

**Sygn. akt: KIO 1437/18**

**WYROK**

**z dnia 8 sierpnia 2018 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący:** Renata Tubisz

**Protokolant:** Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 7 sierpnia 2018 r odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 lipca 2018 r. **przez odwołującego:** Polkomtel Sp. z o.o. ul. Konstruktorska 4; 02-673 Warszawa w postępowaniu prowadzonym **przez zamawiającego:** Centrum Zasobów Informatycznych ul. Żwirki i Wigury 9/13; 00-909 Warszawa

**przy udziale przystępującego:** Orange Polska S.A., al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego i wnoszącego sprzeciw na uwzględnienie przez zamawiającego zarzutów odwołania w całości

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, ponowne badanie i ocenę ofert, po uprzednim odrzuceniu oferty przystępującego po stronie zamawiającego.
2. kosztami postępowania obciąża Orange Polska S.A., al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa i
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Polkomtel Sp. z o.o. ul. Konstruktorska 4; 02-673 Warszawa tytułem wpisu od odwołania

- 2.2. zasądza od Orange Polska S.A., al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) na rzecz Polkomtel Sp. z o.o. ul. Konstruktorska 4; 02-673 Warszawa stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 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

### Odwołanie

Na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U. z 2017 r. poz. 1579 z późn. zm. zwana dalej „ustawą Pzp”) złożone zostało odwołanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Centrum Zasobów Informatycznych (dawniej: Resortowe Centrum Zarządzania Sieciami i Usługami Teleinformatycznymi) czyli zamawiający na świadczenie usług telefonii komórkowej na 17.206 numerach aktualnie eksploatowanych przez Zamawiającego wraz z dostawą 6.000 kpi. aparatów telefonicznych.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Orange Polska S.A. (dalej „Orange”), której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
2. art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Orange która zawiera błąd w obliczeniu ceny;

i tym samym naruszenie zawartej w art. 7 ustawy Pzp zasady uczciwej konkurencji poprzez wadliwe wybranie oferty tego wykonawcy.

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, ponowienie badania i oceny ofert, odrzucenie oferty Orange oraz ponowienie wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący przywołał Ogłoszenie o zamówieniu.

W dniu 13 lutego 2015 roku zostało opublikowane w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej pod numerem 2015/S 031-052393 ogłoszenie Zamawiającego o wszczęciu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego o zawarcie umowy ramowej w celu kompleksowego świadczenia usług telefonii komórkowej. Niniejsze postępowanie dotyczy zamówienia, którego przedmiot jest objęty umową ramową.

Legitymacja do wniesienia odwołania.

Odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej, gdyż zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 ustawy Pzp ma zarówno interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. Odwołujący jest przedsiębiorcą, którego oferta została sklasyfikowana na drugiej pozycji. Zaniechanie odrzucenia oferty Orange godzi w nasze

uzasadnione interesy oraz skutkuje powstaniem szkody w postaci braku możliwości zawarcia umowy. Tym samym Odwołujący posiada legitymację do wniesienia odwołania.

Co do terminu na wniesienie odwołania.

W dniu 16 lipca br. Zamawiający przekazał wykonawcom informację o wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez Orange Polska S.A. Zachowany zatem jest 10- dniowy termin określony w art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu odwołujący przedstawił następującą argumentację formalną i prawną.

Zagadnienia wstępne.

- (1) Zamawiający w dniu 22 kwietnia 2015 roku zawarł między innymi z odwołującym umowę ramową w rozumieniu art. 2 pkt 9a ustawy Pzp, której przedmiotem było ustalenie warunków udzielania zamówień na świadczenie usług telefonii komórkowej. W dniu 28 czerwca br. wykonawca odwołujący otrzymał od Zamawiającego zaproszenie do składania ofert wraz ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia w postępowaniu na zawarcie umowy szczegółowej na świadczenie usług telefonii komórkowej na 17.206 numerach aktualnie eksploatowanych przez Zamawiającego wraz z dostawą 6.000 kpl. aparatów telefonicznych.
- (2) Wartość udzielanego w niniejszym postępowaniu zamówienia jest większa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Kwota podana przed otwarciem ofert, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia to 8.000.000 zł brutto.
- (3) Zgodnie z treścią art. 19 ust. 4 ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, do udzielania zamówień publicznych udzielanych na podstawie umów ramowych zawartych przed dniem wejścia w życie nowelizacji, stosuje się przepisy dotychczasowe. Zatem do prowadzonego obecnie przez Zamawiającego postępowania znajduje zastosowanie art. 101 Pzp w brzmieniu sprzed nowelizacji z dnia 22 czerwca 2016 roku.

Należy podkreślić, iż niniejsze postępowanie jest postępowaniem o udzielenie zamówienia w którym każda z czynności Zamawiającego podlegać może zaskarżeniu do Krajowej Izby Odwoławczej. Przykładowo tak w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia z dnia 24 marca 2014 r. sygn. akt: KIO 453/14: Zamawiający Skarb Państwa - Główny Inspektorat Transportu Drogowego, ul Postępu 21, 02-676 Warszawa prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego (częstkowego) na podstawie umowy ramowej (...) W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się interesem w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż

zawarta została z nim umowa ramowa, na podstawie której Zamawiający prowadził postępowanie, które zakończyć się mogło wyborem oferty Odwołującego”. *Podobnie wyrok KIO z dnia 5 października 2010 r. sygn. akt KIO 2043/10, czy wyrok KIO z dnia 20 listopada 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 1227/08.*

Zarzut dotyczący braku określenia ceny.

(5) Zamawiający w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia ustanowił dwa kryteria oceny ofert; cena oraz pula aparatów dodatkowych. W ramach badanej ceny Zamawiający domagał się między innymi określenia ceny za opłatę abonamentową (miesięczną) za usługę BlackBerry, kompatybilną z oprogramowaniem BlackBerry Enterprise Serwer lub usługę równoważną (zarówno treść formularza oferty jak i punktu 10.2 s.i.w.z.). Co istotne, w treści punktu 9.3 s.i.w.z. Zamawiający zastrzegł, iż wykonawca ma obowiązek określenia wszystkich cen jednostkowych netto wskazanych w formularzu ofertowym (w s.i.w.z. podkreślono słowo „wszystkie”). Taką ceną niewątpliwie jest cena za usługę BlackBerry.

(6) Należy także zauważyć, iż kryterium ceny za opłatę abonamentową za usługę BlackBerry zostało uwzględnione w postępowaniu o zawarcie umowy ramowej. Zarazem zgodnie z treścią art. 101 ust. 2 ustawy Pzp w brzmieniu znajdującym zastosowania do niniejszego postępowania udzielając zamówienia wykonawczego Zamawiający nie mógł dokonać zmiany kryteriów oceny ofert określonych w umowie ramowej. W opisie przedmiotu zamówienia Zamawiający zastrzegł, iż liczba aktywacji z planowaną usługą BlackBerry lub usługą równoważną na dzień opracowywania SIWZ wynosi zero. Niemniej zgodnie z punktem 9.6 s.i.w.z cena oferty obliczona wg wzorów zawartych w specyfikacji miała być wykorzystana jedynie do porównania złożonych ofert i wyboru oferty. Rzeczywiste rozliczenia między stronami następować miały na podstawie ilości zamawianych usług. Wskazania ilości usług miały jedynie charakter szacunkowy. W takim razie także i liczba aktywacji z planowaną usługą BlackBerry lub usługą równoważną może podlegać zmianie w trakcie wykonywania zamówienia. Zamawiający zastrzegł wyraźnie, iż liczba zero dotyczy jego wiedzy na dzień opracowywania specyfikacji. Co więcej, jednoznacznie rozstrzygnął, iż wymaga podania każdej z cen jednostkowych w formularzu oferty.

(7) Biorąc pod uwagę powyższe należy zauważyć, powtarzając za orzecznictwem Wyrok KIO z dnia 11 czerwca 2013 r. sygn. akt: KIO 1253/13, iż udostępnienie dokumentów przetargowych jest czynnością prawną powodującą powstanie zobowiązania po stronie zamawiającego, który jest związany swoim oświadczeniem woli co do warunków prowadzenia postępowania i kształtu zobowiązania wykonawcy opisanego w dokumentacji. Jak słusznie dodaje Krajowa Izba Odwoławcza : „Jak wskazuje art. 70 § 3 Kodeksu

cywilnego jest to zobowiązanie, zgodnie z którym organizator od chwili udostępnienia warunków, a oferent od chwili złożenia oferty; zgodnie z ogłoszeniem aukcji albo przetargu są obowiązani postępować zgodnie z postanowieniami ogłoszenia, a także warunków aukcji albo przetargu. Z uwagi na to, że obok ogłoszenia zamawiający konkretyzuje warunki przetargu zarówno odnośnie do zamówienia (umowy), jak i prowadzenia postępowania w specyfikacji, to siwz należy uznać za warunki przetargu w rozumieniu K.C. Udostępnienie siwz jest zatem czynnością prawną powodującą powstanie zobowiązania po stronie zamawiającego, który jest związany swoim oświadczeniem woli co do warunków prowadzenia postępowania i kształtu zobowiązania wykonawcy wymienionych w siwz. Zaznaczyć przy tym należy, iż co do zasady, dla oparcia i wyprowadzenia konsekwencji prawnych z norm siwz, jej postanowienia winny być sformułowane w sposób precyzyjny i jasny. Precyzyjne i jasne formułowanie warunków przetargu a następnie ich literalne i ścisłe egzekwowanie jest jedną z podstawowych gwarancji, czy wręcz warunkiem sine qua non, realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.”

(8) W ofercie Orange w odniesieniu do ceny opłaty abonamentowej za usługę BlackBerry wykonawca złożył oświadczenie o treści „nie dotyczy Wykonawca ten zatem wbrew wymaganiu określenia każdej z cen jednostkowych netto wskazanych w formularzu ofertowym (punkt 9.3 s.i.w.z.) odstąpił od oszacowania wartości tej usługi. W ocenie Polkomtel ziściła się zatem podstawa do odrzucenia przedmiotowej oferty jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny oraz niezgodnej z wymaganiami s.i.w.z.

(9) W orzecznictwie Wyrok KIO z dnia 26 maja 2014 r. sygn. akt: KIO 950/14; Wyrok KIO z dnia 8 grudnia 2017 r., sygn. akt KIO 2475/17; Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 2/2017, str. 75 przyjmuje się, że iż błędem w obliczeniu ceny jest między innymi błąd polegający na pominięciu wyceny. Należy zaznaczyć, iż brak wyceny wszystkich pozycji składających się na przedmiot zamówienia nie jest omyłką, lecz istotnym brakiem oświadczenia woli nie mieszczącym się w pojęciu art. 87 ust. 1 pkt 3 Pzp. Zamawiający nie może wytworzyć oświadczenia, które brak jest w formularzu ofertowym, nie może samodzielnie określić wysokości brakującej ceny. Jak podkreślono w wyroku KIO z dnia 5 marca 2015 r. sygn. akt KIO 302/15, KIO 303/15 odnosząc się do żądania poprawienia omyłki poprzez wytworzenie nowej treści oferty: „Odwołujący domaga się nawet nie skonkretyzowania swojego oświadczenia w tym przedmiocie, ale złożenia nowego oświadczenia, które nie znajduje oparcia w treści oferty, a zdaniem Izby, instytucja wyrażona w przepisie art. 87 ust 1 ustawy Pzp nie służy do kreowania treści oferty w zakresie zobowiązania, którego w treści oferty zabrakło”. Zamawiający uprawniony jest do dokonania poprawienia popełnionych w ofercie omyłek, jeżeli na podstawie treści oferty możliwe jest stwierdzenie, w jaki sposób omyłka powinna być poprawiona: Wyrok KIO z dnia 13 stycznia

2012 r. sygn. akt: KIO 3/12. Zaniechanie dokonania wpisu wielkości ceny jednostkowej nie może być uznane za oczywistą omyłkę pisarską polegającą na poprawieniu: Wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 8 stycznia 2014 roku sygn. akt X Ga 652/13.

(10) Reasumując, Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej wbrew treści s.i.w.z. zgodnie z którą wykonawcy winni byli określić wysokość wszystkich cen jednostkowych netto wskazanych w formularzu ofertowym. Mamy do czynienia z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji. Z błędem wykonawcy, który nie może zostać naprawiony. Oferta Orange zawiera błąd w obliczeniu ceny, jak i jest niezgodna z wymaganiami s.i.w.z. Biorąc pod uwagę powyższe, wnosimy o nakazanie przez Izbę ponownienia przez Zamawiającego badania i oceny ofert wraz z odrzuceniem oferty wykonawcy Orange.

Zarzut dotyczący braku cennika usług.

(11) W treści opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający określił, iż poza usługami wskazanymi w formularzu ofertowym pozostałe usługi telekomunikacyjne rozliczane będą zgodnie z formularzem ofertowym i cennikiem Wykonawcy. Zamawiający dodał, iż usługi nie wymienione przez Zamawiającego oraz nieznanne w chwili zawierania umowy rozliczane będą zgodnie z cennikami Wykonawcy dla usług (klientów) biznesowych.

(12) W pytaniu nr 4 przywołanym przez Zamawiającego w wyjaśnieniach s.i.w.z. z dnia 4 lipca br. jeden z wykonawców wniósł o potwierdzenie, iż Zamawiający domaga się przedstawienia wspomnianych cenników wykonawcy dla usług (klientów) biznesowych dopiero na etapie podpisania umowy, a nie wraz z ofertą. Zamawiający odpowiedział: Zamawiający potwierdza, że wymaga przedstawienia wspomnianych cenników wykonawcy dla usług (klientów) biznesowych wraz z ofertą.

(13) Należy podkreślić, iż (Wyrok KIO z dnia 31 marca 2014r. sygn. akt 503/14) *Jak wskazuje orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej wyjaśnienia udzielane w zakresie odnoszącym się do SIWZ stanowią rodzaj wykładni autentycznej wiążącej zamawiającego i wykonawców. Każdorazowo jeżeli wyjaśnienia treści SIWZ prowadzą do nadania jej zapisom nowego znaczenia mamy do czynienia z modyfikacją jej treści. Jest ona wiążąca dla uczestników postępowania i stanowi wyznacznik interpretacji postanowień umowy.* Wyjaśnienia treści s.i.w.z. stanowią część warunków przetargowych wiążących strony postępowania przetargowego (Wyrok KIO z dnia 20 maja 2013 r. sygn. akt: KIO 1070/13).

(14) W praktyce orzeczniczej i kontrolnej KIO oraz Prezesa UZP wielokrotnie dawano wyraz przekonaniu, iż nie jest możliwym odstępnie od stosowania wymagań zawartych w dokumentacji przetargowej nawet jeśli w subiektywnej ocenie Zamawiającego nie mają one

istotnego znaczenia. Zamawiający domagał się przedłożenia cenników wykonawcy dla usług (klientów) biznesowych, zatem pominięcie przedłożenia takiego dokumentu niewątpliwie świadczy o wadzie złożonej oferty. Zamawiający miał prawo dokonać oceny, czy przedłożony cennik lub cenniki spełniają jego wymagania, to jest czy są cennikami wykonawcy dla usług (klientów) biznesowych. Zamawiający rozstrzygnął w toku postępowania przetargowego, iż domaga się przedłożenia wraz z ofertą cenników stanowiących treść oferty (wysokość wynagrodzenia za usługi nieobjęte formularzem cenowym). Wykonawca tego obowiązku nie zrealizował.

(15) Zarazem należy podkreślić, iż skoro cenniki nie były składane w ramach podmiotowych lub też przedmiotowych warunków udziału w postępowaniu (art. 25 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp) ani nie były składane na potwierdzenie, iż wykonawca nie podlega wykluczeniu (art. 25 ust. 1 pkt 3 Pzp) brak jest zatem podstaw do wzywania do ich uzupełnienia na podstawie art. 26 ust.3 ustawy Pzp. Mamy do czynienia z brakiem oferty, który na tym etapie postępowania nie może podlegać konwalidacji. Zatem zachodzą przesłanki do jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

(16) Reasumując, wnosimy o nakazanie Zamawiającemu przez Izbę odrzucenia oferty wykonawcy Orange. Biorąc pod uwagę powyższe, wnosimy o uwzględnienie odwołania.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła co następuje**

Podsumowując przedstawione powyżej odwołanie (część wstępna uzasadnienia) zarzuty, żądania oraz ich argumentacja przedstawia się następująco.

We wniesionym odwołaniu odwołujący zarzuca zamawiającemu naruszenie zarówno:

art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Orange Polska S.A. (dalej „Orange”), której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia jak i

art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Orange która zawiera błąd w obliczeniu ceny

i tym samym naruszenie zawartej w art. 7 ustawy Pzp zasady uczciwej konkurencji poprzez wadliwe wybranie oferty tego wykonawcy.

Odwołujący wnosi o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, ponowienie badania i oceny ofert, odrzucenie oferty przystępującego po



stronie zamawiającego, który wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia w całości zarzutów odwołania oraz ponowienie wyboru oferty najkorzystniejszej.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 13 lutego 2015 roku w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej pod numerem 2015/S 031-052393 jako ogłoszenie zamawiającego o wszczęciu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego o zawarcie umowy ramowej w celu kompleksowego świadczenia usług telefonii komórkowej. Niniejsze postępowanie dotyczy zamówienia, którego przedmiot jest objęty umową ramową.

Odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej, gdyż zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 ustawy Pzp ma zarówno interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Odwołujący jest przedsiębiorcą, którego oferta została sklasyfikowana na drugiej pozycji.

Co do terminu na wniesienie odwołania. W dniu 16 lipca br. zamawiający przekazał wykonawcom informację o wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez Orange Polska S.A. Zachowany zatem jest 10- dniowy termin określony w art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 22 kwietnia 2015 roku zawarł między innymi z odwołującym umowę ramową w rozumieniu art. 2 pkt 9a ustawy Pzp, której przedmiotem było ustalenie warunków udzielania zamówień na świadczenie usług telefonii komórkowej. W dniu 28 czerwca br. wykonawca odwołujący otrzymał od zamawiającego zaproszenie do składania ofert wraz ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia w postępowaniu na zawarcie umowy szczegółowej na świadczenie usług telefonii komórkowej na 17.206 numerach aktualnie eksploatowanych przez Zamawiającego wraz z dostawą 6.000 kpl. aparatów telefonicznych. Odwołujący przedstawił zarzut dotyczący braku określenia ceny.

Zamawiający w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia ustanowił dwa kryteria oceny ofert; cena oraz pula aparatów dodatkowych. W ramach badanej ceny zamawiający domagał się między innymi określenia ceny za opłatę abonamentową (miesięczną) za usługę BlackBerry, kompatybilną z oprogramowaniem BlackBerry Enterprise Serwer lub usługę równoważną (zarówno treść formularza oferty jak i punktu 10.2 s.i.w.z.). W treści punktu 9.3 s.i.w.z. zamawiający zastrzegł, iż wykonawca ma obowiązek określenia wszystkich cen jednostkowych netto wskazanych w formularzu ofertowym (w s.i.w.z. podkreślono słowo „wszystkie”). Taką ceną niewątpliwie jest cena za usługę BlackBerry.

Kryterium ceny za opłatę abonamentową za usługę BlackBerry zostało uwzględnione w postępowaniu o zawarcie umowy ramowej. Zarazem zgodnie z treścią art. 101 ust. 2 ustawy Pzp w brzmieniu znajdującym zastosowania do niniejszego postępowania udzielając

zamówienia wykonawczego zamawiający nie mógł dokonać zmiany kryteriów oceny ofert określonych w umowie ramowej. W opisie przedmiotu zamówienia zamawiający zastrzegł, iż liczba aktywacji z planowaną usługą BlackBerry lub usługą równoważną na dzień opracowywania SIWZ wynosi zero. Niemniej zgodnie z punktem 9.6 s.i.w.z cena oferty obliczona wg wzorów zawartych w specyfikacji miała być wykorzystana jedynie do porównania złożonych ofert i wyboru oferty. Rzeczywiste rozliczenia między stronami następować miały na podstawie ilości zamawianych usług. Wskazania ilości usług miały jedynie charakter szacunkowy. W takim razie także i liczba aktywacji z planowaną usługą BlackBerry lub usługą równoważną może podlegać zmianie w trakcie wykonywania zamówienia. Zamawiający zastrzegł wyraźnie, iż liczba zero dotyczy jego wiedzy na dzień opracowywania specyfikacji. Co więcej, jednoznacznie rozstrzygnął, iż wymaga podania każdej z cen jednostkowych w formularzu oferty.

W ofercie Orange w odniesieniu do ceny opłaty abonamentowej za usługę BlackBerry wykonawca złożył oświadczenie o treści „nie dotyczy Wykonawca ten zatem wbrew wymaganiu określenia każdej z cen jednostkowych netto wskazanych w formularzu ofertowym (punkt 9.3 s.i.w.z.) odstąpił od oszacowania wartości tej usługi. W ocenie Polkomtel ziściła się zatem podstawa do odrzucenia przedmiotowej oferty jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny oraz niezgodnej z wymaganiami s.i.w.z.

Zarzut dotyczący braku cennika usług.

W treści opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający określił, iż poza usługami wskazanymi w formularzu ofertowym pozostałe usługi telekomunikacyjne rozliczane będą zgodnie z formularzem ofertowym i cennikiem Wykonawcy. Zamawiający dodał, iż usługi nie wymienione przez Zamawiającego oraz nieznanne w chwili zawierania umowy rozliczane będą zgodnie z cennikami Wykonawcy dla usług (klientów) biznesowych.

W pytaniu nr 4 przywołanym przez Zamawiającego w wyjaśnieniach s.i.w.z. z dnia 4 lipca br. jeden z wykonawców wniósł o potwierdzenie, iż Zamawiający domaga się przedstawienia wspomnianych cenników wykonawcy dla usług (klientów) biznesowych dopiero na etapie podpisania umowy, a nie wraz z ofertą. Zamawiający odpowiedział: Zamawiający potwierdza, że wymaga przedstawienia wspomnianych cenników wykonawcy dla usług (klientów) biznesowych wraz z ofertą.

Zamawiający domagał się przedłożenia cenników wykonawcy dla usług (klientów) biznesowych, zatem pominięcie przedłożenia takiego dokumentu niewątpliwie świadczy o wadzie złożonej oferty.

Odwołujący podkreślił, że w jego ocenie skoro cenniki nie były składane w ramach podmiotowych lub też przedmiotowych warunków udziału w postępowaniu (art. 25 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp) ani nie były składane na potwierdzenie, iż wykonawca nie podlega wykluczeniu (art. 25 ust. 1 pkt 3 Pzp) brak jest zatem podstaw do wzywania do ich uzupełnienia na podstawie art. 26 ust.3 ustawy Pzp. Mamy do czynienia z brakiem oferty, który na tym etapie postępowania nie może podlegać konwalidacji. Zatem zachodzą przesłanki do jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Na rozprawie strony oraz uczestnik złożyli następujące oświadczenia, wnioski dowodowe w sprawie oraz argumentowali swoje stanowiska następująco.

Pełnomocnik odwołującego w zakresie postępowania dowodowego wniósł o przeprowadzenie dowodu z: postanowień SIWZ. Okoliczność pominięcia w formularzu cenowym usług blackberry traktuje jako naruszenie przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 89 ust. 1 pkt 6. Z kolei brak cennika dla klientów biznesowych traktuje jako naruszenie przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2. Na brak wyceny wskazuje pkt 9 ppkt 3 i 6, zgodnie z treścią których w części dotyczącej opisu sposobu obliczenia ceny, zamawiający nakazał wykonawcy określenia wszystkich cen jednostkowych netto, wskazanych w formularzu ofertowym, z kolei w pkt 9.6 cena oferty obliczona wg wzorów zawartych w pkt 10 SIWZ będzie wykorzystana jedynie do porównania złożonych ofert i wyboru oferty. Z kolei w pkt 10 opis kryteriów oraz opis sposobu oceny ofert podano wzór na ocenę ofert. Wskazuje również na opis przedmiotu zamówienia, załącznik nr 1, pt. świadczenie usług telefonii komórkowej na aktualnie eksploatowanych numerach wraz z dostawą nowych telefonów. Strona 1 OPZ, część dane ilościowe i jakościowe dla części zamówienia opisują usługę LBB, gdzie wskazują liczbę aktywacji z planowaną usługą blackberry lub usługą równoważną na dzień opracowania SIWZ wynosi 0, co nie oznacza wg odwołującego, iż przystępujący miał prawo nie wycenić tej usługi, pominąć nakaz z SIWZ wyceny wszystkich usług ujętych w formularzu cenowym. Kolejne postanowienie, tj. formularz ofertowy, załącznik 3 do SIWZ, gdzie znajduje się tabela z opisem usługi „opłata abonamentowa (miesięczna) na usługę blackberry kompatybilną z oprogramowaniem blackberry enterprise serwer lub usługę równoważną z wskazaniem ceny netto, podatku vat i ceny brutto”.

Na podstawie oferty wykonawcy (przystępującego) odwołujący wywodził. W formularzu ofertowym, załącznik nr 3 do SIWZ oferty przystępującego, w tabeli opłata abonamentowa za usługę blackberry wpisano w miejsce ceny netto, podatku vat, ceny brutto – „nie dotyczy”, w każdej z kolumn.

Co do obowiązku przedłożenia cennika usług biznesowych odwołujący przywołał: SIWZ, załącznik nr 1, OPZ str. 14 SIWZ pod tabelą przy pkt 5 o treści wykonawca w ramach opłaty stałej abonamentowej A zapewni, pod tabelą znajduje się zapis o treści „pozostałe usługi telekomunikacyjne rozliczane będą zgodnie z formularzem ofertowym i cennikiem wykonawcy”.

Przywołał również odpowiedzi zamawiającego na pytania z 04.07.2018, pismo CZI-WZP.2614.5.2018.NP w odpowiedzi na pytanie nr 4. Odczytano treść pytania. Przywołuje pkt 4 o treści „w umowie szczegółowej wykonawca jest zobowiązany do przedstawienia pełnego cennika realizowanych usług telefonii komórkowej. Ceny te nie mogą przekraczać poziomu cen obowiązujących na rynku biznesowym składającego ofertę wykonawcy w terminie otwarcia ofert szczegółowych”. Wykonawcy w związku ze sformułowanymi postanowieniami SIWZ powzięli wątpliwości na jakim etapie wykonawcy mają złożyć cennik dla klientów biznesowych w kontekście postanowień SIWZ, a w szczególności postanowień OPZ, a poza tym praktyką jest, że zamawiający żądają na etapie składania ofert cenników dla klientów biznesowych, tj. dla usług, które nie są wymienione w formularzu ofertowym. Zacytował zdanie w pytaniu 4 „wnosimy o potwierdzenie, że zamawiający wymaga przedstawienia wspomnianych cenników wykonawcy dla usług (klientów biznesowych) dopiero na etapie podpisania umowy a nie wraz z ofertą”. W części tego pytania przywołano pkt 4 OPZ ppkt 5 tabeli zamieszczonej w pkt 6 OPZ. Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi „Zamawiający potwierdza, że wymaga przedstawienia wspomnianych cenników wykonawcy dla usług (klientów biznesowych) wraz z ofertą”. Z naszego doświadczenia wiemy, że w praktyce zamawiający żądają dostarczenia cenników biznesowych, tj. cenników, które nie mają charakteru cennika dedykowanego, który z reguły ma wyższe ceny za usługi niż w cennikach biznesowych. Przez cennik biznesowy należy rozumieć cennik dla osób, podmiotów prowadzących działalność gospodarczą, innymi cennikami są cenniki dla osób fizycznych (indywidualnych). Na rozprawie wyjaśniono, że usługa blackberry jest to poczta elektroniczna na aparatach telefonicznych. Zamawiający życzył sobie, aby miał przedstawioną wycenę usługi blackberry, pomimo, że aktualnie nie korzysta, to chciał wiedzieć na etapie składania oferty, jak wykonawcy tę usługę wyceniają, z możliwością korzystania z tej usługi w trakcie realizacji zamówienia. Zamawiający korzysta z tej usługi blackberry, tj. aktualnie umowa wykonawcza, która jest realizowana, korzysta z niej w tym przypadku 50 użytkowników.

Taką argumentację wniesionych zarzutów i żądań przedstawił na rozprawie odwołujący.

Z kolei przystępujący po stronie zamawiającego do protokołu, w związku z wniesieniem sprzeciwu do uwzględnionego odwołania, stanowisko o oddaleniu odwołania, jako wniesionego niezasadnie, argumentował i wyjaśniał następująco.

Wniósł o przeprowadzenie dowodów z przywołanych przez odwołującego postanowień SIWZ, jak również odpowiedzi na pytania nr 4 z 04.07.2018, w tym również z oferty przystępującego, przy czym rozszerzył zakres postanowień badanych wskazując, iż przywołanie przez odwołującego nastąpiło w sposób wybiórczy. Wniósł o rozszerzenie odpowiedzi przywołanej z dnia 04.07.2018 za numerem 5 "wnosimy o wyjaśnienie, czy załącznik nr 2 do umowy, stanowiący cennik świadczenia usług, to formularz oferty, a załącznik nr 5 do umowy, stanowiący cennik usług telekomunikacyjnych, to obowiązujący u wykonawcy cennik realizowanych usług telefonii komórkowej, który należy przedstawić na etapie podpisania umowy" udzielono odpowiedzi potwierdzającej, tj., że załącznik nr 2 jest formularzem oferty, a załącznik nr 5 do umowy, tj. cennik usług telekomunikacyjnych, to cennik usług, które należy przedstawić na etapie podpisania umowy. Wskazał również na konieczność przeprowadzenia dowodu z: Załącznika nr 2 do SIWZ (wzór umowy szczegółowej) tj. z załączników do tego wzoru nr 2 i nr 5. Zamawiający na rozprawie wyjaśnił, że wzór umowy szczegółowej ulegał zmianie i ostatecznie na skutek pytań wykonawców zmieniono wzór umowy i ostatecznie zawiera on nie 7 załączników tylko 5 załączników. Wskutek udzielonej odpowiedzi z 04.07.2018 wzór umowy zawiera 5 załączników, natomiast odpowiedź udzielana była do wzoru umowy w starej wersji, która miała 7 załączników. Przywołane załączniki w odpowiedzi dotyczą starej wersji. Zgodnie z odpowiedzią zamawiającego, załącznik nr 2, cennik świadczenia usług, to formularz ofertowy, a załącznik nr 5, cennik usług telekomunikacyjnych, to cennik dla klientów biznesowych, który należy przedstawić na etapie podpisania umowy, a nie jak twierdzi odwołujący wraz z ofertą. Przystępujący wywiódł w tym stanie rzeczy, że zamawiający 04.07.2018, udzielając odpowiedzi, odpowiedzią na pytanie 5 zmodyfikował udzieloną powyżej odpowiedź na pytanie nr 4, gdzie cennik usług dla klientów biznesowych każe ostatecznie złożyć na etapie podpisania umowy, a nie jak w odpowiedzi na pytanie 4 na etapie składania ofert. Wiążącą jest późniejsza odpowiedź, czyli odpowiedź na pytanie 5. Tak sformułowane odpowiedzi zamawiającego nie mogą skutkować tak daleką sankcją, jakiej domaga się odwołujący, tj. odrzucenie naszej oferty z powodu niezłączenia na etapie składania oferty cennika dla klientów biznesowych. W związku z tym wywodzenie art. 89 ust. 1 pkt 2 uznać za bezprzedmiotowe. Uważa, że słowa pełnomocnika odwołującego, że cennik usług biznesowych jest oceniany na etapie oceny, czy też składania ofert, jest nieuprawniony wobec treści pkt 4, jak również dlatego, że w postanowieniach SIWZ nie ma zapisu, że

zamawiający dokonuje oceny tego cennika. W pkt 4 OPZ mówi „w umowie szczegółowej wykonawca jest zobowiązany do przedstawienia cennika usług biznesowych...”.

Zamawiający różnie żądają złożenia cennika usług biznesowych, czasami na etapie składania oferty, a czasami na etapie podpisania umowy. Każdy operator musi mieć cennik usług, który jest publikowany i może być przedmiotem kontroli przez UKE, bądź też rzecznika praw UOKiK, co wynika z prawa telekomunikacyjnego, są to powszechnie obowiązujące cenniki, natomiast spotykamy się z praktyką, że niektórzy operatorzy tworzą cenniki sprzedaży telefonów, dedykowane pod konkretne postępowania. Ceny za usługi również są regulowane w regulaminach, jeżeli nie są ujęte w cennikach. Odnosząc się do zarzutu 2, naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 co do nieuwzględnienia w formularzu oferty usługi blackberry przystępujący argumentował. Nie można mówić o błędzie w obliczeniu ceny, ponieważ usługa BB jest na poziomie 0 co do ilości, jak również w odpowiedziach na pytania Zamawiający dopuścił jej wycenę na poziomie 0 zł oraz zwraca uwagę na przywoływany już przez odwołującego pkt 9.3 i 9.6 SIWZ, który mówi o tym, że cena obliczona wg wzoru w pkt 10 będzie wykorzystana jedynie dla porównania złożonych ofert i wyboru oferty i zawsze wynik działania matematycznego będzie 0, niezależnie czy wpisujemy tak jak „nie dotyczy” czy „0” lub inną wartość, to zawsze nie będzie to miało wpływu na wysokość ceny ofertowej. W związku z tym nie można tego zakwalifikować do błędu w obliczeniu ceny (pkt 6). Jeżeli chodzi o usługę BB to jest konieczność posiadania oprogramowania, urządzeń odbiorczych, które umożliwiają dostęp do serwera BB. Zamawiający oświadczył, że w zeszłym roku posiadał 15 sztuk usługi w tych aparatach. Żeby była realizowana usługa BB trzeba posiadać serwer, oprogramowanie i dedykowane urządzenie BB, urządzenia - komórki BB nie są już produkowane od kilku lat. Przystępujący również wyjaśnił, że jego oferta nie obejmuje urządzeń BB (komórka) obsługujących usługę BB. Powołując się na OPZ LBB Zamawiający wskazał, że liczba aktywacji z planowaną usługą BB wynosi 0. Dlatego świadomie w ofercie napisano w zakresie usługi BB „nie dotyczy”, bo zamawiający nie będzie aktywował usługi BB. Z uwagi na to, że aparaty BB nie są od kilku lat produkowane, ale zamawiający posiada ich około 6 000 i posiada serwer i oprogramowanie, to jak sobie zażyczy, możemy taką usługę świadczyć. Aktualna umowa należy nadmienić dotyczy nowych aktywacji, nowych telefonów, natomiast posiadane do tej pory aparaty blackberry obsługuje się w ramach innych umów. Kwitując przystępujący oświadczył na rozprawie: Wpis „nie dotyczy” jest uprawniony, ponieważ wie, że aktywacja w zakresie BB nie będzie następowała w związku z brakiem aparatów.

Na rozprawie odwołujący, wobec przedstawionego do protokołu stanowiska i wyjaśnień przez przystępującego, odniósł się do nich następująco.

Zwrócił uwagę, że usługa BB jest również przewidziana jako usługa równoważna i należy przez nią rozumieć możliwość odczytywania poczty na komórce użytkownika. Wyjaśnienia w związku z tym przystępującego, że zamawiający nie będzie korzystał z usługi BB, bo urządzenia nie są produkowane, jest nieadekwatna tym bardziej, że stwierdza, iż taką usługę świadczyć może. Przystępujący, w poprzednich postępowaniach, nie oferował urządzenia BB, ale usługę BB świadczył lub równoważną, nie wpisywał, tak jak w tym postępowaniu, zwrotu „nie dotyczy”. Niezależnie czy zaoferuje 0 czy jakąś kwotę, to obowiązek wyceny, nawet na poziomie 0, istnieje, natomiast wpisanie zwrotu „nie dotyczy” powoduje błąd w obliczeniu ceny. Uważa za nieuprawnioną sugestię przystępującego, który podnosi, że może stosować cenę na usługę BB lub równoważną, którą zaoferował w umowie ramowej. Gdyby tak było, to zamawiający nie żądałby wyceny tej usługi. Również zwraca uwagę, że zamówienie jest dla wielu jednostek MON-u, w związku z tym obsługa tych jednostek ma charakter dynamiczny i może powodować, że nawet mimo że dzisiaj usług tych jest na poziomie 0, to może znaleźć się nawet 1 użytkownik, który będzie wymagał usługi BB lub równoważnej. Poza tym co do cennika biznesowego to zamawiający żądał dostarczenia cennika usług biznesowych na etapie składania ofert, ponieważ chciał mieć pewność, że stosowane ceny będą na poziomie cennika u niego obowiązującego. Zamawiający domagał się złożenia cennika usług biznesowych na etapie składania oferty, a nie jak twierdzi przystępujący, na etapie podpisania umowy, ponieważ chciał sprawdzić, czy w przedłożonym cenniku ceny nie są wyższe niż ceny w ogólnie obowiązującym u niego cenniku świadczenia usług. Bowiem może dojść do sytuacji, że mimo ogólnie obowiązującego cennika u operatora, w praktyce umownej z zamawiającym zostaną zastosowane inne ceny niż w tymże cenniku, dlatego, że jest to umowa indywidualna, jest swoboda umów i żądanie takiego cennika na etapie składania ofert ma swój sens i cel, daje bezpieczeństwo zamawiającemu, chroni interesy ekonomiczne Zamawiającego. Co do interpretacji odpowiedzi na pytanie 5 zwraca uwagę, że dostarczenie cennika na etapie podpisania umowy nie niweczy obowiązku dostarczenia cennika na etapie składania oferty.

Z kolei przystępujący w głosie końcowym wnosząc o oddalenie odwołania między innymi uzupełniająco dodał do udzielonych wyjaśnień następująco. Odnosząc się do swoich poprzednich wypowiedzi podtrzymuje swoją argumentację i wnioski, zwracając uwagę na odpowiedzi z 04.07.2018, tj. pytanie 4 i 5 w kontekście pkt 6 OPZ, z którego to wynika, że cennik usług biznesowych należy złożyć na etapie podpisania umowy, a nie na etapie składania oferty. Uważa w zakresie usługi BB, że byliśmy uprawnieni do wpisania zwrotu „nie dotyczy”, ponieważ aktualnie nie ma usługi równoważnej do BB, jest możliwość tylko

poprzez zakup aplikacji korzystania w części z usługi o zakresie BB, co nie świadczy o jej równoważności. Poza tym świadczenie usługi równoważnej wymaga zakupu odrębnie serwera i oprogramowania. Aktualnie nie ma usługi równoważnej do BB, a istniejące tego typu usługi są zastępcze i nierównoważne. Należy zaznaczyć, że prawidłowo usługa nazywa się BB Enterprise Server bo chodzi o tą konkretną usługę.

Izba na podstawie przeprowadzonego na rozprawie postępowania dowodowego z akt dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez zamawiającego, uwzględniając złożone wnioski dowodowe jak i na podstawie oświadczeń oraz wyjaśnień stawiających w sprawie ustaliła i zważyła jak poniżej.

W związku z przeprowadzonym na rozprawie postępowaniem dowodowym Izba ustaliła i zważyła następująco.

Co do zarzutu naruszenia art.89 ust.1 pkt 2 i 6 ustawy Izba ustaliła i zważyła jak poniżej.

Zamawiający w przywoływanych przez odwołującego postanowieniach specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) zarówno w samej jej treści jak i załączniku do SIWZ to jest formularzu ofertowym przewidział wycenę usługi BlackBerry (BB). Z oferty złożonej przez przystępującego wynika, że w pozycji formularza ofertowego odnoszącej się do usługi BB odwołujący dokonał wpisu o treści „nie dotyczy”. Izba oceniając taki stan rzeczy uważa, że potwierdzają się zarzuty odwołania co do naruszenia przez zamawiającego art.89 ust.1 pkt 2 ustawy w związku z nie odrzuceniem tejże oferty przystępującego. Bowiem z zapisu w pozycji usług BB „nie dotyczy” należy wywieść co do zasady, że oferent to jest przystępujący po stronie zamawiającego nie tylko nie wycenił tej usługi ale nie przewiduje jej wykonania. W sumie oznacza to, że oferent stając się wykonawcą miałby prawo odmówić wykonania usługi Blackberry. Jeżeli by się z kolei jej podjął to cena podlegałaby jednostronnemu ustaleniu przez wykonawcę czy też negocjacji między wykonawcą a zamawiającym. Powyższy scenariusz realizacji zamówienia co do zasady jest niedopuszczalny w usłudze realizowanej w trybie przetargu na zamówienie publiczne. Reasumując wobec tak złożonej oferty, w zakresie treści formularza ofertowego przystępującego w zakresie usługi BB, zamawiający nie ma prawa żądać świadczenia usługi BB a nawet w przypadku dobrowolnego świadczenia tej usługi cenę dyktowałby w trakcie jej realizacji umowy wykonawca a co jest niedopuszczalne. W obowiązującym systemie prawa nie ma umowy skutecznie zawartej w przypadku nie ustalenia przedmiotu jej świadczenia i wynagrodzenia z tego tytułu. Przystępujący nie oferuje wymaganej usługi BB a w konsekwencji nie ma ustalonego dla niej



wynagrodzenia. Zarówno okoliczność zobowiązania się do świadczenia usługi BB jak i ustalenia dla niej ceny za jej świadczenie winno nastąpić w złożonej ofercie a tego brak w ofercie przystępującego (formularz ofertowy). Oferta tak złożona jest ofertą nieporównywalną z pozostałymi, które oferują zgodnie z wymogiem zamawiającego między innymi usługę Blackberry. Z kolei porównywalność ofert jest warunkiem uczestnictwa w rankingu ofert w celu ustalenia oferty najkorzystniejszej. Nie jest skuteczne domniemanie wyceny usługi BB na poziomie zero złotych, co dopuścił zamawiający w swych wyjaśnieniach, bo nie ma takiej wyceny („0,00 złotych) w formularzu oferty przystępującego.

Tak więc wpisanie słowa w pozycji odpowiedniej dla podania wynagrodzenia „nie dotyczy” nie jest równoznaczne z wyceną tej pozycji na poziomie np. zero złotych(0,00 złotych).

W tym miejscu nadmienia się, że Izba nie rozstrzygała zagadnienia dopuszczalności świadczenia usługi za kwotę „0,00 złotych”.

Reasumując skoro przystępujący nie oferuje usługi BB („nie dotyczy”) to dywagacje na temat błędu w obliczeniu ceny są tylko zbyt daleko posunięte, ponieważ sprowadzają się do przyjęcia, że jednak usługa jest oferowana a tylko niewyceniona. W związku z tym Izba uznaje zarzut za udowodniony na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy bez błędu w obliczeniu ceny za usługę (art.89 ust.1 pkt 6 ustawy) skoro usługa nie jest oferowana. Przystępujący również nie udowodnił, że brak równoważnej usługi do BB tym bardziej, że na rozprawie oświadczył, że na wezwanie zamawiającego usługę BB lub równoważną może świadczyć.

Tak więc oferta przystępującego jako nie oferującego pełnego zakresu usługi wymaganej przez zamawiającego powinna być odrzucona jako niekompletna. Izba kwalifikuje tę wadę jako sprzeczność treści oferty z treścią SIWZ.

Izba nie uwzględnia zarzutu odwołującego co do podstaw odrzucenia oferty przystępującego również na podstawie art.89 ust.1 pkt 2 ustawy z powodu braku dostarczenia cennika usług biznesowych. Same strony i uczestnik wyjaśnili, że ma to zagwarantować w praktyce stosowanie cen w ramach przedmiotowego cennika usług operatora na poziomie ogólnie dostępnym. W przeciwnym wypadku, jeżeli zamawiający korzystałby z usług nieobjętych umową to w stosunku do niego operator mógłby stosować inne stawki niż wynikające z ogólnie dostępnych cenników oraz regulaminu operatora. Jednak same strony przyznały, że cenniki są objęte kontrolą zarówno UKE jak i UOKiK, które mają za zadanie chronić interes użytkowników usług a w szczególności konsumentów. Zaistniała również okoliczność rozbieżnej interpretacji udzielonych odpowiedzi na pyt. nr 4 i 5 w kontekście załącznika do

SIWZ jakim jest opis przedmiotu zamówienia (OPZ). Izba wobec treści odpowiedzi na pytanie nr 4 przychyliła się do prawa żądania listy już na poziomie składania oferty a nie dopiero na moment podpisania umowy. Niemniej ten brak oferty przystępującego Izba kwalifikuje do art.25 ust.1 pkt 2) ustawy a w konsekwencji do możliwości uzupełnienia takiego braku w trybie art.26 ust.3 ustawy. Izba nie podziela stanowiska odwołującego kwalifikacji tego braku do art.89 ust.1 pkt 2 ustawy to jest do skutku odrzucenia oferty.

Tym samym potwierdził się zarzut naruszenia art. 7 ustawy co do podstawowych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego to jest równego traktowania wykonawców. W tym przypadku zarzut braku równego traktowania wykonawców wyczerpuje się na nie stosowaniu równych zasad w stosunku do wszystkich wykonawców a wynikających z SIWZ to jest obowiązku zaoferowania i wyceny usługi BB, przez wszystkich wykonawców.

W związku z powyższym odwołanie zasługuje na uwzględnienie, ponieważ zamawiający naruszył art.89 ust.1 pkt 2 ustawy co do oferty przystępującego a co w rozumieniu art.192 ust.2 ustawy ma to wpływ na wynik postępowania.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust.9 i 10 ustawy oraz § 3 pkt 1 w związku z § 5 ust.2 pkt 2) 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 (j.t. Dz. U. 2018r. poz.972) zaliczając uiszczony wpis przez odwołującego w kwocie 15.000,00 zł. w koszty postępowania odwoławczego i zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 15.000,00 złotych jako koszty obejmujące uiszczony wpis odwołującego na rzecz odwołującego od przystępującego po stronie zamawiającego, który wniósł sprzeciw na uwzględnienie przez zamawiającego w całości zarzutów odwołania.

**Przewodniczący:** .....