

Sygn. akt: KIO 1244/12

WYROK
z dnia 27 czerwca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 czerwca 2012 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 czerwca 2012 r. przez wykonawcę

NETIA S.A. ul. Poleczki 13, 02-822 Warszawa

w postępowaniu prowadzonym przez

Państwowy Fundusz Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych

al. Jana Pawła II 13, 00-828 Warszawa

przy udziale wykonawcy **GTS Poland Sp. z o.o. ul. Marynarska 15, 02-674 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża NETIA S.A. 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 NETIA S.A. ul. Poleczki 13, 02-822 Warszawa tytułem wpisu od odwołania,**

2.2. zasądza od NETIA S.A. ul. Poleczki 13, 02-822 Warszawa na rzecz Państwowego Funduszu Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych al. Jana Pawła II 13, 00-828 Warszawa kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Państwowy Fundusz Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usług telekomunikacyjnych – usług dostarczenia, utrzymania i serwisu zapasowych łączy transmisji danych na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 14 marca 2012 r. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Przygotowując specyfikację istotnych warunków zamówienia zamawiający wskazał wśród wymaganych lokalizacji węzłów sieci m.in. adres: Toruń, ul. Szosa Chełmińska 28.

11 kwietnia 2012 r. zamawiający dokonał modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia zmieniając ten adres na: ul. Szosa Chełmińska 30.

Po otrzymaniu ofert zamawiający, na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprawił w ofertach GTS Poland Sp. z o.o. i TK Telekom Sp. z o.o. błędny adres „ul. Szosa Chełmińska 28” na „ul. Szosa Chełmińska 30”.

Następnie dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty GTS Poland Sp. z o.o.

14 czerwca 2012 r. odwołujący – Netia S.A. wniósł odwołanie wskazując, że zamawiający dokonał na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprawki w ofertach GTS Poland Sp. z o.o. i TK Telekom Sp. z o.o. uznając, że przygotowanie oferty na inną lokalizację niż wymagana w specyfikacji stanowi omyłkę, która nie powoduje istotnych zmian w treści oferty i może być poprawiona w trybie ww. przepisu, z czym odwołujący się nie zgadza. Zamawiający żądał bowiem świadczenia usług w lokalizacji Toruń, ul. Szosa Chełmińska 30, a nie ul. Szosa Chełmińska 28, co zaoferował GTS Poland Sp. z o.o. Dla planowania i realizacji stacjonarnych usług telekomunikacyjnych oraz składania ofert konkretny adres ma dla wykonawców istotne znaczenie, tym bardziej, że lokalizacje te znajdują się w innych budynkach, w odległości ok. 40 metrów. Świadczenie usług w stacjonarnych sieciach telekomunikacyjnych wymaga wskazania konkretnego adresu zakończenia sieci, co wynika z art. 56 ust. 4 ustawy Prawo telekomunikacyjne.

Wykonawcy nie zawsze posiadają sieć telekomunikacyjną w lokalizacjach wymaganych przez zamawiającego i każdy wariant może być inaczej wyceniany, tym bardziej, gdy chodzi o wycenę i koszty ponoszone przez wykonawcę dla dwóch różnych lokalizacji (koszty

rozbudowy kablowej sieci telekomunikacyjnej, wybudowania radiowej sieci telekomunikacyjnej, uzgodnienia z administratorami czy właścicielami budynków), różnica ta jest szczególnie widoczna, gdy w danej lokalizacji wykonawca posiada własną sieć i nie musi ponosić nakładów, aby świadczyć usługi zamawiającemu.

W niniejszym postępowaniu GTS Poland Sp. z o.o. złożył ofertę na świadczenie usługi przy ul. Szosa Chełmińska 28, a odwołujący i inni wykonawcy przy ul. Szosa Chełmińska 30, więc są to oferty nieporównywalne. Zgodnie z zasadą równego traktowania wykonawców zamawiający ma obowiązek stworzyć wykonawcom identyczne warunki ubiegania się o zamówienie, a oferty mają być zgodne ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. To do wykonawcy należy kontrolowanie i reagowanie na każdą zmianę specyfikacji, aby spełnić wymagania zamawiającego. Jeżeli więc zaoferowane zostały usługi w lokalizacji, w której takich usług zamawiający nie zamawiał, nie jest to zgodne ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, a niezgodność ta dotyczy elementu przedmiotowo istotnego, gdyż zobowiązanie do dostarczenia usług w konkretnej lokalizacji/budynku ma znaczenie kluczowe i jest elementem przedmiotowo istotnym zamówienia. Zaoferowanie podłączenia innego miejsca świadczy o niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami zamawiającego w odniesieniu do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia.

Zatem zamawiający na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych powinien odrzucić ofertę GTS Poland Sp. z o.o., czego zaniechał. Niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia ma miejsce w sytuacji, gdy przedmiot oferowany nie odpowiada przedmiotowi zamówienia co do zakresu i ilości, a GTS Poland Sp. z o.o. nie zaoferował wykonania usługi w lokalizacji ul. Szosa Toruńska 30. Przyjmując taką ocenę oferty zamawiający zaakceptował stan sprzeczny z art. 82 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wadliwość oferty jest na tyle istotna rodzajowo, że powoduje brak możliwości po stronie zamawiającego dokonania oceny oferty jako zgodnej ze specyfikacją. Obowiązkiem zamawiającego jest dokonanie oceny złożonych ofert w oparciu o wymagania i zasady podane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Brak konsekwencji i staranności zamawiającego w tym zakresie powoduje nierówne traktowanie wykonawców, co stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wybór oferty GTS Poland Sp. z o.o. dokonany tak, jak gdyby była to oferta pełnowartościowa, jest uprzywilejowanym potraktowaniem tego wykonawcy.

Zamawiający z całą pewnością nie mógł samodzielnie ocenić, że GTS Poland Sp. z o.o. na dzień składania ofert, przygotowując dokumentację na podstawie wcześniej ocenionych możliwości świadczenia usług, wziął pod uwagę zmianę specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie zmiany adresu lokalizacji w Toruniu. Ewentualne wyjaśnianie treści złożonej oferty nie mogłoby prowadzić do dokonania jakichkolwiek zmian w złożonej ofercie. W przypadku oferty GTS Poland Sp. z o.o. nie można mówić o wyjaśnieniach, gdyż

widoczna jest ewidentna wadliwość oferty, a wyjaśnienia nie mogą prowadzić do uzupełniania oferty o wymagane elementy. Ewentualne poprawki omyłek pisarskich i rachunkowych mogą dotyczyć tylko omyłek odnoszonych do reguł stylistyczno – językowych lub reguł matematycznych.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenia oferty wykonawcy GTS Poland Sp. z o.o. jako niezgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia oraz przeprowadzenia ponownego badania ofert i wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania oraz o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego stwierdzając, iż mógł dokonać zmiany w ofercie, ponieważ zaistniała omyłka nie była istotna. W piśmie z 11 kwietnia 2012 r., w którym zmienił sporny adres, wskazał, iż oferenci powinni dokonać korekty formularza. Wskazał również, iż odwołujący nie udowodnił, że w związku ze zmianą adresu GTS Poland Sp. z o.o. musiałby dokonać jakichś zmian infrastruktury albo że pociągałoby to za sobą większe koszty niż przy ul. Szosa Chełmińska 28. Zmiana w specyfikacji istotnych warunków zamówienia numeru 28 na 30 wynikała z tego, iż podczas jej sporządzania zamawiający nie skorygował zmiany numeru budynku. Jest to bowiem ten sam budynek, jednak ze względu na podział działek zmieniono administracyjne oznaczenie budynku z numeru 28 na 30. Wykonawcy mieli pełną świadomość, gdzie ten budynek się znajduje oraz o który budynek chodzi, bowiem w specyfikacji istotnych warunków zamówienia zawarto również informację, że podłączenie ma nastąpić w biurze Kujawsko – Pomorskiego Oddziału PFRON, więc odwołujący nadmiernie skupia się na adresie i podkreśla jego wagę. Po poprawieniu omyłki w specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczącej numeracji budynku wykonawcy nie mogli mieć wątpliwości co do zamawianej lokalizacji usług. Sposób określenia ceny oferty leży po stronie wykonawcy i zamawiający w to nie wnikał.

Przystępujący – GTS Poland Sp. z o.o. wniósł o oddalenie odwołania stwierdzając, iż treść oferty nie jest sprzeczna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, istnieje tylko pewna rozbieżność w treści oferty. Przystępujący w pozycji 13. formularza ofertowego zamiast liczby „30” podał liczbę „28”, lecz zaoferował wykonanie instalacji w Kujawsko – Pomorskim Oddziale PFRON w Toruniu. Wskazał na ust. 3 formularza ofertowego, w którym zadeklarował chęć zawarcia umowy o treści określonej we wzorze umowy, w której jest już prawidłowy adres, gdyż został poprawiony bezpośrednio przez zamawiającego, zatem propozycja zawarcia umowy dotyczy prawidłowego adresu. Przystępujący popełnił jedynie omyłkę poprzez brak dokonania poprawki w formularzu ofertowym – posłużył się

starym formularzem przygotowanym przez zamawiającego, jednak deklarując chęć wykonania usługi w prawidłowym miejscu, a jego uwadze umknęło jedynie, że powinien poprawić błędny numer, tym bardziej, że budynek, w którym miał zainstalować łącze, nr 28 kiedyś nosił. Zamawiający miał podstawę do sprostowania tej omyłki i oparcie tej poprawki w treści oferty, a sama zmiana jest nieistotna. Nawet gdyby wycena w ofercie dotyczyła budynku nr 28, nie wpływa to u przystępującego na poniesienie kosztów.

Jego zdaniem ów błąd zamawiający mógłby poprawić nawet jako oczywistą omyłkę pisarską. Ten fakt potwierdza również to, iż inny wykonawca także złożył ofertę na formularzu niepoprawionym. Wbrew twierdzeniom odwołującego nie doszło do żadnych negocjacji treści oferty, skoro sam ustawodawca w taki sposób ustalił procedurę, że to zamawiający poprawia, a wykonawca ewentualnie się nie zgadza na poprawkę, jeśli uważa, że jest ona niedopuszczalna. Nie ma wątpliwości, że oferta przystępującego dotyczy siedziby Oddziału Kujawsko – Pomorskiego PFRON, gdyż pod obecnym numerem 28 zamawiający nie ma żadnego oddziału. Modyfikacja specyfikacji istotnych warunków zamówienia z 11 kwietnia 2012 r. została wzięta przez niego pod uwagę choćby z tego powodu, że zamawiający dopuścił użycie radiolinii, czego przystępujący się domagał oraz zmienił termin składania ofert z 20 kwietnia na 14 maja, natomiast oferta przystępującego jest datowana na 14 maja 2012 r., co poświadcza, że zmianę tę brał po uwagę składając ofertę.

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

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 i art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z dyspozycją art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający odrzuca ofertę, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, chyba że ową niezgodność można usunąć w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli zostanie ona uznana za 1) omyłkę, czyli działanie inne niż prawidłowe i oczekiwane, lecz niezamierzone, 2) polegającą właśnie na niezgodności ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia oraz 3) że jej poprawienie nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty.

Izba stwierdziła, że w niniejszym stanie faktycznym zachodzą wszystkie trzy okoliczności. Przede wszystkim brak jest podstaw do uznania, iż przystępujący nie zauważył lub zignorował zmianę specyfikacji istotnych warunków zamówienia i zaoferował oraz wycenił świadczenie usługi w budynku innym, niż wymagał zamawiający, a sama różnica w adresie „ul. Szosa Chełmińska 28” / „ul. Szosa Chełmińska 30” wynika z innych przyczyn niż wskazane przez zamawiającego i przystępującego, czyli przeoczenia, że w formularzu ofertowym należy dokonać korekty.

Wyjaśnienia zamawiającego i przystępującego są zgodne z zasadami logiki i doświadczenia życiowego, z których wynika, iż przy wypełnianiu dokumentów na wzorach przygotowanych przez zamawiającego, wykonawcom najczęściej zdarzają się błędy polegające właśnie na niedopatrzeniu, że wprowadzone do specyfikacji istotnych warunków zamówienia zmiany należy uwidocznic również w przygotowanych przez zamawiającego formularzach.

Z drugiej strony – trudno wysnuć wniosek przeciwny, tj. że wykonawca tej zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie zauważył lub że ją pominął. Zamawiający bowiem nie wprowadził tylu zmian do specyfikacji, by w ich natłoku wykonawcom mogły umknąć poszczególne poprawki, a zamierzone oferowanie wykonania usługi w innym miejscu niż wymagane miałyby się z celem.

Trudno też zakładać, że wykonawca sporządził ofertę przed 11 kwietnia i do dnia składania ofert, czyli 15 maja, nie zweryfikował miejsca świadczenia usług. Poza tym, co do argumentu odwołującego dotyczącego potencjalnej sytuacji, że w zależności od budynku, ceny usługi wskazane w ofercie byłyby inne, nie znajduje on oparcia w samej treści oferty GTS Poland Sp. z o.o., który w niemalże wszystkich lokalizacjach (za wyjątkiem Warszawy) wskazał tę samą cenę usługi. A trudno założyć, iż we wszystkich tych miastach warunki świadczenia usług są identyczne. Ze swojej strony odwołujący nie udowodnił też, że GTS Poland Sp. z o.o. rzeczywiście takie inne koszty dla każdej lokalizacji musiałby ponieść (co zasadniczo i tak nie ma znaczenia, gdyż póki cena oferty nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji lub nie jest rażąco niska, nie ma przeszkód, by wykonawca nie oferował cen „zryczałtowanych” – takich samych dla poszczególnych lokalizacji).

Zatem w niniejszej sytuacji można uznać, że zaistniała w ofercie omyłka nie jest wyrazem woli GTS Poland Sp. z o.o. świadczenia usługi w innym budynku niż wymagany przez zamawiającego, a jedynie błędem „technicznym” w adresie wynikającym z nieprawidłowego wpisu zamawiającego we wzorze formularza ofertowego, którego wykonawca nie poprawił. Należy się tu zgodzić z przystępującym, że w zasadzie zamawiający ową niezgodność mógłby poprawić nawet jako oczywistą omyłkę pisarską.

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

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

Przewodniczący: