

WYROK
z dnia 17 marca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Małgorzata Wilim

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **17 marca 2011 r.** w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 7 marca 2011 r. **„Polską Telefonię Komórkową – Centertel” spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, 01-230 Warszawa, ul. Skierniewicka 10A** od czynności podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia przez zamawiającego, którym jest: **Miejski Zarząd Budynków spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 58-304 Wałbrzych, ul. Generała Andersa 48**

przy udziale **Polkomtel Spółki Akcyjnej, 02-676 Warszawa, ul. Postępu 3**, zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje: unieważnienie czynności odrzucenia oferty „Polskiej Telefonii Komórkowej – Centertel” spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem tej oferty.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Miejski Zarząd Budynków spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Wałbrzychu i nakazuje:**
 - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty postępowania odwoławczego w wysokości w **7500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) – kwoty wpisu uiszczzonego przez **„Polską Telefonię Komórkową – Centertel” spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie,**
 - 2) dokonać wpłaty kwoty **7500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero

groszy) przez **Miejski Zarząd Budynków spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Wałbrzychu** na rzecz „**Polskiej Telefonii Komórkowej – Centertel**” spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w **Warszawie**, stanowiącej koszty postępowania odwoławczego poniesione przez stronę z tytułu uiszczzonego wpisu od odwołania.

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, z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Świdnicy**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Miejski Zarząd Budynków spółka z o.o. z siedzibą w Wałbrzychu, 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 telekomunikacyjnych telefonii komórkowej – wraz z dostawą telefonów dla Miejskiego Zarządu Budynków w Wałbrzychu” (znak sprawy 2/2011).

1 marca 2011 r. (pismem datowanym na 23 lutego 2011 r.) Zamawiający przekazał drogą faksową Odwołującemu – „Polskiej Telefonii Komórkowej – Centertel” spółce z o.o. z siedzibą w Warszawie, zawiadomienie o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, jako nieodpowiadającej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej w skrócie „s.i.w.z.”) z uwagi na brak w projekcie umowy istotnych postanowień zawartych w rozdziale II pkt. 1 *Opis przedmiotu zamówienia* i w rozdziale XX *Inne postanowienia*, oraz o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Polkomtel S.A. z siedzibą w Warszawie.

7 marca 2011 r. w poniedziałek (pismem z tej daty) 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 naruszenie przez Zamawiającego zasady równego traktowania wykonawców wyrażonej przede wszystkim w art. 7 ust. 1 pzp, poprzez:

1. Bezprawne odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 25 ust. 1, art. 87 ust. 2 pkt 3 oraz art. 26 ust. 3 pzp.
2. Wybór oferty złożonej przez Polkomtel S.A. jako najkorzystniejszej z naruszeniem przepisu art. 91 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp.

W związku z podniesionym zarzutami Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. Anulowania czynności odrzucenia oferty Odwołującego.
2. Anulowania czynności wyboru oferty złożonej przez Polkomtel S.A. jako najkorzystniejszej.
3. Powtórzenia czynności badania i oceny ofert.
4. Ponownego dokonania czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący wskazał następujące okoliczności prawne i faktyczne uzasadniające wniesienie odwołania.

Żądanie przez Zamawiającego złożenia przez wykonawców projektu umowy, stanowi naruszenie art. 25 ust. 1 pzp, który upoważnia Zamawiającego do żądania tylko dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Jak wskazano m.in. w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 10 lipca 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 637/08; KIO/UZP 659/08) „[...] załączenie projektu umowy do oferty w jakiegokolwiek formie, bądź niezłączenie go wcale nie miało żadnego wpływu na ocenę czy oferta podlega odrzuceniu. Ocenie podlega bowiem zgodność treści oferty z treścią SIWZ, a nie forma załączenia projektu umowy (tj. czy wprowadzono do tekstu zmiany, sposób akceptacji formularza). [...] W konsekwencji, w ocenie Izby, żądanie załączenia do oferty projektu umowy, który stanowi integralną część SIWZ, jest naruszeniem art. 25 ust. 1 zd. pierwsze Prawa zamówień publicznych, bowiem nie jest to dokument niezbędny do przeprowadzenia postępowania, wobec czego niezłożenie takiego dokumentu nie ma wpływu na ważność postępowania [...]”. W ocenie Odwołującego ugruntowane orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej dotyczące wymagań w zakresie dołączania do oferty projektu umowy, czy też wzoru umowy, które stanowiły załączniki do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zachowuje aktualność także w przedmiotowej sprawie - gdzie Zamawiający wskazał istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści umowy. W przedmiotowym postępowaniu żądanie Zamawiającego było tym bardziej zbędne, że polegało ono jedynie na „mechanicznym” powieleniu w projekcie umowy postanowień s.i.w.z., miało więc charakter czysto formalny. Nie ma bowiem znaczenia, czy Zamawiający wskaże w treści s.i.w.z. wzór umowy, ogólne warunki umowy czy też istotne postanowienia - w każdym z wymienionych w przepisie art. 36 ust. 1 pkt 16 pzp przypadków, wybrany wykonawca zmuszony jest zawrzeć z Zamawiającym umowę, która będzie zgodna z tymi postanowieniami. Wykonawca nie ma możliwości doprowadzić do zawarcia umowy o treści innej, niżby to wynikało z brzmienia istotnych postanowień, które zostaną wprowadzone do treści umowy.

Co więcej, pomimo wskazanego w s.i.w.z. obowiązku złożenia wraz z ofertą projektu umowy, Zamawiający nie określił, jaki jest cel złożenia tego dokumentu – w szczególności nie wskazał, iż zawrze umowę z wybranym wykonawcą w brzmieniu zgodnym z zaproponowanym przez wykonawcę projektem umowy. Zgodnie z wykładnią gramatyczną pojęcia „projektu”, jest to „wstępna wersja czegoś”, cytując za Słownikiem Języka Polskiego (www.sjp.pwn.pl). Zatem projekt umowy z samego założenia jest jedynie wstępną wersją umowy, która zostanie zawarta. Natomiast z Prawa zamówień publicznych wynika, iż zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego musi zawierać istotne postanowienia wskazane przez Zamawiającego. Złożona przez Odwołującego się oferta w pełni potwierdza powyższy wniosek. Odwołujący potwierdził bowiem wiążącą moc wszelkich wymagań określonych w s.i.w.z., w tym także dokonanych przez Zamawiającego modyfikacji. W

oświadczeniu złożonym w pkt. 11 oferty wskazano: „Oświadczam(-y). że zapoznałem się z treścią SIWZ, wyjaśnień oraz jej modyfikacji i nie wnoszę (my) do niej zastrzeżeń oraz przyjmujemy warunki w niej zawarte.”. W dalszych punktach oferty składane są kolejne oświadczenia, przyjmujące m.in. warunki płatności, akceptujące warunki postępowania (pkt 12), w tym warunki sporządzenia i wyceny oferty (pkt 13), potwierdzające wykonanie zamówienia zgodnie z określonym przez Zamawiającego zakresem rzeczowym (pkt 14). Złożony projekt umowy także zawiera potwierdzenie wiążącej mocy s.i.w.z. – w treści § 2 ust. 1 projektu.

Jeśli jednak przyjąć, w ślad za Zamawiającym, że projekt umowy stanowi treść oferty, to zaskakująca jest okoliczność, iż Zamawiający nie zastosował dyspozycji zawartej w normie prawnej wynikającej z przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3, który nakazuje zamawiającemu dokonanie poprawek w ofercie. Warunkami dokonania stosownego poprawienia treści oferty jest, po pierwsze, wystąpienie omyłki polegającej na niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem niezgodność 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 30 marca 2010 r. 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 należytą 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 musi być zgodne z opisanym w siwz przedmiotem zamówienia.” (sygn. akt KIO/UZP/228/10; por również wyroki KIO: z 8 września 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 883/08, z 24 sierpnia 2010 r., sygn. akt KIO 1678/10). Jeśli więc Zamawiający uznał, iż treść oferty nie odpowiada treści s.i.w.z. w sytuacji, gdy jednocześnie wykonawca przyjął wszystkie warunki zawarte w s.i.w.z., o czym mówi jego oświadczenie w formularzu oferty, potwierdzone także w treści § 2 ust. 1 projektu umowy, to siłą rzeczy mamy do czynienia z omyłką w treści oferty Odwołującego.

Po drugie, istotność zmian w treści oferty, które poprawka taka pociąga (przepis zakazuje dokonywania zmian istotnych). Pojęcie istotności zmiany w treści oferty jest pojęciem nieostrym i dlatego „decyzja w przedmiocie możliwości zastosowania art. 87 ust. 2

pkt 3 winna być podejmowana każdorazowo z uwzględnieniem całokształtu indywidualnych okoliczności sprawy, zarówno z uwzględnieniem następstw i konsekwencji zmian dla treści oferty, jak i z uwzględnieniem samego rodzaju i charakteru poprawianych niezgodności oraz sposobu ich przeprowadzenia. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych konsekwentnie przyjmuje się np. możliwość poprawiania treści oferty odnoszących się bezpośrednio do ich *essentialiae negotii*. Dopuszcza się więc możliwość poprawienia samej ceny ofertowej czy określenia przedmiotu świadczenia pod warunkiem ograniczenia zakresowego, ilościowego czy jakościowego tego typu zmian". (wyrok KIO z 6 grudnia 2010 r., sygn. akt KIO 2540/10). W ocenie Odwołującego uzupełnienie treści projektu umowy o brakujące postanowienia nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty, gdyż Odwołujący zaakceptował je stosownymi oświadczeniami wskazanymi powyżej.

Ponadto, analizując treść brakujących postanowień oraz treść złożonego przez Odwołującego projektu umowy można stwierdzić, że część z nich została zapisana innymi słowami lub poprzez odesłanie do postanowień s.i.w.z. Dla przykładu postanowienia:

- „Zakres świadczenia usług telekomunikacyjnych: obejmuje połączenia głosowe do krajowych sieci telefonii komórkowych, krajowych sieci telefonii stacjonarnych, połączenia międzynarodowe oraz inny ruch do sieci publicznej: serwisy informacyjne, linie informacyjne, połączenia z biurami numerów, wysyłanie i odbieranie SMS, MMS, transmisją danych" oraz „dostarczone komórkowe aparaty telefoniczne będą fabrycznie nowe wolne od wad fizycznych oraz będą wyposażone w standardowe akcesoria oferowane w komplecie z telefonem przez producenta", zawierają się w § 2 ust. 1 projektu umowy, który mówi, że „przedmiotem niniejszej Umowy jest świadczenie usług telekomunikacyjnych w zakresie telefonii komórkowej wraz z dostawą fabrycznie nowych aparatów telefonicznych (...), zgodnie z s.i.w.z.”
- „Zamawiający wymaga zachowania dotychczasowej numeracji telefonicznej. Koszty zachowania dotychczasowej numeracji poniesie Zamawiający", zawiera się w § 2 ust. 2 oraz 7 ust. 3 projektu umowy, które mówią o przeniesieniu i aktywacji numerów przydzielonych przez dotychczasowego operatora m.in.: zgodnie z rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 16 grudnia 2010 r. w sprawie warunków korzystania z uprawnień w publicznych sieciach telefonicznych (Dz. U. Nr97, poz. 810).

Jak z powyższego wynika zmiany, których powinien dokonać Zamawiający nie można nazwać „zmianami istotnymi”, ponieważ nie spowodowałyby istotnych zmian w treści oferty Odwołującego.

Po trzecie, oczywistość omyłki, tzn. omyłka, której poprawę może dokonać Zamawiający samodzielnie, bez udziału wykonawcy. Oznacza to, że ustalenie zaistnienia

omyłki jest możliwe na podstawie oferty, „ewentualnie (w ograniczonym zakresie) może pochodzić z wyjaśnień, które zamawiający może uzyskać od wykonawcy na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy. Egzekwowanie i stosowanie tego wymogu jest niezwykle istotne w związku z ogólnym zakazem negocjowania i zmieniania złożonych ofert wyrażonym w art. 87 ust. 1 zdanie 2 Pzp. W świetle powyższego wskazać należy, iż poprawienie oferty nie może de facto stanowić wytworzenia zupełnie odmiennego, nowego oświadczenia woli wykonawcy, np. w przedmiocie oferowanego świadczenia, czy dowolnego wypełnienia go dodatkową treścią, co do której zamawiający nie posiada żadnych danych i informacji (sygn. akt KIO 1127/10).” - wyrok KIO z 6 grudnia 2010 r., sygn. akt: KIO/2540/10. W przedmiotowym przypadku bezspornie mamy do czynienia właśnie z „omyłką oczywistą”. Do stwierdzenia jej istnienia wystarczy analiza zapisów s.i.w.z., złożonej oferty oraz projektu umowy - co wskazano już wyżej. Porównując treść tych dokumentów, oczywistość popełnionej omyłki nie może budzić wątpliwości.

Odwołujący wskazuje także na możliwość naruszenia innego przepisu ustawy pzp przez Zamawiającego. Zamawiający zawarł wymóg przedstawienia wraz z ofertą projektu umowy w rozdziale II s.i.w.z. „Opis przedmiotu zamówienia”. W rozdziale tym określił wszystkie wymagania, jakie mają spełniać oferowane usługi oraz dostawy realizowane w ramach przedmiotowego zamówienia. W związku z tym można uznać, że projekt umowy należy do kategorii dokumentów o charakterze przedmiotowym, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 pzp (który potwierdza *de facto* także spełnianie przez oferowane usługi i dostawy wymagań określonych przez zamawiającego). Zatem w stosunku do tego dokumentu zastosowanie winien mieć także (w zakresie wymagań przedmiotowych) art. 26 ust. 3 pzp. Zgodnie z dyspozycją tego przepisu, w przypadku braku lub wadliwości takiego dokumentu, Zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawcę do uzupełnienia dokumentu w wyznaczonym przez siebie terminie. Zamawiający, w przedmiotowym przypadku, obowiązku tego nie dopełnił. W podobnej sprawie wypowiedziała się Krajowa Izba Odwoławcza, która „dostrzega trudności mogące zaistnieć przy jednoznacznej kwalifikacji niektórych dokumentów żądanych i składanych w praktyce udzielania zamówień publicznych jako potwierdzających okoliczności wskazanych w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy, czy też jako odnoszących się bezpośrednio do treści oferty i przesądzających o zastosowaniu dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2. Tym bardziej, iż biorąc pod uwagę dosłowną treść powoływanych przepisów, podnosić można, iż jakkolwiek dokument wyrażający (dookreślający) treść oświadczenia woli wykonawcy (oferty) jest jednocześnie dokumentem przedmiotowym w rozumieniu art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp - potwierdza bowiem, że np. zaoferowana w postępowaniu robota budowlana jest zgodna (odpowiada) z treścią siwz (wymaganiom zamawiającego). Tym samym utożsamiona zostaje postulowana i wymagania w świetle art.

89 ust. 1 pkt 2 Pzp zgodność treści oferty z SIWZ czyli zgodność świadczenia oferowanego oraz zamawianego, z kwestią potwierdzenia okoliczności odpowiadania oferowanej usługi, dostawy czy roboty budowlanej wymaganiom opisanym przez zamawiającego (art. 25 ust. 1 pkt 2). Konsekwentnie, należałoby uznać za dopuszczalne sanowanie i uzupełnianie oferty składanej w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy, który odnosi się m.in. do konieczności uzupełniania ww. dokumentów (np. w przypadku gdy zawierają błędy)”, (wyrok KIO z 9 listopada 2010 r., sygn. akt KIO 2337/10).

14 marca 2011 r. Zamawiający wniósł do Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie, której kopia została przekazana Odwołującemu oraz Uczestnikowi postępowania na posiedzeniu przed Izbą 17 marca 2011 r. – wnosząc o oddalenie odwołania i podając następujące argumenty uzasadniające zajęte stanowisko.

Postanowienia s.i.w.z. dotyczące obowiązku sporządzenia projektu przyszłej umowy i zamieszczenia w nim wszystkich wymaganych przez Zamawiającego postanowień nie były podważane na etapie przygotowania ofert przez żadnego z wykonawców. Zatem należy przyjąć, że nie budziły one wątpliwości uczestników postępowania, w tym także Odwołującego. Zamawiający wnosi o pozostawienie przez Krajową Izbę Odwoławczą zarzutu naruszenia art. 25 ust. 1 ustawy pzp (poprzez obowiązek złożenia przez wykonawców projektu umowy) bez merytorycznego rozpoznania jako zarzutu spóźnionego, bowiem w swej istocie dotyczy on treści s.i.w.z. i jako taki winien zostać zgłoszony w trybie przewidzianym w art. 181 ust. 1 w zw. z art. 182 ust. 2 pkt 2 ustawy pzp w terminie 5 dni od dnia zamieszczenia SIWZ na stronie internetowej. Niezależnie od powyższego, Zamawiający zauważa, że wykonawcy ubiegający się o udzielenie przedmiotu zamówienia są operatorami telekomunikacyjnymi, a ich oferta skierowana jest do szerokiego kręgu odbiorców zarówno podmiotów gospodarczych, jak i osób fizycznych. Z tego też względu działalność telekomunikacyjna - umowy zawierane przez te podmioty regulowana jest poprzez szereg przepisów, jak również każdy z działających na rynku podmiotów w ww. umowach odnosi się postanowień swoich wewnętrznych regulaminów, a Zamawiającemu brak wiedzy, aby taki projekt umowy sporządzić. Wydaje się koniecznym, aby przedmiotowy projekt umowy sporządził każdy z operatorów telekomunikacyjnym, z zastrzeżeniem uwzględnienia w nim tych postanowień i zasad regulujących przyszłą współpracę, które dla Zamawiającego są nieodzowne. Podobna praktyka dotyczy np. także umów (postępowania) na dostawę energii, gazu, czy (choć w mniejszym zakresie) usług pocztowych.

Zgodnie z art. 85 pzp wykonawca jest związany złożoną ofertą przez określony termin, a także w myśl art. 140 ust. 1 pzp zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. Odwołujący twierdzi, że

Sygn. akt KIO 479/11

wadliwa treść projektu umowy dołączonego do formularza ofertowego jest okolicznością nieistotną, z punktu widzenia jego przyszłego zobowiązania, a wystarczające są ogólne sformułowania - oświadczenia zamieszczone w formularzu ofertowym. Aktualne stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej, np. wyrok z 30 czerwca 2010 r. (sygn. akt KIO 1127/10) jest następujące: „Zamawiający powinien mieć możliwość weryfikacji zgodności zobowiązania wykonawcy z siwz we wszystkich jego aspektach na podstawie całości treści oferty (wraz z załącznikami), która winna zostać przygotowana i wypełniona w sposób przez niego wymagany, a nie tylko poprzezzestaniu na ogólnych deklaracjach zgodności wynikających m. in. z samego faktu złożenia oferty czy oświadczeń zawartych w jej treści”, albo wyrok KIO z 15 czerwca 2010 r. (sygn. akt KIO 1045/10): „Generalne oświadczenie wykonawcy o zaakceptowaniu postanowień SIWZ i wykonaniu przedmiotu zamówienia, zgodnie z wymaganiami SIWZ, nie zastępuje wymaganych szczegółowych opisów dotyczących, np. przedmiotu zamówienia, sposobu realizacji zamówienia itp.”, lub wyrok KIO z 15 kwietnia 2010 r.: „Wskazaną w przepisie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych treść oferty, która dla powstania przesłanki odrzucenia oferty ma nie odpowiadać treści SIWZ, należy rozumieć jako treść zobowiązania wykonawcy do zgodnego z żądaniami zamawiającego wykonania zamówienia. Na tak rozumianą treść oferty składa się nie tylko sam formularz ofertowy (czy ściślej: wyrażone w nim oświadczenie woli wykonawcy), ale również wszystkie dookreślające i precyzujące zobowiązanie wykonawcy, a składane wraz z formularzem ofertowym dokumenty (np. plany, rysunki, projekty, kosztorysy...itp.” Na szczególną uwagę zasługuje wyrok KIO z 23 kwietnia 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 509/10), gdzie KIO zauważa: „W przypadku, gdy wykonawca składając ofertę pomija niektóre postanowienia SIWZ, wybiórczo – bez uwzględnienia właściwości danego zamówienia – bierze pewne wymagania SIWZ pod uwagę, a innych, uznając je za nieistotne, nie – musi liczyć się z ryzykiem odrzucenia jego oferty jako nie odpowiadającej treści SIWZ”.

Z powyższego jednoznacznie wynika, że wymóg dołączenia do oferty projektu umowy zawierającego konkretne postanowienia ma charakter merytoryczny, szczególnie, że przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług telefonii komórkowej i oczywistym jest, że Zamawiający jest tylko jednym z wielu klientów dla Odwołującego i jego pozycja jest słabsza niż w klasycznej umowie zawartej po rozstrzygnięciu postępowania o zamówienie publiczne. Co więcej, gdyby Zamawiający wybrał ofertę Odwołującego to zgodnie z art. 144 ustawy pzp, nie miałby możliwości sanacji treści umowy. Moment badania i oceny ofert jest jedynym, w którym to Zamawiający w celu ochrony swoich interesów ma możliwość badania zgodności oferty z s.i.w.z. oraz podjęcia stosownych działań. Oświadczenia z formularza ofertowego, do których odnosi się Odwołujący, mają tylko charakter pomocniczy, a w swojej treści nie dotyczą wszystkich aspektów zamówienia, które Odwołujący zobowiązany był zaznaczyć w

swojej ofercie. Jednoznacznym jest także okoliczność, że wspomniane w treści §2 projektu umowy odwołanie dotyczy dostawy 72 aparatów telefonicznych zgodnie z harmonogramem zakończenia umów na poszczególne karty SIM zgodnie z SIWZ, a nie jak chce Odwołujący wiążącej mocy całej SIWZ.

Szczególnie znaczący jest brak w projekcie umowy sporządzonym przez Odwołującego tzw. „Istotnych postanowień”, które wskazują na ewentualne zmiany przyszłej umowy np. zmiany terminu realizacji zamówienia (zarówno wydłużenia jak i jego skrócenia), czy też zaoferowania przez wykonawcę nowych rozwiązań abonamentowych, czy technologicznych, bez podnoszenia z tego tytułu opłat. Jak słusznie zauważa Odwołujący, dla swojej skuteczności wystarczające jest (co też Zamawiający uczynił) zamieszczenie ich w s.i.w.z. lub ogłoszeniu, pod warunkiem jednak, że „skutecznie” rozumiemy jako ewentualna prawna możliwość ich dokonania. Samo ich „przewidzenie” przez Zamawiającego w s.i.w.z. nie wystarcza, aby one obowiązywały, gdyż do ich skutecznego wprowadzenia do treści realizowanej umowy konieczna jest jeszcze zgoda drugiej ze Stron umowy. Niezbędnym jest zatem, aby te „Istotne postanowienia” stały się częścią zobowiązania jakim dla Odwołującego byłaby ważna umowa. W tym celu, Zamawiający zobowiązał wykonawców do wprowadzenia w projekt umowy takich postanowień. Bezsporna jest więc okoliczność, że chociażby z tego powodu braki w treści projektu umowy sporządzonego przez Odwołującego mają charakter istotny.

Zamawiający twierdzi, że przedmiotowa niezgodność oferty Wykonawcy z treścią s.i.w.z. nie ma charakteru omyłki nieistotnej. Przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp obliguje Zamawiającego do poprawiania w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego omyłek w treści oferty, jeżeli zachodzą łącznie dwie okoliczności: stwierdzona przez Zamawiającego niezgodność treści oferty ze SIWZ ma charakter omyłki i poprawienie tej omyłki nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. Jak stwierdziła KIO w orzeczeniu sygn. akt KIO/0779/10): „Sanacja oferty na podstawie art. 87 ust 2 pkt 3 Pzp może nastąpić zatem w odniesieniu do uchybień o charakterze omyłki, pod warunkiem, że ich znaczenie dla treści oferty nie ma istotnego znaczenia”. Braki w ofercie Odwołującego mają istotne znaczenie. Co więcej, niezgodność oferty Wykonawcy ma charakter nieusuwalny, bowiem w jaki sposób Zamawiający miałby dokonać poprawy tych niezgodności? Np. w jaki sposób miałby wprowadzić konkretne nowe „rozwiązania abonamentowe lub technologiczne”, lub wprowadzić „możliwość bezpłatnego przeniesienia niewykorzystanej puli minut na następny okres rozliczeniowy i kumulowanie przez okres 6 miesięcy”, skoro takie postanowienie ma znaczący wpływ na zaoferowaną cenę i być może jego brak w treści projektu umowy jest celowym działaniem Odwołującego skutkującym złożeniem oferty z najniższą ceną. W takim wypadku ww. braki nie miałyby charakteru omyłki, lecz byłyby zamierzonym działaniem

Wykonawcy, czego Zamawiający na etapie badania ofert nie mógł jednoznacznie wykluczyć. Całokształt materiału oraz analiza orzecznictwa KIO skłoniła Zamawiającego do podjęcia decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego. Omyłki, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp winny mieć taki charakter, by czynności ich poprawy mógł dokonać Zamawiający samodzielnie, bez udziału wykonawcy w tej czynności (KIO/070/10). Ich poprawa winna mieć charakter czysto techniczny a nie wynikający z nowego oświadczenia woli składającego ofertę. Uzupełnienie treści oferty (po upływie terminu do jej złożenia) przez wprowadzenie brakujących zapisów do projektu umowy oznaczałoby prowadzenie niedozwolonych negocjacji z wykonawcą i stanowiło naruszenie art. 7 ustawy pzp poprzez dopuszczenie do dowolnej modyfikacji wybranych jednostronnie przez zamawiającego ofert i wpływanie na ich treść co wypaczało by całą istotę postępowania przetargowego.

Jako kompletne nietrafione należy uznać stanowisko Odwołującego dotyczące uznania projektu umowy za dokument o charakterze przedmiotowym i możliwości jego uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp. Po pierwsze, treść przedmiotu umowy (przynajmniej w zakresie istotnych postanowień do umowy) stanowi treść oferty Wykonawcy, a po drugie w żaden sposób nie da się wywieść, że określenie w projekcie umowy zakresu i warunków jej przyszłej ewentualnej zmiany spełnia definicję dokumentużądanego na potwierdzenie spełniania przez oferowane usługi wymogów postawionych przez Zamawiającego.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych i wpis został przez Odwołującego uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

Wobec ustalenia w toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających, iż nie została wypełniona żadna przesłanka skutkująca odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 pzp, i braku odmiennych wniosków Stron na posiedzeniu, Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Strony podtrzymały swoje dotychczasowe stanowiska.

10 marca 2011 r. (pismem z tej daty) Polkomtel S.A. z siedzibą w Warszawie zgłosiła do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wnosząc oddalenie odwołania jako bezzasadnego.

Żadna ze Stron nie kwestionowała interesu Polkomtel S.A. 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).

Izba ustaliła, co następuje:

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z 27 stycznia 2011 r. pod nr 31616-2011, w tym samym dniu Zamawiający zamieścił ogłoszenie w swojej siedzibie oraz na swojej stronie internetowej (www.mzbwalbrzych.pl), na której udostępnił również s.i.w.z.

Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

Odwołujący złożył ofertę z najniższą „ceną łączną” (przyjętą w s.i.w.z. dla porównania ofert) wynoszącą 64.168,73 zł, przy czym z postanowień rozdziału XI s.i.w.z. wynika, iż tak określona cena oferty stanowi jedyne kryterium oceny ofert.

W specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w brzmieniu uwzględniającym jej zmianę wprowadzoną *Modyfikacją* z 7 lutego 2011 r., Zamawiający zawarł nadto następujące postanowienia istotne dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy.

W rozdziale II *Przedmiot zamówienia i termin jego realizacji*, w pkt. 1 *Opis przedmiotu zamówienia*:

„Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług telekomunikacyjnych w zakresie telefonii komórkowej wraz z dostawą telefonów komórkowych zwanych w dalszej części SIWZ *usługami telekomunikacyjnymi* dla Miejskiego Zarządu Budynków sp. z o.o. w Wałbrzychu na numerach telefonów obecnie użytkowanych.

- 1) (...)
- 2) Zakres świadczenia usług telekomunikacyjnych: Obejmuje połączenia głosowe do krajowych sieci telefonii komórkowych, krajowych sieci telefonii stacjonarnych, połączenia międzynarodowe oraz inny ruch do sieci publicznej: serwisy informacyjne, linie informacyjne, połączenia z biurami numerów, wysyłanie i odbieranie SMS, MMS, transmisję danych.
- 3) (...)
- 4) Zamawiający wymaga zachowania dotychczasowej numeracji telefonicznej. Koszty zachowania dotychczasowej numeracji poniesie Zamawiający.

/Zamawiający w pkt 5 *Modyfikacji* s.i.w.z. z 7 lutego 2011 r. wprowadził następującą zmianę tego postanowienia: „Zamawiający modyfikuje zapisy w Rozdz. II pkt 1 ppkt 1, 4 i 5 SIWZ w taki sposób, że przeniesienie numerów nastąpi zgodnie z ROZPORZĄDZENIEM MINISTRA INFRASTRUKTURY z dnia 16 grudnia 2010 r. w

Sygn. akt KIO 479/11

sprawie warunków korzystania z uprawnień w publicznych sieciach telefonicznych (Dz. U. z dnia 28 grudnia 2010 r.)”/

5) (...)

- 6) - cena za 1 sms krajowy nie może być wyższa niż 0,20 gr. netto
- cena za 1 mms krajowy nie może być wyższa niż 0,30 gr. netto
- cena za aktywację kart SIM nie wyższa niż 1 zł netto
- uruchomienie sieci firmowej obejmującej wszystkie aktywne karty SIM Zamawiającego za cenę nie wyższą niż 1 zł
- bezpłatne przeniesienie niewykorzystanej puli minut na następny okres rozliczeniowy i kumulowanie na czas obowiązywania umowy (indywidualnie dla każdego numeru)
- bezpłatne informowanie o wykorzystaniu przez każdego użytkownika Zamawiającego ustalonego limitu,
- pakiet aktywnych usług tj. oczekiwanie na połączenie, dokonanie połączeń, zawieszenie połączeń, połączenia z numerami alarmowymi,
- bezpłatna wymiana wadliwej lub skradzionej karty SIM
- bezpłatne inicjowanie połączeń telefonicznych
- bezpłatne świadczenie usługi poczty głosowej obowiązuje w połączeniach krajowych,
- bezpłatne świadczenie usługi ukrywania przez użytkownika identyfikacji numeru,
- 7) Szczegółowe wymagania w zakresie dostawy telefonów komórkowych:
- dostarczone komórkowe aparaty telefoniczne będą fabrycznie nowe wolne od wad fizycznych oraz będą wyposażone w standardowe akcesoria oferowane w komplecie z telefonem przez producenta

(...)

- 15) W przypadku wprowadzenia przez Wykonawcę w trakcie umowy nowych rozwiązań abonamentowych lub technologicznych, Wykonawca zaoferuje dostęp do nich Zamawiającemu, z zastrzeżeniem, że nowe rozwiązania abonamentowe lub technologiczne muszą być tożsame z przedmiotem zamówienia i nie będą powodować wzrostu wysokości opłat”.

/Powyżej przytoczone postanowienia z pkt 1 rozdziału II s.i.w.z. zostały wskazane w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty jako nieuwzględnione w projekcie umowy przez Odwołującego/

Ponadto w końcowej części pkt. 1 rozdziału II s.i.w.z. (na stronie 10) zamieszczono uwagę następującej treści:

„**UWAGA:**

Wykonawca zobowiązany jest przedstawić projekt umowy, zawierający wszystkie postanowienia zawarte w opisie przedmiotu zamówienia, tj. Rozdział II pkt. 1 SIWZ oraz dodatkowy zapis jak poniżej:

Zamiany do niniejszej umowy mogą być dokonywane pod rygorem jej nieważności wyłącznie w formie pisemnej na podst. art. 144 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.”

Projekt umowy należy załączyć do oferty. Musi on być zgodny z SIWZ”.

W rozdziale XX *Inne postanowienia:*

„1. Zamawiający dopuszcza możliwość zmiany umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego. Zmiana umowy jest możliwa w razie zmiany w przepisach prawa podatkowego, które dotyczą świadczenia usług lub dokonywania dostaw stanowiących przedmiot umowy, w szczególności zmian w zakresie ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług, przepisów wykonawczych do niej lub aktów prawnych, które tę ustawę lub przepisy wykonawcze zastąpią. Warunkiem zmiany umowy jest wystąpienie w okresie obowiązywania umowy takiej zmiany w przepisach prawa podatkowego, która wpływa na obowiązki lub uprawnienia którejkolwiek ze stron umowy powodując zmniejszenie, zwiększenie, likwidację lub powstanie obowiązków podatkowych. Zmiana umowy jest dopuszczalna jeżeli odzwierciedla zmiany w przepisach prawa podatkowego.

- a) termin realizacji umowy – wskutek wystąpienia okoliczności, niezależnych od stron umowy związanych z koniecznością zmiany okresu realizacji zamówienia (maksymalnie do 3 miesięcy)
- b) w przypadku wprowadzenia przez Wykonawcę w trakcie umowy nowych rozwiązań abonamentowych lub technologicznych, Wykonawca zaoferuje dostęp do nich Zamawiającemu, z zastrzeżeniem, że nowe rozwiązania abonamentowe lub technologiczne muszą być tożsame z przedmiotem zamówienia, nie mogą być gorsze niż wynikające z zawartej umowy oraz nie mogą powodować zmian umowy niekorzystnych dla Zamawiającego, w szczególności nie mogą powodować wzrostu wysokości opłat.
- c) jeżeli wystąpiły okoliczności, których przy dołożeniu należytej staranności strony na dzień podpisania umowy przewidzieć nie mogły, a wynikają one ze zmian przepisów prawa, które nastąpiły w czasie realizacji zamówienia, lub wystąpią zdarzenia związane z siłą wyższą”.

/Powyżej przytoczone postanowienia z rozdziału XX s.i.w.z. zostały wskazane w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty jako nieuwzględnione w projekcie umowy przez Odwołującego, z tą różnicą, że postanowienie z lit. c zostało przytoczone w brzmieniu nadanym *Modyfikacją* z 7 lutego 2011 r. postanowieniu ppkt. 6 pkt 1 rozdziału II, a nadto

Zamawiający wskazał, iż Odwołujący nie zawarł następującego postanowienia: „Innych – mogących mieć wpływ na niezakończenie przedmiotu umowy przyczyn niezależnych od stron”/.

W Odpowiedzi na pytania z 7 lutego 2011 r.:

Pytanie nr 16: „Prośba o doprecyzowanie w zakresie uwagi na końcu rozdziału II SIWZ. Zgodnie z art. 36 ust. 1 obowiązek wskazania istotnych dla stron postanowień, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy, ogólnych warunków umowy, albo też wzoru umowy obciąża zamawiającego. Tymczasem SIWZ nie zawiera ani wzoru umowy (do przedłożenia którego zresztą zamawiający zobligował wykonawcę) ani istotnych postanowień – tym samym wykonawca nie może przygotować wzoru”.

Odpowiedź nr 16: „Na podstawie art. 36 ust. 1 pkt 16 Zamawiający może wymagać od Wykonawcy przygotowania wzoru umowy a wszystkie istotne dla stron postanowienia Zamawiający określił w SIWZ, szczególnie w rozdziale II i XX”.

W rozdziale X Cena ofertowa, waluta ofert, wynagrodzenie:

„W ofercie należy podać cenę brutto za całość zadania będące przedmiotem niniejszego postępowania przetargowego (załącznik nr 1). W przypadku abonamentu należy przyjąć dla wszystkich *Obliczoną cenę brutto za całość zadania w formularzu cenowym (załącznik nr 1A) Wykonawca zobowiązany jest przenieść do formularza oferty (załącznik nr 1)*”. /pkt 1/

„Wykonawca musi wypełnić wszystkie pozycje formularza cenowego. Brak wypełnienia choćby jednej pozycji w formularzu będzie skutkowało odrzuceniem oferty”. /pkt 2/

„Rozliczenia zamówienia będzie następować w cyklach miesięcznych za rzeczywiście wykonane połączenia i usługi będące przedmiotem niniejszego postępowania przetargowego powiększone o abonament zgodnie z cenami wynikającymi z formularza cenowego załączonego do oferty”. /pkt 3/

„Podstawą rozliczenia z Wykonawcą będą ceny jednostkowe z formularza cenowego”. /pkt 5/

„ Wykonawca zobowiązany jest do załączenia do oferty, informacji na temat aktualnie obowiązującej taryfy wg której cennika Wykonawca będzie obciążał Zamawiającego za pozostałe usługi tj: w szczególności opłaty za MMS-y, za połączenia zagraniczne, za połączenia w roamingu zagranicznym, MMS-y i SMS-y w roamingu zagranicznym, opłaty za transmisję danych w kraju i międzynarodowym roamingu. Niniejsza informacja jest integralną częścią złożonej oferty”. /pkt 6/

W ofercie Odwołującego znalazły się między innymi następujące informacje i oświadczenia.

W sporządzonym na druku załącznika nr 1 s.i.w.z. formularzu *Oferta*:

„Oferujemy wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę ofertową:

Cena brutto za całość zadania 64 168,73 zł (...)” /pkt 3/

„Oferuję (-y) wykonanie zamówienia w terminach określonych w SIWZ”. /pkt 4/

„Oświadczam (-y), że uważamy(-y) się za związanego (-nych) ofertą przez 30 dni od terminu składania ofert, wyznaczonego przez Zamawiającego”. /pkt 5/

„Oświadczam(-y), że zapoznałem się z treścią SIWZ, wyjaśnień oraz jej modyfikacji i nie wnoszę(my) do niej zastrzeżeń oraz przyjmujemy warunki w niej zawarte”. /pkt 11/

„Oświadczam(-y), że przyjmujemy sposób płatności zgodny z zapisami SIWZ i projektu umowy”. /pkt.12/

„Oświadczam(-y), że zdobyłem (-liśmy) wszelkie informacje, które były potrzebne do przygotowania oferty oraz, że wyceniłem wszystkie elementy niezbędne do prawidłowego wykonania umowy, oraz akceptujemy warunki określone w postępowaniu”. /pkt. 13/

„Oświadczam(-y), że oferowane ceny uwzględniają wszystkie uwarunkowania oraz czynniki związane z realizacją zamówienia, z którymi się zapoznaliśmy i obejmują cały zakres rzeczowy zamówienia”/ pkt. 14/

„Załączniki do oferty (zgodnie z SIWZ):

1. Formularz cenowy wg. Załącznika nr 1a do SIWZ,
(...)
5. Cennik usług Wykonawcy w taryfie Optymalny 100 na podstawie którego Wykonawca będzie obciążał Zamawiającego za pozostałe usługi,
6. Cennik usług Wykonawcy w roamingu,
7. Projekt Umowy przetargowej tzw. wiodącej,
8. Wzór Umowy o Świadczenie Usług Telekomunikacyjnych,
9. Regulamin świadczenia usług telekomunikacyjnych w sieci Wykonawcy”.

W sporządzonym na druku załącznika nr 2 s.i.w.z. *Formularzu cenowym*, określono (netto i brutto) stały koszt abonamentu miesięcznego dla 4 rodzajów taryf, w tym koszt SMS krajowego, koszt MMS krajowego oraz jednorazową cenę za każdy z 4 rodzajów telefonów komórkowych, w szczególności wskazując, iż cena netto dla SMS krajowego wynosi 0,20 zł, a dla MMS krajowego: 0,24 zł.

W Projekcie - Umowie przetargowej nr o świadczenie usług telefonii komórkowej wraz z dostawą telefonów dla Miejskiego Zarządu Budynków w Wałbrzychu:

„Przedmiotem niniejszej umowy jest świadczenie usług telekomunikacyjnych w zakresie telefonii komórkowej wraz z dostawą, fabrycznie nowych aparatów telefonicznych dla Miejskiego Zarządu Budynków Sp. z o.o. w Wałbrzychu, ul. Generała Andersa 48, 58-304 Wałbrzych, a w szczególności świadczenie usług w zakresie telefonii komórkowej, obejmującej 72 numery abonenckie, wraz z dostawą fabrycznie nowych 72 aparatów telefonicznych dla Miejskiego Zarządu Budynków Sp. z o.o., zgodnie z harmonogramem zakończenia umów na poszczególne karty SIM, zgodnie z SIWZ”. /§ 2 ust. 1/

„Operator dokona przeniesienia i aktywacji numerów przydzielonych przez dotychczasowego operatora zgodnie z rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 16 grudnia 2010 r. w sprawie warunków korzystania z uprawnień w publicznych sieciach telefonicznych (Dz. U. z dnia 28 grudnia 2010 r.)”. /§ 2 ust. 2/

„Połączenia wykonywane pomiędzy numerami objętymi niniejszym zamówieniem publicznym będą bezpłatne (sieć firmowa). Zamawiający nie dopuszcza opłat za świadczenie usługi sieci korporacyjnej. Bezpłatne połączenia w ramach Sieci korporacyjnej dotyczą numerów przejętych przez Wykonawcę i nowych”. /§ 2 ust. 3/

„Zamawiający nie dopuszcza możliwości ponoszenia kosztów związanych z rozpoczęciem świadczenia usług poza wymienionym w SIWZ, chyba że usługi te zostaną dodatkowo zamówione przez Zamawiającego”. /§ 2 ust. 5/

„W przypadku wprowadzenia przez Wykonawcę w trakcie umowy nowych rozwiązań abonamentowych lub technologicznych, Wykonawca zaoferuje dostęp do nich Zamawiającemu, z zastrzeżeniem, że nowe rozwiązania abonamentowe lub technologiczne będą tożsame z przedmiotem zamówienia i nie będą powodować wzrostu wysokości opłat”. /§ 2 ust. 6/

„Strony ustalają jednostkowe wynagrodzenie ryczałtowe za świadczenie usług, będących przedmiotem niniejszej Umowy, zgodnie z formularzem cenowym, stanowiącym załącznik nr 1A do niniejszej Umowy w następujących wysokościach: (...)”. /§ 4 ust. 1/

/W postanowieniu tym wykropkowane pola, dotyczące kwot za ceny jednostkowe za miesięczny abonament, 1 SMS krajowy, 1 MMS krajowy oraz za poszczególne typy telefonów, pozostawiono puste/

„Ceny pozostałych usług, niewymienionych w ust. 1, będą zgodne z cennikiem dla klienta biznesowego w najwyższym dostępnym abonamencie, obowiązującym u Wykonawcy. Zamawiający poza opłatą stałą abonamentową będzie opłacał miesięcznie, również pozostałe należności związane z usługami świadczonymi przez Wykonawcę,

Sygn. akt KIO 479/11

naliczane zgodnie z cennikiem Wykonawcy obowiązującym w dniu podpisania umowy”. /§ 4 ust. 4/

„Operator dokona przeniesienia i aktywacji numerów przydzielonych przez dotychczasowego operatora zgodnie z rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 16 grudnia 2010 r. w sprawie warunków korzystania z uprawnień w publicznych sieciach telefonicznych (Dz. U. Nr 97, poz. 810), ustawą z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (Dz. U. z 2004r., Nr 171, poz. 1800 ze zm.) oraz zgodnie z procedurami i regulaminami Operatora powstałymi na podstawie powyższych przepisów”. /§ 7 ust. 3/

„Zmiany do niniejszej Umowy mogą być dokonane pod rygorem jej nieważności wyłącznie w formie pisemnej na podst. art. 144 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych”. /§ 13 ust. 1/

„Wykonawca świadczy usługi telekomunikacyjne zgodnie z niniejszą Umową, formularzem cenowym, będącym załącznikiem nr 1a do niniejszej Umowy, cennikiem usług telekomunikacyjnych i regulaminem świadczenia usług telekomunikacyjnych”. /§ 13 ust. 2/

W Umowie o świadczenie usług telekomunikacyjnych dla klientów korporacyjnych (dalej „Umowa”) warunki ogólne:

„Umowa obejmuje świadczenie przez Operatora następujących rodzajów usług na rzecz Abonenta: usługi zapewnienia przyłączenia do sieci telekomunikacyjnej Operatora lub sieci innych operatorów współpracujących, usługi wykonywania i odbierania połączeń głosowych, usługi transmisji danych, usługi wysyłania i odbierania krótkich wiadomości tekstowych (SMS) oraz usługi wysyłania i odbierania wiadomości multimedialnych, usługi poczty głosowej, usługi lokalizacyjne oraz inne rodzaje usług dostępne w publicznych sieciach telekomunikacyjnych Operatora lub sieciach innych operatorów współpracujących. Wymienione rodzaje usług są świadczone w ramach pakietów taryfowych (zwanych również planami taryfowymi) wraz z dodatkowymi opcjami usług wybranymi przez Abonenta”. /§ 4 *Przedmiot umowy* ust. 1/

Powyższe Izba ustaliła na podstawie przekazanej Izbie dokumentacji postępowania w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego, w szczególności: ogłoszenia o zamówieniu, s.i.w.z., zmiany s.i.w.z. z 7 lutego 2011 r., odpowiedzi na pytania do s.i.w.z. z 7 lutego 2011 r., protokołu postępowania oraz oferty Odwołującego.

Uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i Uczestnika zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie oraz zgłoszeniu przystąpienia, a także przedstawione ustnie w toku

rozprawy do protokołu przez Odwołującego i Przystępującego po stronie Zamawiającego, Izba zważyła, co następuje:

Wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia 27 stycznia 2011 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).

W ocenie Izby Odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdyż zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 pzp ma zarówno interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się interesem, gdyż złożył ofertę z najniższą ceną, stanowiącą jedyne kryterium oceny złożonych ofert, co stwarza mu realną szansę na uzyskanie zamówienia. Jednocześnie bezpodstawne odrzucenie oferty przez Zamawiającego naraża Odwołującego na szkodę z powodu niezyskania odpłatnego zamówienia publicznego.

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.

Na wstępie Izba zważyła, iż 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.

W ocenie Izby potwierdził się zarzut, iż zupełnie 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. polegającą na braku zamieszczenia w projekcie umowy postanowień z rozdziału XX s.i.w.z.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie uznał brak zamieszczenia w projekcie umowy Odwołującego tych postanowień, dotyczących okoliczności uzasadniających zmiany

zawartej umowy, za szczególnie istotny. Izba zważyła, iż wbrew stanowisku Zamawiającego, w postanowieniach s.i.w.z. brak jest wymagania zamieszczenia w przygotowanym przez wykonawców projekcie umowy szczegółowych postanowień z rozdziału XX. Zamieszczona w rozdziale II na stronie 10 s.i.w.z. i podkreślona uwaga wprost wskazuje, po pierwsze – na wymaganie zamieszczenia w projekcie umowy wszystkich postanowień opisu przedmiotu zamówienia zawartych w tym rozdziale. Po drugie – w zakresie dotyczącym zmian umowy, Zamawiający zobowiązał wykonawców do zamieszczenia w tym projekcie jednozdaniowego postanowienia (przytoczonego w ustaleniach faktycznych niniejszego uzasadnienia), którego brzmienie podał kursywą i w cudzysłowie – odwołującego się do przepisu art. 144 ust. 1 pzp jako podstawy do dokonywania zmian zawartej umowy w sprawie zamówienia publicznego i określającego formę pisemną dla tych zmian. Natomiast w odpowiedzi na pytanie nr 16, wnioskuje o doprecyzowanie tej uwagi, Zamawiający poprzestał 7 lutego 2011 r. na zajęciu stanowiska, iż z przepisu art. 36 ust. 1 pkt 16 pzp wynika, iż może wymagać od wykonawców przygotowania wzoru umowy, oraz stwierdzeniu, że określił w s.i.w.z. wszystkie istotne dla stron postanowienia, szczególnie w rozdziale II i XX. Jednocześnie *Modyfikacją s.i.w.z.* z tego samego dnia wprowadził zmiany do rozdziału II, nie dokonując jednak żadnych zmian w zakresie brzmienia zamieszczonej w nim uwagi. Odwołujący zamieścił w ust. 1 § 13 projektu umowy wiodącej postanowienie w brzmieniu identycznym jak wymagane przez Zamawiającego w uwadze na stronie 10 rozdziału II s.i.w.z.

Nadto Izba zważyła, iż postanowienia ppkt 15 pkt. 1 rozdziału II oraz lit. b pkt. 1 rozdziału XX s.i.w.z., dotyczące wpływu wdrożenia przez wykonawcę nowych rozwiązań abonamentowych lub technicznych w trakcie obowiązywania umowy, miały pierwotnie identyczne brzmienie. W wyniku modyfikacji z 7 lutego 2011 r. (pkt 8 modyfikacji z 7 lutego 2011 r.) w pierwszym z tych postanowień skreślono fragment „nie mogą być gorsze niż wynikające z zawartej umowy oraz nie mogą powodować zmian umowy niekorzystnych dla Zamawiającego”, i w takim kształcie zostało ono uwzględnione przez Odwołującego w ust. 6 § 2 projektu umowy. Pomimo wykreślenia fragmentu bezpośrednio nawiązującego do zmian umowy, w zobowiązaniu się do zaoferowania Zamawiającemu takich nowych rozwiązań abonamentowych i technologicznych bez wzrostu wysokości uiszczanych opłat, zawiera się dorozumiana zgoda Odwołującego na ewentualnie z tym związaną zmianę umowy. Na powyższe wskazuje również zawiadomienie o odrzuceniu oferty, w którym Zamawiający, pomimo wprowadzonej modyfikacji, nadal utożsamiał brzmienie obu tych postanowień.

Niezrozumiałe jest zatem stanowisko Zamawiającego, iż rzekomo za bezsporną można uznać okoliczność, iż brak zamieszczenia szczegółowych postanowień rozdziału XX s.i.w.z. w projekcie umowy Odwołującego, przesądza o istotnych brakach w treści jego oferty. Zamawiający nie może po terminie składania ofert egzekwować od wykonawców

swoich wymagań niewynikających z konkretnych, jasnych i zrozumiałych postanowień s.i.w.z., choćby nie oddawały one w pełni jego intencji, które były pobudką ich wprowadzenia. Na marginesie Izba stwierdza, iż w przekazanej kopii dokumentacji nie sposób stwierdzić źródła dla podstawy zmiany umowy wskazanej w czwartym wypunktowaniu zawiadomienia o odrzuceniu oferty w zakresie dotyczącym postanowień rozdziału XX s.i.w.z.

W ocenie Izby potwierdził się również zarzut, iż przedwczesne 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. polegającą na braku zamieszczenia w projekcie umowy niektórych postanowień z rozdziału II s.i.w.z.

Na wstępie Izba zważyła, iż argumentacja Odwołującego rozciągająca ten zarzut na przepisy art. 25 ust. 1 oraz art. 26 ust. 2 pzp, nie może zostać uznana za trafną w niniejszej sprawie. Odmienne, niż w sprawach sygn. akt KIO/UZP 637/08 i 659/08, Zamawiający nie wymagał dołączenia „podpisanego lub zaparafowanego projektu umowy”, którego treść określił jako jeden z załączników do s.i.w.z., lecz wymagał przygotowania we własnym zakresie przez wykonawców projektu umowy tzw. wiodącej w stosunku do ogólnych warunków umów (owu) i regulaminów obowiązujących u danego operatora telekomunikacyjnego, uwzględniającego postanowienia opisu przedmiotu zamówienia. Odwołujący nie zakwestionował po uzyskaniu dostępu do s.i.w.z. tego wyrażonego wprost w jej treści wymagania, zatem zobowiązany był do jego uwzględnienia przy sporządzaniu treści oferty. Nie zmienia tego okoliczność, iż *de facto* wystarczające dla Zamawiającego okazało się przeniesienie tych postanowień do projektu umowy w brzmieniu niezmienionym w stosunku do ustalonego w pkt. 1 rozdziału II s.i.w.z. Zamawiający miał prawo zabezpieczyć się ponad wszelką wątpliwość, iż jego wymagania będą miały pierwszeństwo przed potencjalnie rozbieżnymi z nimi postanowieniami owu i regulaminów, stosowanymi przez danego wykonawcę w prowadzonej działalności komercyjnej. Izba nie podziela również stanowiska o możliwości, choćby potencjalnego, zaklasyfikowania projektu umowy jako dokumentu o charakterze przedmiotowym w rozumieniu przepisu art. 25 ust. 1 pkt 2 pzp. Również w przywołanej przez Odwołującego sprawie sygn. akt KIO 2337/10 Krajowa Izba Odwoławcza wskazała na brak takiej możliwości, gdyż następane zdanie po przytoczonym w odwołaniu brzmi: „W skrajnym przypadku, doprowadzając *ad absurdum*, wnioski wypływające z przyjęcia takiego stanowiska, należałoby uznać, iż również *dokument* zawierający podstawową treść zobowiązania, którym zazwyczaj jest formularz ofertowy podlega uzupełnieniu na podstawie ww. przepisu”.

Odnosząc się do konkretnych braków wskazanych przez Zamawiającego w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty, Izba zważyła, co następuje. Wobec tego, że koszt netto dla SMS krajowego i MMS krajowego został skonkretyzowany przez Odwołującego w formularzu ofertowym odpowiednio na 0,20 zł i 0,24 zł, a więc na poziomie nieprzekraczającym maksymalne kwoty wskazane przez Zamawiającego w wypunktowaniu 1 i 2 (pod tabelą) ppkt. 6 pkt. 1 rozdziału II s.i.w.z., zupełnie bez znaczenia jest brak przytoczenia w projekcie umowy tych postanowień w brzmieniu ogólniejszym, wskazującym, na to, iż ceny netto za te usługi nie mogą być wyższe niż odpowiednio: 0,20 gr i 0,30 gr.

Odnosząc się do innych elementów wskazanych w ppkt. 6 pkt 1 rozdziału II s.i.w.z., takich jak: ceny za aktywację kart SIM nie wyższej niż 1 zł netto, uruchomienia sieci firmowej za cenę nie wyższą niż 1 zł, bezpłatnego przenoszenia niewykorzystanej puli minut na następny okres rozliczeniowy z kumulowaniem przez okres obowiązywania umowy dla każdego numeru indywidualnie, bezpłatnego informowania o wykorzystaniu przez każdego użytkownika ustalonego limitu, pakietu aktywnych usług (oczekiwanie na połączenie, dokonanie połączeń, zawieszenie połączeń, połączenia z numerami alarmowymi), bezpłatnej wymiany wadliwej lub skradzionej karty SIM, bezpłatnego inicjowania połączeń telefonicznych oraz bezpłatnego świadczenia usług ukrywania przez użytkownika identyfikacji numeru – jedynym uchybieniem wskazanym przez Zamawiającego w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty jest nieprzytoczenie ich treści w projekcie umowy Odwołującego. Zamawiający nie wykazał natomiast w odpowiedzi na odwołanie, że z treści oferty złożonej przez Odwołującego wynika, iż nie oferuje on Zamawiającemu świadczenia tych usług dodatkowych lub wynika, iż oferuje je Zamawiającemu za wyższą cenę niż dopuszczona w opisie przedmiotu zamówienia.

Natomiast wymaganie z ppkt. 4 pkt. 1 rozdziału II s.i.w.z., w brzmieniu nadanym przez Zamawiającego *Modyfikacją s.i.w.z. z 7 lutego 2011r. (pkt. 5 modyfikacji)*, zostało odzwierciedlone w postanowieniu § 2 ust. 2 projektu umowy, które mówi o przeniesieniu i aktywacji numerów przydzielonych przez dotychczasowego operatora zgodnie z rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 16 grudnia 2010 r. w sprawie warunków korzystania z uprawnień w publicznych sieciach telefonicznych (Dz. U. Nr97, poz. 810) – a więc nawet w sposób bardziej wyczerpujący, niż ostatecznie wymagany przez Zamawiającego.

Nie ma również wpływu na merytoryczną zgodność treści oferty z opisem przedmiotu zamówienia, brak dosłownego przytoczenia przez Odwołującego w projekcie umowy postanowień ppkt. 2 i 7 pkt. 1 rozdziału II s.i.w.z. Nawet pomijając, iż treść § 2 ust. 1, choć jest ona krótsza niż wymagana przez Zamawiającego, to zawiera odwołanie, iż zakres świadczenia usług telekomunikacyjnych oraz dostawa fabrycznie nowych aparatów

telefonicznych ma być zgodny z s.i.w.z., to zakres usług telekomunikacyjnych w pełni obejmujący wyliczenie Zamawiającego, został wskazany w § 4 ust. 1 ogólnych warunków umowy stosowanych przez Odwołującego jako operatora telekomunikacyjnego. Natomiast zupełnie nieistotna jest rozbieżność polegająca na braku literalnego wskazania, iż dostarczone fabrycznie nowe aparaty telefoniczne mają być wolne od wad i kompletne pod względem standardowego wyposażenia, gdyż jest to oczywiste i wynika z istoty umowy sprzedaży rzeczy nowych, których własność ma być przeniesiona na nabywcę (rękojmia za wady fizyczne rzeczy sprzedanej z kodeksu cywilnego).

Wobec tego nie została w żaden sposób podważona wiarygodność oświadczeń zawartych w treści oferty Odwołującego, który zgodnie z wymaganiem Zamawiającego założył oświadczenia w tym zakresie, po pierwsze, potwierdzające zapoznanie się z treścią s.i.w.z. w jej ostatecznym brzmieniu i akceptację warunków z niej wynikających (pkt 11 formularza ofertowego), po drugie, potwierdzające wymagany sposób płatności (pkt 12 formularza ofertowego), po trzecie, potwierdzające uzyskanie wszelkich niezbędnych do przygotowania oferty informacji, dokonanie wyceny wszystkich elementów niezbędnych do prawidłowego wykonania umowy, przy ponownym potwierdzeniu akceptacji warunków określonych w postępowaniu (pkt. 13 formularza ofertowego), wreszcie potwierdzające, że oferowane ceny uwzględniają wszystkie uwarunkowania oraz czynniki związane z realizacją zamówienia i obejmują cały zakres rzeczowy zamówienia postępowaniu (pkt. 14 formularza ofertowego). W ocenie Izby, w oświadczeniach tych chodzi niewątpliwie o warunki przedmiotowe s.i.w.z., zatem warunki dotyczące przedmiotu zamówienia, gdyż odnośnie podmiotowych warunków udziału w postępowaniu zostało złożone 5 innych wymaganych przez Zamawiającego oświadczeń (pkt. 6 do 10 formularza ofertowego). Również Przystępujący w toku rozprawy nie wskazał na żadne konkretne elementy treści oferty Odwołującego, które stałyby w sprzeczności z tymi oświadczeniami Odwołującego potwierdzającymi zgodność oferowanego przedmiotu zamówienia z wymaganym przez Zamawiającego. Wobec liczby wymaganych i złożonych oświadczeń, trudno uznać, iż w niniejszym postępowaniu mają one charakter ogólnikowy i nieistotny dla ustalenia merytorycznej treści złożonej przed Odwołującego oferty. Na marginesie Izba zauważyła, iż z powyższym ustaleniem Izby nie stoją przywołane w odpowiedzi na odwołanie orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej w innych sprawach, gdyż: w sprawie sygn. akt KIO 1127/10 Izba, biorąc pod uwagę między innymi ogólne oświadczenia zawarte w treści oferty, nakazała dokonanie poprawienia stwierdzonych rozbieżności w kosztorysie ofertowym w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp; w sprawie sygn. akt. KIO 1045/10, chodziło o niemożność zastąpienia brakującej konkretyzacji treści oferty treścią ogólnych oświadczeń, który nie mogły wobec tego ich zastąpić; z uzasadnienia orzeczenia w sprawie sygn. akt. KIO 465/10 Zamawiający

przytoczył ogólne, wstępne i powszechnie podzielane rozważania, wskazujące jednak również na konkretne dokumenty dookreślające i precyzujące, wśród których nie wymieniono wzoru umowy; wreszcie w sprawie sygn. akt KIO/UZP 509/10 ponownie chodziło o brak skonkretyzowania w treści oferty parametrów (kredytu), których wielkość nie została z góry narzucona przez zamawiającego w sposób jednakowy dla wszystkich wykonawców.

Tymczasem to na Zamawiającym ciążył obowiązek wskazania w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty rzeczywistych i konkretnych podstaw dla ustalenia, iż treść złożonej przez Odwołującego oferty jest sprzeczna z treścią w s.i.w.z. w taki sposób, iż nie podlega to poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. Izba zważyła bowiem, iż przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp obliguje zamawiających do dokonania poprawy innych niż oczywiste pisarskie i rachunkowe omyłek, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty. W doktrynie i orzecznictwie utrwalony jest pogląd, iż niezgodność treści oferty z treścią s.i.w.z., a także możliwość usunięcia takiej niezgodności w drodze poprawienia omyłek innych niż pisarskie i rachunkowe, powinna być odrębnie badana w każdym konkretnym przypadku, z uwzględnieniem całokształtu związanych z nim okoliczności. Ma to w szczególności zastosowanie do przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp, który nie określa enumeratywnego katalogu możliwych do poprawienia niezgodności z treścią s.i.w.z. i posługuje się nieostrą kategorią „istotności” jako granicy dopuszczalnych zmian treści oferty. Jest to o tyle istotne, iż poprawienie omyłek w treści oferty jest obligatoryjne dla każdego zamawiającego w razie łącznego zajścia następujących przesłanek: po pierwsze – ustalenia, że stwierdzona niezgodność treści oferty z treścią s.i.w.z. ma charakter omyłki, po drugie – stwierdzenia, iż poprawienie tej omyłki nie spowoduje właśnie istotnych zmian treści złożonej oferty.

W ocenie Izby w ustalonym stanie faktycznym niniejszej wynika, iż brak przytoczenia przez Odwołującego w projekcie umowy wszystkich postanowień wskazanych w pkt 1 rozdziału II s.i.w.z. ma znamiona omyłki z przepisu art. 87 ust. 1 pkt 3 pzp. Przemawia za tym okoliczność, iż Odwołujący wypełnił i złożył wszystkie wymagane elementy treści oferty wynikające z zakresu przygotowanych przez Zamawiającego formularzy s.i.w.z.: Formularza oferty z oświadczeniami (załącznik nr 1) i Formularza cenowego (załącznik nr 2), prawidłowo konkretyzując wymagane tam elementy treści oferty (koszt abonamentu miesięcznego dla poszczególnych taryf, koszt SMS krajowego, koszt MMS krajowego, ceny za telefon komórkowy) oraz składając wszystkie wymagane oświadczenia dotyczące zgodności przedmiotu oferty z przedmiotem zamówienia określonym w s.i.w.z. Natomiast Odwołujący w obliczu zadania przygotowania we własnym zakresie projektu umowy tzw. wiodącej, w stosunku do gotowych warunków ogólnych i regulaminu umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych, którymi posługuje się standardowo w obrocie jako operator telekomunikacyjny, nie przeniósł do niego niektórych, lub przeniósł w brzmieniu

niedokładnym, postanowień pkt. 1 rozdziału II s.i.w.z, których ujęcia w takim projekcie wymagał wprost Zamawiający w uwadze zamieszczonej w tym rozdziale. Na przeszkodzie temu ustaleniu nie stoi stanowisko Odwołującego, iż nie widział on potrzeby dokładnego przepisywania tych postanowień, których treść w sposób wiążący wykonawców została ustalona przez Zamawiającego. Wskazuje ono bowiem na to, iż Odwołujący składając ofertę działał w przeświadczeniu, iż w wystarczający sposób dał wyraz akceptacji realizacji przedmiotu zamówienia na warunkach określonych przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia. W okolicznościach niniejszej sprawy nie spowodowało to powstanie nieusuwalnej sprzeczności złożonej oferty z treścią s.i.w.z., lecz pewien nieład postanowień projektu umowy podlegający uporządkowaniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp.

Istotność zmiany treści oferty Odwołującego należy bowiem ocenić z uwzględnieniem specyfiki postępowania prowadzonego przez Zamawiającego, w tym wymagań s.i.w.z. dotyczących treści oferty, możliwości poprawienia treści oferty bez konieczności aktywnego udziału Odwołującego oraz wpływu dokonanej poprawy na pozycję jego oferty zajmowaną w rankingu ofert. W niniejszej sprawie Zamawiający z góry określił wymagane przez siebie elementy treści projektu umowy w zakresie, który pominął lub niedoskonale odzwierciedlił Odwołujący, nie pozostawiając w tym zakresie żadnego wyboru składającym ofertę wykonawcom, których zadanie sprowadzało się do odpowiedniego ich wkomponowania w postanowienia projektu umowy (tzw. umowy wiodącej). Wobec braku stwierdzenia przez Zamawiającego, iż treść oferty Odwołującego zawiera postanowienia wprost sprzeczne z tymi wymaganiami, nie można uznać, iż wytknięte przez Zamawiającego braki treściowe projektu umowy mają charakter nieusuwalny. Z uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty wynika bowiem, iż Zamawiający bez trudu je zidentyfikował, a *de facto* wymagał przepisania ich do treści projektu umowy w brzmieniu określonym w s.i.w.z., co nie wymaga prowadzenia z Odwołującym żadnych negocjacji co do treści tych postanowień. W tych okolicznościach dokonanie poprawy omyłki nie spowoduje znaczącej ingerencji w treść złożonej przez Odwołującego oferty, gdyż nie wpłynie ani na zadeklarowany termin wykonania zamówienia, ani na cenę oferty, ani na zakres oferowanego świadczenia.

Popołnione przez Odwołującego uchybienia w treści projektu umowy, choć nie stanowią oczywistej omyłki pisarskiej, można zatem uznać za mieszczące się w kategorii tzw. innej omyłki, możliwej do poprawienia na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. – skoro Zamawiający nie stwierdził w toku badania oferty Odwołującego jej rzeczywistej sprzeczności z postanowieniami opisu przedmiotu zamówienia zawartym w s.i.w.z.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, iż naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp: art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 może mieć istotny

wpływ na wynik postępowania, i działając na podstawie przepisów art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy pzp – orzekła jak w sentencji.

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 oferty Odwołującego, a następnie powtórzenia oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, jeżeli nie wyrazi on sprzeciwu na poprawienie w treści swojej oferty (projektu umowy) omyłek stwierdzonych przez Zamawiającego.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w związku 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, na które złożył się wpis uiszczony przez Odwołującego.

Przewodniczący:

.....