

Sygn. akt: KIO 1597/11

WYROK
z dnia 4 sierpnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Stręciwilk

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 sierpnia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 lipca 2011 r. przez **PTK Centertel Sp. z o.o., ul. Skierniewicka 10A, 01-230 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Białystok, ul. Słonimska 1, 15-950 Białystok**

przy udziale wykonawcy **POLKOMTEL S.A., u. Postępu 3, 02-676 Warszawa**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu w zakresie części pierwszej zamówienie oraz czynności odrzucenia oferty Odwołującego i nakazuje zamawiającemu dokonanie czynności ponownego badania i oceny ofert złożonych w tym postępowaniu we wskazanej części zamówienia
2. kosztami postępowania obciąża **POLKOMTEL S.A., u. Postępu 3, 02-676 Warszawa** i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **PTK Centertel Sp. z o.o., ul. Skierniewicka 10A, 01-230 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2 zasądza od **POLKOMTEL S.A., u. Postępu 3, 02-676 Warszawa** na rzecz **PTK Centertel Sp. z o.o., ul. Skierniewicka 10A, 01-230 Warszawa** kwotę: **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczonego 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. Nr 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 **Białymstoku**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Miasto Białystok (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „*usługi telekomunikacyjne w sieci telefonii komórkowej wraz z dostawą fabrycznie nowych aparatów telefonicznych i modemów oraz mobilny dostęp do Internetu*”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej: „*ustawa Pzp*”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 5 lipca 2011 r. pod nr 184271. Postępowanie to zostało podzielone na dwie części z możliwością składania ofert częściowych.

W postępowaniu tym wykonawca PTK Centertel Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) w dniu 26 lipca 2011 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, którego kopia została przekazana Zamawiającemu w tej samej dacie. Odwołanie dotyczyło czynności odrzucenia oferty Odwołującego w zakresie części pierwszej zamówienia („*Świadczenie usług telekomunikacyjnych w sieci telefonii komórkowej wraz z dostawą fabrycznie nowych aparatów telefonicznych i modemów bez blokady SIMLOCK – dla Urzędu Miejskiego w Białymstoku*”) i wyboru oferty najkorzystniejszej w tej części. Informacja o dokonaniu tej czynności została przekazana Odwołującemu w dniu 21 lipca 2011 r.

Do postępowania odwoławczego na skutek wezwania Zamawiającego skierowanego do wykonawców w dniu 27 lipca 2011 r. swoje przystąpienie w dniu 29 lipca 2011 r. złożył wykonawca POLKOMTEL S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Przystępujący”), przekazując w tym samym dniu stronom postępowania odwoławczego kopie swojego zgłoszenia przystąpienia.

Biorąc pod uwagę pisma złożone w sprawie odwołania oraz oświadczenia złożone w trakcie rozprawy Izba ustaliła następujące stanowiska stron i zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego:

I. Stanowisko Odwołującego

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie zasady równego traktowania wykonawców wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez:

- 1) bezprawne odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp,
- 2) wybór oferty złożonej przez Przystępującego jako najkorzystniejszej z naruszeniem przepisu art. 91 ustawy Pzp.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) anulowania czynności odrzucenia oferty złożonej przez PTK Centertel Sp. z o.o.,
- 2) anulowanie czynności wyboru oferty złożonej przez POLKOMTEL S.A. jako najkorzystniejszej,
- 3) powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
- 4) ponownego dokonania czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania Odwołujący podniósł co następuje:

Odwołujący podniósł, że Zamawiający jako uzasadnienie dla czynności odrzucenia oferty Odwołującego z powodu jej sprzeczności z treścią SIWZ wskazał na to, że „(...) Wykonawca w złożonej ofercie, zaproponował dla grup abonentów II-IV tylko jeden model telefonu (w dwóch kolorach obudowy) zamiast wymaganych przez Zamawiającego dwóch modeli do wyboru, zgodnie z zapisami SIWZ i odpowiedzią udzieloną Wykonawcom na pytania do SIWZ pismem z dnia 12 lipca 2011 r. (...)” W ocenie Odwołującego czynność odrzucenia jego oferty jest niezgodna z przepisami ustawy Pzp. Wskazał on na treść załącznika nr 1 do SIWZ, tj. Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia dla części I po dokonanej modyfikacji. Dokument ten zawierał w pierwotnym brzmieniu punktu 2. „Wymagania w zakresie sprzętu” postanowienia, w myśl których Zamawiający wymagał wskazania w ofercie do wyboru minimalnie dwóch modeli telefonów w grupach I-V oraz dwóch modeli modemów. Dodatkowo, w punkcie 3. „Warunki dostawy”, Zamawiający wskazał, po wyrazie „Ponadto”, w podpunkcie 1, iż: „[...] za podaną cenę Wykonawca przedstawi minimum dwa typy lub modele (podkreślenie Odwołującego się) aparatów, gdzie Zamawiający będzie miał możliwość prawa wyboru, który model i typ aparatu Wykonawca ma dostarczyć [...]”.

Z uwagi na fakt, iż urządzeniami, dla których Zamawiający wskazał dwa możliwe typy były modemy (gdzie poszczególne dwa typy zostały zróżnicowane pod kątem złączy: Express Card oraz USB), Odwołujący na tamtym etapie przyjął, że zapis mówiący o przedstawieniu „dwóch typów lub modeli” dotyczy wyłącznie modemów. Zapis dotyczący

aparatów telefonicznych, wymagający zaoferowania co najmniej dwóch modeli aparatów. Odwołujący uznał za niemożliwy do spełnienia i w dniu 8 lipca 2011 r. zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie treści SIWZ, w którym zaproponował jednocześnie rezygnację z tego wymogu. W dniu 12 lipca 2011 r. Zamawiający przekazał wykonawcom wyjaśnienia treści SIWZ, gdzie w odpowiedzi na pytanie 8 Zamawiający zmodyfikował treść SIWZ w ten sposób, że w omawianym załączniku nr 1 do SIWZ, w punkcie 2 „Wymagania w zakresie sprzętu” ograniczył wymóg zaoferowania dwóch modeli aparatów telefonicznych do grup II-IV, wymagając zaoferowania jednego modelu w grupach I oraz V. Zamawiający podał także przykładowe modele telefonów spełniających jego zdaniem wymagania danej grupy. Jednocześnie też zmodyfikowano zapisy punktu 3. „Warunki dostawy”, po wyrazie „Ponadto” w podpunkcie 1. - po modyfikacji zapis ten wyglądał następująco: „1) za podaną cenę Wykonawca przedstawi dla GRUPY I i V jeden typ lub model aparatów, natomiast dla GRUPY II, III i IV Wykonawca przedstawi minimum dwa typy lub modele (podkreślenie Odwołującego się) aparatów(...)”.

Odwołujący podniósł, że z uwagi na fakt, iż Zamawiający jednoznacznie odniósł pojęcie tak „modelu”, jak i „typu” do aparatów telefonicznych, Odwołujący się stanął przed istotnym dylematem jak rozumieć te pojęcia. Z jednej bowiem strony, w treści punktu 2. „Wymagania dotyczące sprzętu” dla grup II-IV, Zamawiający wskazał, że wymaga zaoferowania minimalnie dwóch „modeli” aparatów telefonicznych. Z drugiej zaś strony, w zapisie punktu 3. „Warunki dostawy” w podpunkcie 1. dopuścił dla grup II-IV przedstawienie minimum dwóch typów lub modeli aparatów.

Odwołujący wskazał na zastosowanie w tym zakresie przez Zamawiającego łącznika alternatywy zwykłej - „lub”, przy wskazaniu wymogu zaoferowania dwóch typów lub modeli aparatów telefonicznych, który to łącznik na gruncie logiki formalnej oznacza, iż dopuszczono trzy możliwe sytuacje:

- zaoferowanie dwóch typów jednego modelu aparatu telefonicznego,
- zaoferowanie dwóch modeli aparatów telefonicznych jednego typu,
- zaoferowanie dwóch modeli aparatów telefonicznych dwóch typów.

Odwołujący wskazał też na brak definicji pojęcia „typ” w SIWZ, co wskazywało na konieczność dokonania w tym zakresie samodzielnej przez wykonawców interpretacji tego pojęcia. Odwołujący w tym względzie uznał, iż pojęcie: „typu” oraz „modelu” muszą mieć różne zakresy znaczeniowe - inaczej bowiem nieracjonalnym byłoby użycie obydwu w opozycji względem siebie w zdaniu złożonym wykorzystującym łącznik alternatywy zwykłej.

Według Odwołującego sytuacja wykonawców została dodatkowo skomplikowana poprzez wyrazy użyte w treści omawianych wyjaśnień SIWZ, gdzie Zamawiający wskazał przykładowe „modele” telefonów z użyciem wyrazu „typ” - dla przykładu: urządzenia „typu

Nokia E52, Nokia E72" dla grupy IV. Wydawałoby się, że Zamawiający traktuje obydwie pojęcia jako synonimy, jednakże taka sytuacja nie miała jakiegokolwiek uzasadnienia w obliczu omawianej powyżej redakcji „*Warunków dostawy*”.

Odwołujący wskazał także na gramatyczną wykładnię pojęcia „*typ*”, które Słownik języka polskiego PWN definiuje jako: „*wzór, któremu odpowiada pewna seria przedmiotów*”, która musiała być przeprowadzona w oparciu o szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, gdzie Zamawiający opisał nawet elementy konstrukcyjne aparatów telefonicznych (wskazując m.in. rodzaj obudowy, materiał obudowy, rodzaj wyświetlacza, obsługiwane standardy transmisji danych itp.). Poszukując desygnatu pojęcia „*typ*”, Odwołujący przyjął, iż musi to być taka cecha aparatu telefonicznego, która nie została jednoznacznie wskazana przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia. Tylko bowiem w takim przypadku wykonawcy mieliby dowolność w zakresie zaoferowania różnych typów aparatów telefonicznych, co jednoznacznie dopuścił Zamawiający. Odwołujący przyjął ostatecznie, iż przez „*typ*” aparatu telefonicznego rozumieć będzie ten sam model aparatu o różnych cechach np. kolorystyce obudowy. Jednocześnie, korzystając z możliwości zwrócenia się z wnioskiem o wyjaśnienie treści SIWZ, skierował w dniu 14 lipca 2011 r. kolejne zapytanie do Zamawiającego, w którym wskazał jednoznacznie, jakie rozumienie pojęcia „*typu*” uznaje za prawidłowe: „*(...) Wykonawca poprzez typ aparatu rozumie ten sam model aparatu o różnych cechach np. kolorystyce obudowy (...)*”. Jednocześnie Odwołujący w tym piśmie poprosił o potwierdzenie poprawności takiego rozumowania. Zapytanie zostało skierowane do Zamawiającego w dniu poprzedzającym dzień, w którym upłynął termin składania ofert w związku z czym Zamawiający miał – zdaniem Odwołującego - faktyczną możliwość udzielenia odpowiedzi, pomimo braku takiego obowiązku z uwagi na upływ terminu wskazanego w treści art. 38 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający nie udzielił jednak odpowiedzi na zadane pytanie. Po otwarciu ofert, w dniu 15 lipca 2011 r. Zamawiający wezwał Odwołującego się do uzupełnienia jednego z dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu, działając zgodnie z dyspozycją art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i ku zdziwieniu Odwołującego anulował to wezwanie jeszcze tego samego dnia (Odwołujący się jednak spełnił zadość wezwaniu i uzupełnił wymagany dokument). Następnie Zamawiający dokonał odrzucenia oferty Odwołującego, czego konsekwencją jest stało się złożenie odwołania przez Odwołującego. Odwołujący powołał się na orzecznictwo KIO na poparcie swojego stanowiska, iż niejednoznaczne zapisy SIWZ nie mogą negatywnie wpływać na sytuację wykonawcy w postępowaniu.

W toku rozprawy Odwołujący podtrzymał swoje stanowisko w pełnym zakresie.

II. Stanowisko Zamawiającego

Zamawiający w piśmie z dnia 2 sierpnia 2011 r. złożył do akt sprawy drogą faksową odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający, mając na względzie przedstawioną w odwołaniu argumentację, doszedł do wniosku, iż zapisy SIWZ dotyczące pojęć „model”, „typ” aparatu telefonicznego mogły budzić uzasadnione wątpliwości bowiem – jak wskazują złożone oferty – wykonawcy w różny sposób zrozumieli te pojęcia. Potwierdzeniem powyższego było także – zdaniem Zamawiającego – pytanie skierowane do niego przez Odwołującego w dniu poprzedzającym składanie ofert. Pytanie to dotyczyło pojęcia: „typu”, na które Zamawiający nie udzielił odpowiedzi z uwagi na upływ terminu na ich zadawanie. Odwołujący zaś złożył ofertę, proponując w danej grupie ten sam model telefonu różniący się kolorem, Przystępujący zaś dwa modele telefonu. Zamawiający wskazał, że wprawdzie jego intencją było, aby wykonawcy zaoferowali dwa różne modele aparatów telefonicznych w grupach II-IV, jednakże zważywszy na niejednoznaczne zapisy SIWZ w tym względzie oraz wyjaśnienia jej treści Zamawiający uznał, że bezpodstawnie odrzucił ofertę Odwołującego. Podzielił pogląd w przywoływanym przez Odwołującego orzecznictwie KIO odnośnie tego, że niejednoznaczne i nieprecyzyjne zapisy SIWZ Zamawiający winien rozstrzygać zawsze na korzyść wykonawcy.

W toku rozprawy Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko zawarte w odpowiedzi na odwołanie, a wobec złożenia przez Przystępującego po jego stronie do postępowania odwoławczego sprzeciwu wobec uwzględnienia w całości zrzutów odwołania, wniósł o uwzględnienie odwołania.

III. Stanowisko Przystępującego.

Przystępujący w swoim zgłoszeniu przystąpienia wskazał na następujące okoliczności:

Według Przystępującego Zamawiający w sposób jasny i wyraźny w pkt 2 załącznika nr 1 do SIWZ wskazał, jakie ma oczekiwania względem oferowanych przez wykonawców telefonów. Zamawiający wymagał przedstawienia co najmniej jednego modelu spełniającego wymagania grupy I. Dla grup II - IV Zamawiający wymagał natomiast przedstawienia w ofercie minimalnie dwóch modeli spełniających odpowiednie wymagania. Co więcej, także w każdej z grup II - IV Zamawiający podawał przykładowe modele spełniające kryteria danej grupy, odpowiednio: dla grupy II model spełniający kryteria to telefon typu Nokia E52, Nokia E72; dla

grupy III - model spełniający powyższe kryteria to telefon typu Nokia E52, Nokia E72 oraz dla grupy IV- model spełniający kryteria to telefon typu Nokia E52, Nokia E72.

Zdaniem Przystępującego Zamawiający, podając przykładowe typy aparatów nie odnosił się do ich kolorów, a do parametrów technicznych. Gdyby kolor aparatu był istotny dla Zamawiającego, niewątpliwie podałby w wymaganiach, jakie ma preferencje w tym zakresie. Co więcej Zamawiający wyraźnie wskazując na przykładowe modele aparatów telefonicznych określał typ aparatu telefonicznego i jego nazwę własną, zatem można wywnioskować, iż kolor danego aparatu telefonicznego nie miał dla niego żadnego znaczenia.

Przystępujący wskazał na intencje Zamawiającego. Jego zdaniem jego intencją było otrzymanie od wykonawców różnych modeli telefonów, z których każdy będzie spełniał minimalne wymogi przez niego określone. Zamawiający chciał mieć – jego zdaniem - możliwość wyboru z kilku rodzajów telefonów (spełniających minimalne wymagania SIWZ) zaoferowanych przez wykonawcę tego, który najlepiej będzie odpowiadał jego oczekiwaniom. Potwierdzeniem powyższego był zapis zawarty w pkt 3 załącznika nr 1 do SIWZ, który stanowi, iż: *„Za podaną cenę Wykonawca przedstawi dla Grupy I i V jeden typ lub model aparatów, natomiast dla Grupy II, III i IV Wykonawca przedstawi minimum dwa typy lub modele aparatów, gdzie Zamawiający będzie miał możliwość prawa wyboru, który model i typ aparatu Wykonawca ma dostarczyć (...)*”. Powyższe – w jego ocenie – wskazuje na to, że Zamawiający traktuje sformułowania „*model*” i „*typ*” jako synonimy.

Przystępujący powołał się na definicję pojęcia „*model*” zaczerpniętą ze Słownika Języka Polskiego PWN, który definiuje to pojęcie jako: wzór, według którego coś jest lub ma być wykonywane, typ lub fason czegoś oraz na podobną definicję również ze wskazanego słownika słowa: „*typ*”, tj.: *„wzór, któremu odpowiada pewna seria przedmiotów”*. Pojęcia „*model*” i „*typ*” mają według Przystępującego ten sam zakres znaczeniowy, wskazujący na pewien rodzaj, fason czy też wzorzec.

Przystępujący wskazał, że Odwołujący w dniu 8 lipca 2011 r., uznając wymóg dotyczący zaoferowania co najmniej dwóch modeli aparatów telefonicznych, wnosił o rezygnację z tego wymogu, jako niemożliwego do spełnienia, a zatem miał wiedzę co do oczekiwań Zamawiającego w tym względzie. Nie zgodził się także z argumentacją przedstawioną przez Odwołującego, iż pod pojęciem modelu kryją się aparaty telefoniczne o różnych parametrach technicznych, zaś pod pojęciem typu aparaty telefonicznego o jednakowych parametrach technicznych, a różnych kolorach.

Podkreślił, że co do zarzutów nieudzielenia odpowiedzi na zapytanie złożone przez Odwołującego się dnia 14 lipca 2011 r., to zgodnie z art. 38 ust. 1 a ustawy Pzp, jeżeli wniosek o wyjaśnienie treści SIWZ wpłynął po upływie terminu składania wniosku, zamawiający może udzielić wyjaśnień albo pozostawić wniosek bez rozpoznania.

W toku posiedzenia z udziałem stron Przystępujący prawidłowo reprezentowany przez ustanowionych w sprawie pełnomocników złożył formalny sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów odwołania i wniósł o oddalenie odwołania, podtrzymując swoje stanowisko wyrażone w zgłoszeniu przystąpienia.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

W drugiej kolejności Izba ustaliła, że Odwołujący ma interes w złożeniu odwołania. W odwołaniu podnosi on zarzuty dotyczące czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu jego oferty. Wskazana czynność Zamawiającego wprost pozbawiła tego wykonawcę możliwości pozyskania przedmiotowego zamówienia publicznego, narażając go tym samym na poniesienie wymiernej szkody.

Izba, rozpoznając odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu, uznała je za zasadne.

W tym zakresie Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający w załączniku nr 1 do SIWZ – „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia” w zakresie części pierwszej zamówienia, w pkt 2 dotyczącym wymagań w zakresie sprzętu określił te wymagania odrębnie co do telefonów dla poszczególnych grup abonenckich - od I do V grupy oraz co do modemów. W zakresie wszystkich grup wskazał on na wymóg wskazania przez wykonawcę w ofercie do wyboru minimalnie dwóch modeli telefonów, które miały spełniać wymagania odpowiednio poszczególnych grup oraz dwóch modeli modemów. W pkt 3 tego załącznika, określającym warunki dostawy Zamawiający zawarł zapis o tym, że: „za podaną cenę Wykonawca przedstawi minimum dwa typy lub

modele aparatów, gdzie Zamawiający będzie miał możliwość prawa wyboru, który model i typ aparatu Wykonawca ma dostarczyć (...)”.

Zamawiający załącznikiem nr 4A do SIWZ ustalił wzór formularza obliczenia ceny ofertowej dla części I zamówienia. W zestawieniu tabelarycznym w kolumnie nr 5 należało tam wskazać dla każdej z pozycji, tj. poszczególnych grup: „*Model/Typ Aparatu/modemu*”.

Pismem z dnia 8 lipca 2011 r. Odwołujący złożył do Zamawiającego zapytanie dotyczące wyjaśnień postanowień SIWZ, w tym także w zakresie postanowień załącznik nr 1 do SIWZ pkt 2 (zapytanie nr 8). Wykonawca ten wskazywał w swoim zapytaniu na niemożliwość zapewnienia dwóch modeli terminali dla każdej z grup, gdzie Zamawiający podał wymagania w 100% określające pojedyncze konkretne aparaty, a żaden inny nie spełnia wymogów danej grupy. W związku z powyższym Odwołujący wniósł o rezygnację z tego wymogu jako niemożliwego do spełnienia przy dokładnie określonych wymaganiach dotyczących parametrów terminali.

Zamawiający pismem z dnia 12 lipca 2011 r. udzielił odpowiedzi na zapytania do SIWZ i wprowadził określone modyfikacje jej treści, w tym w zakresie odpowiedzi na zapytanie Odwołującego oznaczone nr 8. Co do wymogów dotyczących telefonów z zakresu grup od II do IV Zamawiający wskazał na przykładowy model spełniający określone dla poszczególnych grup kryteria, a mianowicie telefon typu Nokia E52 i Nokia E72. Zamawiający wprowadził wymóg, aby wykonawca wskazał w ofercie minimalnie dwa modele spełniające wymagania dla poszczególnych grup.

Odwołujący pismem z dnia 14 lipca 2011 r. ponownie zwrócił się do Zamawiającego z zapytaniem do SIWZ, w którym przywołując się na udzieloną przez Zamawiającego odpowiedź na pytanie nr 8, wskazał na swoje rozumienie pojęcia typ aparatu. Wskazał, że przez to pojęcie rozumie ten sam model aparatu o różnych cechach np. kolorystyce obudowy. Odwołujący poprosił o potwierdzenie przez Zamawiającego prawidłowości powyższego rozumienia postanowień SIWZ.

W dniu 15 lipca 2011 r. o godz. 9:45 – zgodnie z pkt 7 protokołu postępowania – upływał termin składania ofert w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W tym terminie w zakresie części pierwszej zamówienia oferty złożyło dwóch wykonawców Odwołujący i Przystępujący.

Odwołujący w swojej ofercie co do oferowanych telefonów w grupach od II do IV wskazał odpowiednio dla każdej grupy dwa modele/typy aparatu/modemu:

- 1) Nokia E52 Czarny Aluminiowy i
- 2) Nokia E52 Metal Aluminiowy.

Zamawiający pismem z dnia 21 lipca 2011 r. poinformował wykonawców o wyborze w zakresie części pierwszej zamówienia oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2

ustawy Pzp jako sprzecznej z treścią SIWZ. W uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający wskazał, że wykonawca w swojej ofercie zaproponował dla grup abonentów od II do IV tylko jeden model telefonu w dwóch kolorach obudowy zamiast wymaganych przez Zamawiającego dwóch modeli do wyboru, zgodnie z zapisami SIWZ i udzieloną w tym zakresie odpowiedzią na zapytania do SIWZ z dnia 12 lipca 2011 r.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia faktyczne Izba stwierdziła, iż brak było podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego w zakresie części I mniejszego zamówienia.

Słusznym - w ocenie Izby - było stanowisko Zamawiającego wyrażone w tym zakresie w odpowiedzi na odwołanie, w którym to stanowisku Zamawiający wskazał, że zapisy SIWZ w przedmiotowym postępowaniu, a także jej modyfikacja i wyjaśnienia udzielone przez Zamawiającego mogły wykonawców wprowadzić w błąd. Tym samym też w takiej sytuacji niedopuszczalnym było, aby powyższe wpłynęło negatywnie na sytuację wykonawcy w postępowaniu, w szczególności poprzez odrzucenie jego oferty.

Izba uznał, że sposób postępowania się przez Zamawiającego, w szczególności w udzielonych wyjaśnieniach SIWZ oraz jej modyfikacji, określeniem „*typ*” i „*model*” mógł wskazywać na wymóg spełniania przez określone typy telefonów wskazanych wymagań o charakterze technicznym, zwłaszcza poprzez wskazanie przez Zamawiającego jako przykładowego typu telefonu Nokia E52 i Nokia E72, przy jednoczesnym wymogu przedstawienia dwóch modeli – w rozumieniu odrębnym od typu – czyli różniących się przykładowo kolorystyką obudowy, ale spełniających te same cechy techniczne opisane przez Zamawiającego w SIWZ i wprost wymagane. Zamawiający dodatkowo w przyjętym w SIWZ zestawieniu tabelarycznym formularza obliczenia ceny ofertowej (załącznik nr 4A do SIWZ) wyszczególnił zarówno konieczność wskazania modelu, jak i typu aparatu telefonicznego i modemu, co także mogło wskazywać na brak tożsamości tych określeń, na co wskazywał w toku rozprawy Przystępujący.

Tym samym przyjęty przez Odwołującego sposób rozumienia wymagań SIWZ co do przedstawienia dwóch modeli spełniających wymagania techniczne aparatów telefonicznych, przy jednoczesnym odrębnym wskazaniu przykładowych typów telefonów jako typów aparatów spełniających podstawowe wymagania określone w SIWZ, które różnią się innymi cechami, tj. np. kolorystyką, był możliwy do przyjęcia. Zamawiający, nie udzielając odpowiedzi na zadane konkretnie w tym zakresie zapytanie do SIWZ przez Odwołującego, - choć zgodnie z obowiązującymi przepisami w tym przypadku z uwagi na upływ terminu na złożenie zapytania nie naruszył on żadnego przepisu ustawy Pzp - niejako potwierdził wątpliwości Odwołującego co do rozumienia wskazanych postanowień SIWZ.

Izba uznała, że powyższy sposób rozumienia postanowień SIWZ – wbrew

twierdzeniom Przystępującego – nie prowadził do pogorszenia sytuacji Przystępującego w postępowaniu, który zaoferował po dwa typy aparatów telefonicznych (E 52 i E 72) w poszczególnych grupach abonenckich. Powyższe nie mogło mieć znaczącego wpływu na zaoferowane ceny ofertowe (Przystępujący: 537 546,90 zł zaś Odwołujący: 353 514,30 zł). Obydwaj wykonawcy zaoferowali bowiem aparaty telefoniczne w ilości sztuk wymaganej przez Zamawiającego w SIWZ, które zostały przez nich łącznie z pozostałymi usługami wchodzącymi w zakres przedmiotu zamówienia odpowiednio wycenione. Obydwaj wykonawcy wypełnili też wymóg wskazania po dwa rodzaje aparatów telefonicznych w grupach abonenckich od II do IV – dając w tym zakresie pewien wybór Zamawiającego – w jednym przypadku co do kolorystyki aparatu (Odwołujący), w drugim przypadku - co do typu telefonów Nokia (Przystępujący) i to niezależnie od tego, czy mamy do czynienia z pojęciem modelu, czy też pojęciem typu aparatu telefonicznego.

Tym samym Izba stwierdziła, że Zamawiający, odrzucając ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zakresie części pierwszej zamówienia, dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Pzp, wskazanych w treści odwołania. Powyższe naruszenie ma wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, powodując konieczność zmiany decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego z postępowania i tym samym wyboru oferty najkorzystniejszej i skutkuje koniecznością powtórzenia czynności badania i oceny ofert złożonych w części I zamówienia.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp oraz ust. 2 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. b) ustawy Pzp, obciążając nimi Przystępującego wobec okoliczności, iż złożył on sprzeciw od uwzględniania przez Zamawiającego w całości zarzutów odwołania.

Do kosztów postępowania odwoławczego zaś w przedmiotowej sprawie Izba zaliczyła - stosownie do § 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) - koszty wpisu uiszczanego w należnej – zgodnej § 1 ust. 2 pkt 1) wskazanego rozporządzenia - wysokości od złożonego odwołania, tj. 7 500 zł.

Przewodniczący: