkach i jakie koszty będą generować poszczególne połączenia). Uzupełnienie tego dokumentu, zmierzałoby do uzupełnienia treści oferty, co jest niedopuszczalne na gruncie przepisów ustawy Pzp.

Zdaniem Odwołującego, braki w ofercie wykonawcy Netia S.A. nie podlegają uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, oraz powodują niezgodność treści tej oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

W dniu 14 maja 2014 roku wykonawca - Netia S.A. z siedzibą w Warszawie - zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego stając się tym samym uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Netia S.A. w piśmie zawierającym zgłoszenie przystąpienia wskazała, że w złożonej przez siebie ofercie przyjęła jednolitą stawkę opłaty za minutę połączenia w ruchu międzynarodowym do wszystkich krajów, nie wyszczególniając w tym zakresie żadnych stref, wobec czego zbędne stało się składanie wykazu stref taryfikacyjnych. W treści oferty widoczny jest zamiar objęcia jednolitą stawką wszystkich połączeń międzynarodowych, dlatego też nawet bez podjęcia procedury wyjaśniania treści oferty można było ustalić jednoznaczną treść tej oferty w odniesieniu do spodziewanego wynagrodzenia wykonawcy za połączenia w ruchu międzynarodowym. W ocenie Netii S.A., żądanie dołączenia wykazu stref taryfikacyjnych, wobec braku jakiegokolwiek przydatności tego dokumentu dla oceny zgodności złożonej oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, byłoby przejawem nadmiernego formalizmu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W dniu 19 maja 2014 roku Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, iż uwzględni w całości zarzuty wniesione przez Odwołującego. W dniu 21 maja 2014 roku Zamawiający złożył pismo, w którym wskazał, że dopracowując uprzednio złożoną odpowiedź na odwołanie, oświadcza, iż uwzględni w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu.

#### **KIO 937/14**

W dniu 9 maja 2014 roku Polkomtel Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie [zwana dalej „Odwołującym”] wniosła odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

- art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Orange Polska S.A. w zakresie części III zamówienia, pomimo, iż oferta ta jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia ;
- 26 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez wezwanie wykonawcy - Orange Polska S.A. do uzupełnienia wykazu stref taryfikacyjnych z dokładnym wyspecyfikowaniem państw objętych daną strefą taryfikacyjną, pomimo, iż dokument ten nie jest dokumentem potwierdzającym spełnienie przez oferowane usługi wymagań określonych przez Zamawiającego;
- art. 87 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez dopuszczenie do dokonania zmiany treści oferty wykonawcy Orange Polska S.A., po złożeniu ofert w wyniku wezwania tego Wykonawcy przez Zamawiającego do uzupełnienia treści oferty w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu w zakresie części III zamówienia:

- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- odrzucenia oferty Wykonawcy Orange Polska S.A.;
- powtórzenia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że oferta wykonawcy Orange Polska S.A. powinna zostać odrzucona ze względu na to, iż nie spełnia wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Odwołujący podniósł, że Zamawiający w Załączniku nr 2 do SIWZ - tj. w formularzu ofertowym oczekiwał od wykonawców podania pod tabelami dla poszczególnych części zamówienia wykazu stref taryfikacyjnych z dokładnym wyspecyfikowaniem państw objętych daną strefą taryfikacyjną. Wykonawca Orange Polska S.A. złożył ofertę dla części III zamówienia w ramach, której nie załączył wykazu stref taryfikacyjnych z dokładnym wyspecyfikowaniem państw objętych daną strefą taryfikacyjną i w związku z tym złożył ofertę niezgodną z treścią SIWZ. Wykonawca Orange Polska S.A. na wezwanie Zamawiającego w dniu 25 kwietnia 2014 roku uzupełnił brakujący wykaz, przez co dokonał zmiany treści oferty po upływie terminu składania ofert.

Odwołujący wskazał, że oferta złożona przez Orange Polska S.A. zawierała wprawdzie ceny za minutę połączenia w ruchu międzynarodowym do sieci stacjonarnych, sieci komórkowych oraz sieci satelitarnych, jednakże na podstawie tak złożonej oferty nie sposób ustalić za połączenia do jakich krajów zostały zaoferowane poszczególne ceny. Wskazał, że nie jest wystarczające wskazanie, że ceny dotyczą połączeń do sieci stacjonarnych, sieci komórkowych oraz sieci satelitarnych, lecz w przypadku połączeń w ruchu międzynarodowym istotne jest do jakiego kraju wykonywane jest połączenie. Przyporządkowanie poszczególnych krajów do stref taryfikacyjnych decyduje bowiem o cenie za połączenie do danego kraju. Dla przykładu Odwołujący wskazał, że cena za minutę połączenia do Kanady na numer stacjonarny w cenniku dołączonym przez wykonawcę Orange Polska S.A. do oferty (Cennik usług telekomunikacyjnych - plan sekundowy uniwersalny tp biznes) wynosi 0,50 zł netto, jako, że kraj ten został zaklasyfikowany do strefy taryfikacyjnej nr I zgodnie z tym cennikiem. Natomiast z treści oferty Orange Polska S.A. wynika, że cena za minutę tego samego połączenia wynosi 2,00 zł netto i została sklasyfikowana w strefie taryfikacyjnej N6.

W związku z powyższym, w ocenie Odwołującego, oferta Wykonawcy Orange Polska S.A. była niekompletna, ponieważ zawierała same ceny bez wskazania czego te ceny

dotyczą. Odwołujący ponadto wskazał, że wykaz stref taryfikacyjnych był w istocie elementem formularza ofertowego, a Zamawiający błędnie zakwalifikował go jako dokument podlegający uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Odwołujący podkreślił, że wykonawcy mieli swobodę w określeniu liczby stref taryfikacyjnych i przyporządkowaniu poszczególnych krajów do danych stref taryfikacyjnych. Zamawiający wzywając wykonawcę Orange Polska S.A. do uzupełnienia wykazu stref taryfikacyjnych dopuścił do zmiany treści oferty po terminie składania ofert, a zmiana ta nie jest zmianą o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 1) i 3) ustawy Pzp.

W dniu 14 maja 2014 roku wykonawca - Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie - zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, stając się tym samym uczestnikiem postępowania odwoławczego.

W dniu 19 maja 2014 roku Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, iż uwzględni w całości zarzuty wniesione przez Odwołującego. W dniu 21 maja 2014 roku Zamawiający złożył pismo, w którym wskazał, że dopracowując uprzednio złożoną odpowiedź na odwołanie, oświadcza, iż uwzględni w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu.

Uczestnik postępowania odwoławczego - Orange Polska S.A. - w piśmie datowanym na dzień 21 maja 2014 roku, a złożonym w toku posiedzenia w dniu 22 maja 2014 roku, podniósł, że niezależnie od podstawy prawnej wezwania wystosowanego przez Zamawiającego w dniu 24 kwietnia 2014 roku, Orange Polska S.A. w odpowiedzi na przedmiotowe wezwanie nie zawarł żadnych nowych elementów, które mogłyby być zakwalifikowane jako uzupełnienie oferty, a co najwyżej należałoby ją traktować jako wyjaśnienie oferty o charakterze porządkującym. Wskazał, że oferta w swej treści pierwotnej zawierała wszystkie informacje wymagane przez Zamawiającego, w szczególności zawierała wykaz stref taryfikacyjnych z dokładnym wyspecyfikowaniem państw objętych daną strefą taryfikacyjną. Strefy taryfikacyjne zostały wyróżnione w formularzu ofertowym dla części III na stronie 6 oferty Orange Polska S.A., zaś na stronie 36 oferty został zawarty wykaz państw wchodzących w skład poszczególnych stref (str. 15 i 16 cennika pn.: „*Cennik usług w ofercie Orange Biz*”), gdzie w tabeli nr 9 zostały uwzględnione strefy dla międzynarodowych połączeń do sieci stacjonarnych oraz międzynarodowych połączeń do sieci komórkowych. Uczestnik -Orange Polska S.A - wskazał ponadto, że porównanie zawartości tabeli nr 9 z danymi zawartymi w piśmie z dnia 25 kwietnia 2014 r., prowadzi jedynie do wniosku, że różnica ogranicza się do systematyki prezentowanych danych, tj. w ofercie są one prezentowane alfabetycznie, a w piśmie wyjaśniającym w podziale na strefy. Wskazał także, że strefy S1 i S2 zostały uwzględnione na stronie 17 oferty. W ocenie Orange Polska S.A.



informacje żądane przez Zamawiającego, były zawarte w ofercie od momentu jej złożenia, a pismo z dnia 25 kwietnia 2014 r. może mieć charakter jedynie porządkujący i co najwyżej zostać uznane za wyjaśnienie treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, a zatem oferta jest zgodna z SIWZ.

**Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Izba ustaliła, że obu odwołującym w sprawach o sygn. akt: KIO 931/14 i KIO 937/14 przysługiwało prawo do wniesienia odwołania, ponieważ wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia przez nich szkody.

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołań w sprawach o sygn. akt: KIO 931/14 i KIO 937/14 w oparciu o art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentów znajdujących się w dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienie publicznego, a przedłożonej Izbie przez Zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, tj. z: protokołu postępowania, ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie oraz oferty Netia S.A. z siedzibą w Warszawie złożonych w przedmiotowym postępowaniu, informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, a także wezwania do uzupełnienia dokumentów z dnia 24.04.2014 r. skierowanego do Netia S.A., wezwania do uzupełnienia dokumentów z dnia 24.04.2014 r. skierowanego do Orange Polska S.A. oraz odpowiedzi Netia S.A. i Orange Polska S.A. na wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów z dnia 24.04.2014 r.

Nadto, Izba rozważyła stanowiska stron i uczestników postępowania przedstawione w pismach oraz do protokołu rozprawy.

Rozpatrując odwołania w sprawach o sygn. akt: KIO 931/14 i KIO 937/14 w granicach podnoszonych zarzutów podtrzymanych na rozprawie – stosownie do art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba ustaliła, co następuje.

Zamawiający w Załączniku Nr 2 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia [dalej: „SIWZ”], tj. w formularzu ofertowym wskazał, że do oferty należy dołączyć wykaz stref taryfikacyjnych z dokładnym wyspecyfikowaniem państw objętych daną strefą taryfikacyjną. Wymóg ten obejmował wszystkie części zamówienia, tj. część I – *Realizacja połączeń lokalnych i międzystrefowych*; część II – *Realizacja połączeń międzynarodowych*; część III –

*Realizacja połączeń do sieci komórkowych i część IV – Realizacja usług telefonii publicznej stacjach końcowych operatora publicznego.*

#### **KIO 931/14**

Izba stwierdziła, że odwołanie należy uwzględnić, z następujących względów.

Netia S.A. z siedzibą w Warszawie złożyła ofertę na wszystkie cztery części zamówienia, przy czym zarzuty odwołania odnoszą się tylko do oferty złożonej przez tego wykonawcę w części I i IV – czyli w częściach, w których oferta Netii S.A. została uznana za najkorzystniejszą. Okolicznością bezsporną pomiędzy stronami i uczestnikiem postępowania odwoławczego był fakt, że z treści SIWZ wynikał wymóg załączenia do oferty wykazu stref taryfikacyjnych z dokładnym wyspecyfikowaniem państw objętych daną strefą taryfikacyjną oraz, że Netia S.A. nie załączyła do oferty tego wykazu, w tym w ramach I i IV części zamówienia, których dotyczy odwołanie.

W pierwszej kolejności należy podnieść, że przedmiotowy dokument, tj. wykaz stref taryfikacyjnych z dokładnym wyspecyfikowaniem państw objętych daną strefą taryfikacyjną nie podlegał uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Zgodnie bowiem z powołanym powyżej przepisem zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.

Zatem, dyspozycją normy wynikającej z treści art. 26 ust. 3 ustawy Pzp objęte są dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, tj. dokumenty niezbędne do przeprowadzenia postępowania, w tym dokumenty potwierdzające spełnianie warunków

udziału w postępowaniu albo potwierdzające spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego.

Nie ulega wątpliwości, że dokument w postaci wykazu stref taryfikacyjnych z dokładnym wyspecyfikowaniem państw objętych daną strefą taryfikacyjną nie jest dokumentem, o którym mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp oraz w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Dokument ten nie jest bowiem dokumentem potwierdzającym spełnianie warunków udziału w postępowaniu albo potwierdzającym spełnianie przez oferowane usługi wymagań określonych przez zamawiającego.

Żądany przez Zamawiającego wykaz stref taryfikacyjnych z dokładnym wyspecyfikowaniem państw objętych daną strefą taryfikacyjną, a w szczególności informacje, które winny być w nim zawarte, należy uznać za treść samej oferty.

Wobec powyższego należy uznać, że przedmiotowy dokument nie podlega uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. W konsekwencji wezwanie do uzupełnienia dokumentów z dnia 24 kwietnia 2014 roku dokonane przez Zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, a dotyczące uzupełnienia dokumentu – wykazu stref taryfikacyjnych z dokładnym wyspecyfikowaniem państw objętych daną strefą taryfikacyjną - należało uznać za bezpodstawne. W toku rozprawy strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego przyznały, że wykaz stref taryfikacyjnych nie podlegał uzupełnieniu. Zamawiający oświadczył, że naruszył przepisy ustawy Pzp, wzywając wykonawcę Netia S.A. do uzupełnienia przedmiotowego dokumentu.

W związku z powyższym zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp - poprzez wezwanie do uzupełnienia dokumentów, które nie podlegały uzupełnieniu jako stanowiące część treści oferty, należy uznać za uzasadniony.

Zgodnie z art. 192 ust. 2 Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Z przepisu tego wynika, że nie każde naruszenie przepisów ustawy Pzp prowadzi do uwzględnienia odwołania. Musi być to bowiem naruszenie kwalifikowane, skutkujące zmianą lub możliwością zmiany wyniku postępowania.

W ocenie Izby naruszenie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przez Zamawiającego nie przesądzało jeszcze wyniku postępowania. Zdaniem Izby, w przedmiotowej sprawie, decydujące znaczenie miało ustalenie czy oferta wykonawcy Netia S.A. złożona w ramach części I i IV zamówienia, odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Z treści art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp wynika, że Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. Z kolei przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp stanowi, iż Zamawiający poprawia w ofercie 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.

W przedmiotowej sprawie Netia S.A., będąca uczestnikiem postępowania odwoławczego, wskazywała, że w odniesieniu do złożonej przez nią oferty zbędne byłoby przedkładanie dokumentu w postaci wykazu stref taryfikacyjnych z dokładnym wyspecyfikowaniem państw objętych daną strefą taryfikacyjną, albowiem z treści oferty można w sposób niewątpliwy wywieść, że zaproponowała ona jednolitą stawkę w odniesieniu do poszczególnych połączeń w ruchu międzynarodowym do sieci stacjonarnych, do sieci komórkowych oraz do połączeń satelitarnych.

W ocenie Izby, twierdzenie Netii S.A. nie zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający żądał bowiem dołączenia do oferty wykazu stref taryfikacyjnych z dokładnym wyspecyfikowaniem państw objętych daną strefą taryfikacyjną. Zatem, należy uznać, że informacją przedmiotowo istotną dla Zamawiającego było wskazanie podziału stref taryfikacyjnych przez wykonawcę oraz wskazanie, które państwa są objęte daną strefą taryfikacyjną.

O ile z treści oferty złożonej przez Netia S.A. można byłoby wywodzić, że rzeczywiście istotą jej oświadczenia woli, było zastosowanie jednolitej stawki za połączenia bez podziału na poszczególne strefy taryfikacyjne, o tyle z treści samej oferty nie wynika, jakie państwa byłyby objęte tym oświadczeniem woli. Dopiero w wyjaśnieniach do oferty, złożonych na wezwanie Zamawiającego, Netia S.A. przedstawiła wykaz państw do których miały być realizowane połączenia. Na rozprawie Netia S.A. wskazała, że standardowo połączenia są realizowane do wszystkich krajów, bez wyjątku, także tych nowo powstałych w trakcie realizacji umowy.

Izba jednak stoi na stanowisku, że informacja do jakich państw będą realizowane połączenia nie wynikała bezpośrednio z treści oferty złożonej przez Netię S.A., a zatem oferta ta nie zawierała istotnej informacji wymaganej przez Zamawiającego w treści SIWZ, który żądał wyraźnie wyspecyfikowania państw objętych daną strefą taryfikacyjną. Nie można domniemywać informacji o tym do jakich państw oferent oferuje realizację połączeń, powinno to wynikać wprost z treści oferty. W ofercie Netii S.A. nie było takich informacji. Z uwagi na to, że przedmiotem zamówienia było świadczenie usług telefonii publicznej oraz, że Zamawiający w treści SIWZ (w formularzu oferty) wprost wskazał, że wykonawcy są

zobowiązani do wyspecyfikowania państw w ramach poszczególnych stref, Zamawiający miał prawo oczekiwać, że wykonawcy wykazując się należyłą starannością, wskażą do jakich państw będą realizowane połączenia i na jakich zasadach.

Wobec powyższego należało uznać, że treść oferty złożonej przez Netia S.A., nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Biorąc pod uwagę powyższe, należało uznać, że odwołanie należy uwzględnić.

### **KIO 937/14**

Izba stwierdziła, że odwołanie należy uwzględnić, z następujących względów.

Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie złożyła ofertę na wszystkie cztery części zamówienia, przy czym zarzuty odwołania odnoszą się tylko do oferty złożonej przez tego wykonawcę w części III – czyli w części, w której oferta Orange Polska S.A. została uznana za najkorzystniejszą, a oferta Odwołującego w rankingu ofert zajęła drugie miejsce. Okolicznością bezsporną pomiędzy stronami i uczestnikiem postępowania odwoławczego był fakt, że z treści SIWZ wynikał wymóg załączenia do oferty wykazu stref taryfikacyjnych z dokładnym wyspecyfikowaniem państw objętych daną strefą taryfikacyjną.

Orange Polska S.A. do oferty nie załączył oddzielnego wykazu stref taryfikacyjnych z dokładnym wyspecyfikowaniem państw objętych daną strefą taryfikacyjną, jednak wraz z ofertą złożyła Cennik usług w ofercie Orange Biz, w którym wskazany jest wykaz stref taryfikacyjnych – oznaczonych kolejnymi numerami cyfr (dotyczących połączeń w ruchu międzynarodowym do sieci stacjonarnych oraz do sieci komórkowych) oraz wykaz państw wchodzących w skład każdej ze stref [Tabela nr 9 na str. 36 oferty].

W dniu 24 kwietnia 2014 roku Zamawiający wezwał Orange Polska S.A. do uzupełnienia wykazu stref taryfikacyjnych, wskazując, że w części III wykonawca w połączeniach w ruchu międzynarodowym (do sieci stacjonarnych – N) wskazał 9 stref, w połączeniach międzynarodowych (do sieci komórkowej – K) wskazał 8 stref, natomiast w połączeniach międzynarodowych (do połączeń satelitarnych – S) wskazał 2 strefy. W załączonym do oferty cenniku brak jest wykazu państw objętych danymi strefami.

W pierwszej kolejności należy zaznaczyć, iż wywody dotyczące naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, przytoczone powyżej w ramach uzasadnienia w części dotyczącej sprawy KIO 931/14, mają bezpośrednie odniesienie także do sprawy KIO 937/14. Biorąc pod uwagę powyższe, stwierdzić należy, że dokument w postaci wykazu

stref taryfikacyjnych wraz z dokładnym wyspecyfikowaniem państw objętych daną strefą taryfikacyjną, wymagany przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu, zgodnie z treścią SIWZ, nie podlegał uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Z treści wezwania do uzupełnienia dokumentów z dnia 24 kwietnia 2014 roku wynika, że Zamawiający, słusznie zwrócił uwagę na rozbieżność pomiędzy treścią oświadczenia woli oferenta zawartego w formularzu ofertowym w zakresie części III zamówienia [str. 6-7 oferty], a informacjami wynikającymi z Cennika usług w ofercie Orange Biz [str. 36 oferty], z którego ewentualnie można by wywodzić informacje, które miały być zawarte w wykazie stref taryfikacyjnych.

W formularzu ofertowym dotyczącym części III zamówienia [str. 6-7 oferty] oferent wyróżnił 9 stref taryfikacyjnych odnoszących się do połączeń w ruchu międzynarodowym do sieci stacjonarnych (oznaczonych jako strefy od N1 do N9), 8 stref taryfikacyjnych odnoszących się do połączeń w ruchu międzynarodowym do sieci komórkowych (oznaczonych jako strefy od K1 do K8) oraz 2 strefy taryfikacyjne odnoszące się do połączeń w ruchu międzynarodowym do połączeń satelitarnych.

Tymczasem z treści wspomnianego Cennika usług w ofercie Orange Biz zawartego na str. 36 oferty [dot. Mobilnej Sieci Orange] w ramach połączeń do sieci stacjonarnych Orange Polska S.A. wskazuje 9 stref (oznaczonych od 1 do 9) oraz 8 stref połączeń do sieci komórkowej (ale oznaczonych od 2 do 9), co oznacza, że w ramach połączeń do sieci komórkowych w cenniku nie została wyróżniona strefa 1, w sytuacji, gdy w formularzu ofertowym wykonawca przewidywał w tym zakresie strefy taryfikacyjne od K1 do K8. Powyższe oznacza, że wbrew temu co twierdził uczestnik postępowania odwoławczego – Orange Polska S.A., na podstawie treści oferty nie sposób ustalić że do strefy K1 przynależą państwa wskazane w Tabeli nr 9 ze strefy 1, bo strefa 1 w ogóle nie została w cenniku. Powstaje też problem w jaki sposób przyporządkować państwa z kolejnych stref, czy po prostu było to omyłkowe przesunięcie stref o 1 pozycję (i numeracja powinna zaczynać się na 1 a kończyć na 8 czy też celowo nie zawierała strefy 1, a w takim przypadku wykazanie w formularzu oferty strefy K1 byłoby fikcją. Ponadto, w przypadku połączeń satelitarnych w formularzu oferty wskazane są dwie strefy S1 i S2, a w treści Cennika usług (na str. 17 oferty) na który powołuje się Orange Polska S.A. wskazane są 4 pozycje, choć z jednolitą stawką.

Na marginesie, wskazać należy, że w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego Orange Polska S.A. przedstawiła wykaz stref taryfikacyjnych wraz z wykazem państw należących do poszczególnych stref. Pomimo, iż informacje te nie powinny być przedmiotem uzupełnienia, a zatem i oceny, to jednak nie sposób zauważyć, że przyporządkowanie

niektórych państw do poszczególnych stref nie jest zbieżne z przyporządkowaniem wskazanym w Cenniku usług, który miał stanowić treść oferty.

Izba, rozpoznając zarzuty w zakresie niezgodności treści oferty Odwołującego z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wzięła pod uwagę charakter omyłek popełnionych przez Odwołującego w treści oferty oraz ich wpływ na treść oferty i stwierdziła, że treść oferty złożonej przez Orange Polska S.A. nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Dodatkowo wskazać należy, że pismo Orange Polska S.A. wystosowane w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów nie można uznać, za wyjaśnienia treści oferty, które dopuszczalne byłyby na gruncie przepisów ustawy Pzp.

Zgodnie bowiem z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

W ocenie Izby, wyjaśnienia Orange Polska S.A. prowadzą do zmiany treści oferty, a mianowicie do zmiany oświadczenia woli wykonawcy w zakresie podziału na poszczególne strefy taryfikacyjne oraz w zakresie przyporządkowania państw do danej strefy taryfikacyjnej.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.

Biorąc pod uwagę powyższe Zamawiający powinien był odrzucić ofertę Orange Polska S.A.

W świetle powyższego, orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 oraz art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. b) ustawy Pzp, a także stosownie do postanowień § 3 pkt 1 lit. a), § 3 pkt 2 oraz § 5 ust. 2 pkt 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** .....

