

**WYROK**  
**z dnia 4 listopada 2010 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **3 listopada 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 22 października 2010 r. przez **„Polską Telefonię Komórkową – Centertel” spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, 01-230 Warszawa, ul. Skierniewicka 10A** od czynności podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia przez zamawiającego: **Gmina Dąbrowa Górnicza, 41-300 Dąbrowa Górnicza, ul. Graniczna 21**

przy udziale **„Polskiej Telefonii Cyfrowej” spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, 02-222 Warszawa, Al. Jerozolimskie 181**, zgłaszającej przystąpienie po stronie zamawiającego

**orzeka:**

- 1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje: unieważnienie czynności odrzucenia oferty „Polskiej Telefonii Komórkowej – Centertel” spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, 01-230 Warszawa, ul. Skierniewicka 10A oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem tej oferty.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Gminę Dąbrowa Górnicza, 41-300 Dąbrowa Górnicza, ul. Graniczna 21 i nakazuje:**
  - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 7500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) – kwoty wpisu uiszczzonego przez „Polską Telefonię Komórkową – Centertel” spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, 01-230 Warszawa, ul. Skierniewicka 10A,**
  - 2) dokonać wpłaty kwoty 7500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) przez Gminę Dąbrowa Górnicza, 41-300 Dąbrowa Górnicza, ul. Graniczna 21 na rzecz „Polskiej Telefonii Komórkowej – Centertel” spółki z**

**Sygn. akt KIO 2300/10**

**ograniczoną odpowiedzialnością, 01-230 Warszawa, ul. Skierniewicka 10A,**  
stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu uiszczzonego wpisu.

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

**Przewodniczący:**

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Dąbrowa Górnicza – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „ppz”), postępowanie o udzielenie zamówienia usługę pn. „Świadczenie usług telefonii komórkowej wraz z zakupem aparatów telefonicznych”.

18 października 2010 r. (pismem z tej daty) Zamawiający przekazał drogą faksową Odwołującemu – „Polskiej Telefonii Komórkowej – Centertel” spółce z o.o. z siedzibą w Warszawie, zawiadomienie o wynikach postępowania: odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp oraz o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez „Polską Telefonię Cyfrową” spółkę z o.o. z siedzibą w Warszawie.

22 października 2010 r. (pismem z 21 października 2010 r.) Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od powyższych czynności Zamawiającego, któremu w tym samym dniu przekazał kopię odwołania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu w odwołaniu:

1. Bezprawne odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp.
2. Wybór oferty najkorzystniejszej z naruszeniem przepisów art. 91 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. Anulowania czynności odrzucenia oferty Odwołującego.
2. Anulowania czynności wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez Polską Telefonię Cyfrową spółkę z o.o.
3. Powtórzenia czynności badania i oceny ofert.
4. Ponownego dokonania czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

Uzasadniając podniesione zarzuty, Odwołujący podniósł, iż z treści art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp wynika, że o zgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej w skrócie „s.i.w.z.”) przesądza porównanie treści tych dwóch dokumentów. Zgodnie z pkt. 6 s.i.w.z. Zamawiający dopuścił możliwość złożenia oferty w jednym z dwóch wariantów: wariant 1 – miesięczny abonament za 1 kartę SIM (dla porównania ofert przyjmuje się łączną cenę za 50 kart SIM), wariant 2 – abonament „Biznes Grupa” (obejmuje cenę za min. 50 kart SIM łącznie dla wszystkich kart SIM, uwzględniając dodatkowe karty SIM). Odwołujący złożył ofertę w wariacie 1, tj. miesięczny abonament za 1 kartę SIM, wypełniając pkt 3.1 formularza ofertowego, jednocześnie wykreślając punkt 3.2

dotyczący wariantu 2. W pkt. 6 formularza ofertowego Zamawiający wymagał złożenia deklaracji spełnienia opcjonalnych wymagań, o których mowa w pkt. 3.3.4 s.i.w.z. i które jednocześnie stanowiły kryteria oceny ofert. Odwołujący zaznaczył opcję „TAK” między innymi dla opcji opisanej w lit. „b” jako „abonament *Biznes Grupa* – łączny dla wszystkich kart SIM (minimalna ilość kart SIM 50; maksymalna ilość kart SIM -100 szt). Przez abonament *Biznes Grupa* Zamawiający rozumie kwotę opłaty abonamentowej za wszystkie karty SIM wykorzystywane przez Zamawiającego”.

Zamawiający w zawiadomieniu o odrzuceniu wywodzi, że zaznaczenie opcji „TAK” dla wymagania zawartego w punkcie 6 lit. „b” powoduje wewnętrzną sprzeczność w treści oferty, gdyż wybór w ofercie wariantu 2. wyklucza możliwość akceptacji wymagania z lit. „b” pkt.6. Rozumowanie Zamawiającego jest błędne, bowiem zadeklarowanie wariantu 1., czyli miesięcznego abonamentu na 1 kartę SIM nie wyklucza utworzenia tzw. *Biznes Grupy*, co zaoferował Odwołujący poprzez zaznaczenie opcji „TAK” dla powyżej wskazanego wymagania opcjonalnego.

Po pierwsze, w żadnym miejscu s.i.w.z. Zamawiający nie podaje, że wymaganie opcjonalne ma dotyczyć wyłącznie oferty składanej w wariantcie 2. Określenie zawarte w nawiasie „minimalna ilość kart SIM - 50; maksymalna ilość kart SIM abonament *Biznes Grupa* – łączny dla wszystkich kart SIM – 100 szt.”, nie wyklucza zastosowania tej funkcjonalności dla wybranego przez Odwołującego wariantu 1. (miesięcznego abonamentu za 1 kartę SIM). Po drugie, Odwołujący w ramach wszystkich kart SIM oferuje funkcjonowanie tzw. *Biznes Grupy*, za co opłata abonamentowa wynosi 0,00 zł i obowiązuje dla kart SIM w ramach wariantu miesięcznego abonamentu za 1 kartę SIM i każdej innej ilości kart SIM.

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem niezgodność treści oferty należy rozpatrywać w kontekście ustawowej definicji oferty określonej w art. 66 Kodeksu cywilnego, rozumianej jako niezgodność oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami Zamawiającego wyłącznie w merytorycznym zakresie przedmiotu zamówienia. Dla przykładu, w wyroku z dnia 30 marca 2010 roku skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej stwierdził, że: „użyte przez ustawodawcę w przepisie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy sformułowania *treść oferty* i *treść siwz* jednoznacznie wskazują na aspekt merytoryczny obu dokumentów. Treść siwz to przede wszystkim zawarty w opisie przedmiotu zamówienia opis wymagań zamawiającego, które mają być zaspokojone w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia przez zawarcie i zrealizowanie z należyłą starannością umowy. Treść oferty natomiast to jednostronne zobowiązanie wykonawcy do zrealizowania przedmiotu zamówienia na rzecz zamawiającego, jeśli oferta złożona przez wykonawcę zostanie uznana za najkorzystniejszą i zostanie z nim zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Świadczenie wykonawcy

## Sygn. akt KIO 2300/10

musi być zgodne z opisanym w siwz przedmiotem zamówienia (sygn. akt KIO/UZP 228/10, por. również wyroki KIO: z dnia 8 września 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 883/08, z dnia 24 sierpnia 2010 r., sygn. akt KIO 1678/10). Z powyższego wynika, że decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp musi mieć uzasadnienie w merytorycznej ocenie oferty. Zdaniem Odwołującego zaznaczenie opcji „TAK” dla spornego wymagania opcjonalnego „abonament *Biznes Grupa* – łączny dla wszystkich kart SIM (minimalna ilość kart SIM 50; maksymalna ilość kart SIM – 100 szt)” nie spowodowało zmiany treści oferty. Merytorycznie patrząc, Odwołujący, w przypadku wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, realizować będzie przedmiot zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego określonymi w s.i.w.z., przy czym Zamawiający otrzymuje dodatkowo usługę *Biznes Grupy* w abonamencie.

Skoro jednak Zamawiający uznał, iż rzekoma sprzeczność w treści oferty stanowi o niezgodności jej treści z treścią s.i.w.z., to zaskakująca jest okoliczność, iż nie zastosował jednocześnie dyspozycji zawartej w normie prawnej wynikającej z przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 uzp. Przepis ten został wprowadzony przez ustawodawcę, aby ograniczyć okoliczności, w których Zamawiający ma obowiązek odrzucić ofertę – poprzez poprawienie omyłek, które nie powodują istotnych zmian w treści oferty. Za taką omyłkę, o ile w ogóle jest to omyłka, można uznać zaznaczenie przez Odwołującego wymagania opcjonalnego „b” w zakresie *Biznes Grupy*. Opcja ta nie powoduje bowiem żadnych zmian w treści oferty w zakresie jej ceny, dodatkowo zaś nie powoduje konieczności znaczącej ingerencji ze strony Zamawiającego. Co godne uwagi, przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp narzuca Zamawiającemu obowiązek poprawienia treści oferty. Po hipotetycznej poprawce Zamawiającego, oferta Odwołującego byłaby i tak najkorzystniejsza.

2 listopada 2010 r. Zamawiający wniósł za pośrednictwem faksu do Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. Odpis odpowiedzi na odwołanie został przekazany Odwołującemu przed otwarciem rozprawy na posiedzeniu 3 listopada 2010 r.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający wskazał między innymi, iż zarzut Odwołującego, iż w żadnym miejscu s.i.w.z. nie podano, że wymaganie opcjonalne „abonament *Biznes Grupa* – łączny dla wszystkich kart SIM” dotyczyć ma wyłącznie oferty składanej w wariantcie 2. jest bezprzedmiotowy, gdyż sama definicja „abonamentu *Biznes Grupa*” wyklucza zaoferowanie wariantu 1. (ceny za abonament za 1 kartę SIM) w formularzu ofertowym oraz wpisanie „TAK” dla pozycji „b” wymagań opcjonalnych dotyczących usług telefonicznych.

## Sygn. akt KIO 2300/10

Sporządzając s.i.w.z. Zamawiający nie brał pod uwagę opłat za dwa różne „abonamenty *Biznes Grupa*” i w związku z tym w pkt. 3. oraz w pkt. 6. formularza ofertowego chodzi o ten sam abonament. Wobec tego zaoferowanie w pkt. 3. formularza ofertowego „miesięcznego abonamentu za 1 kartę SIM” wyklucza możliwość zadeklarowania wymogu opcjonalnego: „abonament *Biznes Grupa* – łączny dla wszystkich kart SIM”.

Na podstawie wyjaśnień Odwołującego z 30 września 2010 r., w których stwierdził on między innymi: „Jako że abonament *Biznes Grupa* oferowany przez Wykonawcę jest za kwotę 0,00 zł to zarówno w deklarowanych 50 SIM w pozycji 3.1. formularza ofertowego jak i w zamawianych ewentualnie w przyszłości, dodatkowych kart SIM powyżej 50 sztuk opłata abonamentowa *Biznes Grupa* będzie nadal wynosiła 0,00 PLN i traktowany jest przez Wykonawcę jako jeden abonament łącznie dla wszystkich kart SIM w kwocie 0,00 PLN” – Zamawiający stwierdził niezgodność oferty wypełniającą przesłankę odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp, ponieważ Zamawiający nie miał delegacji do jej poprawy w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp.

26 października 2010 r. (pismem z 25 października 2010 r.), na skutek wezwania Zamawiającego z 25 października 2010 r., „Polska Telefonia Cyfrowa” spółka z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłosiła do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wnosząc oddalenie odwołania jako bezzasadnego.

Odwołanie nie zawiera braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, a zatem odwołanie podlegało rozpatrzeniu.

Po ustaleniu z urzędu, iż nie została wypełniona żadna przesłanka skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 pzp, Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Strony podtrzymały swoje dotychczasowe stanowiska. Natomiast w imieniu Przystępującego, prawidłowo zawiadomionego o terminie posiedzenia, nikt się nie stawił.

### **Izba ustaliła, co następuje:**

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z 16 września 2010 r. pod nr 294976-2010, w tym samym dniu Zamawiający zamieścił ogłoszenie na tablicy ogłoszeń w swojej siedzibie oraz na swojej stronie internetowej ([www.bip.dabrowa-gornicza.pl](http://www.bip.dabrowa-gornicza.pl)), na której udostępnił również s.i.w.z.

## Sygn. akt KIO 2300/10

Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy, a dla przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia wynosi 131.147,54 zł, co stanowi równowartość 34.161,90 euro.

Odwołujący złożył ofertę z najniższą ceną wynoszącą według przyjętego w s.i.w.z. przelicznika dla porównania ofert 55.192,80 zł, natomiast cena oferty wybranego wykonawcy wynosi 117.120,00 zł, przy czym zgodnie postanowieniami pkt. 24 s.i.w.z. cena oferty stanowi kryterium oceny ofert o wadze 70%.

W specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający zawarł między innymi następujące postanowienia istotne dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy.

W pkt. 3 *Opis przedmiotu zamówienia*:

„Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług telefonii komórkowej wraz z zakupem aparatów telefonicznych zgodnie z wymogami niniejszej SIWZ oraz istotnymi dla stron postanowienia umowy – załącznik nr 5 do SIWZ.

Przedmiotem świadczenia usług telefonii komórkowej będzie wykonywanie połączeń krajowych i międzynarodowych oraz zakup aparatów telefonicznych dla pracowników Urzędu Miejskiego”. /pkt 3.3.1 i pkt 3.3.2/

„Wymagania i warunki minimalne dotyczące przedmiotem zamówienia, które Wykonawca musi zapewnić to:

- a) sekundowe naliczanie od początku połączenia
- b) sprzedaż aparatów telefonicznych – „model podstawowy” w ilości nie mniejszej niż 50 % łącznej maksymalnej ilości kart SIM za 1 zł netto w okresie trwania umowy
- c) sprzedaż aparatów telefonicznych – „model rozszerzony” w ilości nie większej niż 30 % łącznej maksymalnej ilości kart SIM za 1 zł netto w okresie trwania umowy
- d) sprzedaż aparatów telefonicznych – „model VIP” w ilości nie większej niż 20 % łącznej maksymalnej ilości kart SIM za 1 zł netto w okresie trwania umowy
- e) kwota abonamentu do wykorzystania na usługi telekomunikacyjne
- f) przedłożenie propozycji optymalizacji kosztów połączeń w drugim roku obowiązywania umowy
- g) bieżące informowanie w trakcie realizacji umowy o ewentualnych możliwościach zmian powodujących optymalizację kosztów połączeń jak również wprowadzanie dodatkowych bezpłatnych usług w ramach abonamentu korzystnych dla Zamawiającego
- h) rozliczanie wszystkich dostępnych usług telefonii komórkowej w ramach abonamentu

## Sygn. akt KIO 2300/10

- i) przenoszenie niewykorzystanej kwoty pakietu na kolejny cykl rozliczeniowy i rozliczania najstarszych minut w pierwszej kolejności
- j) numery telefonów Zamawiającego pozostaną bez zmian i zostaną przeniesione do sieci Wykonawcy po wygaśnięciu obecnie obowiązujących umów na świadczenie usług z obecnym Operatorem
- k) przeniesienie usług od dotychczasowego operatora do nowego operatora w tym samym zakresie. Zakłada się, że przeniesienie numerów telefonów powinno nastąpić z maksymalną przerwą do 48 godzin od momentu wyłączenia numerów przez obecnego Operatora. Na czas wyłączenia numerów, Zamawiający otrzyma od nowego operatora numery zastępcze". /pkt 3.3.3/

„Wymagania opcjonalne dotyczące usług telefonicznych, które będą jednym z kryteriów oceny tj.:

- a) aktywacja nowych kart SIM w dowolnym momencie w trakcie trwania umowy z terminem zakończenia jak umowy podstawowej – maksymalna łączna ilość kart SIM - 100 szt.
- b) abonament „Biznes Grupa” – łączny dla wszystkich kart SIM (minimalna ilość kart SIM 50; maksymalna ilość kart SIM – 100 szt). Przez abonament „biznes grupa” Zamawiający rozumie kwotę opłaty abonamentowej za wszystkie karty SIM wykorzystywane przez Zamawiającego
- c) prowadzenie bezpłatnych rozmów w sieci firmowej
- d) bezpłatny biling elektroniczny
- e) wprowadzanie zmian na kontaktach on-line przez użytkownika". /pkt 3.3.4/

W pkt. 6 *Informacja o ofercie wariantowej:*

„Zamawiający dopuszcza składanie ofert wariantowych. Rozwiązanie wariantowe obejmuje:

1. miesięczny abonament za 1 kartę SIM (dla porównania ofert przyjmuje się łączną cenę za 50 kart SIM), bądź
2. abonament *Biznes Grupa* (obejmuje cenę za min. 50 kart SIM łącznie dla wszystkich kart SIM uwzględniającą dodatkowe karty SIM)".

W pkt. 24 *Kryteria oceny ofert.*

„Złożone oferty zostaną ocenione zgodnie z następującymi kryteriami (Kryterium / Znaczenie procentowe kryterium / Maksymalna ilość punktów jakie może otrzymać oferta za dane kryterium):

- 1) Cena za abonament i połączenia wraz z rabatem (C) / 70 % / 100 punktów
  - 2) Usługi telefoniczne zadeklarowane ponad warunki minimalne (U) / 30% / 100 punktów".
- /pkt 24.1 wraz z informacjami zamieszczonymi w tabeli/

„Usługi telefoniczne zadeklarowane ponad warunki minimalne (U) – punktacja w skali pomocniczej 0-100



## Sygn. akt KIO 2300/10

W przypadku kryterium *Usługi zadeklarowane ponad warunki minimalne* oferta otrzyma ilość punktów wynikającą z oceny zadeklarowanych usług w złożonej ofercie.

Punkty pomocnicze wynikające z oceny usług telefonicznych otrzymuje się za (Oceniane usługi telefoniczne / Ilość punktów pomocniczych):

- aktywacja nowych kart SIM w dowolnym momencie w trakcie trwania umowy z terminem zakończenia jak umowy podstawowej – maksymalna łączna ilość kart SIM – 100 szt / 40
- Abonament *Biznes Grupa* – jeden abonament łącznie dla wszystkich kart SIM / 30
- prowadzenie bezpłatnych rozmów w Biznes Grupie / 10
- bezpłatny biling elektroniczny / 10
- wprowadzanie zmian na kontach on-line przez użytkownika / 10

W przypadku nie zadeklarowania ocenianej wyżej usługi oferta otrzyma 0 pkt." /pkt 24.3 wraz z informacjami zamieszczonymi w tabeli/

W *Formularzu ofertowym* stanowiącym załącznik nr 1 do s.i.w.z. Zamawiający przewidział między innymi:

W pkt. 1. złożenie oświadczenia o zapoznaniu się z s.i.w.z. i przyjęciu bez zastrzeżeń zawartych w niej wymagań oraz warunków.

W pkt. 2. złożenie oświadczenia o zobowiązaniu się do wykonywania usług wymienionych w sposób analogiczny jak w pkt. 3.3.3 s.i.w.z.

W pkt. 3. wybór jednej z dwóch opcji dla której należało wpisać cenę netto, wysokość stawki i kwotę podatku VAT oraz cenę brutto:

Opcji z pkt. 3.1 „miesięczny abonament za 1 kartę SIM”, opatrzonej przypisem nr 2 wyjaśniającym, iż „wszystkie abonamenty telefoniczne w takiej samej wysokości wyliczone przez Wykonawcę w oparciu o dane z tabeli dotyczące połączeń telefonicznych proporcjonalnie na 50 kart SIM” oraz dopiskiem: „Cena za abonament będzie stała niezależnie od zakupywanych kart SIM przy czym minimalna ilość kart SIM – 50 sztuk a maksymalna ilość – 100 sztuk (...)”.

Albo opcji z pkt. 3.2 „miesięczny abonament *Biznes Grupa*”, opatrzonej przypisem nr 3 wyjaśniającym, iż „Abonament *Biznes Grupa* obejmuje cenę za min. 50 kart SIM łącznie dla wszystkich SIM uwzględniającą dodatkowe karty SIM”.

W pierwszej tabeli pkt. 4. określenie w ramach oferowanego abonamentu cen świadczenia usług telefonicznych za połączenia usystematyzowane według typów połączeń nazwanych między innymi: „Biznes Grupa”, „Era”, „Orange”, „Plus”, „Play”, „Stacjonarne krajowe”, dla których Zamawiający podał średnią miesięczną liczbę minut, prowadzące do podania „łącznej wartości netto dla wszystkich połączeń”. Typ połączenia „Biznes Grupa”

## Sygn. akt KIO 2300/10

opatrzone zostały przypisem nr 6 o treści: „W przypadku deklaracji przez Wykonawcę opcji *prowadzenie bezpłatnych rozmów w Biznes Grupie*” należy w całym wierszu wpisać 0”.

W drugiej tabeli pkt. 4. Określenie „łącznej wartości abonamentu i połączeń” z uwzględnieniem „udzielonego miesięcznego rabatu/upustu od łącznej kwoty netto”, odrębnie na okres pierwszego i drugiego roku obowiązywania umowy, prowadzące do podania „łącznej wartości brutto abonamentu i połączeń wraz z rabatem” za pierwszy i drugi rok obowiązywania umowy, dających razem kwotę brutto oferty, będącą podstawą do porównania ofert.

W pkt. 5. złożenie przygotowanego oświadczenia, iż cena ofertowa będzie traktowana jako ostateczna cena umowna i nie będzie podlegać żadnym negocjacjom z zastrzeżeniem pkt. 3.3.3 lit. f s.i.w.z.

W pkt. 6. w tabeli, zgodnie z przypisem nr 11 należało „pozostawić odpowiedni wariant w zależności od preferencji” przez odpowiednie zaznaczenie „TAK” lub „NIE” dla następująco sformułowanych w kolejnych wierszach opcji:

- „Aktywacja nowych kart SIM w dowolnym momencie w trakcie trwania umowy z terminem zakończenia jak umowy podstawowej – maksymalna łączna ilość kart SIM - 100 szt”;
- „Abonament *Biznes Grupa* – jeden abonament łącznie dla wszystkich kart SIM”;
- „Prowadzenie bezpłatnych rozmów w Biznes Grupie”;
- „Bezpłatny biling elektroniczny”;
- „Wprowadzanie zmian na kontach on-line przez użytkownika”.

Pod tabelą zamieszczono następujący dopisek: „Abonament *Biznes Grupa* przy minimalnej ilości 50 sztuk a maksymalnej 100 szt. kart SIM. W przypadku dodatkowych kart SIM tj. powyżej 50 sztuk kart SIM, cena abonamentu *Biznes Grupa* nie może ulec zmianie”.

W pkt. 7 złożenie przygotowanego oświadczenia o realizacji przedmiotu zamówienia a terminie 24 miesięcy od dnia rozpoczęcia świadczenia usług telekomunikacyjnych.

W pkt. 8 złożenie przygotowanego oświadczenia o akceptacji 30-dniowego okresu rozliczeniowego, liczonego od daty dostarczenia faktury do siedziby Zamawiającego.

Odwołujący złożył ofertę wypełniając formularz ofertowy przygotowany przez Zamawiającego w następujący sposób:

Złożył oświadczenia o treści przygotowanej przez Zamawiającego w pkt. 1, 2, 5, 7 i 8 formularza oferty.

Wypełnił pkt. 3.1 formularza oferty wpisując cenę netto i brutto liczbowo i słownie oraz podając % wysokość stawki i kwotę podatku VAT oraz przekreślił cały pkt. 3.2 formularza oferty.

## Sygn. akt KIO 2300/10

Wypełnił wszystkie rubryki tabel zamieszczonych w pkt. 4 formularza ofertowego, wpisując między innymi w pierwszej tabeli dla typu połączenia „Biznes Grupa” w całym wierszu „0,00”, a w drugiej tabeli wykazując w podsumowaniu kwotę brutto oferty, rachunkowo wyliczoną z ceny miesięcznego abonamentu za 1 kartę SIM wskazanego w pkt. 3.1.

W tabeli pkt. 6. formularza ofertowego pozostawił „NIE” i przekreślił „TAK” w pierwszym wierszu dla „Aktywacji nowych kart SIM w dowolnym momencie w trakcie trwania umowy z terminem zakończenia jak umowy podstawowej – maksymalna łączna ilość kart SIM – 100 szt”, a we wszystkich pozostałych 4 wierszach, w tym dla wiersza drugiego „Abonament *Biznes Grupa* – jeden abonament łącznie dla wszystkich kart SIM” oraz wiersza trzeciego „Prowadzenie bezpłatnych rozmów w *Biznes Grupie*”, pozostawił „TAK”, przekreślając „NIE”.

Powyższe Izba ustaliła na podstawie znajdujących się w dokumentacji postępowania, która została również przekazana Izbie w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego: ogłoszenia o zamówieniu, s.i.w.z., protokołu postępowania, oferty Odwołującego, zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz na podstawie innych przywołanych pism i dokumentów.

**Uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie oraz złożone ustnie w toku rozprawy, Izba zważyła, co następuje:**

Wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia 16 września 2010 r., Izba rozpoznała odwołanie w oparciu o stan prawny uwzględniający wejście w życie ustaw: z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz.1591), oraz z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778).

Odwołujący posiada interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 pzp, gdyż potwierdzenie zasadności zarzutów odwołania oznaczałoby, iż w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp został pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia, ponosząc jednocześnie szkodę. W ocenie Izby, Odwołujący legitymuje się interesem, gdyż złożył ofertę z najniższą ceną, która przy przyjętych kryteriach oceny ofert i ich wagach, stwarza mu realną szansę na uzyskanie zamówienia. Natomiast bezpodstawne odrzucenie jego oferty naraża

## Sygn. akt KIO 2300/10

Odwołującego jednocześnie na szkodę z powodu nieuzyskania odpłatnego zamówienia publicznego.

Żadna ze Stron nie kwestionowała interesu „Polskiej Telefonii Cyfrowej” spółki z o.o. z siedzibą w Warszawie w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego, po stronie którego wykonawca ten zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie i zachowując wymóg przekazania kopii zgłoszenia Stronom postępowania (art. 185 ust. 2, 3 i 4 pzp).

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu i podlegających rozpatrzeniu w postępowaniu o wartości zamówienia poniżej tzw. progów unijnych (art. 180 ust. 2 pzp), Izba uznała, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Izby potwierdził się zarzut, iż bezzasadne było odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie przepisu art. 89 ust. 2 pkt 2 pzp z powołaniem się na niezgodność tej oferty z treścią s.i.w.z. polegającej na wewnętrznej sprzeczności treści oferty.

Zgodnie z przepisem art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt. Natomiast według przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 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.

Po pierwsze, z treści złożonej oferty wynika, iż Odwołujący przez wypełnienie pkt. 3.1 formularza ofertowego dotyczącego miesięcznego abonamentu za 1 kartę SIM, z jednoczesnym przekreśleniem pkt. 3.2 dotyczącego miesięcznego abonamentu „Biznes Grupa”, zaoferował, spośród dwóch wariantów wymienionych w pkt. 6 s.i.w.z., wariant 1. sposobu wykonania zamówienia, polegający na określeniu wysokości miesięcznego abonamentu za 1 kartę SIM, niepodlegającej zmianie przez okres wykonywania umowy, która dla celów porównania ofert podlega przemnożeniu przez 50. Poza tym zasadnicza treść oferty Odwołującego na świadczenie usług telefonii komórkowej dla Zamawiającego wynika z potwierdzenia w złożonej ofercie (pkt. 1 i 2 oraz pkt. 5, 7 i 8 wypełnionego formularza ofertowego) niezależnych od wybranego wariantu obligatoryjnych wymagań określonych w pkt. 3.3.3 s.i.w.z. oraz w załączniku nr 5 do s.i.w.z. określającym istotne postanowienia umowy. Nadto Odwołujący skonkretyzował w ofercie, w sposób wymagany

## Sygn. akt KIO 2300/10

przez Zamawiającego w pkt. 4 wypełnionego formularza ofertowego, ceny połączeń w ramach oferowanego abonamentu z uwzględnieniem typu połączenia, liczby oferowanych bezpłatnych minut, SMS i MMS oraz wyspecyfikował udzielony rabat w okresie realizacji umowy. Z treści zawiadomienia o odrzuceniu oferty, odpowiedzi na odwołanie oraz z oświadczeń złożonych na rozprawie wynika, iż Zamawiający nie miał zastrzeżeń do sporządzenia oferty przez Odwołującego w powyżej wskazanym zakresie.

Po drugie, w ocenie Izby powyżej opisanej treści oferty w istotny sposób nie zmienia zadeklarowanie przez Odwołującego „TAK” w drugim wierszu tabeli pkt. 6. formularza ofertowego dotyczącego opcjonalnie oferowanych fakultatywnych usług telefonicznych. Izba zważyła bowiem, iż Zamawiający przez sposób ustalenia w pkt. 24.3 s.i.w.z., dotyczącym pozacenowych kryteriów oceny ofert, drugiego podkryterium „Abonament *Biznes Grupa* – jeden abonament łącznie dla wszystkich kart SIM” wprost przewidział preferencję dla drugiego wariantu wykonania zamówienia spośród przewidzianych w pkt. 6 s.i.w.z., polegającą na przyznaniu z tego tytułu dodatkowych punktów. Zamawiający wielokrotnie podkreślał w odpowiedzi na odwołanie oraz na rozprawie, iż używany w kilku miejscach s.i.w.z. termin „abonament *Biznes Grupa*” należy rozumieć jednolicie jako drugi możliwy wariant wykonywania usługi, polegający na zaoferowaniu jednego abonamentu o wysokości niepodlegającej zmianie przez okres wykonywania umowy dla tzw. Biznes Grupy, to jest zbioru kart SIM używanych przez Zamawiającego, który będzie nie mniejszy niż 50 i nie większy niż 100 sztuk. Podsumowując: z treści s.i.w.z. wynika zatem, iż „Abonament *Biznes Grupa*” to wariant podstawowy wykonywania usługi opisany w ppkt. 2 pkt 6 s.i.w.z., wskazywany przez oferenta przez wypełnienie pkt. 3.2 formularza ofertowego, który to wariant został jednocześnie określony w pkt. 3.3.4 lit. b s.i.w.z. jako usługa opcjonalna, deklarowana przez oferenta poprzez zakreślenie „TAK” w drugim wierszu tabeli z pkt. 6 formularza ofertowego, a w pkt. 24.3 s.i.w.z. przewidziano, iż można za to otrzymać 30 ze 100 punktów pomocniczych w ramach kryterium pozacenowego pn. „Usługi telefoniczne zadeklarowane ponad warunki minimalne” o łącznej wadze 30%.

Z tak ukształtowanych zależności pomiędzy postanowieniami s.i.w.z. dotyczącymi „abonamentu *Biznes Grupa*” wynika jednak również, iż zupełnie zbędne było wprowadzanie w formularzu ofertowym miejsca na dwukrotne deklarowanie przez oferenta tego samego. Skoro wybór wariantu „abonament *Biznes Grupa*” przez wypełnienie pkt. 3.2 formularza ofertowego oznacza jednocześnie zaoferowanie rozwiązania, które jest dodatkowo punktowane w ramach pozacenowych kryteriów oceny ofert, to nie było potrzeby wymagania składania co do tego odrębnej deklaracji przez zakreślenie „TAK” lub „NIE” w pkt. 6. formularza ofertowego dotyczącym oferowanych usług dodatkowych. Co ważniejsze jednak, odrębne ujęcie „abonamentu *Biznes Grupa*” jako usługi opcjonalnej jest zupełnie

nieuzasadnione, gdyż w przeciwieństwie do wszystkich pozostałych usług opisanych w pkt. 3.3.4 s.i.w.z. (to jest: aktywacji nowych kart SIM w dowolnym momencie trwania umowy; prowadzenia bezpłatnych rozmów w sieci firmowej; bezpłatnego bilingu elektronicznego; wprowadzania zmian na kontach on-line przez użytkownika) *de facto* nie jest to żadna opcja dodatkowa, a jeden z dwóch podstawowych wariantów wykonania zamówienia. Jednocześnie taki sposób sporządzenia s.i.w.z. i wzoru formularza ofertowego mógł wprowadzić w błąd Odwołującego, który przyjął poniekąd logiczne założenie, że pomimo wyboru pierwszego z dwóch wariantów wykonania zamówienia, ma nadal do wyboru dowolną liczbą spośród 5 opcjonalnych usług dodatkowych. Jednocześnie, ponieważ każda z tych usług jest dodatkowo punktowana, zrozumiałe jest przy tym, iż Odwołujący, dążąc do uzyskania jak największej ich liczby, zakreślił „TAK” przy wszystkich z wyjątkiem pierwszej, co do której był pewny, iż nie chce jej zaoferować Zamawiającemu.

Z treści odwołania oraz oświadczeń złożonych na rozprawie wynika przy tym, iż Odwołujący błędnie przyjął, iż zarówno zaznaczenie w pkt. 6. formularza ofertowego „TAK” przy usłudze pn. „Abonament *Biznes Grupa* – jeden abonament łącznie dla wszystkich kart SIM”, jak i przy usłudze pn. „Prowadzenie bezpłatnych rozmów w *Biznes Grupie*” dotyczy w jego przypadku oferowania w cenie abonamentu, rozliczanego na każdą kartę SIM odrębnie, bezpłatnych rozmów w tzw. *Biznes Grupie* – pomiędzy wszystkimi kartami SIM, które aktywuje Zamawiający w czasie realizacji zamówienia. Również w tym przypadku do powstania tego mylnego wyobrażenia przyczynił się Zamawiający przez brak precyzji polegający na tym, iż ta sama usługa opcjonalna została nazwana w odmienny sposób w różnych miejscach w s.i.w.z.: w pkt. 3.3.4 lit. „c” jako „prowadzenie bezpłatnych rozmów w sieci firmowej”, natomiast w pkt. 24.3 oraz w pkt. 4. i 6. formularza ofertowego jako „prowadzenie bezpłatnych rozmów w *Biznes Grupie*”. Pomimo tego nie ma wątpliwości, iż wyłącznie zaoferowanie tej ostatniej usługi było intencją Odwołującego, gdyż oprócz zaznaczenia „TAK” przy tej opcji w pkt. 6 formularza ofertowego, wpisał on odpowiednio kwotę 0,00 zł w pkt. 4. tego formularza dla typu połączenia „*Biznes Grupa*”.

Po trzecie, nawet jeżeli Odwołujący składając ofertę pozostawał w błędzie co do znaczenia zakreślenia „TAK” w pkt. 6 formularza ofertowego przy „abonamencie *Biznes Grupa*”, to wbrew stanowisku Zamawiającego nie spowodowało to żadnej nieusuwalnej wewnętrznej sprzeczności treści oferty prowadzącej do jej sprzeczności z treścią s.i.w.z., z uwagi na przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp obligujący Zamawiającego do dokonania poprawy innych niż oczywiste pisarskie i rachunkowe omyłek, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty. Przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp nie określa przecież enumeratywnego katalogu możliwych do poprawienia niezgodności, lecz posługuje się nieostrą kategorią „istotności” jako granicy dopuszczalnych zmian treści oferty. Zamawiający błędnie jednak przyjmuje, iż

## Sygn. akt KIO 2300/10

istotność takiej omyłki należy oceniać przez pryzmat tego, czy tkwi ona w elemencie treści oferty stanowiącym kryterium oceny oferty, z góry przesądzając o rzekomej niemożności jej poprawienia. Znaczenie ma bowiem, czy poprawienie omyłki w istotny sposób zmienia treść złożonej oferty, a nie czy tkwi w jej istotnych postanowieniach, w tym podlegających ocenie w świetle kryteriów oceny. Z powyżej poczynionych ustaleń Izby wynika, po pierwsze, iż na podstawie samej treści oferty, uwzględniając postanowienia s.i.w.z., Zamawiający był w stanie zidentyfikować właściwą treść oświadczenia woli Odwołującego, nawet bez żadnych wyjaśnień z jego strony. Zamawiający ustalił przecież, czemu dał wyraz zarówno w uzasadnieniu faktycznym odrzucenia oferty jak i w odpowiedzi na odwołanie, w jakim wariancie Odwołujący złożył ofertę, a znając konstrukcję postanowień s.i.w.z. i formularza oferty miał również świadomość, iż przy tym wariancie obiektywnie niemożliwe jest zaoferowanie drugiej z tzw. usług dodatkowych, *de facto* nie będącej żadną opcją. Po drugie, dokonanie poprawy omyłki popełnionej przez Odwołującego nie spowoduje znaczącej ingerencji w treść złożonej przez niego oferty, gdyż nie wpłynie ani na zadeklarowany przez Odwołującego wariant wykonania zamówienia, w tym również na cenę oferty, ani na zakres oferowanych zgodnie z rzeczywistą wolą Odwołującego usług dodatkowych, możliwych dla oferowanego wariantu wykonania zamówienia. Popełniony przez Odwołującego błąd, choć nie jest oczywistą omyłką, to niewątpliwie mieści się w kategorii tzw. innej omyłki, możliwej do poprawienia na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp – w tym przypadku przez przekreślenie „TAK” i pozostawienie „NIE” w tabeli pkt. 4. formularza ofertowego w wierszu „Abonament *Biznes Grupa* – jeden abonament łącznie dla wszystkich kart SIM”. Po poprawieniu omyłki we wskazany sposób, w razie braku sprzeciwu Odwołującego, będzie można bez przeszkód przystąpić do oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego według przyjętych w s.i.w.z. kryteriów oceny ofert.

Z uwagi na związanie Izby przepisem art. 180 ust. 2 ustawy pzp, Izba nie nakazała unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, jednak czynności tej winien dokonać Zamawiający wykonując niniejszy wyrok. Izba wskazuje przy tym, iż unieważnienie odrzucenia oferty Odwołującego oznacza konieczność dokonania ponownego badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego, jeżeli nie wyrazi on sprzeciwu na poprawienie omyłki w treści swojej oferty.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego przepisów art. 89 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych przez nieuzasadnione odrzucenie oferty Odwołującego miało wpływ na wynik postępowania, i działając na podstawie przepisów art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 pzp – orzekła jak w sentencji.

**Sygn. akt KIO 2300/10**

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

**Przewodniczący:**

.....