

Sygn. akt: KIO 1703/15

WYROK
z dnia 19 sierpnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący : Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Paulina Zielenkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **19 sierpnia 2015 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **10 sierpnia 2015 r.** przez wykonawcę **Netia S.A., ul. Poleczki 13, 02-822 Warszawa** adres korespondencyjny: **ul. Strzegomska 142a, 54-429 Wrocław** w postępowaniu prowadzonym przez **Izbę Skarbową we Wrocławiu, ul. Powstańców Śląskich 24,26, 53-333 Wrocław**

przy udziale wykonawcy **Orange Polska S.A., al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z 30.07.2015 r. (przesłanej 31.07.2015 r.) oraz nakazuje unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego z tego samego dnia, nakazuje Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.**
- 2. kosztami postępowania obciąża Izbę Skarbową we Wrocławiu, ul. Powstańców Śląskich 24,26, 53-333 Wrocław 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 adres korespondencyjny: ul. Strzegomska 142a, 54-429 Wrocław** tytułem wpisu od odwołania;
- 2.2. zasądza zapłatę kwoty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) przez **Izbę Skarbową we Wrocławiu, ul. Powstańców Śląskich 24,26, 53-333 Wrocław** na rzecz **Netia S.A., ul. Poleczki 13, 02-822 Warszawa adres korespondencyjny: ul. Strzegomska 142a, 54-429 Wrocław** która to kwota stanowi koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów wpisu wliczonego w poczet kosztów postępowania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **we Wrocławiu**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: „świadczenie usług telekomunikacyjnych w zakresie telefonii stacjonarnej dla Izby Skarbowej we Wrocławiu i grupy urzędów skarbowych województwa dolnośląskiego”, zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2015/S 083 -148047 z 29.04.2015 r., przez Izbę Skarbową we Wrocławiu, ul. Powstańców Śląskich 24,26, 53-333 Wrocław zwaną dalej: „Zamawiającym”.

W dniu 31.07.2015 r. (faxem) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej: Orange Polska S.A., al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa zwana dalej: „Orange Polska S.A.” albo „Przystępującym”. Poinformował także o odrzuceniu oferty: Netia S.A., ul. Poleczki 13, 02-822 Warszawa adres korespondencyjny: ul. Strzegomska 142 a, 54 - 429 Wrocław zwane dalej: „Netia S.A.” albo „Odwołującym”.

W dniu 10.08.2015 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Netia S.A. wniosło odwołanie na w/w czynność z 31.07.2015 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 10.08.2015 r. (e-mailem).

Zamawiającemu zarzucił naruszenie:

I. art. 29 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) zwanej dalej: „PZP” poprzez nieprecyzyjny i niedostatecznie wyczerpujący opis przedmiotu zamówienia;

II. art. 26 ust. 4 PZP poprzez zaniechanie czynności wezwania wykonawcy Orange Polska S.A. do wyjaśnień złożonej oferty;

III. art. 89 ust. 1 pkt 2 przez jego niewłaściwe zastosowanie i odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na fakt, że w ocenie Zamawiającego treść oferty złożonej przez Odwołującego nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwane dalej: „SIWZ”;

IV art. 89 ust 1 pkt 2 w zw. z art. 82 ust 3 PZP poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty Orange Polska S.A. jako nieodpowiadającej treści SIWZ;

V. art. 91 ust 1 PZP poprzez jego niezastosowanie i dokonanie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Orange Polska S.A.

Wskazując na powyższe wnosił o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. powtórzenia czynności badania i oceny złożonych ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego,
3. dokonania czynności odrzucenia oferty Orange Polska S.A. jako nieodpowiadającej treści SIWZ,
4. unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego jako nieodpowiadającej treści SIWZ,
5. dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w niniejszym postępowaniu, ewentualnie zaś w przypadku braku możliwości uwzględnienia żądania wskazanego w pkt. 3 , 4, 5
6. w oparciu o przepis art. 93 ust 1 pkt 7 PZP wnoszę o unieważnienie i powtórzenie postępowania

Odwołujący nie zgodził się z wynikami oceny ofert i podnosił, co następuje:

- I. Zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 PZP - poprzez nieprecyzyjny i niedostatecznie wyczerpujący opis przedmiotu zamówienia

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 29 ust 1 PZP, która obliguje Zamawiającego do opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. W toku oceny złożonych ofert Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonej oferty w zakresie zaproponowanego rozwiązania technicznego zarzucając Wykonawcy niewłaściwą interpretację treści pkt 41 Opisu Przedmiotu Zamówienia zawartego w SIWZ. Na podstawie stwierdzenia niewłaściwej interpretacji pkt 41 OPZ Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego - Netii S.A. jako niezgodnej z opisem przedmiotu zamówienia. Odwołujący analizując wymagania Zamawiającego dotyczące telefonów systemowych z konsolą odczytał potrzeby Zamawiającego zgodnie z formą zapisu zastosowaną przez Zamawiającego, mianowicie wymagania dotyczące konsoli są wyraźnie wskazane w ppkt 12) pkt 41 OPZ zawartego w SIWZ: *„konsola: min. 30 programowalnych klawiszy - z możliwością przypisania dowolnego numeru wewnętrznego, zewnętrznego, Zaprogramowanej funkcji systemu RABXa; diody LED przy programowalnych przyciskach - sygnalizacja stanu łączy przypisanych do przycisku”*. W ocenie Odwołującego zastosowana forma zapisu jasno wskazuje, że ppkt 1)- 11) pkt 41 OPZ zawarta w SIWZ specyfikuje podstawowe funkcje telefonów systemowych z konsolą, następnie w ppkt 12) pkt 41 OPZ specyfikuje wymagane funkcjonalności konsoli. W związku z powyższym oferta Odwołującego jest zgodna z opisem przedmiotu zamówienia. Zatem decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego wskazuje, że opis przedmiotu zamówienia został opisany w sposób niejednoznaczny i nie dość precyzyjny, skoro Zamawiający oczekiwał

w rzeczywistości innego przedmiotu zamówienia niż został zaofferowany przez Odwołującego, przy czym forma zapisu wymogów zawartych w pkt 41 OPZ w naszej ocenie wskazuje jednoznacznie czego Zamawiający oczekuje i w związku z tym na etapie prowadzenia postępowania kwestia ta nie wymagała doprecyzowania w trybie art. 38 ust. 1 PZP.

Użyte przez Zamawiającego w treści SIWZ sformułowania „*podstawowe funkcje telefonów systemowych z konsolą*” oraz „*połączenie z centralą jedną parą przewodów*” dało Wykonawcom możliwość różnej interpretacji i zaofferowanie sprzętu o różnych parametrach. Niewłaściwy opis przedmiotu zamówienia w zakresie wyżej wskazanym doprowadził do złożenia przez Wykonawców nieporównywalnych ofert, co uniemożliwia jednakową ocenę przedmiotu dostawy w złożonych ofertach i dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców zgodnie z art. 7 ust. 1 PZP. Usunięcie takiej wady na etapie badania ofert jest niemożliwe.

Błąd w opisie przedmiotu zamówienia ma zatem charakter nieusuwalny i ma wpływ na ważność umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zgodnie z przepisami PZP to obowiązkiem Zamawiającego jest opisanie przedmiotu zamówienia w taki sposób, aby nie można było interpretować wymogów tam zawartych w różny sposób. W tym miejscu warto przytoczyć wyrok KIO o sygn. KIO 897/15: *„Art. 29 ust. 1 Pzp zobowiązuje zamawiającego do opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzanie oferty. Istota tego przepisu sprowadza się więc do określenia przez Zamawiającego swoich wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia tak szczegółowo i tak dokładnie, aby każdy wykonawca był w stanie identyfikować czego zamawiający oczekuje. Obowiązkiem zamawiającego jest podjęcie wszelkich możliwych środków w celu wyeliminowania elementu niepewności wykonawców co do przedmiotu zamówienia poprzez maksymalnie jednoznaczne i wyczerpujące określenie przedmiotu zamówienia. Nie może usprawiedliwiać braku wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia stwierdzenie, że wykonawca winien uwzględnić w wycenie zamówienia wszystkie ryzyka. Podkreślić bowiem należy, że wycena ryzyk związanych z wykonaniem zamówienia może być niemożliwa właśnie ze względu na niewłaściwy opis przedmiotu zamówienia. Nie można bowiem wyliczyć ewentualnego kosztu ryzyka, którego wykonawca nie ma możliwości zidentyfikować z uwagi na brak odpowiedniej i wyczerpującej informacji w SIWZ. Innymi słowy nie może wyliczyć rzeczywistych kosztów realizacji zamówienia. ”*

„Izba przypomniła, że celem zamawiającego winno być dążenie do realizacji zamówienia, wyrażające się we współpracy z wykonawcą i podejmowaniu wszelkich możliwych działań zmierzających do realizacji umowy. Obarczenie zaś wykonawcy konsekwencjami zaniechań i działań zamawiającego nie służy powyższemu celowi w Żaden

sposób. Jest wyłącznie próbą niezasadnego obarczenia wykonawcy konsekwencjami własnych zaniedbań i działań. Takie działanie stanowi w ocenie Izby nadużycie prawa ze strony zamawiającego i stanowi naruszenie Zasady słuszności kontraktowej i uczciwego postępowania. ”

W wyniku przeprowadzonego postępowania oraz na skutek niejednoznacznego opisanego przedmiotu zamówienia oferta Odwołującego została niesłusznie odrzucona.

II. Zarzut naruszenia art. 26 ust. 4 PZP poprzez zaniechanie czynności wezwania wykonawcy Orange Polska S.A. do wyjaśnień złożonej oferty

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu zaniechanie czynności wezwania Wykonawcy Orange Polska S.A. do wyjaśnień złożonej oferty. Zgodnie z art. 96 ust 3 PZP Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego z prośbą o udostępnienie pisemnego protokołu postępowania o udzielenie zamówienia w tym oferty konkurencyjnej złożonej przez Orange Polska S.A. Po przeprowadzonej analizie wymogów specyfikacji oraz złożonej oferty konkurencyjnej, Odwołujący poddał w wątpliwość zgodność zaoferowanego rozwiązania technicznego z opisem przedmiotu zamówienia i zwrócił się do Zamawiającego z pismem informującym o zaistniałych wątpliwościach oraz z wnioskiem o odrzucenie oferty z powodu jej niezgodności z opisem przedmiotu zamówienia. W ocenie Odwołującego Zamawiający winien podjąć wszelkie działania zmierzające do wyjaśnienia zaistniałych wątpliwości a w szczególności zwrócić się do Orange Polska S.A. o wyjaśnienie treści założonej oferty w trybie art. 26 ust. 4 PZP, aby jednoznacznie stwierdzić, że oferowany przedmiot zamówienia jest zgodny z wymaganiami specyfikacji, czego Zamawiający nie uczynił uznając, że oferta ta jest zgodna z opisem przedmiotu zamówienia.

Odwołujący zwraca uwagę, że w celu dokonania właściwego wyboru oferty najkorzystniejszej Zamawiający winien rozwiązać wszelkie wątpliwości rodzące się zarówno po stronie Zamawiającego jak i po stronie wykonawców biorących udział w postępowaniu, którzy również mają interes w pozyskaniu zamówienia.

W wyniku wadliwie przeprowadzonego postępowania tj. na skutek zaniechania czynności wezwania wykonawcy do wyjaśnienia złożonej oferty w trybie art. 26 ust 4 PZP Zamawiający nie odrzucił oferty złożonej przez Orange Polska SA., która w ocenie Odwołującego jest niezgodna z opisem przedmiotu zamówienia.

III-IV. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP przez jego niewłaściwe zastosowanie i odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na fakt, że w ocenie Zamawiającego treść oferty złożonej przez Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ oraz zaniechanie czynności odrzucenia oferty Orange Polska S.A. jako nieodpowiadającej treści SIWZ Zamawiający w treści zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty zawiadomił wykonawców o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) PZP z uwagi na jej niezgodność z treścią SIWZ. Zamawiający uzasadnił odrzucenie oferty wskazując, iż

zaoferowane rozwiązanie techniczne nie spełnia wymogów z pkt 41 ppkt 11) załącznika nr 7 do SIWZ, gdyż dla wszystkich dzierżawionych central telefonicznych telefony systemowe z konsolą nie będą podłączone z centralą jedną parą przewodów.

W nawiązaniu do zarzutów przedstawionych w pkt I oraz pkt II niniejszego odwołania, tj. nieprecyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia oraz zaniechania czynności wyjaśnienia treści oferty złożonej przez Orange Polska S.A. w trybie art. 26 ust. 4 PZP, Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego z uwagi na jej niezgodność z opisem przedmiotu zamówienia, nie dokonując jednak czynności odrzucenia oferty Orange Polska S.A. w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 82 ust. 3 PZP

W ocenie Odwołującego oferta Wykonawcy Orange Polska SA. była niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

V. Zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 PZP poprzez jego niezastosowanie i dokonanie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Orange Polska S.A

Niezastosowanie przez Zamawiającego art. 91 ust 1 PZP i zaniechanie dokonania oceny oferty złożonej przez Odwołującego, a także jej nieuwzględnienie przy dokonywaniu wyboru oferty najkorzystniejszej, (pomimo, że oferta Odwołującego została wadliwie odrzucona,) w konsekwencji doprowadziło do wyboru oferty, która nie była najkorzystniejszą ofertą złożoną w postępowaniu, biorąc pod uwagę kryteria oceny ofert określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zgodnie z przepisem art. 91 ust.1 PZP, Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ. Wybór powinien nastąpić spośród ofert nieodrzuconych. Oferta Odwołującego została wadliwie odrzucona i w związku z powyższym powinna być przedmiotem oceny i wyboru przez Zamawiającego. Zamawiający wybrał ofertę, która nie była najkorzystniejszą ofertą w postępowaniu. Zamawiający w ogóle nie ocenił oferty odwołującego, choć nie podlegała odrzuceniu i nie uwzględnił jej przy dokonywaniu wyboru oferty najkorzystniejszej. Zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi przez Zamawiającego, za najkorzystniejszą ofertę winna zostać uznana oferta Odwołującego.

Uzasadniając żądanie ewentualne niniejszego odwołania oparte o przepis art. 93 ust 1 pkt 7 PZP, w którym Odwołujący wnosi o unieważnienie i powtórzenie postępowania Odwołujący przedstawia tezę wyroku KIO z dnia 2 czerwca 2010 r. (sygn. akt: KIO/982/10), z którego wynika, że *„błędny opis przedmiotu zamówienia miał wpływ na wynik postępowania, skoro zaoferowano przedmiot dostawy o różnym zakresie zastosowania. Należy przyjąć, że postępowanie obarczone błędem Zamawiającego, mającym wpływ na jego wynik, w szczególności przez brak możliwości jednakowej oceny przedmiotu dostawy w złożonych ofertach, a w ślad za tym wyboru najkorzystniejszej oferty, należało unieważnić na podstawie art. 93 ust 1 pkt 7 ustawy Pzp.”* Podobnie w wyroku KIO z dnia 19 stycznia 2011 r. (sygn. akt: KIO 34/11): *„Zdaniem Izby, wykładnia celowościowa przepisu art. 93 ust 1*

pkt 7 ustawy Pzp musi prowadzić do wniosku, że - uwzględniając odpowiednio art. 146 ust. 6 ustawy Pzp — wszelkie niedające się usunąć wady, które mają lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania, stanowią przesłankę jego unieważnienia.”

Zamawiający w dniu 11.08.2015 r. (e-mailem) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 PZP, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 14.08.2015 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Orange Polska S.A., al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa zwana dalej: „*Orange Polska S.A.*” albo „*Przystępującym*” zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. Zgłoszone przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zostało podpisane przez Dyrektora Rynku P. R. umocowanego na podstawie poświadczonego notarialnie pełnomocnictwa z 13.03.2014 r. podpisanego z kolei przez Prezesa Zarządu B. D. oraz Członka Zarządu M. G. osoby ujawnione w wydruku KRS-u załączonego do zgłoszenia i umocowane do łącznej reprezentacji.

Do otwarcia posiedzenia Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO nie wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedzi na odwołanie.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia odwołania. Odwołujący, którego oferta została odrzucona i nie była przedmiotem badania i oceny ofert, w przypadku potwierdzenia się podnoszonych zarzutów, ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Skład orzekający Izby działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuszczył w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności postanowień SIWZ, zwłaszcza zał. nr 7 (OPZ), odpowiedzi na pytania – 11,

46 i 47 (pismo z 03.06.2015 r.), oferty Odwołującego /w tym części objętej tajemnicą przedsiębiorstwa/, protokołu z posiedzeń Komisji Przetargowej w dnia 7.07 -15.07.2015 r., wezwania do wyjaśnień w trybie art. 87 ust.1 Pzp z 16.07.2015 r., wyjaśnień Odwołującego z 22.07.2015 r. /tajemnica przedsiębiorstwa/, protokołu z posiedzenia Komisji Przetargowej z 23.07.2015 r. oraz wyboru oferty najkorzystniejszej z 30.04.2015 r. (przesłaną 31.07.2015 r. i zawierającej informacje o odrzuceniu oferty Odwołującego).

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także odwołanie, przystąpienie, odpowiedź na odwołanie, pismo procesowe Odwołującego (ostatnie dwa pisma) złożone na posiedzeniu, 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:

W zakresie odwołania, Izba przywołuje stan faktyczny wskazany w odwołaniu, w tym postanowienia SIWZ, przystąpieniu, odpowiedzi na odwołanie, piśmie procesowym Odwołującego (ostatnie dwa pisma) złożone na posiedzeniu, zał. nr 7 SIWZ (OPZ), odpowiedzi na pytania – 11, 46 i 47 (pismo z 03.06.2015 r.), oferty Odwołującego /w tym części objętej tajemnicą przedsiębiorstwa/, protokołu z posiedzeń Komisji Przetargowej w dnia 7.07 -15.07.2015 r., wezwania do wyjaśnień w trybie art. 87 ust.1 Pzp z 16.07.2015 r., wyjaśnień Odwołującego z 22.07.2015 r. /tajemnica przedsiębiorstwa/, protokołu z posiedzenia Komisji Przetargowej z 23.07.2015 r. oraz wyboru oferty najkorzystniejszej z 30.04.2015 r. (przesłanej 31.07.2015 r. i zawierającej informacje o odrzuceniu oferty Odwołującego).

Odnosząc się do kwestii spornych w ramach rozpatrywania zarzutu.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odwołujący na posiedzeniu wycofał następujące zarzuty naruszenia przez Zamawiającego:

- I). art. 29 ust. 1 PZP poprzez nieprecyzyjny i niedostatecznie wyczerpujący opis przedmiotu zamówienia;
- II). art. 26 ust. 4 PZP poprzez zaniechanie czynności wezwania wykonawcy Orange Polska S.A. do wyjaśnień złożonej oferty;
- IV). art. 89 ust 1 pkt 2 w zw. z art. 82 ust 3 PZP poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty Orange Polska S.A. jako nieodpowiadającej treści SIWZ;

V). art. 91 ust 1 PZP poprzez jego niezastosowanie i dokonanie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Orange Polska S.A.

W konsekwencji pozostawiając powyższe zarzuty bez rozpoznania.

Podtrzymany został jedynie zarzut naruszenia przez Zamawiającego:

III). art. 89 ust. 1 pkt 2 przez jego niewłaściwe zastosowanie i odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na fakt, że w ocenie Zamawiającego treść oferty złożonej przez Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ.

W zakresie zarzutu podtrzymanego przez Odwołującego Izba uznaje zarzut, a w konsekwencji odwołanie za zasadne i podlegające uwzględnieniu.

Należy wskazać, że analiza postanowień pkt 41 zał. nr 7 do SIWZ, tj. OPZ daje podstawy do uznania, że były możliwe dwie interpretacje jego postanowień. Wykładnia postanowień SIWZ przedstawiona w odpowiedzi na odwołanie oraz na rozprawie przez Zamawiającego nie była jedyną możliwą, przy takim a nie innym brzmieniu postanowień SIWZ. Stanowisko wyrażone w tej materii przez Odwołującego w odwołaniu oraz piśmie procesowym złożonym na posiedzeniu miało swoje odzwierciedlenie w postanowieniach pkt 41. Obie strony były bowiem zgodne co do tego, że wśród funkcjonalności oczekiwanych przez Zamawiającego w ramach ppkt 1 do 11 są takie które dotyczą tylko i wyłącznie telefonów (np. ppkt 1, 4, 7), na które wskazywał Odwołujący w swoim piśmie procesowym złożonym na posiedzeniu oraz na rozprawie. Izba nie przeczy, że są także takie które dotyczą również także konsoli (ppkt 6 i 10), ale obowiązujące postanowienia SIWZ w zakresie oczekiwanych funkcjonalności dają asumpt to różnej wykładni – przebieg rozprawy to jedynie potwierdził.

Stwierdzenie Przystępującego, że w podpunkcie 12 jest mowa wyłącznie o konsoli - po dwukropku i brak jest analogicznego postanowienia dotyczącego tylko telefonów. Nie daje wystarczającej podstawy do uznania, że w pozostałym zakresie funkcjonalności dotyczą całości systemu tak telefonów, jak i konsoli. To jedynie jedna z możliwości interpretacyjnych.

W zakresie ppkt 3 pkt 41 zał. nr 7 do SIWZ (OPZ) - 8 programowanych przycisków uniwersalnego przeznaczenia niewątpliwie może mieścić się w postanowieniach z podpunktu 12 - 30 programowalnych klawiszach. Teza przeciwna Przystępującego to jedynie polemika i kolejny przejaw wieloznaczności. Odnośnie kwestii funkcjonalności z ppkt 11 połączenia z centralą jedną parą klawiszy - przy przyjęciu wykładni Odwołującego (że od ppkt 1 do 11 – funkcjonalności dotyczą telefonów, a w ppkt 12 konsoli – bo jest wprost wskazana), która jest jedną z możliwych - należy uznać zasadność zarzutu oraz samego odwołania.

Odnośnie samej kwestii realizacji rozwiązania zaoferowanego przez Odwołującego, biorąc pod uwagę odpowiedzi na pytanie 11, 46 i 47 – pismo z 03.06.2015 r. Izba uznała, że Wykonawca liczył się z konsekwencjami złożenie takiej, a nie innej oferty i wziął pod uwagę

koszty z tym związane, które będą na nim spoczywać, a nie na Zamawiającym. Dodatkowo, Odwołujący wskazał że świadczył usługi na rzecz Zamawiającego i zna jego infrastrukturę techniczną, w tym także podległych mu jednostek, czemu nie przeczył Zamawiający. Stwierdził także, już w piśmie z 22.07.2015 r., że nie będzie z tym związana dodatkowa rozbudowa infrastruktury technicznej. Na rozprawie stwierdził dodatkowo, że gdyby nawet zaistniały to wziął pod uwagę ryzyko z tym związane w ofercie. Izba uznała powyższe stanowisko za wiążące i nie podlegające zmianie w toku realizacji zamówienia. Wskazując zarazem Odwołującemu na konsekwencje wynikające z art. 24 ust. 2 a PZP.

Odnośnie stwierdzenia Zamawiającego, że takie rozwiązanie jak zaoferował Odwołujący nie było objęte przedmiotem zamówienia, to w świetle wieloznacznych postanowień SIWZ oraz obowiązującej swoistej „świętej” zasady, że wszelkie niejasności, dwuznaczności, niezgodności postanowień SIWZ należy rozpatrywać na korzyść Wykonawców (podobnie wyrok KIO z 16.04.2015 r., sygn. akt: KIO 660/15) – nie może być ono uznane za wiarygodne. Tak też w wyroku KIO z 15.07.2014 r., sygn. akt: KIO 1343/14: *"Izba za orzecznictwem wskazuje, czego nie dostrzegł Zamawiający, że wszelkie niejasności w postanowieniach SIWZ działają każdorazowo na korzyść Wykonawców. W konsekwencji, Izba nie może przejść do porządku dziennego nad zaistniałą sytuacją. (...)"*.

Jak i w wyroku KIO z 18.06.2015 r., sygn. akt: KIO 1148/15: *„Ponadto - co zostało już potwierdzone w orzecznictwie - jakiegokolwiek wątpliwości w interpretacji warunków i wymagań Zamawiającego postawionych w tym zakresie w SIWZ nie mogą być odczytywane na niekorzyść wykonawcy, zatem nie mogą przesądzać o wykluczeniu wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.”*

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:

.....