

Sygn. akt: KIO 2850/12

WYROK
z dnia 14 stycznia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący : Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Jakub Banasiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **10 stycznia 2013 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **21 grudnia 2012 r.** przez **Polkomtel Sp. z o. o., ul. Postępu 3, 02-676 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Polskie Sieci Elektroenergetyczne Operator S.A. (aktualnie: Polskie Sieci Elektroenergetyczne S.A.), ul. Warszawska 165, 05-520 Konstancin Jeziorna** upoważnione do przeprowadzenia postępowania i udzielenia zamienienia w imieniu i na rzecz **Polskie Sieci Elektroenergetyczne Centrum SA, ul. Kruczkowskiego 8, 00-380 Warszawa, Polskie Sieci Elektroenergetyczne Południe SA, ul. Jordana 25, 40-056 Katowice, Polskie Sieci Elektroenergetyczne Północ SA, ul. Marszałka Focha 16, 85-950 Bydgoszcz, Polskie Sieci Elektroenergetyczne Zachód SA, ul. Marcelińskiej 71, 60-354 Poznań, Polskie Sieci Elektroenergetyczne Wschód SA, ul. Żeromskiego 75, 26-600 Radom, Centrum Zastosowań Zaawansowanych Technologii Sp. z o.o., ul. Warszawska 165, 05-520 Konstancin-Jeziorna, EPC SA, ul. W. Górskiego 9, 00-033 Warszawa, Zarządca Rozliczeń SA, ul. Wilcza 50/52, 00-679 Warszawa**

przy udziale **Polska Telefonia Komórkowa "Centertel" Sp. z o.o., ul. Skierniewicka 10a, 01-230 Warszawa**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2850/12 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia oferty Odwołującego oraz w konsekwencji nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert, a w jego ramach nakazuje poprawienie „innej omyłki” w ofercie Odwołującego zgodnie z art. 87 ust.2 pkt 3 Pzp, nadto nakazuje odrzucenie oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp;
2. kosztami postępowania obciąża **Polskie Sieci Elektroenergetyczne Operator S.A. (aktualnie: Polskie Sieci Elektroenergetyczne S.A.), ul. Warszawska 165, 05-520 Konstancin Jeziorna** upoważnione do przeprowadzenia postępowania i udzielenia zamienienia w imieniu i na rzecz **Polskie Sieci Elektroenergetyczne Centrum SA, ul. Kruczkowskiego 8, 00-380 Warszawa, Polskie Sieci Elektroenergetyczne Południe SA, ul. Jordana 25, 40-056 Katowice, Polskie Sieci Elektroenergetyczne Północ SA, ul. Marszałka Focha 16, 85-950 Bydgoszcz, Polskie Sieci Elektroenergetyczne Zachód SA, ul. Marceლიńskiej 71, 60-354 Poznań, Polskie Sieci Elektroenergetyczne Wschód SA, ul. Żeromskiego 75, 26-600 Radom, Centrum Zastosowań Zaawansowanych Technologii Sp. z o.o., ul. Warszawska 165, 05-520 Konstancin-Jeziorna, EPC SA, ul. W. Górskiego 9, 00-033 Warszawa, Zarządca Rozliczeń SA, ul. Wilcza 50/52, 00-679 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., ul. Postępu 3, 02-676 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. nakazuje dokonać wpłaty kwoty **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) przez **Polskie Sieci Elektroenergetyczne Operator S.A. (aktualnie: Polskie Sieci Elektroenergetyczne S.A.), ul. Warszawska 165, 05-520 Konstancin Jeziorna** upoważnione do przeprowadzenia postępowania i udzielenia zamienienia w imieniu i na rzecz **Polskie Sieci Elektroenergetyczne Centrum SA, ul. Kruczkowskiego 8, 00-380 Warszawa, Polskie Sieci Elektroenergetyczne Południe SA, ul. Jordana 25, 40-056 Katowice, Polskie Sieci Elektroenergetyczne Północ SA, ul. Marszałka Focha 16, 85-950 Bydgoszcz, Polskie Sieci Elektroenergetyczne Zachód SA, ul. Marceლიńskiej 71, 60-354 Poznań, Polskie Sieci Elektroenergetyczne Wschód SA, ul. Żeromskiego 75, 26-600 Radom, Centrum Zastosowań Zaawansowanych Technologii Sp. z o.o., ul. Warszawska 165, 05-520 Konstancin-Jeziorna, EPC SA, ul. W. Górskiego 9, 00-033 Warszawa,**

Zarządca Rozliczeń SA, ul. Wilcza 50/52, 00-679 Warszawa na rzecz wykonawcy **Polkomtel Sp. z o. o., ul. Postępu 3, 02-676 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych 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

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: „Świadczenie Usług Telekomunikacyjnych dla Grupy Kapitałowej PSE Operator (usługi gsm, telefonia konwergentna, komutowana transmisja danych, bezprzewodowy dostęp do Internetu, zakup sprzętu i akcesoriów”, zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2012/S 203-334456 z dnia 20.10.2012 r. przez Polskie Sieci Elektroenergetyczne Operator SA (aktualnie: Polskie Sieci Elektroenergetyczne S.A.), ul. Warszawska 165, 05 - 520 Konstancin Jeziorna upoważniony do przeprowadzenia postępowania i udzielenia zamówienia w imieniu i na rzecz Polskie Sieci Elektroenergetyczne Centrum SA, ul. Kruczkowskiego 8, 00-380 Warszawa, Polskie Sieci Elektroenergetyczne Południe SA, ul. Jordana 25, 40-056 Katowice, Polskie Sieci Elektroenergetyczne Północ SA, ul. Marszałka Focha 16, 85-950 Bydgoszcz, Polskie Sieci Elektroenergetyczne Zachód SA, ul. Marcelińskiej 71, 60-354 Poznań, Polskie Sieci Elektroenergetyczne Wschód SA, ul. Żeromskiego 75, 26-600 Radom, Centrum Zastosowań Zaawansowanych Technologii Sp. z o.o., ul. Warszawska 165, 05-520 Konstancin-Jeziorna, EPC SA, ul. W. Górskiego 9, 00-033 Warszawa, Zarządca Rozliczeń SA, ul. Wilcza 50/52, 00-679 Warszawa zwanego dalej: „Zamawiającym”.

W dniu 14.12.2012 r. (faxem) Zamawiający przesłał zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej Polska Telefonia Komórkowa „Centertel” Sp. z o.o. oraz o odrzuceniu na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp POLKOMTEL Sp. z o. o., ul. Postępu 3, 02-676 Warszawa zwanego dalej: „POLKOMTEL Sp. z o. o.” albo „Odwołującym”.

W dniu 21.12.2012 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) wpłynęło na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) zwanej dalej: „Pzp” odwołanie Pzp POLKOMTEL Sp. z o. o. na w/w czynności. Kopia odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 21.12.2012 r. (e-mailem). Czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego zarzucam naruszenie:

- a) art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp - poprzez odrzucenie oferty Odwołującego,
- b) art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp - poprzez zaniechanie poprawienia omyłki w ofercie Odwołującego, które nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty,

c) art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Polskiej Telefonii Komórkowa „Centertel” Sp. z o.o. oraz dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty PTK Centertel, która podlega odrzuceniu. Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu:

- a) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- b) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- c) poprawienia omyłki w ofercie Odwołującego zgodnie z art. 87 ust 2 pkt 3 Pzp,
- d) odrzucenie oferty PTK Centertel,
- e) powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

Czynności Zamawiającego nie mogą być uznane za prawidłowe i zgodne z przepisami Pzp. Odnosząc się w pierwszej kolejności do czynności odrzucenia oferty Odwołującego wskazać należy, że podstawą odrzucenia była, niezgodność treści oferty z treścią SIWZ polegająca na zaoferowaniu ceny netto 200 zł za telefon, zamiast wymaganej przez Zamawiającego ceny maksymalnie 199 zł za telefon. Zamawiający pominął jednak art. 87 ust 2 pkt 3 Pzp, którego treść obliguje Zamawiającego do poprawienia w ofercie Odwołującego *„innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty”*. Omyłka w treści oferty Odwołującego jest omyłką w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp i powinna zostać poprawiona przez Zamawiającego. (Pragniemy nadmienić, że Zamawiający oczekiwał ceny maksymalnej za opłatę abonamentową za łącze PRA nie wyższej niż 200 zł. Odwołujący spełnił ten wymóg. Omyłka Odwołującego dotycząca ceny aparatów telefonicznych jest jedynie wynikiem zwykłego przeoczenia, że oczekiwana przez Zamawiającego maksymalna cena za sprzęt ma wynosić 199 zł a nie 200 zł za sztukę.) Wystarczającą przesłanką do zastosowania tego przepisu jest fakt, że omyłka w ofercie Odwołującego nie powoduje istotnej zmiany treści oferty. Stanowisko to znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. W wyroku z dnia 12.08.2010 r. KIO wyraziła pogląd, że omyłka, o której mowa w art. 87 ust 2 pkt 3 PZP niekoniecznie musi mieć charakter oczywisty. *„Dopuszczalne jest również poprawienie omyłek nie mających takiego charakteru, byleby poprawa nie spowodowała istotnej zmiany treści oferty. O tym, czy dana zmiana ma charakter istotny, czy nie, należy rozstrzygać każdorazowo, biorąc pod uwagę wszystkie okoliczności sprawy. Artykuł 87 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP wprowadzony w celu uniknięcia licznych niegdyś przypadków odrzucania ofert z powodu błahych pomyłek, dopuszcza poprawienie niedopatrzeń, błędów niezamierzonych, opuszczeń, drobnych różnic itp.”*(KIO/UZP/1610/10). Z kolei w wyroku z dnia 06.07.2010 r. Izba zwróciła uwagę na wyrażany w doktrynie pogląd, że *„dopuszczalne wydaje się dokonanie zmian w sytuacji, jeśli z okoliczności wynika zamiar złożenia przez wykonawcę oferty zgodnie z wymaganiami*

zamawiającego” (KIO 1255/10). Bezspornie wolą Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu było złożenie oferty odpowiadającej wszystkim wymaganiom Zamawiającego określonym w SIWZ (w tym również co do cen maksymalnych oczekiwanych przez Zamawiającego), uzyskanie zamówienia i wykonanie go zgodnie z wymaganiami SIWZ, czego potwierdzeniem jest oświadczenie złożone przez Odwołującego w formularzu ofertowym następującej treści: *„Oświadczamy, że zapoznaliśmy się ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia i Wzorem Umowy oraz nie wnosimy do nich zastrzeżeń”*. *„Zrealizujemy przedmiot zamówienia zgodnie z wymaganiami SIWZ i załączonym Wzorem Umowy, w tym w szczególności będziemy przestrzegać obowiązujących przepisów prawa”*. Podanie formularza oferty w pkt 6 „Sprzęt” w kolumnie „D” ceny jednostkowej 200 zł netto stanowi uchybienie niewielkiej wagi, które nie spowoduje zwiększenia kosztów dla Zamawiającego. Poprawienie tej omyłki obniży cenę oferty o 1683 zł, co w skali wartości całego zamówienia (2.709.663,92 zł brutto) stanowi niewielką kwotę. Zamawiający był zatem zobowiązany do poprawienia tej omyłki na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, czego zaniechał.

Odnosząc się do czynności wyboru oferty PTK Centertel, czynność ta została dokonana z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, bowiem oferta PTK Centertel podlega odrzuceniu w związku z jej niezgodnością z treścią SIWZ. W pkt 4 Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia na str. 8, Zamawiający oczekiwał zaoferowania 199 szt. modemów transmisji danych, umożliwiających co najmniej, m.in. pracę modemu w sieci 2G i 3G oraz obsługę technologii o najwyższej prędkości mobilnego dostępu do Internetu dostępnej w publicznej ofercie Wykonawcy. PTK Centertel na str. 5 formularza oferty, zaoferował modem Huawei e173 S2, który nie spełnia powyższego wymogu SIWZ. Modem Huawei e173 S2 (według specyfikacji producenta) pozwala na transmisję danych z maksymalną prędkością jedynie 7,2 Mbps. Maksymalna prędkość transmisji danych dostępna w ofercie publicznej PTK Centertel wynosi 42 Mbps (za stroną Internetową:

[http://www.orange.pl/kid,4002234980,id,4002235415,title,Nowy-Business-Everywhere-z-](http://www.orange.pl/kid,4002234980,id,4002235415,title,Nowy-Business-Everywhere-z-modemem,article.html)

[modemem,article.html](http://www.orange.pl/kid,4002234980,id,4002235415,title,Nowy-Business-Everywhere-z-modemem,article.html)). Zamawiający w SIWZ jasno określił swoje wymagania w zakresie obsługi technologii o najwyższej prędkości mobilnego dostępu do Internetu dostępnej w publicznej ofercie Wykonawcy oraz urządzeń spełniających ten wymóg, czyli umożliwiających Zamawiającemu wykorzystanie maksymalnej prędkości przesyłu danych oferowanej przez Wykonawcę. Wymóg ten jasno i precyzyjnie wskazywał, że Wykonawca bez względu na technologię jaką dysponuje (potencjalni Wykonawcy dysponują różnymi rozwiązaniami) zobowiązany jest zapewnić pełną realizację tego parametru. PTK Centertel zaoferował urządzenie zasadniczo odbiegające od tego parametru. Zgodnie z zamieszczoną specyfikacją dostępną na stronach internetowych PTK Centertel, zaoferowany przez PTK Centertel modem Huawei e173 s-2 (http://www.orange.pl/klienci_biz/e-

[nowy bew z modemem/modemy/huawei/huawei_e173s-2?loyalty=36&priceParams=-1:4477:XT_5502](http://www.orange.pl/kid,4002234980,id,4002235415_title,Nowy-Business-Everywhere-z-modemem,article.html)) pozwala na uzyskanie maksymalnej prędkości transmisji danych 7,2 Mbps, podczas gdy najwyższa prędkość mobilnego dostępu do Internetu dostępnej w publicznej ofercie PTK Centertel wynosi 42 Mbps ([http://www.orange.pl/kid,4002234980,id,4002235415_title, Nowy-Business-Everywhere-z-modemem,article.html](http://www.orange.pl/kid,4002234980,id,4002235415_title,Nowy-Business-Everywhere-z-modemem,article.html)). Zaoferowany przez PTK Centertel modem Huawei e173 S2 nie zapewnia Zamawiającemu realizacji głównego celu jakim było uzyskanie najwyższej szybkości przesyłu danych w sieci PTK Centertel. Parametr szybkości przesyłu danych został zredukowany w sposób istotny. Przyjmując taką ofertę Zamawiający korzystać będzie z usługi, która w istotny sposób odbiega od zdefiniowanych przez Zamawiającego parametrów usługi, tj. z prędkością blisko sześciokrotnie niższą niż wymagana przez Zamawiającego. Zatem i ofertowana przez PTK Centertel usługa transmisji danych nie spełnia wymogów Zamawiającego określonych w SIWZ. Nadto wskazał, iż modem zaoferowany przez PTK Centertel obsługuje jedynie technologię przesyłu danych HSUPA/HSDPA (5,76 Mbps/7,2 Mbps) (za stroną producenta http://www.huaweidevice.pl/products_solutions/mb_drp_umts_e173.html), podczas gdy technologią o najwyższej prędkości mobilnego dostępu do Internetów jaką udostępniła w swojej publicznej ofercie PTK Centertel jest HSPA+DC (42 Mbps). Konsekwentnie, zaoferowany przez PTK Centertel modem nie spełnia wymogów Zamawiającego określonych w SIWZ dotyczących obsługi technologii o najwyższej prędkości mobilnego Internetu. Wbrew oczywistej niezgodności treści oferty PTK Centertel z wymaganiami SIWZ, Zamawiający zaniechał jej odrzucenia, co więcej uznał tą ofertę za najkorzystniejszą naruszając tym samym fundamentalne zasady udzielania zamówień, wyrażone w art. 7 ust. 1 Pzp, tj. zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Naruszenie tego przepisu Pzp i wskazanych powyżej, polega na zaniechaniu poprawienia omyłki w ofercie Odwołującego, oraz na zaniechaniu odrzucenia oferty PTK Centertel. Tym samym niezgodne z przepisami Pzp czynności Zamawiającego i zaniechanie czynności, do których Zamawiający był zobowiązany doprowadziły do naruszenia interesu Odwołującego w uzyskaniu zamówienia i narażają Odwołującego na poniesienie szkody.

Zamawiający w dniu 21.12.2012 r. wezwał (faxem) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 24.12.2012 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) wpłynęło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego: Polska Telefonia Komórkowa „Centertel” Sp. z o.o., ul. Skierniewicka 10a, 01-230 Warszawa, adres do korespondencji: ul. Moniuszki 1A, 00-014 Warszawa zwany dalej: „Polska Telefonia Komórkowa „Centertel”

Sp. z o.o.” albo „Przystępującym”. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 09.01.2013 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie w całości odwołania. Kopia została przekazana Odwołującemu oraz Przystępującym na posiedzeniu. W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 7 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego oraz art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez zaniechanie obowiązku poprawienia omyłki w ofercie Odwołującego Zamawiający podnosi, że w jego ocenie nie było żadnych podstaw do poprawienia oferty Odwołującego w zakresie wskazanej ceny netto za telefon z kwoty 200 zł na kwotę 199 zł. W toku badania i oceny ofert Zamawiający zobowiązany jest dokonać poprawienia omyłek w ofertach wykonawców, w szczególności omyłek pisarskich, rachunkowych oraz innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

Warunkiem poprawienia innych omyłek, o których mowa w 87 ust. 2 pkt 3 Pzp jest jednak brak istotnego wpływu tych poprawek na treść oferty. W żadnym razie za poprawienie takiej omyłki nie może być uznane wprowadzenie jakiejkolwiek zmiany, która wpłynie na zmianę treści oświadczenia woli. Jak stwierdziła KIO w wyroku z dnia 16.07.2012r. (sygn. akt: KIO 1359/12) „ (...) proces poprawiania omyłek nie może prowadzić do znaczącej ingerencji zamawiającego w treść złożonej oferty, a omyłka w treści oferty nie może pozostawiać wątpliwości co do zamierzonej treści oświadczenia wykonawcy. ... Przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. nie stanowi narzędzia do "naprawiania" źle złożonych ofert, lecz stanowi podstawę do poprawy omyłek, której to poprawy dokonać może zamawiający a ich znaczenie dla całości złożonego oświadczenia woli (oferty) (...) w kontekście specyfikacji istotnych warunków nie będzie istotne. (...)”. Wskazanie przez Wykonawcę ceny jednostkowej aparatów telefonicznych jest jednym z kilku elementów oferty, mających wpływ na cenę, która to cena jest jedynym kryterium oceny ofert. Tym samym bezsprzecznie zmiana tego parametru ma wpływ na treść oferty. Ponadto, Zamawiający nie ma obowiązku domniemywać, że wykonawca miał zamiar złożyć ofertę zgodną z treścią SIWZ. W szczególności nie ma obowiązku domniemywać, iż wykonawca zaoferował coś innego, niż to, co wynika z treści oferty. Wykonawcy w ofertach oferują taki przedmiot zamówienia oraz takie ceny, jakie rzeczywiście chcą zaoferować. Zamawiający zatem ocenia ofertę na podstawie tego, co zostało w niej zaoferowane. Zaproponowanie aparatów telefonicznych w cenie 200 zł nie może być uznane za niezamierzoną omyłkę, gdyż cena ta pojawia się konsekwentnie w cenach dla wszystkich aparatów telefonicznych, a zaproponowana cena modemu, który również był limitowany kwotą 199 zł wynosi 1 zł (str. 5 oferty), co wskazuje,

na przemyślany sposób przygotowania kalkulacji cenowej zawartej w ofercie Odwołującego. Oczywistość omyłki polega ponadto nie tylko na łatwości w jej dostrzeżeniu, ale również na braku wątpliwości, jak powinna być poprawiona. Jeśli więc powszechna wiedza, zasady logiki, kontekst, w którym pojawia się omyłka, dopuszczają poprawienie takiej omyłki na więcej niż jeden sposób, taka omyłka nie może być uznana za omyłkę oczywistą. Żaden inny element oferty nie wskazuje natomiast na fakt, że zaoferowana cena na telefony to 199 zł zamiast podanych w ofercie 200 zł. Zatem Zamawiający nie miał możliwości poprawienia tego elementu oferty, albowiem to Wykonawca jest obowiązany wskazać wszystkie elementy ceny. Obowiązek poprawienia omyłki może zaistnieć wyłącznie w sytuacji gdy obiektywnie możliwym do stwierdzenia jest nie tylko sam fakt popełnienia omyłki, ale również sposób jej poprawienia. Skoro Zamawiający nie mógł z treści oferty wywieść, czy ten element ceny Wykonawca powinien był wycenić na 199 zł, 100 zł czy 1 zł, to nie miał możliwości poprawienia takiej omyłki. Natomiast wskazana przez Wykonawcę cena 200 zł netto za telefon bez wątpienia była sprzeczna z pkt 4 części II SIWZ, albowiem maksymalna cena jaką mógł zaoferować wykonawca nie mogła być większa niż 199 zł. W zaistniałej sytuacji Zamawiający zobowiązany był odrzucić ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 7 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego Zamawiający podnosi, że brak było podstaw do odrzucenia oferty Przystępującego, z uwagi na rzekome niespełnianie przez zaoferowany modem transmisji danych wymogów SIWZ w zakresie prędkości mobilnego dostępu do internetu. Zamawiający w pkt 4 SIWZ wymagał obsługi technologii o najwyższej prędkości mobilnego dostępu do Internetu dostępnej w publicznej ofercie Wykonawcy. Zamawiający nie wymagał, aby modem zapewniał maksymalną dostępną przepływność, lecz aby obsługiwał technologię, w której maksymalna przepływność jest świadczona. W Rozdz. 3.2 lit. b) cz. II SIWZ (Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia) Zamawiający wskazał następujące technologie mobilnego dostępu do internetu: CDMA, LTE, HSPA, UMTS, EDGE, GPRS. Zamawiający nie wskazał konkretnego modelu modemu bądź jego parametrów transferu szybkości danych, aby nie preferować żadnego z wykonawców (zdając sobie sprawę z różnic w dostępnych na rynku usługach transmisji danych) i zachować zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W ofercie Przystępującego najwyższa prędkość jest zapewniana za pomocą technologii 3G (HSPA). Zaproponowany w niej modem Huawei s-2 obsługuje technologię 3G (HSPA), stąd należy uznać, że spełnia wymagania Zamawiającego. Zamawiający w SIWZ nie wskazał, w jaki sposób będzie dokonywał weryfikacji parametru obsługi danej technologii. Z uwagi na powyższe oświadczenie Wykonawcy, w tym przedmiocie Zamawiający miał obowiązek uznać za wiążące i brak było podstaw do odrzucenia oferty. W związku z przyjętą regułą

w Pzp, iż przesłanek do odrzucenia oferty, zawartych w art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp nie można interpretować rozszerzająco, należy uznać, że przyczyną odrzucenia oferty nie mogą być informacje zawarte na stronach internetowych, na które powołuje się Odwołujący. W dobie szybkiego rozwoju i informatyzacji należy uznać, iż informacje dotyczące parametrów technicznych oferowanych zamówień mogą znaleźć się na wielu stronach internetowych, jednak informacje te nie zawsze są aktualne, mogą być zmieniane bądź modyfikowane, dlatego powyższe informacje nie mogą stanowić podstawy do weryfikowania wymagań co do oferowanych zamówień, skoro takiego sposobu oceny zamawiający nie przewidział w SIWZ. (tak KIO w wyroku z dnia 12.05.2012 sygn. KIO 877/12). Jeżeli Zamawiający nie doprecyzował sposobu weryfikacji oświadczeń co do zgodności z SIWZ to wykonawcy nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji takiej treści SIWZ. Tym samym brak jest podstaw aby skutkami takich zapisów SIWZ obciążać wykonawców. Na marginesie wskazał również, że na takie rozumienie zapisów SIWZ wskazuje również dokonana przez Zamawiającego ocena modemu zaoferowanego przez Odwołującego - Polkomtel Sp. z o.o., który zapewnia przepływność 28,8 Mb/s, wobec oferowanej w tej samej technologii przepływności maksymalnej 150 Mb/s.

Jednocześnie Zamawiający na etapie realizacji Umowy ma możliwość oczekiwania od Wykonawcy realizacji zamówienia poprzez modem transmisji danych z większymi prędkościami mobilnego dostępu do internetu, z uwagi na zapisy pkt 4 szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia (cz. II SIWZ), zgodnie z którym w okresie trwania umowy Zamawiający zapewnia sobie prawo do możliwości ustalenia z Wykonawcą i zmiany wybranych modeli Sprzętu na modele alternatywne o nie gorszych parametrach technicznych z zachowaniem ceny odpowiadającej danej kategorii.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, zapoznaniu się z postanowieniami SIWZ, w tym w szczególności Cz. II – Szczegółowym opisem przedmiotu zamówienia, ofertą Odwołującego i Przystępującego, wyborem oferty najkorzystniejszej oraz odrzuceniem oferty Odwołującego z dnia 14.12.2012 r., DRUKIEM ZP-PN, odwołaniem, przystąpieniem, odpowiedzią na odwołanie, złożonymi przez Odwołującego na rozprawie poświadczonymi notarialnie wydrukami stron internetowych Przystępującego: 1) zaoferowanego modemu Huawei E 173s-3 -

http://www.orange.pl/klienci_biz/e-nowy_bew_z_modemem/modemy/huawei/huawei_e173s-2?loyalty=36&priceParams=-1:4477:XT_5502;

2) zasięgu i prędkości - <http://www.orange.pl/kid,4002234980,id,4002235415,title,Nowy-Business-Everywhere-z-modemem,article.html>; 3) regulaminu promocji „Nowy bussines everywhere z modemem” - <http://www.orange.pl/binaries/PL/Binary/8261/8459481.pdf>; 4) modemu Huawei E

587 -

http://www.orange.pl/klienci_ind/orange_free_19/modemy/huawei/huawei_e587?loyalty=24&priceParams=-1:3493:XT_5402; 5) modemu Huawei E 372 -

http://www.orange.pl/klienci_ind/orange_free_19/modemy/huawei/huawei_e372_usb_w_zestawie_z_antena_cr9?loyalty=24&priceParams=-1:3493:XT_5402; 6) modemu AnyData ADU-890W -

http://www.orange.pl/klienci_ind/orange_free_19/modemy/anydata/anydata_adu-890w?loyalty=24&priceParams=-1:3493:XT_5402 i 7) modemu Huawei E 3131 -

http://www.orange.pl/klienci_ind/orange_free_19/modemy/huawei/huawei_e3131?loyalty=24&priceParams=-1:3493:XT_5402 oraz strony internetowej producenta modemów Huawei Device - http://www.huaweidevice.pl/products_solutions/mb_drp_umts_e372.html, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia, przy założeniu potwierdzenia się zarzutów. Odwołujący, którego oferta została odrzucona i nie podlegał klasyfikacji w ramach kryterium oceny ofert, tj. ceny (100%), w przypadku potwierdzenia się obu podnoszonych zarzutów, ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Skład orzekający Izby działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem o sygn. akt: KIO 2850/12, postanowień SIWZ, w tym w szczególności Cz. II – Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia, oferty Odwołującego i Przystępującego, wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenia oferty Odwołującego z dnia 14.12.2012 r., DRUKU ZP-PN, odwołania, przystąpienia, odpowiedzi na odwołanie, złożonych przez Odwołującego na rozprawie poświadczonych notarialnie wydruków stron internetowych Przystępującego: 1) zaoferowanego modemu Huawei E 173s-3 -

http://www.orange.pl/klienci_biz/e-nowy_bew_z_modemem/modemy/huawei/huawei_e173s-2?loyalty=36&priceParams=-1:4477:XT_5502;

2) zasięgu i prędkości - <http://www.orange.pl/kid.4002234980.id.4002235415.title.Nowy-Business-Everywhere-z-modemem,article.html>; 3) regulaminu promocji „Nowy bussines everywhere z modemem” -

<http://www.orange.pl/binaries/PL/Binary/8261/8459481.pdf>; 4) modemu Huawei E 587 - http://www.orange.pl/klienci_ind/orange_free_19/modemy/huawei/huawei_e587?loyalty=24&priceParams=-1:3493:XT_5402; 5) modemu Huawei E 372 -

http://www.orange.pl/klienci_ind/orange_free_19/modemy/huawei/huawei_e372_usb_w_zestawie_z_antena_cr9?loyalty=24&priceParams=-1:3493:XT_5402; 6) modemu AnyData ADU-890W -

http://www.orange.pl/klienci_ind/orange_free_19/modemy/anydata/anydata_adu-890w_?loyalty=24&priceParams=-1:3493:XT_5402 i 7) modemu Huawei E 3131 - http://www.orange.pl/klienci_ind/orange_free_19/modemy/huawei/huawei_e3131?loyalty=24&priceParams=-1:3493:XT_5402 oraz strony internetowej producenta modemów Huawei Device - http://www.huaweidevice.pl/products_solutions/mb_drp_ums_e372.html.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowego odwołania:

Zamawiający w ramach Cz. II. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, w pkt 4 Modele telefonów komórkowych oraz modemów do transmisji danych, str. 9 zawarł postanowienie, zgodnie z którym – wymagał aby niezależnie od kategorii telefonu opłata za jeden telefon oraz modem była nie większa niż 199 zł netto. Powyższy zapis nie dotyczył cen tabletów. Odwołujący w ramach formularza ofertowego (1- Usługi telefonii komórkowej /1 134 737, 35 PLN netto /; 2 - Usługi transmisji danych – karta data /214473,00 PLN netto /; 3 – Usługi transmisji danych – karty M2M /142069,77 PLN netto/; 4 – Usługi SMSC /8880,00 PLN netto/; 5 – Usługi ISDN PRA /136018,68 PLN netto/, 6 – Sprzęt /566.800,00 PLN netto/) wskazał w pkt 6 Sprzęt – poz. 30,31,32 cena jednostkowa (PLN) netto /tabela D/, opłata za jeden telefon kategorii I, II i III – 200 PLN (we wszystkich trzech pozycjach). Liczba sztuk odpowiednio 271, 1061 oraz 351. Liczba modemów 200, tabletów 100. Łączna cena za sprzęt – 566.800,00 PLN netto. W ramach formularza ofertowego (str. 6 oferty) zawarto, także oświadczenia: *„Oświadczamy, że zapoznaliśmy się ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia i Wzorem Umowy oraz nie wnosimy do nich zastrzeżeń”*. (pkt IV) *„Zrealizujemy przedmiot zamówienia zgodnie z wymaganiami SIWZ i załączonym Wzorem Umowy, w tym w szczególności będziemy przestrzegać obowiązujących przepisów prawa”* (pkt VI).

Z kolei Zamawiający także w ramach Cz. II. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, w pkt 4 Modele telefonów komórkowych oraz modemów do transmisji danych, str. 8 zawarł postanowienie, zgodnie z którym – *„W ramach Zamówienia Wykonawca zapewni możliwość zamówienia i dostarczy Zamawiającemu na jego zamówienie 200 szt. modemów transmisji danych, o co najmniej następujących parametrach:*

- *Praca w sieciach 2G i 3G,*
- *Obsługa technologii o najwyższej prędkości mobilnego dostępu do Internetu dostępnej w publicznej ofercie Wykonawcy, (...).”*

Dodatkowo w pkt 3.2 Taryfa mobilnego dostępu do Internetu (taryfa data) określił w lit. b – *„Palny taryfowe dla kart SIM wykorzystywanych w taryfie data powinny mieć*

następujące cechy: (...) możliwość korzystania z wszystkich rodzajów technologii mobilnego dostępu do Internetu w publicznej ofercie Wykonawcy, takich jak CDMA, LTE, HSPA, UMTS, EDGE, GPRS” . Zaś w lit. c – „przypadku uruchomienia nowych technologii dostępu do mobilnego Internetu przez Wykonawcę oraz włączenia ich do publicznie dostępnych ofert zapewnienie nieodpłatnej wymiany kart SIM (jeżeli zajdzie taka potrzeba) i umożliwienie korzystania z tych technologii przez Zamawiającego w ramach dostępnego abonamentu”.

W ramach odpowiedzi na pytania – pismo z dnia 08.11.2012 r. odpowiedź na pytanie 5: „Pytanie 5. Część II pkt. 3.2 lit. b) – Zwracamy się z prośbą o modyfikację tego postanowienia w takim zakresie, że nie wskazane przez Zamawiającego technologie (w szczególności LTA, CDMA,) będą dostępne zgodnie z mapami zasięgu tych technologii u danego Wykonawcy. Odpowiedź 5. Zamawiający nie zgadza się na modyfikację SIWZ. Jednocześnie informuje, iż w SIWZ oraz projekcie Umowy, Zamawiający nie precyzuje o jaka technologię dla świadczenia usługi chodzi, a co za tym idzie nie wskazuje na mapę zasięgu”.

Przystępujący w ramach formularza ofertowego (str. 5 oferty) zaoferował modem: Huawei E 173s-2.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Odnośnie zarzutów naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp - poprzez odrzucenie oferty Odwołującego oraz art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp - poprzez zaniechanie poprawienia omyłki w ofercie Odwołującego, które nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty, Izba z uwagi na ich charakter odniesienie się do niniejszych zarzutów łącznie, uznając ich zasadność.

Zgodnie z art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Wynika więc z niniejszego przepisu, że tylko wtedy można odrzucić ofertę Wykonawcy, w tym wypadku Odwołującego, jeśli nie ma zastosowania instytucja wynikająca z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, która ma charakter obligatoryjny, a nie fakultatywny. „Inna omyłka”, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp niekoniecznie musi mieć charakter oczywisty. Dopuszczalne jest również poprawienie omyłek nie mających takiego charakteru, byleby poprawa nie spowodowała istotnej zmiany treści oferty. Każdorazowo, o tym, czy dana zmiana ma charakter istotny, czy też nie należy rozstrzygać biorąc pod uwagę wszystkie okoliczności sprawy.

Nadto, Izba podnosi za orzecznictwem: „(...) przed zastosowaniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy zamawiający ma obowiązek zbadać ofertę pod względem możliwości poprawienia pojawiających się w takiej ofercie omyłek w trybie art. 87 ust. 2 ustawy. Wynika to wprost z brzmienia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, zgodnie z którym odrzucenie oferty z tego powodu,

że jej treść nie odpowiada treści siwz, jest możliwe dopiero w sytuacji, gdy niezgodności treści oferty nie da się usunąć poprzez zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. (...)

Izba stwierdza, że wzajemna relacja art. 89 ust. 1 pt 2 i art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy jest następująca:

Art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy stanowi o wszelkich nieprawidłowościach oferty wykonawcy, które powodują, że treść oferty nie odpowiada treści siwz. Pojęcie „nie odpowiada” jest pojęciem szerokim obejmuje zarówno:

- sprzeczność (niezgodność) treści oferty z treścią siwz, czyli sytuację, gdy z oferty wynika wprost zaoferowanie innego przedmiotu zamówienia niż wymagany przez zamawiającego – w przedmiotowej sprawie przykładem takiej sprzeczności jest podanie innej niż określona przez zamawiającego (...)

- jak również sytuacji, gdy z oferty nie wynika element, czy fragment elementu, którego zaoferowania wymagał zamawiający (...)

Jednocześnie w przepisie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, jak już wspomniano powyżej, przewiduje się możliwość odrzucenia oferty tylko, o ile opisane powyżej „nieodpowiedniości” nie dadzą się usunąć w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy nakazuje zamawiającemu poprawić takie omyłki, które spełniają łącznie dwa warunki :

- polegają na niezgodności oferty ze siwz i

- ich poprawienie nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty.

W zakresie pierwszej z przesłanek należy stwierdzić, że odnosi się ona wyłącznie do sprzeczności treści oferty z treścią siwz. Pojęcie „niezgodności” jest węższe niż pojęcie „nieodpowiedniości”. Tym samym do poprawienia nadają się wyłącznie omyłki, które polegają na sprzeczności treści oferty z treścią siwz i to wyłącznie takie, których poprawienie nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. Zamawiający zatem stosując art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy odrzuca ofertę, gdy popełniona omyłka polega na sprzeczności oferty z treścią siwz, a jej poprawienie prowadziłoby do istotnych zmian w treści oferty, a także odrzuca ofertę w sytuacji, gdy omyłka (niezależnie od tego czy jest istotna czy też nie) nie polega na sprzeczności treści oferty z treścią siwz. (...)” (wyrok KIO z dnia 29.03.2012 r., sygn. akt: KIO 533/12).

Odnosząc się do przedmiotowego stanu faktycznego, Izba uznała, że istnieją podstawy do zastosowania instytucji wynikającej z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, a Zamawiający po prostu zaniechał jej zastosowania względem oferty Odwołującego. Zaistniała sprzeczność treści oferty z treścią SIWZ i to wyłącznie taka, której poprawienie nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. Należy także stwierdzić, że celem wprowadzenia przez Ustawodawcę niniejszego przepisu było uniknięcie sytuacji, gdy drobne błędy skutkowałyby odrzuceniem prawidłowej merytorycznie oferty.

Względem kwestii, że Zamawiający nie dysponował wiedzą w jaki sposób należało poprawić ofertę Odwołującego, czy też odnośnie jego rzeczywistego zamiaru, właściwym wydaje się zauważyć, że zgodnie z postanowieniami SIWZ (str. 9 cz. II, Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia), nie należało przekroczyć kwoty 199 PLN, tzn. opłaty za jeden telefon oraz modem, wynika więc z tego określony narzucony sposób poprawy „*innej omyłki*” (na który Wykonawca zgodził się w ramach oświadczenia ogólnego). Jeśli Wykonawca nie zgadzałby się na taki rodzaj poprawy (oświadczenia szczegółowego) w terminie 3 dni Zamawiający odrzuca ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 Pzp. Nie ma więc konieczności ustalania wiążącej wykładni w trybie art. 87 ust.1 Pzp, a Zamawiający może dokonać stosownej poprawy samodzielnie. (W tym zakresie Izba jedynie sygnalizuje, że część orzecznictwa opierając się na stanowisku Sądu Okręgowego w Suwałkach, tj. wyrok z dnia 06.03.2009 r., sygn. akt: I Ca 27/09 dopuszcza wyjaśnienia w trybie art. 87 ust.1 Pzp).

Z kolei względem kwestii, istotności zmiany w treści oferty, Izba stwierdza, że będzie ona polegała na obniżeniu ceny ofertowej (o 1683 PLN), przy czym nie stanowi elementu decydującego o miejscu w rankingu złożonych ofert (zadecyduje o tym status oferty Przystępującego), choć jest korzystna dla Zamawiającego. Izba nie przeczy, że zmiana dotyczy 1683 telefonów, ale sprzęt jest tylko elementem składowym przedmiotu zamówienia i to tylko jednym z 6 (sześciu) do tego nie o najwyższym udziale kwotowym w całości ceny ofertowej.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnośnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego - Polskiej Telefonii Komórkowa „Centertel” Sp. z o.o. oraz dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej jego oferty, która podlega odrzuceniu, Izba uznała w/w zarzut za potwierdzony.

Po pierwsze, Izba wskazuje na okoliczność, że Odwołujący nie rozszerzył zakresu odwołania. Przedmiotem odwołania nie była tylko i wyłącznie kwestia maksymalnej dostępnej przepływowości, lecz również technologii o najwyższej prędkości mobilnego dostępu do Internetu dostępnej w publicznej ofercie Wykonawcy (2 akapit od dołu na str. 5 odwołania). Argumentacja w tym zakresie zawarta w odpowiedzi na odwołanie i ponowiona na rozprawie odnosi się tylko i wyłącznie do kwestii nie określonej przez Zamawiającego maksymalnej dostępnej przepływowości. W tym zakresie, Izba zgadza się że żadne postanowienia SIWZ nie regulowały niniejszej kwestii. Z kolei, pkt 3.2 Cz. II. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia rzeczywiście nie wskazywał konkretnego modelu modemu bądź jego parametrów transferu szybkości danych, a jedynie technologie dostępu do Internetu. Jednakże tak pkt 4, jak i pkt 3.2 lit. b i c Cz. II. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia

Zamawiający wyraźnie odnosi się do technologii – „(...)dostępnej w publicznej ofercie Wykonawcy (...)”. Nie jest więc do końca tak, jak próbuje udowodniać Zamawiający, że nie przewidział żadnego sposobu weryfikacji przedłożonych ofert, czy też dyskredytuje walor dowodowy i miarodajność przedłożonych na rozprawie przez Odwołującego – poświadczonych notarialnie wydruków określonych stron internetowych Przystępującego, czy też producenta zaoferowanego modemu. Izba wskazuje, że sam pełnomocnik Zamawiającego przyznał na rozprawie, że weryfikował oferty na podstawie stron internetowych producentów zaoferowanych modemów (*nota bene* podmiot zewnętrzny, który miał pomagać Zamawiającemu w tej ocenie jest wskazany w protokole, tj. DRUKU ZP-PN jedynie jako przygotowujący opis przedmiotu zamówienia). Można nawet uznać, że postanowienia SIWZ wręcz predysponowały do weryfikacji złożonych ofert na podstawie w pierwszej kolejności dostępnej publicznej oferty Wykonawcy (czyli jego stron internetowych), a nie na podstawie stron producentów (te drugie ewentualnie wtórnie).

Po drugie, Izba podziela co do zasady stanowisko co do waloru dowodowego stron internetowych wyrażone w wyroku z dnia 12.05.2012 r., sygn. akt: KIO 877/12, jednakże biorąc pod uwagę postanowienia SIWZ Zamawiającego jednoznacznie odwołujące się do dostępnej publicznej oferty Wykonawcy (a więc skierowanej do wszystkich, a nie pod danego Zamawiającego), jak i nie mogąc ignorować przedłożonego oficjalnego regulaminu promocji „Nowy bussines everywhere z modemem” Przystępującego, uznała że w przedmiotowym stanie faktycznym mają one walor dowodowy. Przystępujący nie zakwestionował na rozprawie wiążącego charakteru niniejszego regulaminu, tudzież jego aktualności. Przy czym Izba, dla porządku wyjaśnia, że decydującym dla uwzględnienia niniejszego zarzutu, a w konsekwencji i całego odwołania była kwestia zaoferowania modemu, który nie - obsługuje technologii o najwyższej prędkości mobilnego dostępu do Internetu dostępnej w publicznej ofercie Wykonawcy, i tylko dowody przedłożone przez Odwołującego dotyczące tek kwestii mają istotne znaczenie dla przedmiotu sporu.

Po trzecie, odnośnie - technologii o najwyższej prędkości mobilnego dostępu do Internetu dostępnej w publicznej ofercie Wykonawcy, nie sposób zaprzeczyć, że technologia HSPA+DC jest odmianą technologii HSPA, jednakże, to sam Przystępujący dokonał jej wyraźnego wyodrębnienia w przedłożonym jako dowód przez Odwołującego regulaminie (§1 ust.2). Wskazane przez Zamawiającego w pkt 3.2 lit. b Cz. II. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia technologie mają charakter przykładowy nie było więc przeszkód w zaoferowaniu tej technologii, tym bardziej, że Zamawiający zapewnił sobie wymianę – w wypadku uruchomienia „nowych technologii dostępu do mobilnego Internetu przez Wykonawcę oraz włączenia ich do publicznie dostępnych ofert (...)”. Wynika więc z tego, że oparcie się ewentualnie na stanowisku stowarzyszenia 3GPP jest nieuprawnione, nie

dlatego, że Izba zamierza podważyć charakter tego stowarzyszenia, ale dlatego, że Zamawiający wyraźnie odnosi się w SIWZ do technologii o najwyższej prędkości mobilnego dostępu do Internetu dostępnej w publicznej ofercie Wykonawcy. Określił więc samodzielnie czym będzie się kierował nie tylko przy ocenie złożonych ofert, ale w trakcie realizacji umowy.

Po czwarte, Izba pragnie zauważyć, że zarzuty sformułowane przez Zamawiającego w ramach odpowiedzi na odwołanie (ostatnia strona, 2 akapit od góry) wobec Odwołującego dotyczą kwestii prędkości zaoferowanego modemu, a nie technologii: „*wobec oferowanej w tej samej technologii*”, brak jest więc podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego z tej przyczyny. Z uwagi na tą okoliczność Izba nie dopuściła także, jako dowodu odnośnie oferty Odwołującego wydruku okazanego przez Przystępującego na rozprawie (zwracając niniejszy wnioskodawcy), z którego wywodził, iż było tak, jak wskazał Zamawiający na stronie ostatniej odpowiedzi na odwołanie. Izba również zauważa, że *de facto* dotyczył on oferty Odwołującego, która nie jest przedmiotem odwołania w tym zakresie.

Kwestia, zaś wymiany modemu na lepszy w trakcie realizacji zamówienia, nie ma znaczenia na etapie badania i oceny złożonych ofert.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, a także w oparciu o § 5 ust. 2 pkt 1 i ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....