

Sygn. akt: KIO 400/12

**WYROK
z dnia 9 marca 2012 roku**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

**Członkowie: Marek Szafraniec
Ryszard Tetzlaff**

Protokolant: Małgorzata Wilim

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 marca 2012 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 lutego 2012 roku przez wykonawcę **POLKOMTEL S.A. z siedzibą w Warszawie**, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Zakład Ubezpieczeń Społecznych w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **Telekomunikacja Polska S.A. z siedzibą w Warszawie** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę POLKOMTEL S.A. z siedzibą w Warszawie i

a) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę, tytułem wpisu od odwołania;

b) zasądza od odwołującego wykonawcy **POLKOMTEL S.A. z siedzibą w Warszawie** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) na rzecz Zamawiającego **Zakład Ubezpieczeń Społecznych w Warszawie**, stanowiącą uzasadnione koszty strony postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika

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

Przewodniczący:

Członkowie:
.....

UZASADNIENIE

W dniu **27 lutego 2012 roku** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, na podstawie przepisu art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2010 r., nr 113, poz. 759 ze zm.) (dalej jako „ustawa Pzp”) odwołanie złożył wykonawca **Polkomtel Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie**.

Odwołanie wniesiono od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego oraz zaniechania czynności, do których Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Zamawiającego zarzucono naruszenie: art. 7 ust. 1, art. 25 ust. 1 w zw. z § 1 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2009 r., nr 226, poz. 1817) (dalej jako „Rozporządzenie” lub „rozporządzenie o dokumentach”) oraz art. 26 ust. 3 ustawy Pzp - poprzez wezwanie Odwołującego do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego, że posiadał na dzień składania ofert „opłaconą polisę w rozumieniu ustawy Prawo zamówień publicznych”, pomimo iż Odwołujący wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu poprzez dokumenty załączone do oferty i złożone wyjaśnienia dotyczące treści złożonej oferty; art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp a także art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp - przez wykluczenie Odwołującego z udziału w postępowaniu i odrzucenie jego oferty, pomimo iż Odwołujący wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu; art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp - poprzez odrzucenie oferty Odwołującego - pomimo, iż treść oferty odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej jako „SIWZ”); art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie poprawienia innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty; art. 46 ust. 4 a) ustawy Pzp - poprzez zatrzymanie wadium, wobec nieuprawnionego żądania uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz pomimo iż do oferty Odwołującego załączone zostały dokumenty potwierdzające spełnienie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt III.5) SIWZ.

Wniesiono o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wezwania Odwołującego do uzupełnienia opłaconej polisy, unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu, w przypadku uznania, że oferta Odwołującego nie odpowiada SIWZ - poprawienia omyłki niepowodującej istotnych zmian w treści oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, powtórzenia czynności oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, z

ostrożności - zwrotu zatrzymanego wadium, a w przypadku gdyby okazało się to niemożliwe, o uwzględnienie faktu nieuprawnionego zatrzymania przez Zamawiającego wadium przy wydaniu orzeczenia przez Krajową Izbę Odwoławczą (dalej jako „KIO”).

Odwołujący wskazał, że otrzymał wezwanie do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego, że posiada na dzień składania ofert opłaconą polisę w dniu 16.02.2012 r. (pismo Zamawiającego przesłane za pośrednictwem faksu). Informację o odrzuceniu oferty Odwołującego oraz o wykluczeniu z udziału w postępowaniu, Odwołujący powziął w dniu 22.02.2012 r. (pismo Zamawiającego przesłane za pośrednictwem faksu). W związku z tym odwołanie zostało wniesione z zachowaniem terminu określonego w art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu wskazano, że zgodnie z pkt III.1.5) SIWZ, Zamawiający wymagał, aby do oferty została załączona „opłacona polisa, a w razie jej braku inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę min. 2 000 000 zł (słownie: dwa miliony złotych)”.

Do oferty Odwołujący załączył Certyfikat nr 1 do Umowy Ubezpieczenia nr 0361003777 wraz z dowodem opłacenia pierwszej raty składki.

W dniu 18.01.2012 r. Zamawiający wezwał Odwołującego na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do wyjaśnienia, czy Certyfikat został załączony do oferty w wyniku braku opłaconej polisy oraz czy na dzień złożenia ofert ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej zostało opłacone. W odpowiedzi Odwołujący wyjaśnił, iż ma zawartą umowę ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę nie niższą niż 2 000 000 zł (słownie: dwa miliony złotych), czego potwierdzeniem jest załączony Certyfikat, a ponadto wskazał, że składka ubezpieczenia jest płatna w ratach oraz potwierdził, że pierwsza rata składki została opłacona przed terminem złożenia ofert (oraz w terminie określonym w umowie ubezpieczenia).

Niezależnie od powyższego i bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa Zamawiający uznał, że „polisa nie jest opłacona” i w dniu 16.02.2012 r. na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał Odwołującego do „złożenia stosownego dokumentu” potwierdzającego, że na dzień składania ofert, tj. 30.12.2011 r. Odwołujący posiadał „opłaconą polisę w rozumieniu ustawy Prawo zamówień publicznych”.

Zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 10 Rozporządzenia Zamawiający może żądać od wykonawcy opłaconej polisy lub innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Ponadto możliwość przedłożenia polisy, a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego posiadanie ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia dopuścił również

sam Zamawiający w pkt III.5) SIWZ.

Odwołujący załączył do oferty Certyfikat nr 1 do Umowy Ubezpieczenia nr 0361003777 wraz z dowodem opłacenia pierwszej raty składki, który jest „innym dokumentem” w rozumieniu § 1 ust. 1 pkt 10 Rozporządzenia. Certyfikat potwierdza zawarcie umowy ubezpieczenia oraz bezwarunkowe udzielenie ochrony ubezpieczeniowej z limitem odpowiedzialności ubezpieczyciela 60.000.000,00 zł w okresie od 01.12.2011 r. do 30.11.2012 r. Pierwsza rata składki została opłacona w dniu 01.12.2011 r. Bezsporne jest wobec tego, że Odwołujący na dzień złożenia ofert (tj. 30.12.2012 r.) spełnił warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa pkt 111.1.5) SIWZ.

Certyfikat ubezpieczeniowy, podobnie jak polisa, jest dokumentem potwierdzającym zawarcie umowy ubezpieczenia, wystawionym przez zakład ubezpieczeń. Jest więc „innym dokumentem” w rozumieniu Rozporządzenia o dokumentach, potwierdzającym, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Potwierdza to również orzecznictwo KIO, m.in. w wyroku z dnia 09.03.2011 r. sygn. akt KIO 396/11.

Dokumentem potwierdzającym spełnieniem warunku udziału w postępowaniu jest więc sam Certyfikat nr 1 do Umowy Ubezpieczenia nr 0361003777, zawierający streszczenie warunków umowy ubezpieczenia oraz potwierdzający fakt bezwarunkowego udzielenie ochrony ubezpieczeniowej. Bezspornie stanowi on dowód spełnienia przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu. Dodatkowo wskazać, należy, że żądanie Zamawiającego jest niesprecyzowane. Oczekuje on bowiem „stosownego dokumentu” potwierdzającego posiadanie „polisy opłaconej w rozumieniu przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych”, nie wyjaśniając jednocześnie co rozumie pod tym pojęciem.

Wobec treści pkt III.5) SIWZ, żądanie to jest również nieuprawnione z dwóch powodów. Po pierwsze, zarówno treść SIWZ jak i przepisy Rozporządzenia o dokumentach umożliwiają złożenie polisy albo „innego dokumentu”. Potwierdza to również orzecznictwo KIO, w tym wyrok z dnia 29 września 2010 r., sygn. akt 1980/10. Po drugie, art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wyraźnie stanowi, że wezwanie do uzupełnienia dokumentów może mieć miejsce w dwóch przypadkach, tj. gdy dokument w ogóle nie został złożony albo gdy zawiera błędy. Odwołujący złożył Certyfikat, który potwierdza spełnienie warunku udziału w postępowaniu i nie zawiera żadnych błędów, co oznacza, że żaden z przypadków określonych w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie miał miejsca.

Przy założeniu, że żądanie uzupełnienia „opłaconej polisy w rozumieniu przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych” odnosiło się do uzupełnienia dowodu opłacenia wszystkich składek, pomimo że zgodnie z umową ubezpieczenia nie są one jeszcze wymagalne, to uznać należy, że jest ono nieuprawnione z dwóch powodów. Po pierwsze, w myśl § 1 ust. 1 pkt 10 Rozporządzenia i pkt III.5) SIWZ Zamawiający nie może żądać

dotychczasowych dowodów potwierdzających opłacenie składki w odniesieniu do „innych dokumentów” (wyrok KIO z dnia 9.03.2011 r. sygn. akt KIO 396/11). Po drugie, zgodnie z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający może żądać jedynie dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania wskazanych w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ. Żądanie dokumentów nieprzewidzianych w Rozporządzeniu stanowi naruszenie art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Ponadto taki wymóg nie został sformułowany ani w ogłoszeniu ani w SIWZ, a uzupełnione dokumenty powinny potwierdzać spełnienie warunku udziału w postępowaniu na dzień złożenia ofert, tak więc żądanie Zamawiającego z założenia nie mogłoby być spełnione. Nadmienić przy tym należy, że wymóg posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej na etapie składania ofert nie służy zabezpieczeniu realizacji zamówienia. Ma jedynie potwierdzać spełnianie warunku udziału w postępowaniu znajdowania się przez wykonawcę w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej realizację zamówienia, a więc w sytuacji, która pozwala na opłacenie składki, nie zaś zabezpieczeniu realizacji konkretnej inwestycji (wyrok KIO z 9.03.2011 r., sygn. akt KIO, 396/11, wyrok KIO z dnia 31 sierpnia 2011 r., sygn. akt 1745/11., wyrok KIO z dnia 15 lipca 2010 r., sygn.. akt 1395/10, wyrok KIO z dnia 04 października 2010 r., sygn. akt 2066/10).

Z ostrożności Odwołujący wskazuje ponadto, że ustawa Pzp nie definiuje pojęcia „opłacona polisa”, ani nie określa w jaki sposób odnosić to pojęcie do „innych dokumentów”. Ustawa Pzp w ogóle nie określa rodzajów dokumentów jakich może żądać Zamawiający od wykonawcy. W tym zakresie odsyła do Rozporządzenia, przy czym także Rozporządzenie nie definiuje tego pojęcia. Zagadnienia dotyczące skutków opłacenia składki ubezpieczeniowej oraz odpowiedzialności gwarancyjnej ubezpieczyciela wynikającej z umowy ubezpieczenia uregulowane są w szczególności w przepisach kodeksu cywilnego i każdorazowo w samej umowie ubezpieczenia. W przedmiotowym stanie faktycznym opłacenie kolejnych składek w ogóle nie powinno być przedmiotem analizy Zamawiającego, ponieważ jego uprawnienia wynikające z przepisów ustawy Pzp ograniczają się jedynie do badania spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez Odwołującego na dzień złożenia ofert, a nie warunków zawartej przez Odwołującego umowy ubezpieczenia i sposobu jej wykonania. Odwołujący wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu w załączonym do oferty Certyfikacie.

Niemniej jednak Odwołujący chciałby zwrócić uwagę, że możliwość zawarcia umowy ubezpieczenia przewidującej płatność składki w ratach wynika z art. 814 § 1 Kc, który stanowi, że jeżeli nie umówiono się inaczej odpowiedzialność ubezpieczyciela rozpoczyna się od dnia następującego po zawarciu umowy, nie wcześniej jednak niż od dnia następnego pod dniem zapłacenia składki lub jej pierwszej raty. Ustawa Pzp ani rozporządzenia wykonawcze do niej nie ustanawiają przepisów szczególnych w stosunku do regulacji kodeksowych, które nakazywałyby uznać, że dla potrzeb wykazania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego posiadania ochrony ubezpieczeniowej wymagane jest opłacenie wszystkich rat

składki, przed terminem ich płatności określonym w umowie ubezpieczenia. Co więcej, zwłoka w płatności kolejnej raty składki, nie powoduje automatycznego ustania odpowiedzialności ubezpieczyciela (art. 814 § 3 k.c.). Sąd Apelacyjny w Gdańsku w wyroku z dnia 28 października 1992 r., sygn. akt I ACr 432/92 wskazał, że w razie niezapłacenia raty składki, ubezpieczycielowi służy jedynie roszczenie o zapłatę takiej raty składki, natomiast nie ma miejsca skutek dalej idący w postaci wygaśnięcia umowy ubezpieczeniowej, chyba że co innego wynika z umowy ubezpieczeniowej. Ponadto, wskazać należy, że jeżeli w umowie ubezpieczenia postanowiono, że uiszczenie składki następować będzie w oznaczonych w umowie terminach, tj. w ratach (np. miesięcznych, kwartalnych, itp.) wówczas pierwsza rata składki, płatna przy zawarciu umowy ubezpieczenia, skutkuje rozpoczęciem ochrony ubezpieczeniowej.

Zakwestionować również należy czynności odrzucenia oferty Odwołującego. W dniu 22.02.2012 r. Zamawiający zawiadomił Odwołującego o odrzuceniu jego oferty oraz wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu. Zamawiający wskazał jako podstawę odrzucenia oferty niezgodność jej treści z treścią SIWZ (art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp), co uzasadnił nieuwzględnieniem w formularzu cenowym zmiany zapisu „CIR” na zapis „minimalna prędkość gwarantowana”, przy czym w uzasadnieniu faktycznym wskazał jedynie, że zdaniem Zamawiającego skrót „CIR” nie jest równoznaczny z pojęciem „minimalnej prędkości gwarantowanej”.

Zgodnie z SIWZ Zamawiający oczekiwał łączy dostępowych do Internetu o przepływności 30 Mbps oraz 60 Mbps. Odwołujący zaoferował łącza spełniające te wymagania, co wynika z treści oferty.

W pierwszej kolejności podkreślenia wymaga, że w formularzu oferty Odwołujący złożył oświadczenie woli, że ofertowany przedmiot zamówienia spełnia wszystkie wymagania stawiane przez Zamawiającego określone w Opisie Przedmiotu Zamówienia zawartym w Rozdziale II SIWZ. Niezależnie od tego Odwołujący złożył oświadczenie woli (załącznik nr 5 do oferty), z którego treści wynika, że oferuje wykonanie zamówienia w sposób zgodny z wszystkimi wymaganiami Zamawiającego określonymi w dokumentacji postępowania, w szczególności w SIWZ, odpowiedziach na pytania oraz odwołania, a także tymi, które nie zostały szczegółowo wymienione w formularzu ofertowym. Nie ma zatem żadnych wątpliwości co do tego, co jest przedmiotem oferty Odwołującego, oraz że Odwołujący złożył ofertę zgodną z wszystkimi wymaganiami SIWZ, również w zakresie zmodyfikowanym odpowiedziami na pytania i tym samym wyraził wolę zawarcia umowy, której warunki, w tym przedmiot i sposób wykonania, zostały zdefiniowane w SIWZ oraz modyfikacjach SIWZ.

Zaznaczyć należy, że Zamawiający dokonał oceny oferty Odwołującego w sposób wybiórczy pomijając całkowicie niektóre jej elementy, tj. oświadczenie woli Odwołującego z pkt III.3 formularza oferty oraz oświadczenie woli zawarte w załączniku nr 5 do oferty, chociaż

stały się one skuteczne z chwilą otwarcia ofert. Wskazać przy tym należy, że treść tych oświadczeń nie była w ogóle przedmiotem zainteresowania Zamawiającego w związku z zarzucaną rzekomą niezgodnością treści oferty z SIWZ, choć ustawa Pzp umożliwia Zamawiającemu, zwrócenie się do wykonawcy o wyjaśnienie treści oferty, w przypadku ewentualnych wątpliwości. Podkreślić należy, że w stosunku do oferty Odwołującego nie zachodzą żadne wątpliwości co do zaoferowanego przedmiotu zamówienia, jednakże w przypadku, gdyby Zamawiający chciał uzyskać dodatkowe wyjaśnienia, mógł skorzystać z uprawnienia, którym mowa w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, czego nie uczynił. Z instytucji tej skorzystał natomiast w celu uzyskania wyjaśnień dotyczących treści dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

Niezależnie od powyższego z ostrożności nadmienić należy, że w przypadku gdy Zamawiający miał jakiegokolwiek wątpliwości, a zwłaszcza, jeśli uznał oświadczenie woli Odwołującego o zaoferowaniu przedmiotu zamówienia zgodnego z SIWZ, w tym również w zakresie zmienionym odpowiedziami na pytania, za niewystarczające dla ustalenia co zostało mu zaoferowane, obowiązany był dokonać poprawki na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Nawet gdyby przyjąć, że oferta Odwołującego jest niezgodna z SIWZ, to ową niezgodność należało by uznać za omyłkę niepowodującą istotnych zmian w treści oferty. Nie ma ona bowiem wpływu na kolejność ofert w rankingu, ani w szczególności na cenę oferty Odwołującego. Nie zmienia także, w sensie merytorycznym, zaoferowanego parametru ani jego wartości. Z treści pytania nr 58 oraz odpowiedzi Zamawiającego, której udzielił w piśmie z dnia 30 listopada 2011 r. wynika, iż użyty w Rozdziale II, pkt A ppkt 1 SIWZ skrót „CIR”, który wykorzystywany jest do określania minimalnej prędkości gwarantowanej, został zastąpiony pojęciem „minimalna prędkość gwarantowana”. Zmianie uległa więc sama „nazwa” parametru, ale nie jego wartość, przy czym uznać należy że, de facto miała ona charakter jedynie redakcyjny i porządkujący, ponieważ pojęcia „minimalna prędkość gwarantowana”, „prędkość dostępową” „CIR”, „minimalna przepływność gwarantowana” używane są zamiennie.

CIR (Committed Information Rate) to parametr określający minimalną gwarantowaną przepływność binarną łącza transmisji danych (stosowany głównie w sieciach Frame Relay). W sieciach tych zawsze jest ustanawiany parametr CIR, dzięki czemu transmisja danych jest realizowana z ustanowioną wcześniej gwarancją jakości i niezawodności. Pojęcie CIR określone zostało na potrzeby opisu technologii Frame Relay, ale funkcjonuje również i jest rozpoznawane w teleinformatyce. Obecnie pojęcie CIR wykorzystuje się potocznie do określenia gwarancji przepływności łączy symetrycznych w technologii PDH/SDH lub Ethernet - jako najczęściej wykorzystywanych technologii w projektach operatorskich.

Odwołujący nie zgadza się również z decyzją Zamawiającego o wykluczeniu z udziału w postępowaniu oraz odrzuceniu oferty Odwołującego w związku z wykluczeniem.

Uzasadniając wykluczenie z udziału w postępowaniu Zamawiający wskazał, że w jego ocenie „polisa OC” nie jest opłacona w myśl ustawy Pzp, ponieważ Odwołujący na dzień złożenia ofert uścił pierwszą ratę składki, a na dzień wezwania do uzupełnienia dokumentu nie upłynął jeszcze termin płatności kolejnej raty składki. Powołał się także na fakt nieuzupełnienia „opłaconej polisy w rozumieniu przepisów ustawy PZP” na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i na tej podstawie doszedł do wniosku, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

W odniesieniu do czynności wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu oraz odrzucenia oferty na podstawie art. 85 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp aktualna pozostaje argumentacja przedstawiona w pkt I odwołania. Dodatkowo podkreślić należy, że Odwołujący spełnił wszystkie warunki udziału w postępowaniu, w tym wskazany w pkt III.1.5) SIWZ, co zostało wykazane w dokumentach załączonych do oferty. Wzywanie Odwołującego do uzupełnienia „opłaconej polisy w rozumieniu przepisów ustawy Pzp” narusza wskazane powyżej przepisy ustawy Pzp. Fakt nieuzupełnienia dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie może zatem stanowić podstawy wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu i odrzucenia jego oferty, zwłaszcza że w obowiązującym stanie prawnym nie jest to już samodzielną przesłanką wykluczenia.

Mając na uwadze powyższe, z ostrożności konieczne jest również odniesienie się do informacji Zamawiającego o zamiarze zatrzymania wadium w kwocie 270 000 zł. Wprawdzie dochodzenie zwrotu bezpodstawnie zatrzymanego wadium odbywa się przed sądem powszechnym niemniej jednak, wskazać przy tym należy, że podstawą zatrzymania wadium w tym przypadku byłoby czynności Zamawiającego dokonana z naruszeniem przepisów ustawy PZP.

Zgodnie z art. 46 ust. 4 a ustawy PZP Zamawiający może zatrzymać wadium, gdy wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie złożył dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Podstawą zatrzymania wadium nie może być jednak brak uzupełnienia dokumentów, jeśli wezwanie do ich uzupełnienia zostało dokonane z naruszeniem przepisów ustawy Pzp.

W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy PZP Odwołujący może ponieść szkodę nie tylko w postaci utraty możliwości zawarcia umowy w sprawie zamówienia, ale także na skutek bezpodstawnego rozporządzenia przez Zamawiającego na jego rzecz środkami finansowymi Odwołującego wpłaconymi tytułem wadium. Oferta Odwołującego przedstawia najniższą cenę, nie podlega odrzuceniu i powinna być uznana za najkorzystniejszą. Odwołujący legitymuje się zatem interesem do wniesienia odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

W dniu 28 lutego 2012 roku Zamawiający zawiadomił pozostałych uczestników postępowania o wniesieniu odwołania. W dniu **29 lutego 2012 roku**, na podstawie art. 185

ust. 2 ustawy Pzp do postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca **Telekomunikacja Polska S.A.**

Zgłaszający przystąpienie wskazał, że posiada interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje, jako jedyny bowiem wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz zaoferował przedmiot zamówienia zgodny z wymaganiami Zamawiającego. Podtrzymanie decyzji Zamawiającego o wyborze jego oferty umożliwi mu uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Przystępujący wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, ofert złożonych w postępowaniu, dokumentów złożonych przez strony na rozprawie i włączonych w poczet materiału dowodowego, stanowisk i oświadczeń stron oraz uczestnika postępowania zaprezentowanych w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierowała odwołanie na rozprawę.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. Interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia mógłby doznać uszczerbku w przypadku potwierdzenia się naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp poprzez nieuzasadnione dokonanie czynności wykluczenia wykonawcy i odrzucenia jego oferty. Izba zważyła, że oferta złożona przez Odwołującego jest ofertą z najniższą ceną ustaloną jako jedyne kryterium w przedmiotowym postępowaniu. Wykluczenie wykonawcy i odrzucenie jego oferty z postępowania pozbawia zatem Odwołującego możliwości wyboru jego oferty, tym samym uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego prowadzi Zamawiający **Zakład Ubezpieczeń Społecznych** w przedmiocie zamówienia na „Usługi polegające na zapewnieniu łączności i usługi telefonii komórkowej na potrzeby PUE”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Wspólnot Europejskich dnia 15.10.2011 r. pod numerem S199 - 324574-2011.

Zgodnie z rozdziałem IV SIWZ Zamawiający – *Warunki udziału w postępowaniu, opis spełniania warunków udziału w postępowaniu, oferta, dokumenty wymagane od wykonawcy -*

określił warunek udziału w postępowaniu w zakresie znajdowania się w sytuacji finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia (pkt 2.3.) jako obowiązek bycia ubezpieczonym od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności na kwotę min. 2 000 000,00 zł (słownie: dwa miliony złotych 00/100).

Ocena spełniania tak opisanego warunku nastąpić miała na podstawie przedłożonych przez wykonawcę dokumentów w postaci opłaconej polisy a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę min. 2 000 000,00 zł (słownie: dwa miliony złotych 00/100) według formuły spełnia / nie spełnia.

Wraz z ofertą wykonawca złożył dokument w postaci Certyfikatu do Umowy Ubezpieczenia datowany na 29 listopada 2011 roku o numerze 0361003777 wystawiony przez Chartis Europe Spółka Akcyjna Oddział w Polsce na rzecz Polkomtel S.A. Okres ubezpieczenia, jaki obejmował dokument, zamykał się w datach od dnia 1 grudnia 2011 r. godz. 00.00 do dnia 30 listopada 2012 r. godz. 24.00. Limit odpowiedzialności określono na 60 000 000,00 zł. Wykonawca załączył również dowód opłaty składki ubezpieczeniowej z dnia 1 grudnia 2011 roku na kwotę 47 175,00 zł.

W dniu 16 lutego 2012 roku wykonawca został wezwany w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do „*złożenia stosownego dokumentu potwierdzającego, że posiada na dzień składania ofert, tj. 30.12.2011r. opłaconą polisę w rozumieniu ustawy Prawo zamówień publicznych*”.

Wykonawca złożył wyjaśnienia, w tym w zakresie złożonego dokumentu, w dniu 20 lutego 2012 roku i wskazał, że do oferty dołączono kopię Certyfikatu stanowiącą potwierdzenie zawarcia umowy ubezpieczeniowej oraz dokument potwierdzający opłacenie I raty składki ubezpieczenia OC jako zadośćuczynienie żądaniu Zamawiającego do złożenia opłaconej polisy, a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej. Wyjaśnił, że zawarł umowę ubezpieczenia z limitem odpowiedzialności ubezpieczyciela 60 000 000,00 zł. (...). Zgodnie z postanowieniami zawartej umowy ubezpieczenia strony przyjęły ratałną płatność składki, przyjmując, że I rata ma zostać uiszczona w ciągu 21 dni od daty wystawienia rachunku. (...). Na dzień składania wyjaśnień nie nadszedł jeszcze termin płatności II raty składki, który upływa 01.03.2012 r. Możliwość zawarcia umowy ubezpieczenia ze składką podzieloną na raty przewiduje art. 814 Kodeksu cywilnego, przy czym – zgodnie z art. 814 § 3 Kc – potencjalna zwłoka w terminie płatności kolejnej raty nie skutkuje nieważnością umowy ubezpieczenia. Zatem dokumenty już przedłożone przez wykonawcę znajdujące się w aktach postępowania są substytutem dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej. Podniesiono także, że wniosek Zamawiającego jakoby brak zapłaty drugiej raty (wymaganej dopiero 01.03.2012 r.) oznaczał, że polisa jest nieopłacona, jest bezpodstawny.

W dniu 30 listopada 2011 roku Zamawiający udzielił odpowiedzi na pytanie o następującej treści: „W Rozdziale II pkt A. ppkt.1 „Zakres Przedmiotu Zamówienia” Zamawiający określa, iż w ramach postępowania zapewnione mają zostać dwa: łącza dostępowe do Internetu z bezlimitowym transferem danych, każde o parametrach nie mniejszych niż:

- 1) w pierwszym etapie: CIR: 30 Mbps,
- 2) w drugim i trzecim etapie: CIR: 60 Mbps.

Dalej w pkt D Zamawiający określa, iż „po każdym miesiącu świadczenia usług Wykonawca przedstawi raport z dostępności Internetu”. CIR (ang. Committed Information Rate) jest parametrem wykorzystywanym do określenia minimalnej gwarantowanej przepustowości, przypadającej na jeden kanał logiczny PVC abonenta pomiędzy dwoma łączami (portami) zestawionymi w technologii Frame Relay (np. w dwóch lokalizacjach Zamawiającego). Technologia Frame Relay umożliwia realizację łączy dostępowych o przepływnościach znacznie niższych niż wymagane przez Zamawiającego, do maks. 2 Mbps, Parametr CIR nie może się zatem odnosić się do łączy o wyższych przepływnościach oraz dla łączy do internetu. Jest on w sprzeczności z wymaganymi przez Zamawiającego przepływnościami i powoduje, że opis przedmiotu zamówienia jest niejednoznaczny.

Ponadto, biorąc po uwagę wymaganie określone w pkt d należy podkreślić, iż Wykonawca nie może ponosić odpowiedzialności za dostępność Internetu, jako elementu od niego niezależnego. Może ponosić jedynie odpowiedzialność za funkcjonowanie łączy dostępowych do sieci Internet, które są przedmiotem zamówienia.

Celem doprecyzowania wymagań SIWZ prosimy o wyjaśnienie:

a) Czy Wykonawca dobrze rozumie, iż wymaganiem Zamawiającego jest zestawienie łączy o minimalnej przepływności na poziomie

- 1) w pierwszym etapie: prędkość dostępową nie mniejsza niż 30 Mbps,
- 2) w drugim i trzecim etapie; prędkość dostępową nie mniejsza niż 60 Mbps?

Jeżeli odpowiedź na powyższe pytanie będzie twierdząca prosimy o modyfikację postanowień SIWZ.

b) Czy słuszne jest rozumienie Wykonawcy, iż Wykonawca ponosić będzie odpowiedzialność za funkcjonowanie łączy dostępowych o wymaganych przez Zamawiającego minimalnych prędkościach (nie zaś za dostępność Internetu jako elementu niezależnego od Wykonawcy i ze względu na specyfikę jego działania nie mogącego być przedmiotem zamówienia) oraz zobowiązany będzie do przedstawienia po każdym miesiącu raportu z dostępności tych łączy dostępowych? Jeżeli odpowiedź na powyższe pytanie będzie twierdząca prosimy o modyfikację postanowień SIWZ.”

Z odpowiedzi wynikało, że

Ad. a) Zamawiający informuje, że na podstawie art. 38 ust. 4 ustawy Prawo

zamówień publicznych dokonuje modyfikacji w następującym zakresie:

W Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (w tym w Formularzu oferty) skrót „CIR” zastępuje się sformułowaniem: „minimalna prędkość gwarantowana”.

Ad. b) Patrz - odpowiedź na pyt.49 pkt a) i b).

W dniu 22 lutego 2012 roku Zamawiający poinformował o wyniku postępowania, wyborze oferty najkorzystniejszej i wykluczeniu wykonawcy Odwołującego się na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, ponieważ nie wykazał on spełniania warunków udziału w postępowaniu – nie złożył z ofertą opłaconej polisy. Ponadto oferta wykonawcy została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, ponieważ w formularzu cenowym wykonawca nie uwzględnił zmiany zapisu „CIR” na „minimalną prędkość gwarantowaną”. Zdaniem Zamawiającego skrót CIR nie jest równoznaczny z pojęciem minimalna prędkość gwarantowana. Na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp uznano ofertę za odrzuconą, ponieważ złożono ją przez wykonawcę wykluczonego z postępowania.

Na powyższą czynność odwołanie złożył wykonawca Odwołujący się.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Na początku rozważań, zauważyć należy, iż Zamawiający prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego winien udzielić zamówienia wykonawcy zdolnemu do realizacji tegoż zamówienia. Weryfikacja zdolności wykonawcy dokonywana jest na podstawie przedłożonych przez wykonawcę wraz z ofertą dokumentów żądanych przez Zamawiającego w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu i przez niego szczegółowo określonych. Ocena dokumentów następuje w oparciu o zamieszczony w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SIWZ opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków. Aby skutek w postaci skutecznej weryfikacji wykonawców mógł zostać osiągnięty „wymagania” stawiane wykonawcom muszą być skonkretyzowane (za wyrokiem z dnia 7 lipca 2008 r. Sądu Okręgowego w Warszawie, sygn. akt V Ca 984/08). Oczywistym jest również fakt, że to na wykonawcy ubiegającym się o zamówienie publiczne ciąży obowiązek wykazania, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu, a jego oferta zgodna jest z wymogami określonymi SIWZ.

Istotą sporu w niniejszej sprawie jest stwierdzenie czy wykonawca Odwołujący się podlega wykluczeniu z powodu niespełniania warunków udziału w postępowaniu oraz czy oferta tego wykonawcy prawidłowo został odrzucona z powodu nieopowiadania treścią treści SIWZ.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, art. 25 ust. 1 w zw. z § 1 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia o dokumentach znalazł potwierdzenie w zgromadzonym materiale dowodowym, nie powodował jednak możliwości

uwzględnienia odwołania, ponieważ nie potwierdził się drugi z zarzutów stawianych Zamawiającemu.

Polisa jest dokumentem żądanym przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wyłącznie na potwierdzenie spełniania opisanego przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu, a mianowicie znajdowania się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia (art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp). Odnosząc się do kwestii opłacenia polisy stwierdzić należy, iż rozporządzenie w sprawie dokumentów (§1 ust. 1 pkt 10) stanowi, iż Zamawiający w celu potwierdzenia spełnienia warunku znajdowania się przez wykonawcę w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia zamawiający może żądać „opłaconej polisy, a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia”.

Przenosząc powyższe rozważania natury ogólnej na grunt rozpatrywanej sprawy, stwierdzić należało, że kwestią wymagającą rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie było ustalenie, czy w świetle przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, a także postanowień SIWZ Odwołujący wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomiczno - finansowej tj. posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzenia działalności gospodarczej związanej z przedmiotem zamówienia na wartość co najmniej 2 000 000,00 zł przez dokumenty złożone z ofertą.

Drugą kwestią, o której Izba musiała rozstrzygnąć, była kwestia czy Odwołujący zobowiązany był do złożenia dodatkowych dokumentów na wezwanie do ich uzupełnienia ze strony Zamawiającego w sposób wymagany i określony przez Zamawiającego, czy też przedłożenie dodatkowych dokumentów nie było konieczne dla wykazania spełniania warunków udziału.

Skład orzekający w przedmiotowej sprawie podziela stanowisko wyrażone w odwołaniu i podtrzymało na rozprawie przez Odwołującego, że złożone przez niego w ofercie dokumenty ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej z tytułu prowadzonej działalności potwierdzają spełnianie warunków postawionych przez Zamawiającego w SIWZ odnośnie wykazania się dokumentem potwierdzającym ubezpieczenie wykonawcy od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności na kwotę nie mniejszą niż 2 000 000,00 zł.

Zauważyć należy, iż przedłożony wraz z ofertą dokument ubezpieczenia wskazuje, iż wysokość ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej wynosi 60 000 000,00 zł na jedno i wszystkie zdarzenia w okresie ubezpieczenia łącznie. Wykonawca złączył do oferty dowód opłacenia I raty składki w wysokości 47 175,00 zł w dniu 1 grudnia 2011 roku, natomiast ze

złożonych wyjaśnień wynikało, że termin płatności II raty składki upływa w dniu 1 marca 2012 roku czyli po terminie składania ofert.

Postanowienia SIWZ odnośnie warunku zdolności ekonomiczno – finansowej wykonawcy są przeniesieniem regulacji zawartej w § 1 ust. 1 pkt 10) Rozporządzenia o dokumentach. Skład orzekający Izby stoi na stanowisku, iż wykonawca składając dokument ubezpieczenia OC zobowiązany jest przedłożyć Zamawiającemu dowód na potwierdzenie okoliczności opłacenia polisy. Obowiązek ten wynika wprost z treści przywołanego § 1 ust. 1 pkt 10) Rozporządzenia o dokumentach, gdzie ustawodawca wyraźnie postanowił, iż polisa ta ma być opłacona. Wykonawca jest zobowiązany wykazać, iż opłacił należną składkę ubezpieczeniową. Zgodnie bowiem treścią art. 26 ust. 2a to na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania na żądanie Zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym, nie później niż na dzień składania ofert spełniania warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp.

Ocena spełnienia warunków udziału w postępowaniu odbywa się według stanu na dzień upływu terminu składania ofert. Dotyczy to również dokumentów uzupełnianych na wezwanie, czy też składanych w wyniku wyjaśnień. Skoro jednak w dacie składania ofert (30 grudnia 2012 roku) Odwołujący nie był zobowiązany do zapłaty drugiej raty składki ubezpieczeniowej z tytułu posiadanej polisy ubezpieczeniowej, a niewątpliwie wynika to ze złożonych wyjaśnień, tym samym nie był zobowiązany do złożenia dowodu uiszczenia zapłaty drugiej raty składki w momencie składania wyjaśnień lub już w momencie złożenia oferty. Nie można jednakże zgodzić się z twierdzeniem Zamawiającego, że polisa powinna być opłacona w całości już z momentem składania ofert. Zdaniem Izby przedstawiono więc „opłaconą polisę” w rozumieniu § 1 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Zgodnie bowiem z przepisem art. 814 § 1 KC, odpowiedzialność ubezpieczyciela rozpoczyna się z dniem opłacenia pierwszej raty składki. Zatem wpłata pierwszej raty jest wystarczająca do osiągnięcia celu umowy ubezpieczenia, której zawarcia wymagał Zamawiający, a więc posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej i do uznania, że wykonawca przedłożył opłaconą polisę.

Podobne stanowisko zajęła Krajowa Izba Odwoławcza w następujących wyrokach: wyrok z dnia 2.11.2011r., sygn. akt KIO 2234/11; wyrok z dnia 23.08.2011r., sygn. akt KIO 1675, KIO 1676/10; wyrok z dnia 23.01.2012r., sygn. akt KIO 99/12; oraz przede wszystkim stanowisko powyższe podzielił Sąd Okręgowy we Wrocławiu w wyroku z dnia 14 lipca 2011 r., sygn. akt X Ga 213/11.

Powoływany przez Zamawiającego wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10.08.2011r., sygn. akt KIO 1623/11 nie znajduje zastosowania w przedmiotowym sporze, bowiem dotyczy odmiennego stanu faktycznego, w którym wykonawca na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału nie opłacił żadnej raty składki ubezpieczenia. Podobnie

sytuacja ma się z wyrokiem KIO z dnia 9.12.2011r., sygn. akt 2531/11, gdzie ze stanu faktycznego wynikało, iż płatność I raty składki wypadała po upływie terminu na składanie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Tym samym dokumenty złożone przez Odwołującego, pochodzące z postępowania prowadzonego przez PGE oraz wyciąg z oferty Przystępującego z tego postępowania, nie miały decydującego znaczenia w przedmiocie sporu między stronami w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym, ponieważ Zamawiający nie negował możliwości wykazania spełnienia warunku przez inny dokument nie będący polisą, a na przykład noszący nazwę „certyfikat” a jedynie konieczność opłacenia wszystkich rat składki wynikających z umowy ubezpieczenia. Zatem fakt posłużenia się przez Przystępującego w innym postępowaniu dokumentem certyfikatu nie zaś dokumentem polisy był z punktu rozstrzygnięcia irrelevantny dla przedmiotu sporu.

Dostrzeżenia również wymaga, że ubezpieczenie od odpowiedzialności świadczy jedynie o potencjalnych możliwościach finansowych wykonawcy i nie oznacza, że z całej kwoty Zamawiający będzie mógł skorzystać, bo może zdarzyć się i tak, że ubezpieczyciel ze wskazanej kwoty będzie zmuszony wypłacić odszkodowanie na rzecz jednego lub nawet kilku podmiotów. Nie jest tutaj bowiem wymagane ubezpieczenie konkretnej inwestycji, a wyłącznie w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej.

Tym samym skład orzekający Izby uznał, że ocena posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej dokonana przez Zamawiającego w zakresie oferty Odwołującego podczas oceny ofert nie była prawidłowa i wykonawca ten nieprawidłowo został wykluczony z postępowania.

Odnosząc się do kwestii zapowiedzi zatrzymania wadium wyrażonej przez Zamawiającego w piśmie o wyniku postępowania, zauważyć należy, iż w związku z podzieleniem zdania wykonawcy Odwołującego się, że nieprawidłowo dokonano jego wykluczenia, w ocenie składu orzekającego nie ziszczą się przesłanki określone art. 46 ust. 4a umożliwiające Zamawiającemu zatrzymanie wadium.

Zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie potwierdziły się.

Co do uwag ogólnych, to zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. Natomiast stosownie do przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp Zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty – niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, stanowiąca przesłankę

odrzućenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zachodzi wówczas, gdy zawartość merytoryczna oferty nie odpowiada pod względem przedmiotu zamówienia lub sposobu jego wykonania wymaganiom zawartym w SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ustawy Pzp.

Dostrzeżenia wymaga, że podstawowym dokumentem w postępowaniu o zamówienie publiczne jest SIWZ wraz z załącznikami. To na podstawie zapisów tego dokumentu wykonawcy przygotowują składne następnie oferty. SIWZ i ogłoszenie o zamówieniu powinny określać szczegółowy sposób i wskazywać według jakich kryteriów oceniana będzie merytoryczna treść oferty. Są to dokumenty wiążące dla wykonawców, dlatego też powinny one być precyzyjne i czytelne, a postanowienia tych dokumentów nie mogą stwarzać wykonawcom problemu z ich rozumieniem. Dokumenty te wiążą również drugą ze stron postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. Zamawiającego, który dokonując procesu badania i oceny ofert winien w pierwszej kolejności kierować się literalnym brzmieniem SIWZ oraz ogłoszenia oraz zasadą równego traktowania wykonawców, a więc do oceny każdej złożonej w postępowaniu oferty, zarówno w zakresie podmiotowym, jak też przedmiotowym, przyjąć jednakowe kryteria oceny wynikające z SIWZ. Wykonawcy nie mogą pozostawać w niepewności co do kryteriów, jakimi będzie kierował się Zamawiający przy ocenie złożonych ofert. Uznać zatem trzeba, że to Zamawiający wyznacza granice oceny ofert, a także zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia i podczas dokonywania czynności oceny granic tych nie może przekroczyć. Niedopuszczalna jest wobec tego ocena oparta o intencje Zamawiającego nie wyrażone wprost w SIWZ i ogłoszeniu o zamówieniu.

Przenosząc powyższe na grunt rozpatrywanej sprawy, dostrzeżenia wymaga, iż w niniejszym postępowaniu Zamawiający w SIWZ oraz modyfikacjach SIWZ w sposób jasny i precyzyjny określił po pierwsze jakiego rodzaju dokumenty są przez niego wymagane na etapie składania oferty, na podstawie jakich dokumentów odbywała będzie się ocena merytoryczna treści oferty oraz szczegółowo określił jaką wysokość mają osiągnąć poszczególne parametry systemu stanowiącego przedmiot zamówienia.

W zakresie zarzutu nieprawidłowego odrzućenia oferty Odwołującego ponad wszelką wątpliwość stwierdzić należy, iż ze złożonej oferty, wynika, że wykonawca Odwołujący, zgodnie z dyspozycją zawartą w formularzu cenowy, zaproponował wykonywanie usługi o parametrach łączy dostępowych do Internetu – CIR 30 z bezlimitowym transferem danych oraz CIR 60 z bezlimitowym transferem danych. Powyższego faktu nie kwestionuje także sam Odwołujący.

Ważna z punktu oceny zgodności treści oferty z treścią SIWZ jest modyfikacja tejże dokonana w dniu 30 listopada 2011 roku odpowiedzią na pytanie nr 58.

Z powyższej odpowiedzi w sposób klarowny wskazano, że dokonuje się zmiany w SIWZ (w tym w formularzu oferty) w zakresie zastąpienia skrótu „CIR” sformułowaniem

„minimalna prędkość gwarantowana”. Wbrew więc twierdzeniom Odwołującego nie była to jedynie redakcyjna zmiana zapisów SIWZ, ale istotna zmiana technologii wykonywania usługi, choć wartości parametrów pozostały na tym samym poziomie. Rezygnacja z odniesienia do parametru CIR oznaczała zmianę na tyle istotną, że Zamawiający zdecydował się na przesunięcie terminu składania ofert. W toku rozprawy Odwołujący nie kwestionował i przyznał, że parametr CIR odnosi się do innej technologii wykonania, a więc złożony przez Przystępującego dokument z wyciągiem tłumaczenia w tej kwestii niczego nie zmieniał

Jeżeli zatem wykonawca nie zastosował się do dokonanej modyfikacji i nie uwzględnił tej zmiany w formularzu ofertowym składanym z ofertą uznać należało, że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ. Faktu powyższego nie zmienia złożenie dodatkowego oświadczenia stanowiącego załącznik nr 5 do oferty, w swej treści wskazującego na zaakceptowanie wymagań Zamawiającego, w szczególności w SIWZ, odpowiedziach na pytania oraz odwołania, a także tymi, które nie zostały szczegółowo wymienione w formularzu ofertowym.

Nieuprawnione są również twierdzenia o możliwości poprawienia oferty Odwołującego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Jak słusznie zauważył na rozprawie sam Odwołujący, Zamawiający nie wymagał, aby z ofertą wykonawcy złożyli opis techniczny świadczenia usługi. Ocena prawidłowości świadczenia usługi i przedmiotu oferty odbywała się jedynie na podstawie formularza ofertowego. Skoro zaś w formularzu ofertowym wykonawca odniósł się do niedopuszczonej technologii wykonania przedmiotu zamówienia, a Zamawiający z innych dokumentów oferty nie mógł powziąć informacji czy sytuacja ta jest wynikiem błędu wykonawcy spowodowanego niezmienieniem formularza, czy też świadomym działaniem wykonawcy, nie miał możliwości dokonania poprawy i zakwalifikowania treści formularza jako innej, nieistotnej omyłki nie wpływającej na treść oferty. Także zwrócenie się o wyjaśnienia do wykonawcy niewiele zmieniłoby w tej sytuacji, ponieważ z uwagi na odnoszenie się CIR i minimalnej prędkości gwarantowanej do innych technologii oraz osiąganych przez te parametry wartości, zmiana złożonego formularza oznaczałaby zmianę oświadczenia woli w zakresie realizacji przedmiotu zamówienia, a więc zmianę wykraczającą poza dopuszczalne sytuacje ingerencji w treść oferty. Powyższe zaś jest niedopuszczalne na gruncie Pzp. Decydujące znaczenie miało bowiem ustalenie i określenie wartości minimalnej parametru, które przesądzało o zgodności lub niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Nie można zgodzić się z twierdzeniem, że taka zmiana oferty odnosiłaby się do formy i nie spowodowałaby zmiany w sensie merytorycznym zaoferowanego parametru ani jego wartości. To właśnie merytoryczne kwestie wykonywania usługi w odpowiedniej technologii legły u podstaw decyzji o zmianie parametru CIR na minimalną prędkość gwarantowaną. W tym zakresie strony były zgodne, zaś różnice w stanowiskach wynikały *de facto* z *polemiki toczonej na potrzeby postępowania odwoławczego*.

Reasumując to Zamawiający kształtując treść SIWZ, w tym określając swoje wymagania w zakresie przedmiotu zamówienia i żądanych dokumentów, przesądza o tym, co wchodzi w zakres wymaganej treści oferty. Istotne jest, z punktu widzenia celowości danego postępowania, ujęcie w ofercie wymagań określonych w SIWZ, w odpowiednim zakresie co do wyszczególnienia wszystkich elementów zamówienia, tak aby z kontekstu i całościowej analizy oferty takie informacje można pozyskać, co nie miało miejsca w rozpoznawanym przypadku.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie oraz orzekła jak w sentencji nie dopatrując się w działaniu Zamawiającego naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i zasady zachowania uczciwej konkurencji, tj. naruszenia art. 7 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i ust. 10 ustawy Pzp, a także w oparciu o § 5 ust. 3 pkt 1 i § 5 ust 4 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), tj. stosownie do wyniku postępowania, zasądzając od Odwołującego na rzecz Zamawiającego koszty związane z wynagrodzeniem pełnomocnika w maksymalnej wysokości dopuszczonej rozporządzeniem i zgodnej ze złożonym rachunkiem, tj. 3 600,00 zł.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....