

Sygn. akt: KIO 2520/11, KIO 2523/11, KIO 2526/11

**WYROK**  
z dnia 9 grudnia 2011 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki**

**Protokolant: Małgorzata Wilim**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 grudnia 2011 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu **25 listopada 2011 r.** przez wykonawcę **Cyfrowy Polsat S.A. w Warszawie** (sygn. akt KIO 2520/11),
- B. w dniu **25 listopada 2011 r.** przez wykonawcę **Polkomtel S.A. w Warszawie** (sygn. akt KIO 2523/11),
- C. w dniu **25 listopada 2011 r.** przez wykonawcę **GTS Poland sp. z o.o. w Warszawie** (sygn. akt KIO 2526/11),

w postępowaniu prowadzonym przez **Centrum Usług Wspólnych w Warszawie**

przy udziale:

- A. wykonawcy **Polska Telefonia Cyfrowa S.A. w Warszawie** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2520/11, KIO 2523/11, KIO 2526/11 po stronie zamawiającego,
- B. wykonawcy **Polkomtel S.A. w Warszawie** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2520/11, KIO 2526/11 po stronie odwołującego,
- C. wykonawcy **GTS Poland sp. z o.o. w Warszawie** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2520/11, KIO 2523/11 po stronie odwołującego,
- D. wykonawcy **Cyfrowy Polsat S.A. w Warszawie** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2523/11, KIO 2526/11 po stronie odwołującego,

**orzeka:**

**1. oddala wszystkie odwołania,**

**2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Cyfrowy Polsat S.A. w Warszawie**, wykonawcę **Polkomtel S.A. w Warszawie** i wykonawcę **GTS Poland sp. z o.o. w Warszawie** i:**

**2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **45.000 zł 00 gr** (słownie: czterdziestu pięciu tysięcy złotych) uiszczoną przez wykonawcę **Cyfrowy Polsat S.A. w Warszawie**, wykonawcę **Polkomtel S.A. w Warszawie** i wykonawcę **GTS Poland sp. z o.o. w Warszawie** tytułem wpisów od odwołań,**

**2.2. zasądza wykonawcy **Cyfrowy Polsat S.A. w Warszawie**, wykonawcy **Polkomtel S.A. w Warszawie** i wykonawcy **GTS Poland sp. z o.o. w Warszawie** na rzecz **Centrum Usług Wspólnych w Warszawie** kwotę **10.800 zł 00 gr** (słownie: dziesięciu tysięcy ośmiuset złotych) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, w tym kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych) od wykonawcy **Cyfrowy Polsat S.A. w Warszawie**, kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych) od wykonawcy **Polkomtel S.A. w Warszawie** oraz kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych) od wykonawcy **GTS Poland sp. z o.o. w Warszawie**.**

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

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający - Centrum Usług Wspólnych w Warszawie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), którego przedmiotem jest „świadczenie usług telefonii ruchomej wraz z dostawą telefonów komórkowych i modemów z aktywnymi i skonfigurowanymi kartami SIM”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 21 września 2011 r. Nr 2011/S 181-295386.

W dniu 15 listopada 2011 r. zamawiający zamieścił na swej stronie internetowej pismo z dnia 15.11.2011 r., w którym poinformował, że dokonał modyfikacji postanowień SIWZ poprzez wykreślenie postanowienia zobowiązującego wykonawców do zmiany cen za usługi w przypadku obniżenia opłaty interkonektowej oraz postanowień dotyczących zmiany opłat za minutę połączenia w roamingu międzynarodowym i przedłużył termin składania ofert z 18 listopada 2011 r. do dnia 23 listopada 2011 r. Zamieścił również na swej stronie internetowej zmodyfikowaną treść SIWZ. W dniu 15 listopada 2011 r. zamawiający przekazał Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich ogłoszenie o zmianie ogłoszenia o zamówieniu, które zostało opublikowane w dniu 19 listopada 2011 r.

Odwołujący Cyfrowy Polsat S.A. w Warszawie wniósł w dniu 25 listopada 2011 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. W odwołaniu zarzucił zamawiającemu naruszenie artykułu 12a ustęp 2 punkt 1 ustawy Pzp, z uwagi na brak przedłużenia terminu składania ofert, wobec istotnej zmiany ogłoszenia o zamówieniu. Jednocześnie zarzucił zamawiającemu naruszenie artykułu 93 ustęp 1 punkt 7 ustawy Pzp w związku z brakiem unieważnienia postępowania, które obarczone jest istotną wadą, która uniemożliwia zawarcie umowy związanej z zamówieniem publicznym. W uzasadnieniu odwołania odwołujący Cyfrowy Polsat S.A. argumentował, iż dniu 29 września 2011 roku, na stronie internetowej zamawiającego, pojawiło się ogłoszenie o zamówieniu na „świadczenie usług telefonii ruchomej wraz z dostawą telefonów komórkowych i modemów z aktywnymi i skonfigurowanymi kartami SIM numer referencyjny WT/PN/219/11”. Wywodził, że jako potencjalny wykonawca, podjął prace nad przygotowaniem oferty, biorąc w szczególności pod uwagę możliwość świadczenia usług w tym postępowaniu wraz z podwykonawcą. W dniu 3 października 2011 roku, na stronie internetowej zamawiającego, pojawiła się treść odwołań, wniesionych przez inne podmioty telekomunikacyjne, działające na rynku. Podnosił, iż wobec treści odwołań, zdecydował się na kontynuację prac nad przygotowaniem

oferty. Zamawiający przyznał odwołującym rację i w dniu 14 października 2011 opublikował odpowiedzi na odwołania. Równocześnie nieznacznie zmodyfikował specyfikację i przesunął termin składania ofert o ponad 22 dni, uznając najwyraźniej, że zmiana w postępowaniu jest istotna. W dniu 25 października 2011 roku na stronie internetowej zamawiającego pojawiły się kolejne odwołania. Dotyczyły braku zmian w specyfikacji, do których wprowadzenia zobowiązany był zamawiający. W dniu 15 listopada 2011 roku na stronie internetowej zamawiający umieścił zmodyfikowaną specyfikację istotnych warunków zamówienia. Wobec istotnych zmian, dotyczących w szczególności kryteriów oceny ofert, odwołujący - jako potencjalny wykonawca – musiał zmienić całą strategię złożenia oferty w postępowaniu. W szczególności z uwagi na bardzo skomplikowany i złożony charakter zamówienia. Odwołujący Cyfrowy Polsat S.A. wywodził ponadto, że w dniu 19 listopada zmieniona treść zamówienia pojawiła się na stronie Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej (TED). Zamawiający ustalił jednak termin złożenia ofert na 23 listopada 2011 roku. Podkreślał, że zmiana, dokonana przez zamawiającego w ogłoszeniu, dotyczyła kryteriów oceny ofert, co zamawiający sam potwierdził, wyróżniając zmiany czerwoną czcionką w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w rozdziale dotyczącym kryteriów oceny ofert. Wobec powyższego, zgodnie z artykułem 12a ust. 2 ustawy Pzp, stanowiącym że w przypadku istotnej zmiany specyfikacji w zakresie kryteriów oceny ofert, przesunęła się termin składania ofert o 22 dni od daty publikacji, zamawiający, w jego ocenie, zobowiązany był do dokonania przesunięcia tego terminu. Taka zmiana umożliwiłaby odwołującemu przygotowanie i złożenie oferty w postępowaniu. Podkreślał, że w jego ocenie zamawiający poprzez modyfikację specyfikacji, próbował uniknąć zarzutu modyfikowania kryteriów oceny ofert. Mianowicie zmodyfikował jeden ze wskaźników wzoru, wprowadzając w miejsce oferowanej stawki Mr wartość zero. Jednak nie zmodyfikował wzoru, tylko zapisał tę zmianę w innym miejscu specyfikacji, w rozdziale o kryteriach oceny ofert. W oparciu o tak przytoczoną argumentację odwołujący Cyfrowy Polsat S.A. wniósł o unieważnienie postępowania i nakazanie zamawiającemu jego powtórzenia.

Odwołujący Polkomtel S.A. w Warszawie wniósł w dniu 25 listopada 2011 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Zarzucił zamawiającemu:

- 1) naruszenie art. 12a ust. 2 pkt. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przedłużenia terminu składania ofert z uwzględnieniem ustawowego 22 dniowego terminu w związku z koniecznością dokonania istotnej zmiany ogłoszenia o zamówieniu;
- 2) naruszenie art. 38 ust. 4a ustawy Pzp w zw. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie zmiany ogłoszenia o zamówieniu odpowiadającej zmianie SIWZ dokonanej w związku z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 listopada 2011 r.;

- 3) naruszenie art. 93 ust. 1 pkt. 7 ustawy Pzp w zw. z art. 146 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp oraz art. 146 ust. 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia pomimo, iż postępowanie jest obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący Polkomtel S.A. w Warszawie wskazywał, iż w dniu 15 listopada 2011r. w związku z wyrokiem KIO z dnia 4 listopada 2011 r. (sygn. akt KIO 2270/11, KIO 2275/11, KIO 2298/11), nakazującym zamawiającemu dokonanie modyfikacji SIWZ poprzez wykreślenie postanowień zobowiązujących wykonawców do zmiany cen za usługi telekomunikacyjne w przypadku obniżenia opłaty interkonektowej oraz postanowień dotyczących zmiany opłat za połączenia w roamingu międzynarodowym, zamawiający zamieścił na stronie internetowej informację o modyfikacji SIWZ oraz o przedłużeniu terminu złożenia ofert, wyznaczając go na dzień 23 listopada 2011 r. - poprzedni termin wyznaczony był na dzień 18 listopada 2011 r. Zgodnie z art. 38 ust. 4a pkt 1 ustawy Pzp, w przypadku gdy w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego zmiana treści SIWZ prowadzi do zmiany treści ogłoszenia, a wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, zamawiający zobligowany jest przekazać Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich ogłoszenie dodatkowych informacji, informacji o niekompletnej procedurze lub sprostowania.

Odwołujący Polkomtel S.A. wskazywał również, iż modyfikacja ogłoszenia o zamówieniu została opublikowana w suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 19 listopada 2011 r. (Dz.U./S S223 19/11/2011 361473-2011-PL) i należy jej zarzucić dwojakiego rodzaju wady, które stanowią naruszenie przepisów ustawy Pzp. Po pierwsze podnosił, że zmiana ogłoszenia powinna polegać na wykreśleniu spornych postanowień zgodnie z wyrokiem KIO, zaś wykreślenie postanowień, o których mowa w przedmiotowym wyroku zobowiązujących wykonawców do obniżenia wynagrodzenia w okresie obowiązywania umowy w sprawie zamówienia jest zmianą istotną. Za zmianę istotną uznaje się nie tylko zmiany wskazane przykładowo w art. 12a ust. 2 ustawy Pzp, ale także zmiany, które warunkują decyzję o przystąpieniu do postępowania przetargowego przez wykonawców. Podnosił, że informacja o wykreśleniu lub zmianie spornych postanowień SIWZ, dotyczących obniżania wynagrodzenia za wykonanie zamówienia jest jednym z kluczowych elementów branych pod uwagę przy podjęciu decyzji o złożeniu bądź niezłożeniu oferty. Jeżeli zmiana ogłoszenia jest istotna, zamawiający zobowiązany jest do przedłużenia terminu złożenia ofert o czas niezbędny do jej wprowadzenia w ofertach, przy czym termin ten nie może być krótszy niż 22 dni od dnia przekazania zmiany ogłoszenia Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich, o czym stanowi art. 12a ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Zważywszy, że postanowienia te wprowadzały element niepewności co do

wysokości wynagrodzenia wykonawcy, ponieważ jego obniżenie uzależnione było od decyzji wydawanych przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej, a więc czynników nieprzewidywalnych i niezależnych od wykonawców, ich wykreślenie w znaczący sposób wpływa na sposób obliczenia ceny, a także na decyzję o przystąpieniu do postępowania. Biorąc pod uwagę, że zamawiający dokonał modyfikacji SIWZ w dniu 15 listopada 2011 r. i wyznaczył nowy termin złożenia ofert na dzień 23 listopada 2011 r. wywodził, iż zamawiający nie dochował terminu, o którym mowa w art. 12 a ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Skoro zmiana ogłoszenia o zamówieniu jest następstwem modyfikacji SIWZ, która miała miejsce w dniu 15 listopada 2011 r., to informacja o zmianie ogłoszenia mogła być przekazana do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej najwcześniej w dniu 15 listopada 2011 r. W takim wypadku termin złożenia ofert został przedłużony o 8 dni, co narusza art. 12 a ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp.

Ponadto odwołujący Polkomtel S.A. w Warszawie wskazywał, iż sekcja VI.3 ogłoszenia uległa dwukrotnej modyfikacji, która w obydwu przypadkach dotyczyła postanowień zobowiązujących wykonawców do zmiany cen za usługi telekomunikacyjne w przypadku obniżenia opłaty interkonektowej oraz postanowień dotyczących zmiany opłat za połączenia w roamingu międzynarodowym. Pierwsza modyfikacja została opublikowana w suplementie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 29 października 2011 r. (Dz.U./S S209 29/10/2011 339354-2011-PL) w związku z uwzględnieniem przez zamawiającego odwołań wniesionych przez Polkomtel SA, PTK Centertel Sp. z o.o. oraz Polską Telefonię Cyfrową SA, w których odwołujący kwestionowali postanowienia zobowiązujące wykonawców do zmiany cen za usługi telekomunikacyjne w przypadku obniżenia opłaty interkonektowej oraz postanowień dotyczących zmiany opłat za połączenia w roamingu międzynarodowym. Okoliczności wskazują, iż w przypadku modyfikacji ogłoszenia z dnia 29 października 2011 r. zamawiający dopełnił obowiązku wynikającego z art. 12a ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp i przedłużył termin złożenia ofert o 22 dni, uznając tym samym modyfikację za istotną. Biorąc pod uwagę, że informację o zmianie ogłoszenia, a w tym o zmianie terminu złożenia ofert (wyznaczonego pierwotnie na dzień 27 października 2011 r.) Zamawiający przekazał do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej najpóźniej w dniu upływu tego terminu, to nowy termin złożenia ofert wyznaczony na dzień 18 listopada 2011 r. został przedłużony o 22 dni. W konsekwencji odwołujący Polkomtel S.A. w Warszawie wywodził, że zamawiający w sposób nieuzasadniony uznał, że zmiana ogłoszenia dotycząca w każdym przypadku tych samych postanowień, tj. zobowiązujących wykonawców do zmiany cen za usługi telekomunikacyjne w przypadku obniżenia opłaty interkonektowej oraz postanowień dotyczących zmiany opłat za połączenia w roamingu międzynarodowym, za pierwszym razem miała charakter istotny, a za drugim razem utraciła taki charakter, choć w obu przypadkach wywoływała te same skutki, tj. była decydująca dla decyzji o złożeniu bądź nie oferty, a w razie decyzji o złożeniu oferty dla skalkulowania ceny.

Po drugie odwołujący Polkomtel nadmieniał, iż zamawiający zobowiązany był wykonać wyrok KIO z dnia 4 listopada 2011 r. oraz wskutek zmiany SIWZ zgodnie z przedmiotowym wyrokiem dokonać zmiany spornych postanowień w ogłoszeniu, uwzględniając ich istotny charakter. Wskutek zmiany ogłoszenia opublikowanej w dniu 19 listopada 2011 r. doprowadził jednak do sytuacji, w której istnieją uzasadnione wątpliwości co do ostatecznego brzmienia sekcji VI.3 ogłoszenia, tj. czy postanowienia dotyczące obniżenia wynagrodzenia wykonawców należy traktować jako wykreślone, czy jako nadal obowiązujące w brzmieniu nadanym modyfikacją w dniu 29 października 2011 r. Zamawiający dokonując kolejnych zmian w sekcji VI.3 ogłoszenia o zamówieniu odnosił się bowiem za każdym razem do pierwotnego brzmienia zawartego w ogłoszeniu o zamówieniu, co oznacza, że wykreśleniu w obu wypadkach podlegała ta sama treść w brzmieniu nadanym w ogłoszeniu o zamówieniu, a więc dokonując drugiej modyfikacji nie wykreślił postanowień wprowadzonych do ogłoszenia w dniu 29 października 2011 r. (dotyczy pkt 3 - pkt 3.5). W efekcie, choć w dniu 19 listopada 2011 r. nadał sekcji VI.3 nowe brzmienie (obejmujące pkt 1- pkt 2.6), to pkt 3 - pkt 3.5. sekcji VI.3 zawierające sporne postanowienia dotyczące obniżenia wynagrodzenia faktycznie nie zostały zmienione, ani wykreślone. Mając na uwadze powyższe, modyfikacja elementów SIWZ, co do których istnieje obowiązek ich podania w ogłoszeniu, bez właściwej zmiany takiego ogłoszenia oraz z naruszeniem terminów wynikających z bezwzględnie obowiązujących przepisów ustawy Pzp prowadzi do nierównego traktowania potencjalnych wykonawców i ograniczania uczciwej konkurencji oraz naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący Polkomtel S.A. w Warszawie nadmieniał także, że każda z modyfikacji ogłoszenia o zamówieniu, w tym zawierająca zmianę terminu złożenia ofert publikowana była w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej po upływie terminu składania ofert (np. termin składania ofert wyznaczony na dzień 18 listopada 2011 r., publikacja ogłoszenie o zmianie ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 19 listopada 2011 r. wraz z informacją o przedłużeniu terminu składania ofert na dzień 23 listopada 2011 r.).

Dokonanie przez zamawiającego czynności lub zaniechanie czynności z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, które miało wpływ, albo mogło mieć wpływ na wynik postępowania stanowi przesłankę do unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego, o czym stanowi art. 146 ust. 6 ustawy Pzp. Z uwagi na opisane powyżej naruszenia zamawiającego wywodził, że naruszenia te skutkują ograniczeniem konkurencji i naruszają zasadę równego traktowania, a ze względu na swój charakter nie mogą być usunięte na tym etapie postępowania, co powinno skutkować unieważnieniem postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 7 ustawy Pzp. Nadmienić ponadto należy, że w przypadku uznania, że w wyniku kolejnych modyfikacji sekcji VI.3 ogłoszenia o zamówieniu zamawiający nie dokonał zmiany ogłoszenia zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 4 listopada 2011 r. to powyższe zaniechanie stanowi przesłankę do unieważnienia umowy, o której

mowa w art. 146 ust. 1 pkt. 2 ustawy PZP, a tym samym wada ta jest wadą w rozumieniu art. 93 ust. 1 pkt. 7 ustawy Pzp, a więc skutkuje koniecznością unieważnienia postępowania.

W oparciu o tak przytoczoną argumentację odwołujący Polkomtel S.A. wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia postępowania.

Odwołujący GTS Poland sp. z o.o. w Warszawie wniósł w dniu 25 listopada 2011 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 i 3, art. 12a ust. 2, art. 38 ust. 6 ustawy Pzp oraz innych przepisów wymienionych w uzasadnieniu odwołania lub z niego wynikające w szczególności poprzez zaniechanie przedłużenia terminu składania ofert o niezbędny czas na wprowadzenie zmian w ofertach w związku z dokonaną modyfikacją SIWZ i ogłoszenia a tym samym uniemożliwienie mu przygotowanie i złożenie oferty w postępowaniu. W uzasadnieniu odwołujący GTS Poland sp. z o.o. w Warszawie argumentował, że zamawiający pismem z dnia 15 listopada 2011 r. zamieszczonym na stronie internetowej zmodyfikował treść SIWZ. Modyfikacja treści SIWZ dotyczyła przede wszystkim obowiązków wykonawcy oraz zmieniła zasady wyliczeń ceny (tym samym zmodyfikowała kryteria oceny ofert). Jednakże zmiana SIWZ nastąpiła z naruszeniem przepisów ustawy i uniemożliwiła mu wzięcie udziału w postępowaniu i złożenie oferty. Wskazywał, że zamawiający dokonał istotnej zmiany w kryteriach oceny ofert w SIWZ poprzez wprowadzenie zapisu  $M_r=0$ . Wprowadzenie powyższego zapisu jest zmianą wzoru, który jest istotny z punktu widzenia oszacowania ceny i przygotowania oferty przez wykonawcę. Wzór i wszystkie parametry znajdują się w rozdziale SIWZ zatytułowanym „Zasady oceny ofert według ustalonych kryteriów”, co potwierdza, iż w przypadku gdy nastąpiła zmiana w tym zakresie zastosowanie ma przepis art. 12a ustawy Pzp. Z ostrożności procesowej wywodził, że nietrafny byłby argument zamawiającego, który wskazywałby na małe znaczenie tej zmiany w sensie wpływu na wartość oferty. Odwołujący podkreślał, że nie ma tu znaczenia zakres naruszenia przepisu ale sam fakt, że do takiego naruszenia doszło i to w sposób, który nie może budzić żadnych wątpliwości. Odwołujący GTS Poland sp. z o.o. w Warszawie wywodził, że uznanie takiego działania zamawiającego jako zgodnego z prawem, spowodowałoby powstanie niebezpiecznej praktyki, w której - powołując się na takie rozstrzygnięcie - zamawiający pozbawiałby potencjalnych wykonawców środków ochrony prawnej, poprzez manipulowanie zapisami kryteriów oceny ofert w dowolnym momencie trwania postępowania.

Odwołujący GTS Poland sp. z o.o. argumentował również, że na skutek orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej, zamawiający dwukrotnie dokonał istotnych zmian w SIWZ. Orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej potwierdziło fakt niemożliwości przygotowania (w tym wyliczenia ceny) oferty w oparciu o pierwotne brzmienie SIWZ i nakazało zamawiającemu dokonanie jej modyfikacji. Za pierwszym razem zmiana taka - została przez



zamawiającego potraktowana jako istotna z punktu widzenia przepisów art. 12a ustęp 2 pkt 1. Dokonując drugiej zmiany (z dnia 15 listopada będącej przedmiotem niniejszego odwołania), daleko bardziej ingerującej w postanowienia SIWZ (co potwierdza ilość wprowadzonych zmian), Zamawiający nie zastosował przepisu art. 12a ust. 2 pkt 1 Pzp. Zamawiający dokonując modyfikacji treści SIWZ z dnia 15 listopada 2011 r. w znaczny sposób rozszerzył obowiązki wykonawcy, które miały wpływ na oszacowanie i przygotowanie oferty. Należy zwrócić uwagę, iż biorąc pod uwagę orzeczenie KIO, Odwołujący dopiero w dniu 15 listopada 2011 r. powziął wiadomość w jaki sposób ma wyliczyć cenę i jak oferta będzie oceniana, a tym samym okres pomiędzy otrzymaniem tej informacji a przygotowaniem oferty był zbyt krótki. Wykonawcy bowiem powinni mieć wiedzę w tym zakresie od dnia ogłoszenia o zamówieniu. Przesunięcie terminu składania ofert jedynie o 5 dni (przy czym 2 dni to dni wolne od pracy) nie pozwoliły na uwzględnienie zmian dokonanych przez zamawiającego w dniu 15 listopada br. Zamawiający uniemożliwił mu tym samym złożenie oferty w postępowaniu. Zmiana SIWZ w tym zmiana kryteriów oceny ofert powinna także spowodować zmianę ogłoszenia. Zgodnie z art. 12a ust. 2 ustawy Pzp w przypadku gdy zmiana jest istotna, w szczególności dotyczy określenia przedmiotu, kryteriów oceny ofert, zamawiający przedłuża termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub termin składania ofert o czas niezbędny na wprowadzenie zmian we wnioskach tj. termin składania ofert nie może być krótszy niż 22 dni od dnia przekazania ogłoszenia Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich.

W oparciu o tak przytoczoną argumentację odwołujący GTS Poland sp. z o.o. w Warszawie wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności składania i otwarcia ofert;
- 2) wyznaczenia terminu składania ofert z uwzględnieniem czasu niezbędnego do wprowadzenia zmian w ofertach w związku z dokonaną modyfikacją SIWZ uwzględniając postanowienia art. 12a ust. 2 ustawy Pzp;
- 3) ewentualnie unieważnienie postępowania.

**Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: postanowienia SIWZ, ogłoszenie o zamówieniu z dnia 21.09.2011 r., pismo zamawiającego z dnia 25 października 2011 r., ogłoszenie o zmianie ogłoszenia o zamówieniu z dnia 29.10.2011 r., wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 listopada 2011 r., wydany w sprawach o sygn. akt KIO 2270/11, KIO 2275/11, KIO 2298/11, pismo zamawiającego z dnia 15.11.2011 r. wraz ze zmodyfikowaną SIWZ, ogłoszenie o zmianie ogłoszenia o zamówieniu z 19.11.2011 r., odwołania, zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego, odpowiedź zamawiającego na odwołania z 1 grudnia 2011 r., pismo procesowe wykonawcy Polska Telefonia Cyfrowa S.A. w Warszawie z 5**

**grudnia 2011r., jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, dokumenty i stanowiska stron i uczestników postępowania złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

W pierwszej kolejności ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołań na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, zaś odwołania nie zawierają braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis.

Ustalono również, że zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołań określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Stosownie do przywoływanego przepisu *środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy*. Z przepisu tego wynika, że środek ochrony prawnej służy także wykonawcom, którzy posiadali w przeszłości interes w uzyskaniu danego zamówienia, o ile wykażą, że ponieśli szkodę lub grozi im szkoda, będąca wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Przesłankę, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp bada się na moment wniesienia odwołania. Odwołujący GTS Poland i Cyfrowy Polsat we wniesionych odwołaniach wywodzili, że na skutek zaniechania przez zamawiającego przedłużenia terminu składania ofert z naruszeniem artykułu 12a ustęp 2 punkt 1 ustawy Pzp nie byli w stanie przygotować i złożyć oferty. Wobec upływu w dniu 23 listopada 2011 r. terminu składania ofert i niezłożenia przez obydwu odwołujących oferty niewątpliwie w chwili wniesienia odwołania tj. 25 listopada 2011 r. nie legitymowali się już posiadaniem interesu w uzyskaniu danego zamówienia, lecz nie sposób im odmówić posiadania takiego interesu w przeszłości. Przywoływana przez przystępującego Polska Telefonia Cyfrowa S.A. w Warszawie okoliczność, że odwołujący Cyfrowy Polsat i GTS Poland nie byłiby w stanie spełnić wymogu wynikającego z postanowienia pkt 7.1. SIWZ *„Świadczenie usługi dedykowane jest dla operatorów, którzy zasięgiem oferowanej sieci telefonii komórkowej obejmują minimum 95% terytorium RP (str. 45)”* i nie złożyli oferty wyłącznie z uwagi na niespełnianie ww. wymogu nie została przez Izbę uwzględniona. Izba wzięta pod uwagę, że przywoływane postanowienie nie było warunkiem udziału wykonawcy w postępowaniu w rozumieniu art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, lecz stanowiło element opisu przedmiotu zamówienia. Po drugie wymóg ten niekoniecznie musiał podlegać takiej wykładni, jakiej dokonał przystępujący Polska Telefonia Cyfrowa. Po trzecie, na obecnym etapie, tj. po otwarciu ofert lecz w sytuacji gdy obaj wykonawcy nie złożyli oferty, nie sposób było z całą pewnością

ustalić jaki kształt przybrałyby oferty obydwu odwołujących gdyby zostały w postępowaniu złożone. Ponadto, nie można było z góry wykluczyć możliwości powierzenia przez obu odwołujących wykonania części przedmiotu zamówienia podwykonawcy, który zapewniłby wymagany potencjał techniczny, albowiem zamawiający nie wyłączył takiej możliwości i na taką okoliczność wskazywali w trakcie rozprawy obydwaj odwołujący. Nie była również wykluczona możliwość, że wykonawcy ci zawiązując konsorcjum z operatorem, spełniającym wymóg określony w SIWZ złożąliby ofertę wspólną, czy też skorzystaliby z instytucji, której mowa w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Ponadto, Izba zwraca uwagę, że na etapie przed składaniem ofert status wykonawcy, w świetle art. 2 pkt 11 ustawy Pzp przysługuje każdej osobie fizycznej, prawnej albo jednostce organizacyjnej nieposiadającej osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, zaś „ubieganie się” nie musi przybierać żadnej szczególnej formy. Przesłanką „ubiegania się” o zamówienie, na etapie przed złożeniem oferty, nie jest również spełnianie wszystkich wymogów określonych w SIWZ, choćby z tego powodu, że wymogi te mogą być modyfikowane z inicjatywy zamawiającego czy w drodze środków ochrony prawnej. Oznacza to, że status wykonawcy, na analizowanym etapie, przysługuje każdemu podmiotowi wymienionemu w tym przepisie, który wyrazi zainteresowanie postępowaniem. Brak było podstaw do stwierdzenia, że odwołujący Cyfrowy Polsat i GTS Poland nie są podmiotami, które nie ubiegały się o udzielenie zamówienia publicznego.

W ocenie Izby wypełnione zostały również pozostałe przesłanki wynikające z przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Nie można było bowiem wykluczyć, że utrata możliwości uzyskania zamówienia i korzyści z tym związanych (a więc szkoda w rozumieniu art. 179 ust. 1) była wynikiem niezłożenia przez obydwu odwołujących ofert wskutek zaniechania przez zamawiającego przedłużenia terminu składania ofert. W przypadku potwierdzenia się zarzutów, związek przyczynowy pomiędzy zarzucanym naruszeniem przepisów ustawy Pzp a poniesioną szkodą został wykazany. A więc spełniona została druga przesłanka, tj. poniesienie szkody rozumianej jako utrata korzyści wynikających z uzyskania zamówienia publicznego będąca następstwem podnoszonego przez nich zarzutu zaniechania przez zamawiającego przedłużenia terminu składania ofert.

Natomiast w przypadku odwołującego Polkomtel na uwagę zasługiwał fakt, iż wykonawca ten złożył ofertę w postępowaniu, a zatem na moment wniesienia odwołania posiadał interes w uzyskaniu danego zamówienia. Ponadto, mógł on ponieść szkodę w wyniku podnoszonych naruszeń przepisów ustawy Pzp albowiem w przypadku potwierdzenia się zarzutów mogło się okazać, że wskutek nieprzedłużenia terminu składania ofert zmuszony był złożyć ofertę bez możliwości należytego skalkulowania ryzyk czego konsekwencją jest możliwość poniesienia szkody rozumianej jako nieuzyskanie zamówienia publicznego wskutek konieczności zaoferowania wyższej niż konkurencja ceny ofertowej.

Wywodzenie zaś z żądań zawartych w odwołaniach tj. żądania unieważnienia postępowania lub powtórzenia czynności dokonanych w postępowaniu po dniu 15 listopada 2011 r. braku interesu w uzyskaniu danego zamówienia było w okolicznościach danej sprawy niezasadne. Rzeczywiście w orzecznictwie podnoszone jest, iż niemożliwe jest powtórzenie czynności otwarcia ofert, albowiem prowadzi to do naruszenia zasady równości wynikającej z przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Wykonawcy, którzy nie złożyli jeszcze oferty w postępowaniu, znajdowaliby się w korzystniejszej sytuacji niż wykonawcy, którzy już oferty złożyli i których kalkulacja cenowa i strategia handlowa w tym postępowaniu została ujawniona wobec innych potencjalnych wykonawców. Zgodzić należy się również ze stanowiskiem, że żądanie unieważnienia postępowania może świadczyć o nie wykazaniu przez domagającego się takiego rozstrzygnięcia wykonawcy interesu w uzyskaniu danego zamówienia, lecz interesu w uzyskaniu co najwyżej zamówienia przyszłego i hipotetycznego, tj. takiego, które może zostać udzielone w wyniku ogłoszenia kolejnego postępowania, co generalnie nie zasługuje na ochronę w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Na uwagę zasługiwał jednak fakt, iż odwołania w niniejszej sprawie zostały złożone w specyficznej sytuacji faktycznej. Odwołania zostały wniesione wobec zaniechania wykonania przez zamawiającego pewnych czynności w postępowaniu, które dokonywane są przed upływem terminu składania ofert, natomiast złożone zostały już po otwarciu ofert, które jak wskazano wcześniej nie może być powtórzone i wreszcie w sytuacji, gdy wyznaczenie takiego terminu składania ofert było przedmiotem odwołań. Przyjęcie poglądu prezentowanego przez przystępującego Polska Telefonia Cyfrowa, a mianowicie iż Izba nie może orzec o żadnym ze zgłoszonych przez odwołujących żądań, oznaczałoby, że w okolicznościach danej sprawy wykonawcy pozbawieni byłiby w ogóle możliwości wniesienia środka ochrony prawnej w postaci odwołania w terminach wynikających z art. 182 ustawy Pzp. W ocenie Izby stanowisko takie jest nie do pogodzenia z wynikającą z art. 180 ust. 1 ustawy Pzp (w przypadku postępowań nadprogowych) możliwością poddania kontroli Izby każdej czynności lub zaniechania zamawiającego pod względem ich zgodności z ustawą. Dostrzeżenia wymagało również, że przyjęcie takiego poglądu otwierałoby również możliwość manipulacji terminem otwarcia ofert w celu pozbawienia wykonawców możliwości złożenia w terminach wynikających z art. 182 przysługujących im środków ochrony prawnej wobec czynności zamawiającego dokonanych przed tym terminem, co nie zasługuje na ochronę.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając odwołania, uznała je za niezasadne.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny. W specyfikacji istotnych warunków zamówienia w Rozdziale VII w podrozdziale VII zatytułowanym: „Kryteria wyboru najkorzystniejszej oferty” zamawiający zastrzegł, iż przy wyborze oferty będzie kierował się

następującym kryterium: *cena przyjęta do porównania ofert obliczona według wzoru określonego w Rozdziale VII Podrozdział VIII, waga kryterium 100%. W Rozdziale VII podrozdział VIII SIWZ zastrzeżono, iż ocena ofert dokonywana będzie wg poniższego wzoru:*

$$\text{Cena} = W1 * (iT1*(T1 - 1\text{zł}) + iT2 * (T2 - 50 \text{zł}) + iT3 * (T3 - 100 \text{zł}) + iT4 * (T4 - 200 \text{zł}) + iM * M) + W2 * (iAg * Ag + iAi * Ai + iPd * Pd) + W3 * (iMk * Mk + iSs * Ss + iSm * Sm) + W4 * (0,6 * iMrEU * MrUE + 0,07 * iMrUA * MrUA + 0,03 * iMrBY * MrBY + 0,06 * iMrRU * MrRU + 0,05 * iMrCH * MrCH + 0,05 * iMrUS * MrUS + 0,02 * iMrIN * MrIN + 0,02 * iMrKR * MrKR + 0,03 * iMrTR * MrTR + 0,03 * iMrEY * MrEY + 0,02 * iMrIZ * MrIZ + 0,02 * iMr * Mr),$$

nadając znaczenie poszczególnych elementom wzoru. Wskaźnik „Mr” zdefiniowano jako cena za minutę roamingu wychodzącego w pozostałych krajach.

W ogłoszeniu zamówieniu, opublikowanym w dniu 21 września 2011 r., w sekcji IV (Procedura), pkt. IV.2.1 jako kryterium oceny ofert wskazana została „Najniższa cena”. W ogłoszeniu tym, w sekcji VI (Informacje uzupełniające), w pkt VI.3 (Informacje dodatkowe) zamawiający zastrzegł m.in., iż

1. *Istotne postanowienia umowy określające szczegółowe warunki, na których Zamawiający zawrze umowę w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, stanowią Załącznik nr 5 do SIWZ.*

2. *Nie stanowi zmiany umowy w rozumieniu art. 144 ustawy Prawo zamówień publicznych w szczególności:*

2.1. *zmiana danych związanych z obsługą administracyjno-organizacyjną Umowy (np. zmiana numeru rachunku bankowego);*

2.2. *zmiany danych teleadresowych;*

2.3. *zmiany osób wskazanych do kontaktów między Stronami;*

2.4. *zmiana podanych numerów telefonów oraz dat zakończenia dotychczasowych umów o świadczenie usług telekomunikacyjnych dla poszczególnych JAP, określonych w Załącznikach do SIWZ i umowy w sprawie zamówienia publicznego;*

2.5. *ustawowa zmiana stawki podatku od towarów i usług VAT.*

2.6. *zmiana zakresu przedmiotu zamówienia maksymalnie o 3 % w stosunku do danych zawartych w SIWZ wynikająca z uaktualnienia harmonogramu przekazanego przez daną JAP po podpisaniu umowy.*

3. *Zamawiający zastrzega sobie prawo zmian nieistotnych treści umowy oraz zmian dotyczących:*

3.1. *Zmiany terminu realizacji przedmiotu umowy z uwagi na:*

3.1.1. *niezbędna jest zmiana sposobu wykonania Umowy, o ile zmiana taka jest korzystna dla Zamawiającego oraz konieczna w celu prawidłowego wykonania Umowy;*

3.1.2. *zmiany będące następstwem okoliczności leżących po stronie Zamawiającego, w szczególności wstrzymanie realizacji Umowy przez Zamawiającego.*

*W przypadku wystąpienia którejkolwiek z okoliczności wymienionych w 3.1.1. lub 3.1.2. - termin wykonania umowy może ulec odpowiedniemu przedłużeniu, o czas niezbędny do zakończenia realizacji przedmiotu Umowy w sposób należyty;*

*3.2. zmiany, przez Wykonawcę, stawki za połączenia poza Grupą o taki sam procent, o jaki zmieniła się stawka połączeń międzyoperatorskich. Zmienioną stawkę za połączenia poza Grupą, Wykonawca zaokrągli w dół do pełnych groszy. Zmiany takie dokonywane będą na podstawie informacji otrzymanej od Wykonawcy i następować będą od następnego okresu rozliczeniowego, po wprowadzeniu jej do stosowania przez Wykonawcę;*

*3.3. zmiany przez Wykonawcę stawki za połączenia w Roamingu określonej w umowie o taki sam procent, o jaki zmieniła się stawka za połączenia w Roamingu w cenniku biznesowym operatora. Zmienioną stawkę za połączenia w Roamingu, Wykonawca zaokrągli w dół do pełnych groszy. Zmiany takie dokonywane będą na podstawie informacji otrzymanej od Wykonawcy i następować będą od następnego okresu rozliczeniowego, po wprowadzeniu jej do stosowania przez Wykonawcę.*

W specyfikacji istotnych warunków zamówienia w załączniku nr 5 (Istotne postanowienia umowy) w § 10 ust. 2 i 3 zamawiający opisał przypadki zmiany umowy, analogicznie jak w treści ogłoszenia o zamówieniu, w pkt VI.3.

Wykonawcy, Polkomtel S.A. w Warszawie, PTK Centertel sp. z o.o. w Warszawie, Polska Telefonia Cyfrowa S.A. w Warszawie we wniesionych w dniu 30 września 2011 roku odwołaniach zakwestionowali między innymi dokonany przez zamawiającego opis przedmiotu zamówienia zawarty w pkt 11 tabeli zawartej w pkt 9.1 w załączniku nr 2 do SIWZ (Opisu Przedmiotu Zamówienia) oraz w § 10 ust. 3 pkt 3.2 istotnych postanowień umowy, w którym zamawiający wymagał zmiany ceny za połączenia w zależności od zmian stawek międzyoperatorskich. Dodatkowo odwołujący się Polkomtel SA zakwestionował pkt 12 tabeli zawartej w pkt 9.1 w załączniku nr 2 do SIWZ (Opisu Przedmiotu Zamówienia) oraz w § 10 ust. 3 pkt 3.3 istotnych postanowień umowy, w którym zamawiający wymagał zmiany cen połączeń w roamingu międzynarodowym w zależności od zmiany stawek za połączenia w roamingu międzynarodowym. Wykonawcy ci zażądali wykreślenia lub zmiany zakwestionowanych postanowień specyfikacji we wskazany sposób.

Pismem z dnia 14 października 2011 roku zamawiający uwzględnił zarzuty podniesione w odwołaniach i postanowił dokonać zmian w treści SIWZ, w tym także w istotnych postanowieniach umowy. W miejsce zakwestionowanych zapisów zamawiający wprowadził nowe zasady obniżenia opłat za połączenia (określone w pkt 1-7 str. 3-5 odpowiedzi na odwołanie z 14.11. 2011 r.), jednak uczynił to w sposób sprzeczny z żądaniami zawartymi w odwołaniach wniesionych w dniu 30 września 2011 roku.

Ponadto, w dniu 25 października 2011 r. Zamawiający zamieścił na stronie internetowej odpowiedzi na pytania do SIWZ (znak pisma WZP/PS/668/11) wniesione przez Wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. W odpowiedziach zawarł m.in. informację, iż: „Zamawiający zmienia treść SIWZ w pkt 6 poz. 32 Załącznika nr 3 do SIWZ oraz w § 5 ust 4 tabela pkt 32 poprzez usunięcie zapisu: Stawka za minutę połączenia w roamingu wychodzącym z krajów nie wymienionych powyżej.” (odpowiedź na pytanie nr 210: Załącznik nr 3 do SIWZ pkt 6 poz. 32). Pismem tym przedłużono również termin składania ofert do dnia 18 listopada 2011 r.

W dniu 29 października 2011 r. zostało opublikowane ogłoszenie o zmianie ogłoszenia. Dotyczyło ona m.in. Sekcji VI.3, która otrzymała brzmienie:

- 1. Istotne postanowienia umowy określające szczegółowe warunki, na których Zamawiający zawrze umowę w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, stanowią Załącznik nr 5 do SIWZ.*
- 2. Nie stanowi zmiany umowy w rozumieniu art. 144 ustawy Prawo zamówień publicznych w szczególności:*
  - 2.1. zmiana danych związanych z obsługą administracyjno-organizacyjną Umowy (np. zmiana numeru rachunku bankowego);*
  - 2.2. zmiany danych teleadresowych;*
  - 2.3. zmiany osób wskazanych do kontaktów między Stronami;*
  - 2.4. zmiana podanych numerów telefonów oraz dat zakończenia dotychczasowych umów o świadczenie usług telekomunikacyjnych dla poszczególnych JAP, określonych w Załącznikach do SIWZ i umowy w sprawie zamówienia publicznego;*
  - 2.5. ustawowa zmiana stawki podatku od towarów i usług VAT.*
  - 2.6. zmiana zakresu przedmiotu zamówienia maksymalnie o 3 % w stosunku do danych zawartych w SIWZ wynikająca z uaktualnienia harmonogramu (zawierającego numery telefonów oraz daty wygaśnięcia umów) przekazanego przez daną JAP po podpisaniu umowy.*
- 3. Zamawiający zastrzega sobie prawo zmian nieistotnych treści umowy oraz zmian dotyczących zmiany stawki za połączenia krajowe poza Grupą oraz stawki za połączenia w roamingu dla poszczególnych krajów wyszczególnionych w złożonej ofercie:*
  - 3.1. Zmiana stawek ceny połączeń następować będzie co 12 miesięcy od dnia podpisania umowy tj. trzykrotnie w czasie trwania umowy. Zmienione stawki będą zaokrąglane do pełnych groszy zgodnie z zasadami arytmetyki.*
  - 3.2. Wykonawca przekaze Zamawiającemu dane niezbędne do zweryfikowania ceny oferty, obowiązujące w dniu rocznicy podpisania umowy, tj.: informację o obowiązującej decyzji Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej określającej stawkę rozliczeniową połączeń międzyoperatorskich oraz aktualny cennik usług świadczonych w roamingu.*

3.3. W przypadku gdy, nastąpiła zmiana wysokości stawki rozliczeń międzyoperatorskich decyzją Prezesa UKE, Wykonawca dokona przeliczenia stawki za połączenia krajowe poza Grupą zgodnie z formułą: gdzie,

*Mk* – cena za minutę połączenia krajowego wg złożonej oferty.

*Sio* – stawka interkonektowa połączeń międzyoperatorskich określona przez Prezesa UKE obowiązująca na dzień składania ofert.

*Sib* – stawka interkonektowa połączeń międzyoperatorskich określona przez Prezesa UKE obowiązująca odpowiednio po 12, 24 i 36 miesiącach.

*Mkb* – cena za minutę połączenia krajowego obowiązująca po zmianie.

3.3.1. W przypadku gdy w wyniku aktualizacji, cena obowiązująca po zmianie spadnie poniżej 50 % ceny za minutę połączenia krajowego wg złożonej oferty, przyjmuje się iż cena obowiązująca wynosi nie mniej niż 50 % ceny określonej przez Wykonawcę w złożonej ofercie i nie podlega ona dalszym zmianom.

3.3.2. W przypadku zniesienia stawki interkonektowej połączeń międzyoperatorskich przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej przyjmuje się, iż cena za minutę połączenia krajowego obowiązująca po zmianie wg której następować będzie rozliczenie umowy wyniesie nie mniej niż 50 % ceny określonej przez Wykonawcę w złożonej ofercie.

3.4. W przypadku gdy, nastąpiła zmiana wysokości stawek za połączenia w roamingu w poszczególnych krajach wyszczególnionych w umowie, Wykonawca dokona przeliczenia stawki za połączenia w roamingu dla poszczególnych krajów wyszczególnionych w złożonej ofercie zgodnie z formułą: przykład dla Unii Europejskiej: gdzie,

*MrUE* – cena za minutę roamingu wychodzącego z UE wg złożonej oferty.

*MrUEbizo* – cena za minutę roamingu wychodzącego z UE obowiązująca na dzień składania ofert wg cennika biznesowego Wykonawcy.

*MrUEbizb* – cena za minutę roamingu wychodzącego z UE obowiązująca odpowiednio po 12, 24 i 36 miesiącach wg cennika biznesowego Wykonawcy.

*MrUEb* – cena za minutę roamingu wychodzącego z UE obowiązująca po zmianie.

3.4.1. Lista krajów objętych aktualizacją obowiązujących stawek: UE, Ukraina, Białoruś, Rosja, Chiny, USA i Kanadą, Indie, Korea i Tajwan, Turcja, Egipt oraz Izrael.

3.4.2. Połączenia w grupie JAP (bezpłatne) obowiązują tylko na terenie kraju, transmisja danych zarówno na kartach głosowych jak i kartach modemowych o ustalonych w SIWZ parametrach obowiązują na terenie kraju.

3.5. Połączenia głosowe oraz transmisja danych w roamingu będzie świadczona po stawkach przedstawionych przez Wykonawcę, połączenia w minutach a transmisja w pakietach po 100Mb.



W dniu 21 października 2011 roku wykonawcy Polkomtel Spółka Akcyjna w Warszawie i PTK Centertel sp. z o.o. w Warszawie i w dniu 24 października 2011 roku Polska Telefonia Cyfrowa S.A. w Warszawie wnieśli odwołania wobec czynności zamawiającego podjętych w związku z uwzględnieniem odwołań wniesionych przez tych samych wykonawców w dniu 30 września 2011 roku. Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 4 listopada 2011 r. wydanym w sprawach o sygn. akt KIO 2270/11, KIO 2275/11, KIO 2298/11 uwzględniła odwołania i nakazała zamawiającemu dokonanie modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym istotnych postanowień umowy, polegającej na wykreśleniu postanowienia zobowiązującego wykonawców do zmiany cen za usługi w przypadku obniżenia opłaty interkonektowej oraz postanowień dotyczących zmiany opłat za minutę połączenia w roamingu międzynarodowym.

W dniu 15 listopada 2011 r. zamawiający zamieścił na swej stronie internetowej pismo z tego samego dnia, w którym poinformował, że dokonał modyfikacji postanowień SIWZ poprzez wykreślenie postanowienia zobowiązującego wykonawców do zmiany cen za usługi w przypadku obniżenia opłaty interkonektowej oraz postanowień dotyczących zmiany opłat za minutę połączenia w roamingu międzynarodowym i przedłużył termin składania ofert do dnia 23 listopada 2011 r. Zamieścił również na swej stronie internetowej zmodyfikowaną treść SIWZ. W zmodyfikowanej SIWZ wskaźnik „Mr” tj. cena za minutę roamingu wychodzącego w pozostałych krajach, we wzorze służących do obliczenia ceny (Rozdział VII podrozdział VIII SIWZ) zmodyfikowano w ten sposób, że przypisano mu wartość „0”.

W dniu 15 listopada 2011 r. zamawiający przekazał Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich ogłoszenie o zmianie ogłoszenia o zamówieniu, które zostało opublikowane w dniu 19 listopada 2011 r. Zmiana ogłoszenia o zamówieniu dotyczyła m.in. Sekcji VI.3 (Informacje uzupełniające), która otrzymała brzmienie:

- 1. Istotne postanowienia umowy określające szczegółowe warunki, na których Zamawiający zawrze umowę w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, stanowią Załącznik nr 5 do SIWZ.*
- 2. Nie stanowi zmiany umowy w rozumieniu art. 144 ustawy Prawo zamówień publicznych w szczególności:*
  - 2.1. zmiana danych związanych z obsługą administracyjno-organizacyjną Umowy (np. zmiana numeru rachunku bankowego);*
  - 2.2. zmiany danych teleadresowych;*
  - 2.3. zmiany osób wskazanych do kontaktów między Stronami;*
  - 2.4. zmiana podanych numerów telefonów oraz dat zakończenia dotychczasowych umów o świadczenie usług telekomunikacyjnych dla poszczególnych JAP, określonych w Załącznikach do SIWZ i umowy w sprawie zamówienia publicznego;*
  - 2.5. ustawowa zmiana stawki podatku od towarów i usług VAT.*

2.6. zmiana zakresu przedmiotu zamówienia maksymalnie o 3 % w stosunku do danych zawartych w SIWZ wynikająca z uaktualnienia harmonogramu (zawierającego numery telefonów oraz daty wygaśnięcia umów) przekazanego przez daną JAP po podpisaniu umowy.

a także Sekcji IV (Procedura), w zakresie zmiany terminu składania ofert i otwarcia ofert (pkt. IV.3.4 oraz IV.3.8 ogłoszenia o zamówieniu), w której jako termin składania i otwarcia ofert wskazano dzień 23 listopada 2011 r.

Przechodząc do podniesionego przez odwołujących Cyfrowy Polsat i GTS Poland zarzutu naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 12 a ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp poprzez modyfikację wzoru służącego do obliczenia ceny Izba stwierdziła, że zarzut ten nie potwierdził się w zebranych materiale dowodowym. Przywołany przez obydwu wykonawców przepis stanowi, iż jeżeli zmiana treści ogłoszenia jest istotna, w szczególności dotyczy określenia przedmiotu, wielkości lub zakresu zamówienia, kryteriów oceny ofert, warunków udziału w postępowaniu lub sposobu oceny ich spełniania, zamawiający przedłuża termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub termin składania ofert o czas niezbędny na wprowadzenie zmian we wnioskach lub ofertach, z tym że w postępowaniach, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, termin składania ofert nie może być krótszy niż 22 dni od dnia przekazania zmiany ogłoszenia Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich - w trybie przetargu nieograniczonego. Odwołujący Cyfrowy Polsat i GTS Poland wywodzili naruszenie przez zamawiającego przepisu art. 12 a ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp z dokonania przez zamawiającego w dniu 15 listopada 2011 r. modyfikacji wzoru służącego do obliczenia ceny, który utożsamiali ze zmianą kryteriów oceny ofert.

Jednakże tak dokonana modyfikacja SIWZ w ocenie Izby nie prowadziła do zmiany ogłoszenia, w tym w szczególności zmiany kryterium oceny ofert określonego w ogłoszeniu o zamówieniu. Na uwagę zasługiwał fakt, iż w ogłoszeniu o zamówieniu, opublikowanym w dniu 21 września 2011 r., w sekcji IV), pkt. IV.2.1 zamawiający określił kryterium oceny ofert jako „Najniższa cena”. W ogłoszeniu o zmianie ogłoszenia o zamówieniu opublikowanym w dniu 19 listopada 2011 r. sekcja IV.2.1. ogłoszenia określająca kryteria oceny ofert nie została w ogóle zmodyfikowana. Powyższe prowadziło do wniosku, iż jedynym kryterium oceny ofert w postępowaniu od samego początku do dnia otwarcia ofert była „najniższa cena” i reguła ta nie uległa zmianie, a w szczególności w dniu 15 ani 19 listopada 2011 r. Wzór służący do obliczenia ceny nie został przez zamawiającego zamieszczony w pierwotnym ogłoszeniu o zamówieniu, a zatem jego zmiana nie prowadziła do zmiany ogłoszenia o zamówieniu w rozumieniu art. 38 ust. 4 a i art. 12 a ustawy Pzp, lecz wyłącznie oznaczała zmianę postanowień SIWZ.

Odwołujący GTS Poland z powołaniem się na te same okoliczności faktyczne zarzucił zamawiającemu również naruszenie przepisu art. 38 ust. 6 ustawy Pzp, stosownie do którego jeżeli w wyniku zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia nieprowadzącej do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu niezbędny jest dodatkowy czas na wprowadzenie zmian w ofertach, zamawiający przedłuża termin składania ofert i informuje o tym wykonawców, którym przekazano specyfikację istotnych warunków zamówienia, oraz zamieszcza informację na stronie internetowej, jeżeli specyfikacja istotnych warunków zamówienia jest udostępniana na tej stronie.

W ocenie Izby zarzut ten nie potwierdził się w zebranych materiale dowodowym. Analiza przywoływanego przepisu prowadzi do wniosku, iż znajduje on zastosowanie w przypadku modyfikacji SIWZ nieprowadzącej do zmiany ogłoszenia i za taką zmianę należało niewątpliwie uznać modyfikację wzoru służącego do obliczenia ceny. Po drugie, dostrzeżenia wymagało, że przepis ten nie przewiduje konieczności przedłużenia terminu składania ofert w każdej sytuacji, a jedynie wtedy gdy potrzebny jest dodatkowy czas na wprowadzenie zmian w ofertach. Ponadto w razie ziszczenia się takiej konieczności nie precyzuje jaki termin w konkretnym przypadku powinien zamawiający wyznaczyć w celu umożliwienia uwzględnienia w ofertach dokonanych zmian SIWZ.

Nie było kwestionowane, że zamawiający w dniu 15 listopada 2011 r. przedłużył termin składania ofert o 5 dni tj. z 18.11.2011 r. do 23.11.2011 r. i w konsekwencji zapewnił wykonawcom ośmiodniowy termin tj. od modyfikacji w dniu 15.11.2011 r. do upływu terminu składania ofert w dniu 23.11.2011 r. na uwzględnienie ww. zmiany SIWZ w treści ofert.

Izba wzięła pod uwagę, że już dnia 25 października 2011 r. zamawiający zamieścił na stronie internetowej odpowiedzi na pytania do SIWZ (znak pisma WZP/PS/668/11) wniesione przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. W odpowiedziach zawarł informację, iż: „Zamawiający zmienia treść SIWZ w pkt 6 poz. 32 Załącznika nr 3 do SIWZ oraz w § 5 ust 4 tabela pkt 32 poprzez usunięcie zapisu: Stawka za minutę połączenia w roamingu wychodzącym z krajów nie wymienionych powyżej.” (odpowiedź na pytanie nr 210: Załącznik nr 3 do SIWZ pkt 6 poz. 32). Dokonana już w dniu 25 października 2011 r. modyfikacja postanowień SIWZ wyeliminowała konieczność wyliczenia i wskazania przez wykonawców w formularzu ofertowym „stawki za minutę połączenia w Roamingu wychodzącym z krajów nie wymienionych powyżej”. Podkreślenia wymagał fakt, że wykreślonej w formularzu ofertowym stawce odpowiadał współczynnik Mr we wzorze sposobu obliczenia ceny. Powyższe oznaczało, że już w dniu 25.10.2011 r. zamawiający przesądził, że przy określeniu ceny nie będzie brał pod uwagę ceny za połączenia w roamingu wychodzącym z pozostałych krajów. Informację o modyfikacji formularza ofertowego wykonawcy posiadali już zatem od dnia 25 października 2011 r., zaś modyfikacja wzoru służącego do wyliczenia ceny była z omawianego powodu konsekwencją uprzednio

dokonanej zmiany. Z tego powodu czas jaki został przewidziany na wprowadzenie zmian w treści oferty był wystarczający na ich uwzględnienie.

Izba stwierdziła ponadto, że skoro odwołujący GTS Poland wywodził, iż mimo to niezbędny był „dodatkowy czas na wprowadzenie zmian w treści oferty” w rozumieniu art. 38 ust. 6 ustawy Pzp, to w sytuacji rozbieżnych stanowisk pomiędzy stronami co do ziszczenia się tej przesłanki powinien sporną okoliczność wykazać dowolnym środkiem dowodowym, do czego był zobowiązany stosownie do przepisu art. 190 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 6 KC w związku z art. 14 ustawy Pzp. Aktywności dowodowej odwołujący jednak zaniechał, co musiało rodzić po jego stronie ujemne skutki procesowe.

Reasumując Izba stwierdziła, że w świetle modyfikacji SIWZ dokonanej już w dniu 25.10.2011 r., o której wykonawcy powzięli wiadomość na ok. miesiąc przed terminem składania ofert, termin ten, przedłużony przez zamawiającego w dniu 15.11.2011 r. do 23.11.2011 r., wobec braku dowodu przeciwnego, był wystarczający w celu uwzględnienia przez wykonawców dokonanej modyfikacji SIWZ.

W trakcie rozprawy, jak również w piśmie procesowym z dnia 6 grudnia 2011 r. złożonym w trakcie rozprawy odwołujący Cyfrowy Polsat podniósł dodatkowo, iż istotności zmiany ogłoszenia dokonanej w dniu 19 listopada 2011 r. upatruje również w modyfikacji sekcji pkt II.1.5, obejmującej krótki opis zamówienia oraz przeniesionych do ogłoszenia niektórych postanowień umownych np. dotyczących gwarancji. Sformułowane zarzuty zostały przedstawione dopiero w trakcie postępowania odwoławczego na rozprawie, a zatem nie mogły być przedmiotem rozpoznania w świetle przepisu art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, zgodnie z którym Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego, iż przytoczone wyżej zarzuty zostały przedstawione w odwołaniu i stanowiły wyłącznie rozszerzenie argumentacji przedstawionej w odwołaniu. Należało zwrócić uwagę, że w orzecznictwie Izby akcentuje się, iż za zarzut należy uznać nie tylko wskazanie naruszeń w zakresie ustawy Pzp. Za zarzuty należy uznać także oświadczenia wykonawcy, w których wykazuje on istnienie okoliczności faktycznych, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, rozumianą jako zgodność czynności zamawiającego z przepisami ustawy Pzp, które stanowią zarazem podstawę zgłaszanych żądań. Z tego względu wskazanie innych okoliczności faktycznych jako podstawy stwierdzenia naruszenia tego samego przepisu ustawy Pzp stanowi nowy zarzut (por. postanowienie KIO z dnia 30 lipca 2009 r. w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 935/09, wyrok KIO z dnia 5 maja 2010 r. w sprawie o sygn. akt KIO 636/10, wyrok KIO z dnia 28 października 2011 r. sygn. akt: KIO 2222/11, KIO 2223/11). Z tego powodu Izba nie mogła odnieść się do przedstawionych przez odwołującego Cyfrowy Polsat na rozprawie zarzutów.

Przechodząc do zarzutu dotyczącego zaniechania przedłużenia terminu składania ofert z powodu istotności zmiany ogłoszenia w zakresie sekcji VI. 3 ogłoszenia o zamówieniu Izba stwierdziła, że zarzut ten nie potwierdził się w zebranych materiale dowodowym. W pierwszej kolejności wyjaśnienia wymagało, że z przepisu art. 12 a ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp wywnioskować można, że nie każda zmiana ogłoszenia o zamówienia traktowana jest przez ustawodawcę jako istotna. Pojęcie „istotna”, którym posłużył się ustawodawca jest pojęciem nieostrym i wymaga oceny w konkretnym postępowaniu, na gruncie konkretnego stanu faktycznego. Tym niemniej, z przykładowego choć niewyczerpującego wyliczenia zmian, którym ustawodawca w art. 12 a ust. 2 przypisuje walor istotności można wywnioskować, że chodzi o takie modyfikacje, które dotyczą najbardziej kluczowych elementów tego ogłoszenia, tj. określenia przedmiotu, wielkości lub zakresu zamówienia, kryteriów oceny ofert, warunków udziału w postępowaniu czy sposobu oceny ich spełnienia. Chodzi bowiem o wskazanie głównych elementów charakteryzujących zamówienie pozwalających ocenić najogólniej czego dotyczy postępowanie i jaka jest jego skala (przedmiot, wielkość, zakres), kto może ubiegać się o zamówienie (warunki udziału w postępowaniu i opis sposobu dokonywania oceny ich spełnienia) a także czym zamawiający będzie się kierował wybierając oferty (kryteria oceny ofert). Oceniając przykładowe wyliczenie zmian uznawanych przez ustawodawcę za „istotne” należy dojść do wniosku, że chodzi o modyfikację takich informacji, które bezpośrednio wpływają na decyzję wykonawcy o zainteresowaniu danym postępowaniem o udzielenie zamówienia. Informacje zawarte w modyfikowanej sekcji VI.3 ogłoszenia o zamówieniu w ocenie Izby nie miały takiego charakteru. W ogłoszeniu o zmianie ogłoszenia z dnia 19 listopada 2011 r. (w konsekwencji modyfikacji odpowiednich postanowień SIWZ z 15.11.2011 r.) zamawiający dokonał modyfikacji sekcji VI.3 (informacje dodatkowe) i wykreślił niektóre postanowienia dotyczące możliwości i zasad zmiany umowy o realizację zamówienia tj. w sytuacji obniżania stawki za połączenia w przypadku zmiany stawek za połączenia międzynarodowe i stawek za połączenia międzyoperatorskie (interkonektowe).

Izba wzięła pod uwagę, iż zgodnie z załącznikiem nr VII do dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U. L 134 z 30.4.2004, str. 114) oraz w świetle przepisu art. 41 ustawy Pzp wskazanie w treści ogłoszenia o zamówieniu postanowień regulujących przypadki możliwej zmiany przyszłej umowy o zamówienie publiczne nie jest obowiązkowe. A zatem zamawiający w ogłoszeniu zamieścił niektóre postanowienia przyszłej umowy o zamówienie publiczne pomimo, iż nie był do tego zobowiązany. Skoro zaś modyfikacja ogłoszenia o zamówieniu dokonana w dniu

19.11.2011 r. dotyczyła nieobowiązkowych elementów ogłoszenia o zamówienia, to trudno było przyjąć, że zmiana ogłoszenia w zakresie tych elementów była zmianą istotną.

Dostrzeżenia wymagało również, że ewentualna zmiana umowy w trakcie realizacji zamówienia wymagałaby akceptacji wykonawcy, skoro zamawiający przewidział, że zmiana taka może następować wyłącznie w drodze aneksu do umowy. Nie było zatem wykluczone, że wykreślony przypadek możliwości zmiany umowy w ogóle nie zaistnieje, albowiem nie ziszczą się jego przesłanki, zaś w razie ziszczenia się przesłanek - zmiana umowy nie zostanie zaakceptowana przez którąś ze stron umowy.

Ponadto oceniając charakter omawianej zmiany nie ulegało wątpliwości, że konsekwencją modyfikacji SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu nie było wprowadzenie nowego ryzyka, które należało od początku skalkulować. Chodziło raczej o usunięcie pewnej, już wcześniej skalkulowanej okoliczności, którą należało wyeliminować.

Niezasadna okazała się również argumentacja przedstawiona w odwołaniu wykonawcy Polkomtel jakoby zmiana ogłoszenia o zamówieniu dotycząca tych samych postanowień, tj. zobowiązujących wykonawców do zmiany cen za usługi telekomunikacyjne w przypadku obniżenia opłaty interkonektowej oraz postanowień dotyczących zmiany opłat za połączenia w roamingu międzynarodowym, za pierwszym razem tj. w dniu 29.10.2011 r. miała charakter istotny, a za drugim – w dniu 19.11.2011 r. utraciła taki charakter. Izba stwierdziła, że zamawiający rzeczywiście w obydwu przypadkach modyfikował postanowienia sekcji VI.3, jednakże nie z tego powodu pierwsza zmiana ogłoszenia została przez zamawiającego uznana za istotną, co skutkowało przedłużeniem terminu składania ofert z zastosowaniem art. 12 a ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Dostrzeżenia wymagało, że wydłużenie terminu składania ofert do 22 dni w pierwszym przypadku było konsekwencją znacznej modyfikacji zakresu zamówienia dokonanej poprzez załączenie do SIWZ pełnej listy podmiotów na rzecz których zamawiający prowadził postępowanie. Pierwotnie postępowaniem objętych zostało bowiem 107 jednostek organizacyjnych, zaś w następstwie dodanego do SIWZ załącznika nr 7 (co znalazło odzwierciedlenie w pkt II.1.5 ogłoszenia z 29.10.2011 r.) było rozszerzenie postępowania na 632 podmioty, co niewątpliwie można było uznać za zmianę kluczową.

W konsekwencji zamawiający, wobec nieistotnej zmiany ogłoszenia, uprawniony był do przedłużenia terminu składania wyłącznie w świetle art. 12 a ust. 1 ustawy Pzp, który wymaga takiej czynności tylko wtedy gdy jest to konieczne i nie precyzuje okresu o jaki termin składania ofert należy przedłużyć. W ocenie Izby przedłużenie terminu składania ofert o 5 dni i w konsekwencji zapewnienie wykonawcom ośmiodniowego terminu składania ofert liczonego od 15.11.2011 r. do 23.11.2011 r. na uwzględnienie w ofercie zmiany ogłoszenia należało uznać za wystarczające. Izba w omawianym zakresie wzięła również pod uwagę okoliczność, że już od dnia 4 listopada 2011 r., tj. dnia w którym Krajowa Izba Odwoławcza

ogłosiła wyrok w sprawach o sygn. akt KIO 2270/11, KIO 2275/11, KIO 2298/11 i nakazała zamawiającemu wykreślenie spornych postanowień umownych, można było przygotowywać zmiany w treści oferty. Modyfikacja postanowień SIWZ z 15.11.2011 r. i odpowiadających im zapisów sekcji VI.3 ogłoszenia z 19.11.2011 r. nastąpiła bowiem wskutek wykonania przywołanego wyroku Izby.

Odwołujący Polkomtel S.A. w Warszawie zarzucił również zamawiającemu naruszenie przepisu art. 38 ust. 4a ustawy Pzp. Zarzut ten nie zasługuje również na uwzględnienie. Przywoływany przepis stanowi, że jeżeli w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego zmiana treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia prowadzi do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, zamawiający przekazuje Urzędowi Oficjalnych Wspólnot Europejskich ogłoszenie dodatkowych informacji o niekompletnej procedurze lub sprostowania, drogą elektroniczną zgodnie z formą i procedurami wskazanymi na stronie internetowej określonej w dyrektywie jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych. Odwołujący Polkomtel w uzasadnieniu zarzutu wywodził, że zmiana ogłoszenia o zamówieniu z dnia 19 listopada 2011 r. została dokonana nieprawidłowo, ponieważ nie uwzględnia zmian specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dokonanej przez zamawiającego w związku z wyrokiem KIO z dnia 4 listopada 2011 r.

Oceniając ustalony w sprawie stan faktyczny Izba nie stwierdziła naruszenia przez zamawiającego przywoływanego przepisu ustawy Pzp. Zmiana ogłoszenia o zamówieniu w zakresie warunków zmiany umowy w ocenie Izby była jednoznaczna i nie budziła wątpliwości co do ostatecznego brzmienia Sekcji VI ogłoszenia o zamówieniu. Zamawiający w ogłoszeniu o zmianie ogłoszenia o zamówieniu z 19.11.2011 r. wykreślił całą dotychczasową treść sekcji VI.3. Choć rzeczywiście przy wykreśleniu odwołał się do pierwotnego brzmienia ogłoszenia o zamówieniu z dnia 21.09.2011 r., a nie do brzmienia z dnia 29.10.2011 r., to jednak w dniu 19.11.2011 r. nadał punktowi VI.3) - Informacje dodatkowe – całkowicie nową treść odpowiadającą zmodyfikowanym postanowieniom umowy stanowiącym załącznik do SIWZ. Treść ta zastąpiła niewątpliwie uprzednio obowiązujące zapisy tej sekcji ogłoszenia. Nastąpiło to również zgodnie z wyrokiem Izby z dnia 4 listopada 2011 r., tj. poprzez wykreślenie spornych postanowień umownych dotyczących możliwości zmiany umowy w razie zmian cen za usługi w przypadku obniżenia opłaty interkonektowej oraz w przypadku zmiany opłat za minutę połączenia w roamingu międzynarodowym.

Z omawianych wcześniej względów oddaleniu podlegały również zarzuty naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp tj. zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji.

Skutkiem oddalenia wszystkich zarzutów było także nieuwzględnienie zarzutu naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, albowiem nie zostało wykazane, iż postępowanie o udzielenie zamówienia obarczone było wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co ze wskazanych wyżej względów nie miało miejsca w niniejszej sprawie.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy §6 w zw. z § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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).

Izba uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w łącznej wysokości 10.800,00 zł, na podstawie rachunków złożonych do akt sprawy, stosownie do brzmienia §6 w zw. z § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b przywoływanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r.

**Przewodniczący:** .....