

Sygn. akt: KIO 2549/19

WYROK
z dnia 2 stycznia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska
Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 2 stycznia 2020r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 grudnia 2019r. przez **wykonawcę DAMOVO POLSKA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Postępu 21B** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa – Izba Administracji Skarbowej w Olsztynie, Al. Marszałka Józefa Piłsudskiego 59A**

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwa Telekomunikacyjnego TELESIS spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Legionów 115** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 2549/19 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnić czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzyć czynność badania i oceny oferty wykonawcy Przedsiębiorstwa Telekomunikacyjnego TELESIS spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Legionów 115 i dokonać czynności odrzucenia oferty tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z uwagi na brak wskazania w ofercie modelu telefonu bezprzewodowego DECT mimo żądania zamawiającego wynikającego z treści działu XII pkt. 4 siwz oraz treści załącznika nr 2.1. do siwz, w pozostałym zakresie odwołanie oddala,**
2. **Kosztami postępowania obciąża zamawiającego - Skarb Państwa – Izba Administracji Skarbowej w Olsztynie, Al. Marszałka Józefa Piłsudskiego 59A i:**

2.1 zalicza na poczet postępowania odwoławczego kwotę **7 500zł. 00 gr.** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę DAMOVO POLSKA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Postępu 21B** tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od zamawiającego - **Skarb Państwa – Izba Administracji Skarbowej w Olsztynie, Al. Marszałka Józefa Piłsudskiego 59A** na rzecz **wykonawcę DAMOVO POLSKA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Postępu 21B** kwotę 11 100zł. 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wpisu i zastępstwa prawnego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz.1986) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Olsztynie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na świadczenie usług telekomunikacyjnych na rzecz jednostek Izby Administracji Skarbowej w Olsztynie w podziale na: Część 1 - „Świadczenie usług telefonii stacjonarnej na rzecz jednostek Izby Administracji Skarbowej w Olsztynie” Część 2 - „Dzierżawa centrali telefonicznej, telefonów oraz innych niezbędnych urządzeń na rzecz jednostek Izby Administracji Skarbowej w Olsztynie” zostało wszczęte ogłoszeniem zamieszczonym w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 611246-N-2019 z dnia 18.10.2019 r.

W dniu 11 grudnia 2019r. zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części 2 tj. oferty wykonawcy Przedsiębiorstwa Telekomunikacyjnego TELESIS sp. z o.o. z siedzibą w Wołominie, na drugim miejscu w rankingu ofert znalazła się oferta wykonawcy Netia SA z siedzibą w Warszawie i na trzecim DAMOVO POLSKA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Postępu 21B – dalej odwołującego.

W dniu 16 grudnia 2019r. odwołanie wniósł odwołujący na wybór oferty najkorzystniejszej w części 2. Odwołanie zostało wniesione przez prezesa i wiceprezesa zarządu ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 16 grudnia 2019r.

Odwołujący zarzucił czynnościom podjętym przez zamawiającego naruszenie następujących przepisów ustawy prawo zamówień publicznych:

- 1) naruszenie przepisu art.82 ust.3 ustawy przez dokonanie wyboru oferty, której treść nie odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w szczególności nie zawierała ona w ogóle wskazania wymaganego przez zamawiającego modelu telefonów bezprzewodowych DECT, zamiast których wykonawca wskazał w ofercie całkowicie odmienne urządzenie (KAREL DB-211) będące stacją bazową, nie zaś telefonem bezprzewodowym. zamawiający dokonał zatem wyboru oferty, która nie obejmowała zaoferowania wymaganych treścią SIWZ urządzeń - telefonów bezprzewodowych;
- 2) naruszenie przepisu art.89 ust. 1 pkt.2 ustawy, w związku z art.82 ust.3 ustawy oraz zapisu Działu XIII pkt.4 SIWZ poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Przedsiębiorstwa Telekomunikacyjnego TELESIS sp. z o.o. z siedzibą w Wołominie, pomimo, iż oferta ta, jako nie zawierająca wskazania jednego z wymaganych zapisami SIWZ podlegała odrzuceniu, jako nie odpowiadająca treści SIWZ;
- 3) naruszenie przepisu art.87 ust.2 pkt.3 ustawy przez dokonanie przez zamawiającego niedopuszczalnego poprawienia oferty wykonawcy Przedsiębiorstwa Telekomunikacyjnego TELESIS sp. z o.o. z siedzibą w Wołominie przez zastąpienie pierwotnie wskazanego w ofercie

typu urządzenia KAREL DB-211 (będącego stacją bazową) i wskazaniem urządzenia KAREL DB-244 (telefonu bezprzewodowego), a zatem w oczywisty sposób skutkującej istotną zmianą treści oferty polegającą na zastąpieniu wskazanego pierwotnie urządzenia (nie odpowiadającego wymogom SIWZ) zupełnie innym urządzeniem, nie objętym pierwotnie ofertą wykonawcy.

Powyższa zmiana, wbrew treści przepisu art.87 ust.2 pkt.3 doprowadziła w konsekwencji do istotnej zmiany treści oferty, nie obejmującej pierwotnie wymaganych przez zamawiającego urządzeń.

4) naruszenie przepisu art.89 ust.1 pkt. 1 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Przedsiębiorstwa Telekomunikacyjnego TELESIS sp. z o.o. z siedzibą w Wołominie pomimo istnienia przesłanek uznania, iż została ona złożona w okolicznościach wskazanych w art.6 ust. 1 pkt.7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Wniósł o:

1. Uwzględnienie odwołania;
2. Nakazanie unieważnienia czynności wyboru oferty Przedsiębiorstwa Telekomunikacyjnego TELESIS sp. z o.o.;
3. Nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert;
4. Nakazanie zamawiającemu dokonania odrzucenia oferty Przedsiębiorstwa Telekomunikacyjnego TELESIS sp. z o.o.;
5. Nakazanie zamawiającemu dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, iż w toku organizowanego przez zamawiającego przetargu na udzielenie wskazanego wyżej zamówienia publicznego odwołujący złożył ofertę w pełni spełniającą postawione przez zamawiającego warunki oraz rzeczywistą i racjonalną kalkulację ceny ofertowej pozwalającą na prawidłową realizację przedmiotowego zamówienia w ramach kwoty, jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia.

Złożona przez odwołującego oferta otrzymała trzecią ocenę punktową, zgodnie z treścią pisma zamawiającego z dnia 11.12.2019 r.

Według odwołującego zarówno oferta wykonawcy Przedsiębiorstwa Telekomunikacyjnego TELESIS sp. z o.o., którego oferta została wybrana, jak także oferta NETIA S.A., która otrzymała drugą ocenę punktową nie odpowiadają treści zapisów SIWZ.

W obydwu przypadkach wykonawcy zaniechali wskazania w ofercie, wymaganego przez zamawiającego i oferowanego przez wykonawców urządzenia - telefonu bezprzewodowego. Zamiast wskazania tego urządzenia obydwie oferty zawierają wskazanie zupełnie innego urządzenia, o całkowicie odmiennych funkcjach - stacji bazowej KAREL DB-211.

Oferty obydwu wykonawców nie odpowiadają zatem treści SIWZ nie obejmują bowiem urządzeń, których zaoferowania i udostępnienia oczekiwał zamawiający,

W konsekwencji do obydwu tych ofert według odwołującego znaleźć powinien zastosowanie przepis art.89 ust.1 pkt.2 ustawy, w związku z art.82 ust.3 ustawy oraz postanowienia Działu XIII pkt.4 SIWZ, a oferty te powinny zostać odrzucone. Oferty te mogą ponadto zostać uznane za złożone w okolicznościach wskazanych w przepisie art.6 ust.1 pkt.7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Bezpodstawne zaniechanie dokonania przez zamawiającego odrzucenia oferty Wykonawcy Przedsiębiorstwa Telekomunikacyjnego TELESIS sp. z o.o. (a w dalszej kolejności wykonawcy NETIA S.A.) pozbawiło jednak odwołującego możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Zgodnie z Działem VIII SIWZ pkt.2 ppkt.1 i 2 złożona oferta (w zakresie części II zamówienia) powinna zawierać Formularz ofertowo-cenowy (Załącznik nr 2 do SIWZ) oraz Parametry techniczne centrali telefonicznej, telefonów i innych urządzeń do dzierżawy według wzoru stanowiącego Załącznik nr 2.1 do SIWZ.

Jak wynika z powyższych postanowień wypełniony przez oferenta Załącznik 2.1. do SIWZ stanowi integralną część oferty, jaka złożona ma być w toku przedmiotowego postępowania w zakresie części II zamówienia.

Zgodnie natomiast z pkt.3 Działu XIII SIWZ - „Treść oferty musi odpowiadać treści SIWZ”, zaś zgodnie z pkt.4 tego Działu „Wykonawca powinien wypełnić wszystkie pozycje Formularza ofertowo-cenowego (Załącznika nr 1 i 2 do SIWZ) oraz Załącznika nr 2.1 do SIWZ - Parametry techniczne centrali telefonicznej. Niewypełnienie jakiegokolwiek pozycji, spowoduje odrzucenie oferty jako niezgodnej z treścią SIWZ.”

Za równoważne niewypełnieniu wymaganych SIWZ pozycji według odwołującego uznać należy wypełnienie ich błędne, w szczególności gdy zawarta informacja nie odpowiada wymaganiom zamawiającego zawartym w treści SIWZ, a w szczególności samego załącznika 2.1. do SIWZ.

Oferta TELESIS, w zakresie Załącznika 2.1. do SIWZ zawiera wskazanie w tabeli: „Modele oferowanych telefonów:”, w rubryce: „Model telefonów bezprzewodowych DECT” oznaczenia KAREL DB 211, które nie jest oznaczeniem telefonu bezprzewodowego ale stacji bazowej DECT.

Oferta ta nie zawiera zatem wymaganego treścią załącznika 2.1. do SIWZ wskazania Modelu telefonu bezprzewodowego DECT, co uzasadniało zastosowanie przez zamawiającego art.89 ust. 1 pkt.2, w związku z art.82 ust.3 ustawy oraz zapisu pkt.4 Działu XIII SIWZ i odrzucenie oferty tego wykonawcy.

Odwołujący powołał stanowisko doktryny red. Marzena Jaworska Prawo zamówień Publicznych Komentarz, komentarz do art.89 pzp, J. Pieróg Prawo zamówień Publicznych Komentarz, komentarz do art.89 pzp.

Oferta, rozumiana zgodnie art.66 k.c., obejmować powinna wszystkie istotne warunki przyszłej umowy, w tym bowiem zakresie wykonawca związany jest złożonym przez siebie oświadczeniem woli. Poglądy takie prezentowane są także w orzecznictwie KIO, która między innymi w treści uchwały z dnia 18.09.2014 r. (KIO/KD 79/14)

Aby oferta mogła zostać uznana za odpowiadającą treści SIWZ musi zatem uwzględniać wszystkie wymagane przez zamawiającego elementy, jedynie wtedy zachowana zostanie zgodność świadczeń wymaganych przez zamawiającego ze świadczeniami zaoferowanymi przez wykonawcę.

Za jeden z podstawowych przykładów niezgodności treści oferty z treścią SIWZ wskazuje się zaoferowanie przez wykonawcę innego przedmiotu - nieodpowiadającemu wymaganiom SIWZ, aniżeli przedmiot, jaki uzyskać chciał zamawiający.

Ma to zastosowanie w odniesieniu do oferty Przedsiębiorstwa Telekomunikacyjnego TELESIS sp. z o.o., w której zamiast telefonu bezprzewodowego DECT zaoferowana została Stacja Bazowa KAREL DB-211, a zatem urządzenie o zupełnie innej funkcji niż wymagane przez zamawiającego.

Odwołujący jako dowody powołał:

- dokumentację Stacji Bazowej KAREL DB-211;
- dokumentację telefonu bezprzewodowego KAREL DB-244.

Odwołujący zwrócił uwagę, iż w analizowanym przypadku niedopuszczalnym było dokonanie przez zamawiającego, na podstawie uzyskanych od wykonawcy informacji, dokonanie zmiany złożonej przez Przedsiębiorstwo Telekomunikacyjne TELESIS sp. z o.o. oferty, przez zastąpienie pierwotnie zaoferowanego urządzenia KAREL DB-211 będącego stacją bazową i nie odpowiadającego wymogom SIWZ, zupełnie innym urządzeniem KAREL DB-244, a w konsekwencji całkowita, istotna zmiana w zakresie zaoferowanego urządzenia.

Modyfikacja oferty przez zamawiającego doprowadziła zatem do wprowadzenia do oferty nowego elementu zobowiązania, nie znajdującego się w niej pierwotnie.

W ocenie odwołującego nastąpiła zatem istotna zmiana w treści oferty, która nie może być przedmiotem poprawek, dokonanych przez zamawiającego w trybie art.87 ust.2 pkt.3 ustawy Stanowisko o niedopuszczalności takiego działania zajęła Krajowa Izba Odwoławcza między innymi w wyroku z dnia 20.03.2017 r. w sprawie KIO 399/17, KIO 438/17, KIO 439/17.

Odwołujący wskazał także na orzeczenie - wyrok z dnia 08.10.2018 r. (KIO 1865/18), wyrok KIO z 11.01.2019 r. (KIO 2642/18), wyrok z dnia 04.10.2018 r. (KIO 1910/18), wyrok z dnia 10.01.2019 r. (KIO 2633/18), wyrok z dnia 30.11.2018 r. (KIO 2343/18).

Zdaniem odwołującego uzasadnionym było odrzucenie przez zamawiającego oferty Wykonawcy Przedsiębiorstwo Telekomunikacyjne TELESIS sp. z o.o. w oparciu o przepis art. art.89 ust.1 pkt.2 ustawy, w związku z art.82 ust.3 ustawy, zaś wszelkie ewentualne zmiany treści modyfikacji, w zakresie modelu i typu oferowanych urządzeń, dokonane po dacie

otwarcia ofert uznać należało za niedopuszczalną istotną zmianę treści oferty, prowadzącą do nadania jej nowej treści i w praktyce dostosowania do wymagań zamawiającego.

Za bezpodstawne według odwołującego uznać należałoby bowiem przyjęcie, że zastąpienie wskazanego pierwotnie w formularzu oferty modelu urządzenia innym, w żaden sposób nie wzmiankowanym w ofercie modelem urządzenia możliwe było do wyinterpretowania z treści złożonej oferty, która niewątpliwie nie daje po temu jakichkolwiek podstaw.

Odwołujący powołał wyrok z dnia 11.07.2018 r. (KIO 1248/18), wyrok z dnia 19.10.2018 r. (KIO 2015/18).

Odwołujący ocenił, że dokonanie przez Zamawiającego zmiany oferty Wykonawcy Przedsiębiorstwo Telekomunikacyjne TELESIS sp. z o.o., przez zastąpienie w jej treści pierwotnie wskazanego modelu urządzenia zupełnie innym uznać należało za niedopuszczalne i dokonane z naruszeniem przepisu art.87 ust.2 pkt.3 ustawy.

Odwołujący mając na uwadze, iż wykonawca Przedsiębiorstwa Telekomunikacyjnego TELESIS sp. z o.o. występuje w niniejszym postępowaniu zarówno samodzielnie, jak także jako podwykonawca wykonawcy NETIA S.A., za uzasadnione mogą zostać uznane podejrzenia złożenia ofert powyższych wykonawców w okolicznościach wskazanych w art.6 ust. 1 pkt.7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, tym bardziej, iż udział Przedsiębiorstwa Telekomunikacyjnego TELESIS sp. z o.o. jako podwykonawcy NETIA S.A. początkowo, a niezgodnie z przepisami prawa został utajniony, jako objęty tajemnicą przedsiębiorstwa.

Okoliczności te, w opinii odwołującego nie zostały szczegółowo wyjaśnione przez zamawiającego, który oparł się wyłącznie na ogólnikowych wyjaśnieniach złożonych przez wykonawcę w powyższym zakresie.

Odwołujący wskazał, iż ustalenie, że oferty powyższych wykonawców złożone zostały w okolicznościach wskazanych w art.6 ust. 1 pkt.7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, skutkowałoby w konsekwencji koniecznością odrzucenia ofert takich wykonawców w oparciu o przepis art.89 ust. 1 pkt. 1 ustawy, w związku z art.6 ust. 1 pkt.7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

W dniu 17 grudnia 2019r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania.

W dniu 20 grudnia 2019r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosiło swój udział Przedsiębiorstwo Telekomunikacyjne TELESIS wnosząc o oddalenie odwołania. Zgłaszający wskazał, że posiada interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż w części 2 zamówienia złożył ofertę i została ona wybrana jako najkorzystniejsza, zatem uwzględnienie odwołania może pozbawić zgłaszającego możliwości uzyskania zamówienia. Zgłaszający zarzucił odwołującemu, że nie posiada interesu w uzyskaniu zamówienia, gdyż jego oferta uplasowała się na trzeciej pozycji, a odwołujący nie wniósł odwołania na czynności

czy zaniechania zamawiającego dotyczące oferty wykonawcy Netia SA sklasyfikowanej na drugiej pozycji w rankingu ofert. Oferta Netii nie podlegała odrzuceniu. W ocenie zgłaszającego jest to sytuacja analogiczna, do sytuacji faktycznej rozpoznanej przez Izbę w sprawie sygn. akt KIO 1652/18, w której Izba oddaliła odwołanie. Zgłoszenie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 19 grudnia 2019r. udzielonego przez prezesa zarządu ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z załączonym odpisem. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 20 grudnia 2019r.

W dniu 31 grudnia 2019r. zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania jako bezzasadnego. W uzasadnieniu zamawiający podniósł, że w Dziale XIII OPIS SPOSOBU PRZYGOTOWANIA OFERTY wskazał następujący sposób przygotowania oferty: „1. Wykonawca składa tylko jedną ofertę na część 1 zamówienia i na część 2 zamówienia z wykorzystaniem:

- Formularza ofertowo-cenowego według wzoru stanowiącego Załącznik nr 1 do SIWZ na część 1 zamówienia i Załącznik nr 2 do SIWZ na część 2 zamówienia.

- na części 2 zamówienia - Załącznika nr 2.1 do SIWZ wg wzoru - Parametry techniczne centrali telefonicznej, telefonów oraz innych niezbędnych urządzeń."

Mając na uwadze przytoczony przez odwołującego zapis „Dział XIII pkt 4 SIWZ” oraz stan faktyczny Zamawiający stwierdza, iż jest zarzut bezzasadny, nie mający miejsca w przedmiotowym postępowaniu. Zamawiający w toku badania ofert stwierdził, popełnienie omyłki w części 2 zamówienia w ofertach wykonawców: Netia SA i Przedsiębiorstwo Telekomunikacyjne TELESIS Sp. z o.o., w Załączniku nr 2.1 do SIWZ, tj. inna omyłka polegająca na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodująca istotnych zmian w treści oferty.

W Załączniku nr 2.1 do SIWZ w tabeli w kolumnie „Model telefonów bezprzewodowych DECT” obydwaj Wykonawcy, tj. NETIA i TELESIS wpisali KAREL DB-211.

W toku dokonanej analizy komisja przetargowa ustaliła, że należy zwrócić się do Wykonawców: TELESIS Sp. z o.o. i NETIA S.A. o wyjaśnienie, gdyż w złożonym Załączniku nr 2.1 do SIWZ Wykonawcy zaoferowali w kolumnie „Model telefonów bezprzewodowych DECT KAREL DB-211”, a według Zamawiającego jest to „Model stacji bazowej”, a nie jak wymagał Zamawiający „Model telefonów bezprzewodowych DECT”

W związku z tym, zamawiający w dniu 19.11.2019 r. wezwał Wykonawców: Netia SA i Przedsiębiorstwo Telekomunikacyjne TELESIS Sp. z o.o. zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia zaproponowanych parametrów technicznych dzierżawionej centrali telefonicznej, telefonów oraz innych niezbędnych urządzeń w Załączniku nr 2.1 do SIWZ. W dniu 21.11.2019 r. Wykonawcy: TELESIS Sp. z o.o. i Netia S.A. złożyli wyjaśnienia dotyczące zaoferowanych

parametrów technicznych dzierżawionej centrali telefonicznej, telefonów oraz innych niezbędnych urządzeń wymienionych w Załączniku nr 2.1 do SIWZ.

Wykonawcy oświadczyli, że proponowany w ofercie model telefonu bezprzewodowego DECT to model: KAREL DE244, który stanowi integralny element opisanego systemu telefonii bezprzewodowej DECT opartego na stacjach bazowych KAREL DB211 i spełnia wszystkie wymagania techniczne zamawiającego zawarte w opisie przedmiotu zamówienia. Powyższa zmiana nie prowadzi do zmiany oferowanego systemu telefonii stacjonarnej bezprzewodowej DECT opartej na stacjach bazowych KAREL DB 211.

Ze złożonych przez TELESIS i NETIA w dniu 21.11.2019 r. wyjaśnień wynikało, że jest to inna omyłka w ofercie polegająca na niezgodności oferty z wymaganiami SIWZ, niepowodująca istotnych zmian w treści oferty, która podlega poprawie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Wykonawcy TELESIS i NETIA wyrazili zgodę na dokonanie poprawy przez zamawiającego w/w omyłki.

Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej ustawodawca w przepisach art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy nie zawarł ograniczeń dotyczących obszarów oferty, które mogą podlegać poprawie przy czym zakres poprawek jest ograniczony tylko istotnością zmian w treści ofert (wyrok KIO 1725/18). W tym przypadku zmiana w treści oferty jest nieistotna ze względu na fakt, iż nie zmienia treści oświadczenia woli wykonawcy — nie prowadzi do zmiany oferowanego systemu telefonii bezprzewodowej DECT opartego na stacjach bazowych KAREL DB211, jak i nie zmienia elementów oferty podlegających kryterium oceny oferty, tj. ceny oferty oraz czasu reakcji serwisowej.

Dodatkowo zamawiający zauważył, że zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy poprawienie nieprawidłowości występującej w ofercie (Załączniku nr 2.1 do SIWZ) uzależnione jest od spełnienia dwóch przesłanek, tj. :

- 1) zauważona w ofercie niezgodność musi mieć charakter omyłki, a nie celowego działania Wykonawcy polegającego na świadomym złożeniu oświadczenia woli o określonej treści. Wykonawca oświadczył, że niezpełnienie tabeli o model telefonu bezprzewodowego DECT nie było działaniem celowym i świadomym. W tym przypadku pierwsza przesłanka do poprawienia omyłki przez zamawiającego w tym przypadku zostaje zachowana i jest zasadna.
- 2) poprawienie niezgodności nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. Wykonawca wyjaśnił, że doprecyzowanie oferty przez wskazanie modelu telefonu bezprzewodowego DECT w żaden sposób nie powoduje zmiany treści oferty z uwagi na fakty, że do modelu zaoferowanej stacji bazowej KAREL DB-211 są dostosowane dwa modele telefonów bezprzewodowych DECT, gdzie każdy z nich spełnia wymagania zamawiającego opisane w treści Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia. Wykonawca oferując stację bazową KAREL DB-211 jednocześnie oferuje też aparat bezprzewodowy, który jest całkowicie kompatybilny i tworzy całość rozwiązania, to telefon bezprzewodowy model KAREL DE-244.

Ponadto w ofercie wykonawcy został zawarty całkowity koszt dostarczenia wymaganego specyfikacją sprzętu wraz z aparatami telefonicznymi i doprecyzowanie oferty poprzez wskazanie modelu telefonu bezprzewodowego. W tym przypadku w żaden sposób nie wpływa na zmianę ceny oferty, a tym bardziej na zmianę treści oferty i oferowanego produktu.

Zamawiający podsumowując stwierdził, że to w żaden sposób nie wpływa na treść złożonej oferty i mieści się w definicji „omyłki”.

Zamawiający uznał, że oferty Wykonawców: TELESIS i NETIA są ofertami ważnymi i nie podlegają odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy i, że jest to inna omyłka w ofercie polegająca na niezgodności oferty (Załącznik nr 2.1 do oferty) z wymaganiami SIWZ, niepowodująca istotnych zmian w treści oferty, która podlega poprawie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. W związku z czym zamawiający zastosował art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy i dokonał w dniu 21.11.2019 r. poprawy w ofercie Wykonawców: TELESIS i NETIA omyłki w Załącznikach nr 2.1 do SIWZ, na co wykonawcy wyrazili zgodę.

W dniu 29.11.2019 r. zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w części 2 zamówienia. Jako najkorzystniejsza oferta została oferta nr 4 złożona przez Wykonawcę: Przedsiębiorstwo Telekomunikacyjne TELESIS Sp. z o.o., ul. Legionów 1 15, 05-200 Wołomin. Wybrana oferta jest zgodna z ustawą i spełnia wszystkie wymogi formalne zawarte w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia i uzyskała największą liczbę (sumę) punktów w kryterium (cena i czas usunięcia awarii).

Oferta Wykonawcy NETIA S.A. była ofertą na drugim miejscu w części 2 zamówienia.

Zamawiający uwzględnił wniesioną w dniu 05.12.2019 r. (data wpływu) przez wykonawcę Damovo Polska Sp. z o.o. w Warszawie Informację w trybie art. 181 ust. 1 ustawy o niezgodnych z prawem czynnościach podjętych przez zamawiającego oraz o zaniechaniu podjęcia czynności do których zamawiający był zobowiązany z dnia 03.12.2019 r. o:

- 1) unieważnienie czynności oferty Przedsiębiorstwa Telekomunikacyjnego TELESIS Sp. z o.o.,
- 2) odrzucenie oferty Przedsiębiorstwa Telekomunikacyjne TELESIS Sp. z o.o.,
- 3) ujawnienie treści całej oferty złożonej przez Wykonawcę NETIA S.A., 4) odrzucenie oferty NETIA S.A.,
- 5) ponowną ocenę ofert i dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej; w części 2 przedmiotowego postępowania.

W związku z powyższym, w dniu 05.12.2019 r. zamawiający na podstawie art. 7 ust. 1 oraz art. 181 ust. 2 ustawy, unieważnił pierwotnie dokonaną w dniu 29.11.2019 r. czynność wyboru najkorzystniejszej oferty w części 2 przedmiotowego postępowania i przystąpił do dokonania ponownego badania i oceny ofert wykonawców: TELESIS Sp. z o.o. oraz NETIA S.A i wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający w dniu 05.12.2019 r. udostępnił Wykonawcy Damovo Polska Sp. z o.o. dane, o których mowa pkt 3 ww. informacji, tj. kopię złożonego przez Wykonawcę Netia S.A. uzasadnienia zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa oraz poinformował Wykonawcę Damovo Polska Sp. z o.o., że informacje zastrzeżone przez Wykonawcę NETIA S.A. w ofercie jako tajemnica przedsiębiorstwa zostaną odtajnione i udostępnione w dniu 10.12.2019 r., tj. po upływie terminu na wniesienie odwołania.

Zamawiający w dniu 06.12.2019 r., zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy wezwał Wykonawców: TELESIS Sp. z o.o. i NETIA S.A. do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty do części 2 przedmiotowego postępowania:

1) w zakresie Podwykonawcy wskazanego w formularzu ofertowo-cenowym stanowiącym załącznik nr 2 do SIWZ przez Wykonawcę Netia S.A w złożonej przez niego ofercie do części 2.

W złożonym do oferty formularzu ofertowo-cenowym stanowiącym załącznik nr 2 do SIWZ w ust. 11 Wykonawca — Netia S.A. oświadczył, że zamówienie wykona przy pomocy Podwykonawcy, tj. Przedsiębiorstwa Telekomunikacyjnego TELESIS Sp. z o. o. z siedzibą przy ul. Legionów 115, 05-200 Wołomin (w formularzu ofertowo-cenowym załączonym w oddzielnej koszulce oznaczonej napisem: „Tajemnica przedsiębiorstwa — Nie udostępniać — informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 1 1 ust. 4 o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji”) oraz przedstawienia charakteru współpracy z ww. wykonawcą, ewentualnie o przedłożenie kopii umowy jeśli taka była zawarta pomiędzy wykonawcami: TELESIS i NETIA lub innego dokumentu regulującego współpracę. Powyższe działania miały na celu ustalenie, charakteru współpracy i czy nie doszło do naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy.

2) o zajęcie stanowiska w sprawie zarzutów podniesionych przez firmę Damovo Polska Sp. z o. o. w Informacji z dnia 03.12.2019 r. (data wpływu do tut. Izby: 05.12.2019 r.).

W wyznaczonym terminie do dnia 10.12.2019 r. otrzymano wyjaśnienia od wykonawcy: TELESIS Sp. z o.o., zaś Wykonawca NETIA S.A. z Gdańska w wyznaczonym terminie nie złożył wyjaśnień. Wykonawca TELESIS zauważył, że zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy, w toku badania i oceny ofert może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Regulacja zawarta w powołanym art. 87 ust. 1 ustawy PZP stanowi podstawę do żądania złożenia przez danego Wykonawcę treści oferty złożonej przez tego Wykonawcę, a nie jakiegokolwiek innego. Nie może ulegać wątpliwości, że jedynie Wykonawca, który daną ofertę złożył, może wyjaśnić jej treść.

Przedsiębiorstwo Telekomunikacyjne TELESIS Sp. z o.o. oświadczyło, że nie miał najmniejszego wpływu na treść oferty złożonej przez konkurencyjnego wykonawcę Netia S.A., w tym na decyzję o zastrzeżeniu określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, ani

nie znało treści tej oferty przed jej otwarciem. Przepisy ustawy, jak i rozporządzeń wykonawczych do ustawy, nie dają również najmniejszych podstaw do formułowania przez zamawiającego wobec Przedsiębiorstwa Telekomunikacyjnego TELESIS sp. z o.o. żądania wyjaśnienia charakteru współpracy wykonawcy z Netia S.A., ewentualnie przedłożenia kopii umowy (jeśli taka była zawarta pomiędzy wykonawcą a Netia S.A.) lub innego dokumentu regulującego współpracę. Przepis 9 ust. 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, przewiduje uprawnienie zamawiającego do żądania dokumentów określających zarys warunków współpracy wykonawcy z podmiotem, na którego zdolnościach lub sytuacji wykonawca polega na zasadach określonych w art. 22a ustawy, ale z tego rodzaju sytuacją nie mamy w niniejszym przypadku do czynienia. Przedsiębiorstwo Telekomunikacyjne TELESIS Sp. z o.o. nie polega na zasobach czy sytuacji Netia S.A., a Netia S.A. nie polega na zasobach czy sytuacji Przedsiębiorstwa Telekomunikacyjnego TELESIS Sp. z o.o. Sugestie zawarte w piśmie Wykonawcy Damovo Polska Sp. z o.o. z dnia 03.12.2019 r., jakoby pomiędzy Netia S.A. a Przedsiębiorstwem Telekomunikacyjnym TELESIS Sp. z o.o. zachodziła zmowa przetargowa, są niczym nieuzasadnionymi insynuacjami konkurencyjnego Wykonawcy. Przedsiębiorstwo Telekomunikacyjne TELESIS Sp. z o.o. stanowczo zaprzeczyło, jakoby takowa zmowa czy inny czyn wymieniony w uczciwą konkurencję pomiędzy wykonawcami ze strony wykonawcy miały/mają miejsce. Wykonawca wskazał w szczególności na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 września 2017 r. sygn. akt KIO 1817/17. Odnosząc się do wezwania z dnia 06 grudnia 2019 r. do zajęcia stanowiska w sprawie zarzutów podniesionych przez firmę Damovo Sp. z o.o. w piśmie z dnia 3 grudnia 2019 r., Wykonawca TELESIS Sp. z o.o. podtrzymało stanowisko przedstawione w piśmie z dnia 20 listopada 2019 r. i w całości odrzuciło argumentację firmy Damovo Sp. z o.o. zmierzającą do wykazania błędów w ofercie, które jakoby nie podlegają poprawie.

Zgodnie z oświadczeniem przedstawionym w piśmie z dnia 21 listopada 2019 r., proponowany przez Wykonawcę w ofercie model telefonu bezprzewodowego DECT to model KAREL DE244, który stanowi integralny element opisanego systemu telefonii bezprzewodowej DECT opartego na stacjach bazowych KAREL DB211 i spełnia wszystkie wymagania techniczne Zamawiającego zawarte w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia. Zgodnie także z wyrażoną zgodą. Zamawiający powinien dokonać przedstawioną poprawkę oferty Wykonawcy. Wykonawca TELESIS wniósł o ponowną ocenę oferty i ponowny wybór oferty jako najkorzystniejszej ze względu na najwyższe parametry oceny — oferty.

Odnosząc się do złożonych przez Przedsiębiorstwo Telekomunikacyjne TELESIS Sp. z o.o., zamawiający uznał, że TELESIS Sp. z o.o. udzieliła w przekazującej odpowiedzi wystarczających wyjaśnień - oferta jest ofertą ważną i nie podlega odrzuceniu i, że jest to inna omyłka w ofercie polegająca na niezgodności oferty (Załącznik nr 2.1 do oferty) z

wymaganiami SIWZ, niepowodująca istotnych zmian w treści oferty, która podlega poprawie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Powyższa omyłka nie prowadzi do zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy oraz nie prowadzi do zmiany oferowanego systemu telefonii stacjonarnej bezprzewodowej DECT opartej na stacjach bazowych KAREL DB 211. Wykonawcy: TELESIS i NETIA oświadczyli, że proponowany w ofercie model telefonu bezprzewodowego DECT to model: KAREL DE244 i spełnia wszystkie wymagania techniczne zawarte w szczegółowy opisie przedmiotu zamówienia.

Treść oferty to jednostronne zobowiązanie Wykonawcy do wykonania oznaczonego świadczenia, które zostanie zrealizowane na rzecz Zamawiającego. Świadczenie Wykonawcy ma odpowiadać opisanym w SIWZ potrzebom Zamawiającego. Ich porównanie (opisu przedmiotu zamówienia do zobowiązania wykonawcy) przesądza o tym, czy treść oferty odpowiada treści SIWZ. O niezgodności oferty z treścią SIWZ można mówić w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia w ten sposób, że nie zapewnia jego realizacji w całości.

Z uwagi na powyższe Zamawiający - Izba Administracji Skarbowej w Olsztynie ustaliła, że należy uznać:

- 1) ofertę Wykonawców TELESIS i NETIA złożone w części 2 niniejszego postępowania za zgodne z treścią SIWZ, nie podlegające odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.
- 2) ofertę firmy TELESIS Sp. z o.o. z Wołomina za najkorzystniejszą, gdyż oferta ta nie podlega odrzuceniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, zgodnie z określonymi wymogami SIWZ i uzyskała największą liczbę (sumę) punktów w kryterium (cena i czas usunięcia awarii).

W wyniku powtórzonej czynności badania i oceny ofert, na podstawie art. 92 ust. 1 i 2 ustawy, zamawiający - Izba Administracji Skarbowej w Olsztynie w dniu 11.12.2019 r. dokonał ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty w części 2 zamówienia na „Dzierżawę centrali telefonicznej, telefonów oraz innych niezbędnych urządzeń na rzecz jednostek Izby Administracji Skarbowej w Olsztynie”, została uznana jako najkorzystniejsza oferta nr 4 złożona przez Wykonawcę: Przedsiębiorstwo Telekomunikacyjne TELESIS Sp. z o.o., ul. Legionów 115, 05-200 Wołomin. Wybrana oferta jest zgodna z ustawą - Prawo zamówień publicznych i spełnia wszystkie wymogi formalne zawarte w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Ustalono, że wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Zamawiając ocenił, że prawidłowo uznał, że oferta wykonawcy Przedsiębiorstwo Telekomunikacyjne TELESIS Sp. z o.o. jest zgodna z treścią SIWZ, nie podlega odrzuceniu, zamawiający wybrał ją jako najkorzystniejszą. Zarzuty naruszenia, że oferta ta jako niezgodna z postanowieniami SIWZ podlegała odrzuceniu, w oparciu o przepis art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy,

przepis art, 87 ust. 2 pkt 3, przepis art.89 ust.1 pkt 2 ustaw , przepis art.82 ust.3 ustawy oraz zapis Działu XIII pkt 4 SIWZ, przepis art.89 ust. 1 pkt 1 ustawy w związku z art.6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, zamawiający uważa za bezpodstawne i wnosi o oddalenie odwołania w tym zakresie.

W dalszych pismach procesowych oraz stanowiskach wyrażonych na rozprawie odwołujący wskazywał na istnienie interesu w uzyskaniu zamówienia po jego stronie mimo braku zaskarżenia oferty firmy Netia w świetle orzecznictwa SN i Izby, a także z uwagi na wpływ rozstrzygnięcia na wynik postępowania oraz wnosił o uwzględnienie odwołania także referując do treści siwz, oferty przystępującego, złożonych pism i orzecznictwa Izby, zamawiający podtrzymywał stanowisko zawarte w odpowiedzi na odwołanie, zaś przystępujący podtrzymywał wniosek o oddalenie odwołania z uwagi na brak interesu w uzyskaniu zamówienia zasadę koncentracji środków odwoławczych, brak wpływu na pozycje odwołującego w postępowaniu, a także podtrzymywał argumentację co do bezzasadności odwołania zbieżną z argumentacją zajęłą w pismach składanych zamawiającemu w toku postępowania.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. siwz wraz z załącznikami w brzmieniu ustalonym w wyniku modyfikacji na dzień 31 października 2019r., ofert Przedsiębiorstwa Telekomunikacyjnego TELESIS i Netia, wezwań do złożenia wyjaśnień skierowanych do obu wykonawców, udzielonych odpowiedzi, informacji o zakresie odtajnienia oferty wykonawcy Netia, a także informacji o czynnościach niezgodnych z ustawą skierowanego przez odwołującego, udzielonej przez zamawiającego odpowiedzi, nadto informacji o pierwotnym i ponowionym wyborze oferty najkorzystniejszej oraz dowodów dołączonych do odwołania i złożonych na rozprawie przez przystępującego.

Na podstawie tych dowodów Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający w Dziale II. – PROCEDURA w pkt. 3 opisał procedurę odwróconą - Zamawiający zgodnie z art. 24 aa ust. 1 ustawy, przewiduje możliwość zastosowania tzw. procedury odwróconej, polegającej na tym, że najpierw zamawiający dokona oceny ofert, a następnie zbada, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu. Jeżeli Wykonawca ten będzie uchylał się od zawarcia umowy, zamawiający dokona ponownej oceny ofert, z wyłączeniem oferty tego Wykonawcy, który uchylił się od zawarcia umowy i następnie zbada, czy Wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza spośród pozostałych ofert, nie podlega wykluczeniu oraz czy spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Zgodnie z pkt 5 tego działu zamawiający dopuszcza powierzenie wykonania części niniejszego zamówienia podwykonawcom. Zamawiający nie zastrzega obowiązku osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych części zamówienia.

W Dziale III zamawiający opisał przedmiot zamówienia:

1. Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług telekomunikacyjnych na rzecz jednostek Izby Administracji Skarbowej w Olsztynie. Zamówienie podzielono na 2 (dwie) części, tj.:

1) część 1 zamówienia – „Świadczenie usług telefonii stacjonarnej na rzecz jednostek Izby Administracji Skarbowej w Olsztynie”,

2) część 2 zamówienia – „Dzierżawa centrali telefonicznej, telefonów oraz innych niezbędnych urządzeń na rzecz jednostek Izby Administracji Skarbowej w Olsztynie”.

2. Szczegółowy zakres oraz warunki wykonania przedmiotu zamówienia stanowią:

1) części 1 zamówienia - wzór umowy (Załącznik nr 6.1 do SIWZ), szczegółowy opis przedmiotu zamówienia (Załącznik nr 7.1 do SIWZ), Formularz ofertowo-cenowy (Załącznik nr 1 do SIWZ),

2) części 2 zamówienia - wzór umowy (Załącznik nr 6.2 do SIWZ), szczegółowy opis przedmiotu zamówienia (Załącznik nr 7.2 do SIWZ), Formularz ofertowo-cenowy (Załącznik nr 2 do SIWZ).

W Dziale IV. PODWYKONAWCY zamawiający określił swoje wymagania związane z udziałem podwykonawców:

1. Zamawiający na podstawie art. 36b ust. 1 ustawy żąda, aby wykonawca poinformował zamawiającego, czy powierzy wykonanie części przedmiotu zamówienia podwykonawcom. Jeżeli tak, wykonawca ma obowiązek wskazać w Formularzu ofertowo-cenowym stanowiącym Załącznik nr 1 (część 1) i 2 (część 2) do SIWZ dla danej części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom wraz z podaniem firm podwykonawców. W przypadku pozostawienia tej części formularza ofertowego bez wypełnienia zamawiający uzna, że wykonawca wykona zamówienie samodzielnie chyba, że z dokumentacji załączonej do oferty będzie wynikało co innego.

2. Przed przystąpieniem do wykonania zamówienia wykonawca poda (o ile będą już znane) nazwy albo imiona i nazwiska oraz dane kontaktowe podwykonawców i osób do kontaktu z nimi zaangażowanych w realizację dostaw. Wszelkie zmiany danych dot. podwykonawców, wykonawca zobowiązany jest przekazywać zamawiającemu (art. 36b ust. 1a ustawy Pzp).

3. Powierzenie wykonania części zamówienia podwykonawcom nie zwalnia wykonawcy z odpowiedzialności za należyte wykonanie tego zamówienia.

4. Wykonawca ponosi pełną odpowiedzialność za dokonywanie w terminie wszelkich rozliczeń finansowych z podwykonawcami.

5. W razie zaistnienia w czasie obowiązywania umowy uzasadnionej okolicznościami faktycznymi lub prawnymi konieczności zmiany podwykonawcy, wykonawca ma obowiązek

niezwłocznego zgłoszenia tego faktu zamawiającemu. Jednocześnie wykonawca wskaże zamawiającemu nowego podwykonawcę. Zgłoszenie dokonane będzie w formie pisemnej.

6. Jeżeli zmiana albo rezygnacja z podwykonawcy dotyczyć będzie podmiotu, na którego zasoby powoływał się wykonawca na zasadach określonych w art. 22a ust. 1 w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, Wykonawca będzie zobowiązany wykazać zamawiającemu, że proponowany inny podwykonawca lub wykonawca samodzielnie spełnia je w stopniu nie mniejszym niż podwykonawca, na którego zasoby wykonawca powoływał się w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia.

W Dziale VII zamawiający określił podstawy wykluczenia wykonawców z postępowania

1. Zamawiający wykluczy z postępowania wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu określonych dla niniejszego postępowania.

1) na podstawie obligatoryjnych przesłanek wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 12-23 ustawy,

2) na podstawie fakultatywnych przesłanek wykluczenia, o których mowa w:

a) art. 24 ust. 5 pkt 1 ustawy,

b) art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy.

5. W przypadkach, o których mowa w art. 24 ust.1 pkt 19 ustawy, przed wykluczeniem wykonawcy, zamawiający zapewnia temu wykonawcy możliwość udowodnienia, że jego udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji.

6. Przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie. Brak podstaw do wykluczenia z postępowania zostanie uznany za spełniony, jeśli żaden z wykonawców występujących wspólnie nie będzie podlegał wykluczeniu.

7. Ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.

W Dziale VIII zamawiający opisał wymagane dokumenty i oświadczenia, potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia z postępowania

1. Ofertę należy sporządzić:

1) dla części 1 zamówienia na Formularzu ofertowo-cenowym – wg wzoru stanowiącego Załącznik nr 1 do SIWZ,

2) dla części 2 zamówienia na Formularzu ofertowo-cenowym - według wzoru stanowiącego Załącznik nr 2 do SIWZ,

- wypełnionym i podpisanym przez Wykonawcę - w formie oryginału.

2. Złożona oferta powinna zawierać:

1) na część 1 zamówienia: Formularz ofertowo-cenowy (Załącznik nr 1 do SIWZ),

2) na część 2 zamówienia:

- Formularz ofertowo-cenowy (Załącznik nr 2 do SIWZ),

- Parametry techniczne centrali telefonicznej, telefonów i innych urządzeń do dzierżawy według wzoru stanowiącego Załącznik nr 2.1 do SIWZ.

W Dziale XII zamawiający zawarł opis sposobu przygotowywania oferty

1. Wykonawca składa tylko jedną ofertę na część 1 zamówienia i na część 2 zamówienia z wykorzystaniem:

- Formularza ofertowo-cenowego według wzoru stanowiącego Załącznik nr 1 do SIWZ na część 1 zamówienia i Załącznik nr 2 do SIWZ na część 2 zamówienia,

- na części 2 zamówienia - Załącznika nr 2.1 do SIWZ wg wzoru - Parametry techniczne centrali telefonicznej, telefonów oraz innych niezbędnych urządzeń.

2. Do oferty należy dołączyć wskazane w Rozdziale VIII ETAP 1 SIWZ oświadczenia, dokumenty i formularze.

3. Treść oferty musi odpowiadać treści SIWZ.

4. Wykonawca powinien wypełnić wszystkie pozycje Formularza ofertowo-cenowego (Załącznika nr 1 i 2 do SIWZ) oraz Załącznika nr 2.1 do SIWZ - Parametry techniczne centrali telefonicznej. Niewypełnienie jakiegokolwiek pozycji, spowoduje odrzucenie oferty jako niezgodnej z treścią SIWZ.

W załączniku formularzu ofertowo-cenowym zamawiający w pkt. 11 oczekiwał przedstawienia informacji dotyczących podwykonawstwa.

W załączniku nr 2.1 do siwz zamawiający oczekiwał podania modelu oferowanej centrali telefonicznej, oraz modeli oferowanych telefonów: cyfrowych telefonów systemowych i telefonów bezprzewodowych DECT.

W załączniku nr 7.2 zamawiający wskazał w pkt. 13, że telefonia bezprzewodowa DECT ma być integrowana wewnątrz centrali telefonicznej, w pkt. 14 stacje bazowe DECT podłączone z centralą telefoniczną przez istniejącą w budynku sieć teletechniczną, w pkt. 15 dopuszczalne jest zastosowanie stacji bazowych IP-DECT pod warunkiem wykonania połączeń kablowych między stacjami bazowymi, a centrala telefoniczną siłami i na koszt Wykonawcy, nie jest możliwe wykorzystanie sieci LAN zamawiającego.

W pkt. 19 zamawiający opisał wymagania dla telefonów bezprzewodowych DECT.

W ofercie TELESIS w wierszu 4 i 6 w kolumnie dotyczącej modeli telefonów bezprzewodowych DECT wykonawca wskazał KAREL DB 211, w formularzu ofertowo-cenowym wskazał, że zamówienie wykona samodzielnie.

W ofercie NETIA zastrzeżono jako tajemnicę przedsiębiorstwa pkt. 11 formularza ofertowo-cenowego oraz załącznik nr 2.1, jednak zamawiający w dniu 3 grudnia 2019r. dokonał odtajnienia tych informacji, a wykonawca nie wnosił odwołania.

W pkt. 11 oferty NETIA podano jako podwykonawcę TELESIS w zakresie montażu i uruchomienia systemu oraz opieki serwisowej, zaś w załączniku nr 2.1 w wierszu 4 i 6 w

kolumnie dotyczącej modeli telefonów bezprzewodowych DECT wykonawca wskazał KAREL DB 211.

Zarówno TELESIS jak i Netia złożyli oświadczenia o braku przynależności do grupy kapitałowej.

W dniu 13 listopada 2019r. zamawiający poinformował Netię o dokonaniu poprawy omyłek rachunkowych w zakresie części 1.

W dniu 19 listopada 2019r. zamawiający wezwał Netię do wyjaśnienia zaproponowanych parametrów technicznych w załączniku nr 2.1, gdyż wykonawca podał w kolumnie model telefonów bezprzewodowych DECT KAREL DB-211, a według informacji posiadanych przez zamawiającego jest to model stacji bazowej, a zamawiający wymagał model telefonu bezprzewodowego DECT, analogiczne pismo zamawiający skierował do wykonawcy TELESIS.

W dniu 21 listopada 2019r. obaj wykonawcy odpowiedzieli zamawiającemu w podobny sposób oświadczając, że wskazali model stacji bazowej, do którego są dostosowane modele telefonów bezprzewodowych DECT. Wykonawca TELESIS wskazał, że podał stację bazową jako element nadrzędny systemu. Obaj wykonawcy wskazali, że dla tej stacji oferują model telefonu KAREL DE-244, który jest całkowicie kompatybilny i tworzy całość rozwiązania. Obaj wykonawcy ocenili, że zaistniała sytuacja kwalifikuje się jako możliwa do poprawy inna omyłka w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Obaj wyrazili zgodę na poprawę tej omyłki. Zamawiający dokonał poprawy omyłek w obu ofertach skreślając KAREL DB-211 i wpisując KAREL DE-244.

W dniu 21 listopada 2019r. zamawiający wezwał wykonawcę TELESIS do złożenia dokumentów świadczących o braku podstaw wykluczenia i spełnianiu warunków udziału w postępowaniu.

Wykonawca TELESIS w dniu 25 listopada 2019r. złożył wymagane dokumenty.

W dniu 27 listopada 2019r. odwołujący poinformował zamawiającego, że oferty TELESIS i Netia powinny podlegać odrzuceniu, gdyż w rubryce model telefonów bezprzewodowych DECT wykonawcy podali nie model telefonu, ale stacji bazowej, co powoduje, że nie zastosowali się do wymogów siwz i powoduje niezgodność treści tych ofert z treścią siwz.

W dniu 29 listopada 2019r. odwołujący złożył wniosek o ujawnienie informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa w ofercie Netia.

W dniu 29 listopada 2019r. zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej – w części 2 wybrał wykonawcę TELESIS na drugiej pozycji sklasyfikował Netię, na trzeciej odwołującego. W pkt. 2 uzasadnienia wyboru wskazał okoliczności poprawy omyłek rachunkowych, w pkt. 3 poprawy innych omyłek nie powodujących istotnych zmian treści ofert czyli złożonych przez wykonawców NETIA i TELESIS wyjaśnień dotyczących podania KAREL DB-211, które zamawiający ocenił jako uzasadniające dokonanie poprawy i na którą to

poprawę wykonawcy wyrazili zgodę. Zamawiający wskazał także, iż wykonawca TELESIS wykazał brak podstawy wykluczenia oraz spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

W dniu 3 grudnia 2019r. odwołujący złożył informację w trybie art. 181 ustawy podnosząc, że zamawiający zaniechał odrzucenia oferty wykonawcy TELESIS mimo wskazania stacji bazowej zamiast telefonu, zamawiający zaniechał odtajnienia informacji o parametrach technicznych dzierżawionej centrali telefonicznej, telefonów i innych niezbędnych urządzeń oraz firmy podwykonawcy, możliwości zaniechania przez zamawiającego odrzucenia oferty Netia jako niezgodnej z treścią siwz, a także możliwości zaniechania odrzucenia ofert TELESIS i Netia w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

W dniu 5 grudnia 2019r. zamawiający odpowiedział na informację i oświadczył, że uznał zasadność przekazanych informacji i unieważnił czynność z dnia 29 listopada 2019r. wyboru najkorzystniejszej oferty i przystąpił do powtórzenia czynności badania i oceny ofert TELESIS i Netia, przy czym wskazał, że odwołujący nie powinien być wносить informacji w trybie art. 181 ustawy, który przysługuje dla czynności nie podlegających odwołaniu. Zamawiający zauważył, że na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w myśl art. 180 ust. 2 ustawy odwołanie przysługuje. Co do zarzutu zaniechania odtajnienia informacji zastrzeżonych w ofercie Netia, to zamawiający wskazał, że informacje te zostaną odwołującemu udostępnione po 10 grudnia 2019r. tj. po upływie terminu na wniesienie odwołania.

W dniu 6 grudnia 2019r. zamawiający skierował tak do Netia jak i TELESIS wezwania w trybie art. 87 ust. 1 ustawy do złożenia wyjaśnień w zakresie zgłoszenia TELESIS przez Netia w części 2 jako podwykonawcy – wyjaśnienie charakteru współpracy, ewentualnie przedłożenie kopii umowy, o ile była zawarta, lub innego dokumentu regulującego współpracę, a także zamawiający oczekiwał ustosunkowania się do zarzutów podniesionych przez odwołującego w piśmie z dnia 3 grudnia 2019r.

W dniu 10 grudnia 2019r. wykonawca TELESIS odpowiedział na wezwanie i wskazał, że odnośnie współpracy z Netią, to tylko Netia jako wykonawca, który wskazał podwykonawstwo w swojej ofercie jest uprawnione do składania w tym zakresie wyjaśnień, a TELESIS nie może wyjaśniać treści konkurencyjnej oferty. Brak jest także podstawy prawnej dla żądań zamawiającego dotyczących wyjaśnienia charakteru współpracy czy żądania dokumentów dotyczących takiej współpracy. TELESIS podkreślił, że Netia nie polega na jego zasobach. TELESIS zaprzeczył istnieniu umowy z Netią czy jakiegokolwiek innego czynu godzącego w uczciwą konkurencję. Powołał wyrok Izby sygn. akt KIO 1817/17. Co do pozostałych zarzutów dotyczących oferty TELESIS wykonawca zajął stanowisko jak w piśmie z 20 listopada 2019r. Powołał wyroki Izby sygn. akt KIO 1725/18, sygn. akt KIO 60/19 i sygn. akt KIO 1065/18. Netia nie złożyła wyjaśnień.

W dniu 11 grudnia 2019r. zamawiający dokonał ponownego wyboru jako najkorzystniejszej oferty TELESIS, nie wykluczył, ani nie odrzucił żadnej oferty, ofertę Netia sklasyfikował na pozycji drugiej.

Odwołujący do odwołania załączył wydruki ze strony producenta KAREL wraz z tłumaczeniem na język polski, z których wynika, że producent ten oferuje ręczne urządzenia z systemem IP DECT DE 244 i DE 245, działające w systemie IP DECT, przy czym jednostka DE244 ma estetyczny wygląd, wysoką jakość dźwięku, duży kolorowy wyświetlacz oraz wyróżniające się funkcje, natomiast jednostka DE 245 została zaprojektowana dla użytkowników, którzy wymagają wysokiej wydajności z dużym ekranem, przyjaznym interfejsem, bluetooth do zestawu słuchawkowego, wodoodporną obudową i wysoką jakością dźwięku, oraz wewnętrzną stacją bazową DB2 DECT IP11. DB211 jest stacją bazową systemu KAREL IP-DECT, łączy się z centralą PBX za pośrednictwem standardów IP, nadaje w standardzie DECT, aby połączyć PBX i urządzenia ręczne jako bezprzewodowe.

Przystępujący załączył ulotkę „System Telefonii Bezprzewodowej KAREL IP DECT, z którego wynika zastosowanie DE 244 telefonu IP DECT oraz telefonu DE 245, przy czym telefon DE 245 posiada większą funkcjonalność niż telefon DE244 o następujące funkcje: wiadomości interaktywne, funkcja PTT, wciśnij aby rozmawiać, klawisz wielofunkcyjny, klawisze programowalne, technologia bluetooth, bezpieczeństwo i szyfrowanie, klasa szczelności IP44. Z tymi telefonami współpracuje stacja bazowa DB211

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy.

Izba ustaliła, że nie zachodzą przesłanki odrzucenia odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 ustawy.

Izba oceniła, że odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia i możliwość poniesienia szkody w związku z wyborem oferty najkorzystniejszej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy.

Izba nie podzieliła stanowiska przystępującego co do braku interesu odwołującego w uzyskaniu zamówienia, gdyż przede wszystkim treść art. 179 ust. 1 ustawy nie odnosi się tylko tych sytuacji, w których odwołujący posiada interes, ale także gdy miał ten interes. Izba podziela także argumentację odwołującego, co do tego, że nawet brak zaskarżenia decyzji zamawiającego w zakresie oferty Netia sklasyfikowanej na drugiej pozycji w rankingu ofert nie pozbawia odwołującego prawa do skutecznego kwestionowania oferty wybranej, gdyż niewątpliwie w przypadku uwzględnienia odwołania oferta odwołującego znajdzie się w korzystniejszej sytuacji niż przed wniesieniem odwołania, to jest zajmie pozycję drugą, a tym samym ma możliwość nadal pozyskania zamówienia, zwłaszcza, że zamawiający nie przeprowadził badania podmiotowego wykonawcy Netia z uwagi na prowadzenie procedury

odwróconej. W konsekwencji oferta Netia może nadal okazać się ofertą nieuznaną za najkorzystniejszą, gdyż mogą zaistnieć przesłanki wykluczenia wykonawcy Netia. Nadto zamawiający może uznać, że zachodzą inne okoliczności, które uniemożliwią mu ocenę oferty Netia jako najkorzystniejszej. W tej sytuacji odwołujący dysponuje interesem w uzyskaniu zamówienia, a potencjalne uwzględnienie odwołania będzie miało wpływ nie tylko na jego pozycję w tym postępowaniu (co najmniej zbliżenie się do pierwszej pozycji), ale także na wynik tego postępowania jako całości, gdyż w przypadku uwzględnienia odwołania, oferta przystępującego nie będzie już ofertą najkorzystniejszą i co więcej oferta ta nie będzie brała udziału w ocenie ofert, co zwiększa szanse odwołującego na uzyskanie zamówienia. W zasadzie w procedurze odwróconej wszystkie oferty poza ofertą wybraną zajmują potencjalnie tę samą pozycję, to jest oferty wykonawcy wstępnie zweryfikowanego na podstawie złożonych oświadczeń. Każdy z tych wykonawców nie był przez zamawiającego badany w celu oceny braku przesłanek wykluczenia i spełniania warunków udziału, a bez tych czynności, żadna z ofert w stworzonym przez zamawiającego rankingu oferty (poza ofertą najkorzystniejszą) nie może być prawidłowo wybrana bez zakończenia procesu kwalifikacji podmiotowej. W konsekwencji w procedurze odwróconej ranking poniżej miejsca pierwszego jest jedynie rankingiem wstępnym, który ostatecznym może się stać w przypadku, gdy kolejne oferty zostaną ocenione jako najkorzystniejsze i wobec nich wdrożone zostanie badanie wykonawcy. Tym bardziej oczekiwanie, że wykonawca sklasyfikowany na dalszej pozycji rankingu ofert będzie w ramach pierwszego wyboru podnosił zarzuty wobec ciągu ofert wykonawców sklasyfikowanych przed nim jest nadmierne i nie służy koncentracji środków ochrony prawnej, gdyż i tak w sytuacji ujawnienia się podstaw wykluczenia, czy okoliczności świadczących o niespełnianiu warunków przez wykonawców sklasyfikowanych poniżej pierwszej pozycji możliwość wniesienia środka ochrony prawnej realizuje się dopiero z chwilą zmiany na pozycji oferty wybranej, bo dopiero wówczas zostanie zakończone badanie wykonawcy i jego oferty. Mając to na uwadze Izba doszła do przekonania, że wniosek przystępującego o oddalenie odwołania z braku interesu w uzyskaniu zamówienia nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art.82 ust.3 ustawy przez dokonanie wyboru oferty, której treść nie odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w szczególności nie zawierała ona w ogóle wskazania wymaganego przez zamawiającego modelu telefonów bezprzewodowych DECT, zamiast których wykonawca wskazał w ofercie całkowicie odmienne urządzenie (KAREL DB-211) będące stacją bazową, nie zaś telefonem bezprzewodowym. Zamawiający dokonał zatem wyboru oferty, która nie obejmowała zaoferowania wymaganych treści SIWZ urządzeń - telefonów bezprzewodowych

Oraz Zarzut naruszenia przez zamawiającego art.89 ust. 1 pkt.2 ustawy, w związku z art.82 ust.3 ustawy oraz zapisu Działu XIII pkt.4 SIWZ poprzez zaniechanie odrzucenia oferty

wykonawcy Przedsiębiorstwa Telekomunikacyjnego TELESIS sp. z o.o. z siedzibą w Wołominie, pomimo, iż oferta ta, jako nie zawierająca wskazania jednego z wymaganych zapisami SIWZ podlegała odrzuceniu, jako nie odpowiadająca treści SIWZ;

oraz

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art.87 ust.2 pkt.3 ustawy przez dokonanie przez zamawiającego niedopuszczalnego poprawienia oferty wykonawcy Przedsiębiorstwa Telekomunikacyjnego TELESIS sp. z o.o. z siedzibą w Wołominie przez zastąpienie pierwotnie wskazanego w ofercie typu urządzenia KAREL DB-211 (będącego stacją bazową) i wskazaniem urządzenia KAREL DB-244 (telefonu bezprzewodowego), a zatem w oczywisty sposób skutkującej istotną zmianą treści oferty polegającą na zastąpieniu wskazanego pierwotnie urządzenia (nie odpowiadającego wymogom SIWZ) zupełnie innym urządzeniem, nie objętym pierwotnie ofertą wykonawcy.

Zarzuty zostaną rozpoznane łącznie. Zarzuty potwierdziły się. W ocenie Izby stan faktyczny sprawy jest pomiędzy stronami bezsporny, to jest przystępujący wskazał w załączniku nr 2.1 model stacji bazowej, czego nie wymagał zamawiający, a nie wskazał modelu telefonu bezprzewodowego DECT, którego zamawiający wymagał zgodnie z treścią załącznika 2.1 oraz postanowieniami działu VIII ust. 2 pkt 2 i XII ust. 4 siwz. Izba nadto ustaliła, że zgromadzony materiał dowodowy dowodzi, iż ze wskazaną w ofercie stacją bazową mogą pracować dwa modele telefonów IP-DECT tj. DE 244 i DE 245, które różnią się funkcjonalnością. W ocenie Izby właśnie fakt istnienia dwóch modeli telefonów, które mogły być zaoferowane w tym postępowaniu, a których przystępujący nie skonkretyzował na etapie składania oferty powoduje, że zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej wadliwie. Zamawiający bowiem bez wyjaśnień przystępującego z dnia 21 listopada 2019r. nie był w stanie w żaden sposób ustalić:

1. czy wykonawca zaoferował mu tylko telefony stacjonarne – załącznik nr 2 w pkt. 1 w tabeli nie wskazywał na rodzaj oferowanych telefonów, więc wbrew stanowisku przystępującego, można było uznać jedynie, że w ofercie skalkulowano jakieś telefony, ale nie można jednoznacznie uznać, że oba rodzaje telefonów stacjonarne i bezprzewodowe przystępujący zaoferował,
2. jeśli zaoferował telefony bezprzewodowe to czy pierwotnie w ofercie oferował telefon DE 244 czy też DE 245, które różnią się funkcjonalnościami.

Nie było zatem tak, że wskazanie stacji bazowej jednoznacznie zawierało oświadczenie zaoferowania konkretnego modelu telefonu bezprzewodowego DECT. Nie ma tu znaczenia twierdzenie przystępującego, że oba modele współpracujące ze stacją bazową spełniają wymagania zamawiającego, gdyż cechy obu tych modeli wyraźnie się różnią i jeden z nich DE

245 może realizować więcej funkcjonalności, co zapewne przekłada się na jego cenę, a na podstawie danych oferty przystępującego nie można który telefon, o ile w ogóle był podstawą kalkulacji ceny ofertowej. Dopuszczenie zatem na obecnym etapie możliwości wskazania przez przystępującego, który model chciałby zaoferować mogłoby potencjalnie prowadzić do zaoferowania modelu tańszego lub mniej korzystnego dla zamawiającego niż pierwotnie zakładany. Rację należy przyznać odwołującemu, że na podstawie pierwotnej treści oferty przystępującego nie da się ustalić, jaki telefon bezprzewodowym został zaoferowany, a w konsekwencji poprawa oferty nie była w ocenie Izby dopuszczalna, gdyż wprowadzała informacje istotne dookreślające świadczenie przystępującego, których pierwotnie nie było w ofercie. Przystępujący nie może na obecnym etapie skutecznie kwestionować zasadności, czy celowości skonstruowania załącznika nr 2.1, jeśli ten formularz budził jego jakiegokolwiek wątpliwości możliwość doprecyzowania jego treści była możliwa jedynie przed upływem terminu składania ofert. Nadto jak wynika z toku przedmiotowego postępowania zamawiający na tyle posiadał rozeznanie zamawianego przedmiotu zamówienia, że na podstawie podanych modeli był w stanie ustalić parametry techniczne podanych urządzeń. Świadczy o tym pytanie skierowane do przystępującego w dacie 19 listopada 2019r. dotyczące zaoferowania stacji bazowej zamiast telefonu bezprzewodowego. Tym samym w ocenie Izby nie można było odmówić załącznikowi nr 2.1. waloru konkretyzacji oświadczenia woli w zakresie przedmiotu dzierżawy przez wskazanie, jakie istotne dla zamawiającego elementy systemu zostaną mu zaoferowane i czy te elementy pochodzą od jednego producenta. Wykonawca po upływie składania ofert korygować wymagań zamawiającego przez podjęcie samodzielnej decyzji, co w jego ocenie jest istotniejszym elementem systemu i powinno być podane zamawiającemu, a taka sytuacja miała właśnie miejsce w przedmiotowym postępowaniu. To przystępujący zdecydował, że w swojej ofercie wskaże w jego ocenie istotniejszy element systemu – stację bazową, a nie wymagany element systemu telefon bezprzewodowy DECT. W ocenie Izby podważa to wiarygodność oświadczeń przystępującego, że doszło do omyłki. Całokształt tych okoliczności powoduje, że złożona oferta była ofertą, której treść nie odpowiadała treści siwz, gdyż nie wskazywała wymaganego modelu telefonu bezprzewodowego, a powstanie tej niezgodności było elementem wyboru wykonawcy przystępującego, który wskazał stację bazową jako istotniejszy w jego ocenie element systemu. Nadto poprawa tej sytuacji nie była także możliwa z uwagi na to, że zamawiającemu mogły być zaoferowane dwa modele telefonów bezprzewodowych, a nie można ustalić, który telefon przyjęto pierwotnie do kalkulacji. W konsekwencji Izba stwierdziła, że ustalonego stanu faktycznego nie można podciągnąć pod treść normy art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, który stanowi, że zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty z siwz niepowodujące istotnych zmian w treści oferty – niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. Natomiast ustalony stan faktyczny pozwala na stwierdzenie, że treść

oferty nie odpowiada treści siwz, co nadaje się do subsumpcji pod normę art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, której sankcją jest odrzucenie oferty. W ocenie Izby podnoszone przez przystępującego niedokładności w podaniu modelu telefonu bezprzewodowego jakie wkładły się w treść zarzutu nr 3 odwołania nie stoją na przeszkodzie jego rozpoznaniu, gdyż opis zarzutu pozwala ustalić wolę i intencję odwołującego się, oraz ustalić stan faktyczny będący podstawą zarzutu. W tym miejscu Izba zwraca uwagę na treść art. 187 ust. 3 zdanie drugie, które stanowi, że mylne oznaczenie odwołania lub inne oczywiste niedokładności nie stanowią przeszkody do nadania mu biegu i rozpoznania przez Izbę. W analogiczny sposób Izba odnosi do argumentacji zamawiającego dotyczącej błędnego wskazania przez odwołującego numeru działu siwz, mimo przytoczenia prawidłowej treści postanowień siwz.

Mając powyższe na uwadze Izba nakazała zamawiającemu unieważnić czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzyć czynność badania i oceny oferty wykonawcy Przedsiębiorstwa Telekomunikacyjnego TELESIS spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Legionów 115 i dokonać czynności odrzucenia oferty tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z uwagi na brak wskazania w ofercie modelu telefonu bezprzewodowego DECT mimo żądania zamawiającego wynikającego z treści działu XII pkt. 4 siwz oraz treści załącznika nr 2.1. do siwz.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art.89 ust.1 pkt. 1 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Przedsiębiorstwa Telekomunikacyjnego TELESIS sp. z o.o. z siedzibą w Wołominie pomimo istnienia przesłanek uznania, iż została ona złożona w okolicznościach wskazanych w art.6 ust. 1 pkt.7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Zarzut nie potwierdził się. Przepis art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów stanowi, że zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy nakazuje zamawiającemu odrzucić ofertę jeśli jest niezgodna z ustawą. Słusznie zatem zauważył przystępujący, że wskazanie w zbiegu obu przepisów przez odwołującego w zarzucie jest wadliwie, gdyż odwołujący nie wykazał na czym polega niezgodność oferty z ustawą Prawo zamówień publicznych, natomiast odwołał się do oceny skuteczności oferty na podstawie odrębnych przepisów – ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Nadto zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy to na odwołującym ciąży obowiązek wskazania dowodów dla stwierdzenia faktów, z których wywodzi skutki prawne. Odwołujący temu ciężarowi nie podołał.

Jedynymi dowodami na jakie wskazał odwołujący są bowiem: oferta wykonawcy Netia – załącznik nr 2, w którym jako podwykonawcę części 2 wykonawca Netia wskazał wykonawcę TELESIS oraz oferta wykonawcy TELESIS jako samodzielnie składającego ofertę w postępowaniu. Z tych dwóch okoliczności można jedynie domniemywać istnienie porozumienia, co do podwykonawstwa dopuszczonego przez zamawiającego w tym postępowaniu. Natomiast odwołujący nie przedstawił jakiegokolwiek dowodu, który choćby uprawdopodobniał, uzgodnienie warunków składanych ofert – zakresu pracy lub ceny. Przystępujący zaś takim uzgodnieniom zaprzeczył. Tym samym zarzut nie został udowodniony. Z tego względu Izba oddaliła przedmiotowy zarzut.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i 3 pkt 1 ustawy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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 (tekst jednolity Dz. U. z 2018 r. poz. 2972) zmienionego rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 stycznia 2017 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2017 r., poz. 47), w tym w szczególności § 5 ust. 2 pkt. 1 rozporządzenia zasądzając zwrot kosztów postępowania – kosztów wpisu – 7 500 zł. i zastępstwa prawnego w kwocie 3 600zł. od zamawiającego na rzecz odwołującego w wysokości wykazanej złożonymi rachunkami. Izba nie dokonała podziału kosztów postępowania, gdyż zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Izba uwzględnia odwołanie jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Izba w niniejszej sprawie stwierdziła naruszenie, które spowoduje konieczność zmiany wyniku postępowania, a więc należało uznać, że zamawiający uległ odwołującemu w tak znacznej części, że stanowi ona pełne osiągnięcie celu wnoszonego odwołania. Z tego względu Izba uznała, że podział kosztów byłby niezasadny.

Przewodniczący: