

**Sygn. akt: KIO 585/16**

**Sygn. akt: KIO 593/16**

**WYROK**  
**z dnia 5 maja 2016 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Agata Mikołajczyk**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 maja 2016 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 kwietnia 2016 r. przez odwołujących:

A. wykonawcę **ATM S.A., ul. Grochowska 21a, 04-186 Warszawa, Sygn. akt: KIO 585/16;**

B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) Integrated Solutions Sp. z o.o. (pełnomocnik wykonawców), (2) Orange Polska S.A., adres dla pełnomocnika: ul. Skierniewicka 10a, 01-230 Warszawa**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - **Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia, ul. Stanisława Dubois 5A, 00-184 Warszawa,**

przy udziale wykonawcy **T-Mobile Poland Sp. z o. o., ul. Marynarska 12, 02-674 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 585/16 oraz KIO 593/16 po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołania i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy T-Mobile Poland Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie oraz odrzucenia oferty wykonawcy ATM S.A. z siedzibą w Warszawie i oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Integrated Solutions Sp. z o.o., Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie, oraz ponowną ocenę ofert z uwzględnieniem ofert wskazanych wykonawców;

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego - Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia, ul. Stanisława Dubois 5A, 00-184 Warszawa i zalicza:

2.1. w poczet kosztów postępowania kwotę 30.000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołujących: wykonawcę ATM S.A., ul. Grochowska 21a, 04-186 Warszawa oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) Integrated Solutions Sp. z o.o. (pełnomocnik wykonawców), (2) Orange Polska S.A., adres dla pełnomocnika: ul. Skierniewicka 10a, 01-230 Warszawa, tytułem wpisów od odwołań,

2.2. zasądza od zamawiającego - Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia, ul. Stanisława Dubois 5A, 00-184 Warszawa kwotę 33.600 zł (słownie: trzydzieści trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) w tym:

2.2.1.1. kwotę 18.600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych) na rzecz ATM S.A., ul. Grochowska 21a, 04-186 Warszawa, stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego,

2.2.1.2. kwotę 15.000 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych) na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) Integrated Solutions Sp. z o.o. (pełnomocnik wykonawców), (2) Orange Polska S.A., adres dla pełnomocnika: ul. Skierniewicka 10a, 01-230 Warszawa, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) 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:** .....

**Sygn. akt: KIO 585/16**

**Sygn. akt: KIO 593/16**

### **Uzasadnienie**

Odwołania zostały wniesione w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia z Warszawy w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych [Dz. U. z 2015 r. poz. 2164], którego przedmiotem jest „Świadczenie usługi łączącej dostępowych oraz usługi kolokacji infrastruktury techniczno-systemowej (ITS) w ramach zapewnienia trwałości projektów Elektroniczna Platforma Gromadzenia, analizy i Udostępniania Zasobów Cyfrowych o Zdarzeniach Medycznych (PI) oraz Platforma udostępniania on - line przedsiębiorcom usług i zasobów cyfrowych rejestrów medycznych (P2), Dziedziczne systemy teleinformatyczne systemu informacji w ochronie zdrowia (P4)”.

**Sygn. akt: KIO 585/16**

Odwołujący - ATM Spółka Akcyjna z Warszawy [Odwołujący ATM lub wykonawcy ATM] wniósł odwołanie wobec czynności odrzucenia oferty wykonawcy ATM i wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawcy T-Mobile S.A. z Warszawy oraz z ostrożności wobec zaniechania wezwania Odwołującego do uzupełnienia oświadczenia potwierdzającego, że oferowany przedmiot zamówienia spełnia wymagania zdefiniowane w SIWZ, ewentualnie zaniechania poprawienia omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, ewentualnie zaniechania wezwania Odwołującego do wyjaśnień treści oferty. Zdaniem wykonawcy ATM powyższe narusza: a. art. 89 ust. 1 pkt 2) Pzp z uwagi na jego błędne zastosowanie i w konsekwencji odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ), pomimo, iż opisana przez Zamawiającego niezgodność nie występuje w ofercie, ewentualnie: b. art. 26 ust. 3 Pzp, z uwagi na zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia brakującego oświadczenia, o którym mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp, ewentualnie: c. art. 87 ust. 2 pkt 3) Pzp z uwagi na zaniechanie poprawienia przez Zamawiającego omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ niepowodującej istotnych zmian w treści oferty, ewentualnie: d. art. 87 ust.1 Pzp z

uwagi na zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty.

Wskazując na powyższe wykonawca ATM wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu: a. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty; b. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego; c. dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego jako nie podlegającej odrzuceniu oraz ewentualnie; d. dokonania w ramach ponownego badania i oceny oferty wezwania wskazanego w art. 26 ust. 3 Pzp, art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp lub art. 87 ust. 1 Pzp.

Wskazał, że (...) Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania w myśl art. 179 ust. 1 Ustawy, ponieważ jest jednym z trzech wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Wykazanie zasadności zarzutów co do naruszenia przepisów Ustawy w przedmiocie odrzucenia oferty Odwołującego spowoduje możliwość uzyskania zamówienia przez Odwołującego. Oferta Odwołującego zawierała najniższą cenę i Zamawiający powinien dokonać wyboru oferty Odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej. Nieuwzględnienie niniejszego odwołania uniemożliwi Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia, czego skutkiem będzie poniesienie przez Odwołującego szkody w postaci utraty korzyści, jakie osiągnąłby uzyskując zamówienie". W uzasadnieniu podnoszonych w odwołaniu zarzutów podał w szczególności, że Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) Ustawy, ze względu na to, że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W treści uzasadnienia faktycznego Zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 7 kwietnia 2016 r. Zamawiający podał, że: „W pkt 3.1 tiret 4 Opisu przedmiotu zamówienia, zwanym dalej „OPZ”, stanowiącym Załącznik 1 do SIWZ, Zamawiający określił m.in. poniższe wymaganie dotyczące świadczenia usługi kolokacji: a) W związku z faktem, iż Zamawiający posiada ośrodek przetwarzania danych zlokalizowany w Warszawie przy ul. Stanisława Dubois 5A pełniący rolę Podstawowego Ośrodka Przetwarzania Danych i Pomocniczego Ośrodka Przetwarzania Danych (zwanego dalej „POPD”), świadczenie usługi kolokacji ITS musi być realizowane w dwóch lokalizacjach przy założeniu, iż: Dojazd środkami komunikacji kołowej nie uprzywilejowanej z ośrodka POPD do każdego z ośrodków kolokacji nie może przekroczyć jednej godziny, Wykonawca wskaże w Formularzu ofertowym, jako potwierdzenie zestawienie czasów przejazdu na trasie POPD -

ośrodek kolokacji z trzech kolejnych tygodni dla dni piątek godziny 16-17 i następujący po nim poniedziałek godziny 7-8. Zestawienie czasów musi pochodzić z trzech różnych źródeł z czego dwa z nich muszą pochodzić z zaproponowanych: Zumi, Targeo, Google Maps”. Stwierdził dalej, że w ofercie wykonawcy ATM brak zestawienia pochodzącego z trzech różnych źródeł. Wykonawca w formularzu ofertowym, stanowiącym Załącznik nr 3 do SIWZ, przedstawił tabelę zestawienia czasów, pochodzących tylko z jednego źródła, tj. Google Maps. Jak wynika z powyższego, Zamawiający stoi na stanowisku, że w treści SIWZ sformułowano jasne wymaganie, by Wykonawcy przedstawili zestawienie czasów przejazdu pochodzące z trzech źródeł, w celu potwierdzenia, że spełnione jest postawione przez Zamawiającego wymaganie, by czas przejazdu pomiędzy lokalizacjami nie przekraczał 1 godziny. W ocenie Odwołującego treść SIWZ w tym zakresie nie jest jednak jednoznaczna. Równocześnie bowiem Zamawiający w treści Rozdziału VI, pkt III ppkt 1.1 SIWZ wskazuje wyraźnie, że treść oferty musi odpowiadać treści SIWZ i zostać sporządzona według formularza ofertowego. Poniżej zacytowane jest omawiane postanowienie SIWZ w pełnym brzmieniu: „III. OPIS SPOSOBU PRZYGOTOWANIA OFERTY: 1. Oferta musi spełniać następujące wymogi formalne: 1) treść oferty musi odpowiadać treści SIWZ i zostać sporządzona wg formularza ofertowego stanowiącego Załącznik nr 3 do niniejszej SIWZ”. Zamawiający nie wskazał zatem, że treść formularza ofertowego ma jedynie charakter pomocniczy, bazowy i może być dowolnie modyfikowana przez wykonawców. Powyższe postanowienie wyraźnie stwierdza, że Wykonawcy, co do treści oferty są w równym stopniu związani treścią SIWZ (w tym OPZ), co treścią formularza ofertowego. W formularzu ofertowym, w zakresie tabeli, której treść zamieścił, Zamawiający wskazał, zdaniem wykonawcy wyraźnie, że wystarczającym jest podanie czasu przejazdu według serwisu Google Maps. Podał także, że w treści OPZ znalazło się wskazywane przez Zamawiającego postanowienie o wskazaniu czasów dojazdu według trzech źródeł. Jednakże wobec jednoznacznej treści formularza ofertowego, zgodnie z którym wystarczającym jest wskazanie jednego źródła, należy stwierdzić, że treść SIWZ jest w omawianym zakresie wewnętrznie sprzeczna, to jest zawiera dwie wykluczające się wzajemnie normy. Stan taki natomiast nie może być podstawą do obciążenia Wykonawcy negatywnymi konsekwencjami zastosowania się do jednej z dwóch możliwych wykładni treści SIWZ. Podkreślił, że treść formularza ofertowego stanowi dla Wykonawców absolutnie podstawowe i kluczowe źródło informacji o

treści i oświadczeniach, które muszą znaleźć się w ofercie. Tymczasem w przedmiotowym stanie faktycznym treść oraz (co również ważne - forma) formularza, wykluczały możliwość przyjęcia, iż konieczne jest wskazanie informacji z jakiegokolwiek źródła innego, niż wskazany przez Zamawiającego serwis Google Maps. Obowiązek taki nie wynikał z treści formularza, ani też nie było możliwe uwzględnienie w nim innych informacji bez istotnej ingerencji w formę formularza (tzn. w celu podania ewentualnie innych informacji, niż tylko wynikające wprost z formularza, konieczne było dokonanie zmiany jego układu graficznego i samodzielne dodanie kolejnej tabeli lub ujęcie tych informacji w inny sposób modyfikując formularz). Powyższe uprawnia wniosek, że gdyby rzeczywiście wolał Zamawiającego było, żeby każdy z wykonawców wpisał czasy dojazdów z dwóch innych serwisów: np. Targeo, czy Zumi, to dałby temu wyraz formułując taką treść formularza ofertowego, która obejmowałaby takie oczekiwanie. Wymagania SIWZ nie były więc jednoznaczne, a zgodnie z powszechnie przyjętym poglądem doktryny i orzecznictwa, wszelkie wątpliwości co do treści zapisów SIWZ należy tłumaczyć na korzyść Wykonawcy, ponieważ nie mogą go obciążać niekonsekwencje Zamawiającego, który jest autorem SIWZ. Jeżeli więc Zamawiający sporządził SIWZ w taki sposób, że istnieją dwie, sprzeczne ze sobą możliwości jego wykładni, to powinien zaakceptować ofertę, która została sporządzona zgodnie z jedną z tych możliwości. Jak podnosi się w orzecznictwie: Aby mówić o niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji niezgodność ta musi dotyczyć jedynie tych postanowień specyfikacji, które są jasne i klarowne, a niezgodność jest oczywista. Wszelkie wątpliwości interpretacyjne postanowień specyfikacji muszą być rozstrzygane na korzyść wykonawcy." (wyrok KIO z 24 czerwca 2010 r. sygn. akt KIO 1096/10); „To na zamawiającym spoczywa obowiązek jednoznacznego i jasnego precyzowania postanowień specyfikacji. Fakt, że postanowienia te nie czynią zadość tym wymogom, nie mógłby być poczytany na niekorzyść odwołującego i nie mógłby prowadzić do zastosowania sankcji odrzucenia oferty." (wyrok KIO z 29 stycznia 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 48/09). „Nie można na niekorzyść wykonawców interpretować postanowień specyfikacji, które mogą budzić wątpliwości, gdyż działają oni w zaufaniu do zamawiającego, na którym ciąży obowiązek jednoznacznego i jasnego sformułowania specyfikacji. Wykonawcy nie mogą być obciążeni negatywnymi skutkami niewystarczającego doprecyzowania przez zamawiającego postanowień specyfikacji" (wyrok KIO z 29 sierpnia 2008 r. sygn. akt KIO/UZP

844/08). Niezależnie od tego z art. 65 § 2 KC wynika nakaz kierowania się przy wykładni umowy jej celem. Nie jest konieczne, aby był to cel uzgodniony przez strony, wystarczy - przez analogię do art. 491 § 2, art. 492 i 493 KC - cel zamierzony przez jedną stronę, który jest wiadomy drugiej. Należy podzielić pogląd, że także na gruncie prawa polskiego, i to nie tylko w zakresie stosunków z udziałem konsumentów (art. 385 § 2 KC), wątpliwości należy tłumaczyć na niekorzyść strony, która zredagowała umowę. Ryzyko wątpliwości wynikających z niejasnych postanowień umowy, nie dających usunąć się w drodze wykładni, powinna bowiem ponieść strona, która zredagowała umowę. (Wyrok Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 2 grudnia 2011 r., III CSK 55/11). Przy wykładni oświadczenia woli należy - poza kontekstem językowym - brać pod uwagę także okoliczności złożenia oświadczenia woli, czyli tzw. kontekst sytuacyjny (art. 65 § 1 k.c.). Niezależnie od tego z art. 65 § 2 k.c. wynika nakaz kierowania się przy wykładni umowy jej celem. Nie jest konieczne, aby był to cel uzgodniony przez strony, wystarczy - przez analogię do art. 491 § 2, art. 492 i 493 k.c. - cel zamierzony przez jedną stronę, który jest wiadomy drugiej. Należy podzielić pogląd, że także na gruncie prawa polskiego, i to nie tylko w zakresie stosunków z udziałem konsumentów (art. 385 § 2 k.c.), wątpliwości należy tłumaczyć na niekorzyść strony, która zredagowała umowę. Ryzyko wątpliwości wynikających z niejasnych postanowień umowy, nie dających usunąć się w drodze wykładni, powinna bowiem ponieść strona, która zredagowała umowę (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 2 grudnia 2011 r. III CSK 55/11). (Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 23 lipca 2012 r., I ACa 1299/11). Dalej podał, że z uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego, wymaganą przez Zamawiającego informacją było podanie czasów przejazdu pomiędzy wskazanymi przez Wykonawcę lokalizacjami, według trzech źródeł. Wszystkie ze źródeł wskazanych przez Zamawiającego (Google Maps, Targeo, Zumi), są źródłami powszechnie dostępnymi. Aby ustalić czas przejazdu pomiędzy dwoma lokalizacjami zgodnie z tymi źródłami, wystarczającym jest posiadanie adresów lokalizacji. Może to uczynić każda osoba, wpisując po prostu dane do wspomnianych map. Tak więc podane przez Wykonawcę informacje (adresu COPD oraz ZOPD), w istocie stanowią wystarczające dane, aby Zamawiający bez jakichkolwiek dodatkowych oświadczeń Wykonawcy czy specjalistycznej wiedzy ustalił, jakie są czasy przejazdu według któregośkolwiek z wymaganych serwisów, gdyż są to dane ogólnie dostępne, które każdy jest w stanie samodzielnie zweryfikować bez jakiegokolwiek wiedzy

specjalistycznej. Jeżeli więc wymagana przez Zamawiającego informacją jest czas przejazdu według dowolnego ogólnodostępnego serwisu internetowego, to dla ustalenia takiego czasu wystarczającym jest podanie adresów lokalizacji, pomiędzy którymi ma następować przejazd. Tak więc w istocie żądana przez Zamawiającego informacja została przez Wykonawcę podana - poprzez wskazanie adresów lokalizacji. Odwołujący podkreślił, że na gruncie dyrektywy 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, Zamawiający nie może żądać informacji, które są publicznie dostępne w ogólnie dostępnych systemach informatycznych. Zgodnie z art. 59 ust. 5 nowej dyrektywy klasycznej, wykonawcy nie są zobowiązani do przedstawiania dokumentów potwierdzających ani innych dowodów w formie dokumentów, jeżeli w zakresie, w jakim instytucja zamawiająca ma możliwość uzyskania zaświadczeń lub odpowiednich informacji bezpośrednio za pomocą bezpłatnej krajowej bazy danych w dowolnym państwie członkowskim, takiej jak krajowy rejestr zamówień, wirtualna kartoteka przedsiębiorstw, elektroniczny system przechowywania dokumentów lub system kwalifikacji wstępnej. Przepis ten nie ma oczywiście wprost zastosowania do przedmiotowego przypadku, jednakże pokazuje jasno kierunek interpretacyjny oraz podejście ustawodawcy unijnego do nadmiernego sformalizowania procedur postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Niewątpliwym jest, że sprzeczne z podstawowymi zasadami prawa zamówień publicznych, w szczególności z zasadą proporcjonalności, jest żądanie od Wykonawców dokumentów, czy informacji, które znajdują się w posiadaniu Zamawiającego. Do takich informacji zaliczyć należy natomiast te dane, które wynikają z powszechnie dostępnych rejestrów i systemów informatycznych. Wymaganie takich informacji jest bezprzedmiotowe, skoro de facto Zamawiający już nimi dysponuje. Dokładnie taka sytuacja ma miejsce w przedmiotowym przypadku - Zamawiający uzyskując informację o adresach lokalizacji, uzyskuje automatycznie informację o czasach przejazdu pomiędzy tymi lokalizacjami, według dowolnego powszechnie dostępnego narzędzia informatycznego. Niezależnie od powyższego, Odwołujący potwierdził, że dokonał odpowiednich pomiarów, i że potwierdzają one spełnienie wymagania dotyczące maksymalnego czasu przejazdu, na dowód czego załącza zrzuty pomiarów dokonanych za pomocą serwisów Zumi, Targeo i Google Maps, które - jak wynika z ich treści - zostały wykonane w okresie przed dniem składania ofert i w sposób nie budzący wątpliwości potwierdzają, iż zgodnie z wymaganiami Zamawiającego



wskazanymi w Opisie Przedmiotu Zamówienia dojazd środkami komunikacji kołowej nieuprzywilejowanej z ośrodka POPD do każdego z ośrodków kolokacji nie może przekroczyć jednej godziny. Dowód: pomiary z dnia 20.11.2015 r., 23.11.2015 r., 27.11.2015 r., 30.11.2015 r., 4.12.2016 r., 7.12.2015 r. z serwisów Google Maps, Zumi oraz Targeo. Podał, że informacje, których brak Zamawiający zarzuca, miały na celu potwierdzenie, czy spełnione jest wymaganie, by czas przejazdu pomiędzy lokalizacjami, w których świadczona będzie usługa (COPD i ZOPD), nie przekraczał 1 godziny. Czas ten został przez Zamawiającego przewidziany, jako jeden z obligatoryjnych parametrów świadczonej przez Wykonawców usługi kolokacji, która jest przedmiotem zamówienia. Podanie informacji o weryfikacji czasów przejazdu według trzech źródeł, stanowi więc złożenie oświadczenia w przedmiocie potwierdzenia, że wymaganie maksymalnego czasu przejazdu zostało faktycznie spełnione. Informacje o dokonaniu pomiarów potwierdzających spełnienie tego wymagania stanowią więc klasyczny wręcz przykład: oświadczenia potwierdzającego, że oferowane usługi spełniają wymagania określone przez Zamawiającego, o którym mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp. Ustawa Pzp w żaden sposób nie przesądza, w jakiej postaci powinno być złożone oświadczenie z art. 25 ust. 1 pkt 2, w szczególności, czy powinno ono znaleźć się w treści formularza ofertowego lub innego dokumentu składającego się na ofertę. Co więcej, skoro Wykonawca nie jest związany układem graficznym formularza ofertowego, to oświadczenie w przedmiocie czasów przejazdu według pozostałych dwóch źródeł poza Google Maps, mógł złożyć na odrębnym dokumencie, stanowiącym załącznik do oferty. Dokumentem takim mogły być w szczególności wydruki z portali Zumi i Targeo, potwierdzające, że czas przejazdu nie przekracza 1 godziny. Można wręcz stwierdzić, że wobec braku w formularzu ofertowym odpowiedniej pozycji niezbędnej do ujęcia omawianego oświadczenia, Wykonawcy powinni byli złożyć je na odrębnym dokumencie, poza formularzem. Stwierdził również, że (...) Jeżeli więc nawet należałoby uznać, że Zamawiający przewidział obowiązek złożenia oświadczenia o czasach przejazdu pomiędzy lokalizacjami według trzech serwisów (co nie jest wcale jednoznaczne z uwagi na rozbieżność w treści SIWZ omówioną na wstępie), to oświadczenie takie, jako mające na celu potwierdzenie spełnienia wymagań Zamawiającego, musi podlegać uzupełnieniu zgodnie z treścią art. 26 ust. 3 Pzp". Odwołujący podkreślił, że w jego ocenie, oświadczenie w przedmiocie czasu przejazdu według wskazanych w OPZ źródeł, należy traktować, jako oświadczenie

potwierdzające spełnianie wymagań Zamawiającego, a nie, jako element treści oferty. Treścią oferty jest bowiem oświadczenie woli Wykonawcy, który definiuje zakres świadczenia oraz cenę za jego realizację. Treścią oferty w omawianym zakresie jest więc wskazanie adresów COPD i ZOPD, w których świadczona będzie usługa. Oświadczenie w przedmiocie czasu przejazdu zgodnie ze wskazanymi przez Zamawiającego źródłami, jest już tylko potwierdzeniem, że oferta jest zgodna z SIWZ, bowiem to lokalizacje są kluczowe, a dokonanie pomiarów w Google Maps, Zumi i Targeo, jest tylko czynnością techniczną, o której przeprowadzeniu i rezultatach Wykonawca miał wg OPZ oświadczyć Zamawiającemu. Z ostrożności Odwołujący stwierdził także, że nawet, jeśli by przyjąć, że omawiane oświadczenie miałyby stanowić element treści oferty, to jego nie zawarcie w ofercie byłoby omyłką, która podlega poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3) Pzp. Zgodnie z treścią wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie (sygn. akt: XII GA 429/09): „artykuł 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. wprowadzony w celu uniknięcia licznych niegdyś przypadków odrzucania ofert z powodu błahych pomyłek, dopuszcza poprawienie niedopatrzeń, błędów niezamierzonych, opuszczeń, drobnych różnic itp. lecz wszystkie te zmiany muszą mieścić się w pojęciu "omyłki". Jak pokazuje załączony dowód dotyczący pomiarów z serwisów Google Maps, Targeo i Zumi, Odwołujący faktycznie spełnia wymagania Zamawiającego, więc nielogicznym byłoby wnioskowanie, iż świadomie, na swoją niekorzyść nie zawarł w ofercie oświadczenia pomiarów z serwisów z Targeo i Zumi. Jeżeli więc oświadczenie takie należałoby traktować jako element treści oferty, to jego nieujęcie w ofercie stanowi omyłkę, która nie powoduje istotnych (a właściwie żadnych) zmian w treści oferty. Z treści tej wynika bowiem, że wymaganie Zamawiającego w zakresie nieprzekroczenia maksymalnego czasu przejazdu jest spełnione - potwierdza to nie tylko ogólne oświadczenie Wykonawcy, lecz także oświadczenie, iż zgodnie z serwisem Google Maps, wymagany czas jest zachowany. W odniesieniu do pojęcia „istotności zmiany treści oferty” stwierdził, że pojęcie to powinno być rozpatrywane na tle każdego stanu faktycznego odrębnie, gdyż nie zostało ono przez ustawodawcę zdefiniowane w żadnym przepisie ustawy. Nie bez znaczenia w tym zakresie jest ocena sytuacji wykonawców w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (ranking wykonawców), brzmienie wymogów SIWZ co do treści oferty, jak również wynikające z nich skutki dla oceny ofert. Takie stanowisko zostało zaprezentowane w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 listopada 2009 r. (sygn. akt: KIO/UZP 1425/09; KIO/UZP 1426/09). Warto również w

tym zakresie wskazać na wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 23 kwietnia 2009 r. (sygn. akt XII Ga 102/09), z którego wynika, iż „kwalifikator „istotnych zmian”, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p., należy odnosić do całości treści oferty i konsekwencję tych zmian należy oceniać, biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia i całość oferty. Ocena, czy poprawienie innej omyłki przez zamawiającego powoduje (lub nie) istotną zmianę w treści oferty, musi być dokonywana na tle konkretnego stanu faktycznego. Zatem przy dokonywaniu oceny, czy dany błąd może zostać zakwalifikowany jako „inna omyłka”, zamawiający winien wziąć pod uwagę wszystkie okoliczności konkretnej sprawy.” Nie sposób uznać, że podanie wartości czasów dojazdu z serwisów wskazanych jako dowód - Targeo i Zumi, w jakikolwiek sposób istotnie wpływa na zmianę treści oferty, skoro na podstawie adresów lokalizacji ośrodków wskazanych w ofercie Zamawiający jest w stanie samodzielnie przy użyciu serwisów Targeo, Zumi, bądź innego dowolnie wybranego serwisu poprawić treść oferty Odwołującego. Podkreślił, że pojawienie się w ofercie wykonawcy omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy powoduje powstanie po stronie zamawiającego nie tylko uprawnienia, ale również obowiązku jej poprawienia. Zamawiający musi zatem poprawić omyłkę znajdującą się w ofercie wykonawcy, choćby ten nie wnosił o podjęcie przez zamawiającego stosownego działania w tym zakresie. Takie stanowisko zostało zaprezentowane w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 listopada 2009 r. (sygn. akt: KIO/UZP 1427/09; KIO/UZP 1428/09). Powyższe pozwala, zdaniem Odwołującego, na konstatację, iż Zamawiający zaniechał czynności poprawienia omyłki na podstawie art. 87 ust.2 pkt 3 Ustawy, do której to czynności był zobowiązany. Podał ponadto, że w postępowaniu zostały złożone 3 oferty: Odwołującego oraz wykonawców Orange i T-Mobile. Oferty dwóch z trzech Wykonawców biorących udział ww. postępowaniu zostały odrzucone z uwagi na tą samą podstawę prawną i faktyczną. Biorąc pod uwagę przytoczone powyżej w treści Odwołania okoliczności stwierdzić należy, iż zanim Zamawiający dokonał czynności odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, obowiązany był wyczerpać procedurę, o której mowa w art. 87 ust.1 Ustawy, gdyż z całą pewnością zaistniały przesłanki do jej zastosowania. Fakt, iż dwóch profesjonalnych Wykonawców popełnia ten sam „błąd”, powinien być skłonić Zamawiającego do refleksji co do motywacji tych Wykonawców, którzy w identyczny sposób zinterpretowali treść SIWZ oraz do podjęcia próby ustalenia, jaka jest w istocie intencja obu Wykonawców, których oferty zostały odrzucone. Także biorąc

pod uwagę przytoczoną powyżej sprzeczność SIWZ oraz istotną z punktu widzenia treści złożonej oferty informację na temat adresów COPD i ZOPD, Zamawiający powinien być zwrócić się do Wykonawców o złożenie wyjaśnień treści oferty w zakresie „brakujących informacji”, a złożone wyjaśnienia być może doprowadziłyby Zamawiającego do wskazanych powyżej wniosków i do uzupełnienia ofert w jednym ze wskazanych powyżej trybów.

### **Sygn. akt: KIO 593/16**

Odwołujący - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Integrated Solutions Sp. z o.o. - lider konsorcjum oraz Orange Polska SA z Warszawy [Odwołujący Solutions lub wykonawca Solutions] stwierdził, że (...) jako Wykonawca, który złożył ofertę w postępowaniu posiada interes w uzyskaniu zamówienia, oraz może ponieść szkodę na skutek naruszenia przepisów ustawy przez Zamawiającego. Oferta odwołującego została bezpodstawnie odrzucona przez Zamawiającego, a przy tym była korzystniejsza wg kryteriów oceny ofert od oferty wybranej przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza. Uwzględnienie odwołania spowoduje przywrócenie oferty Odwołującego do postępowania, a tym samym umożliwi mu uzyskanie zamówienia. Mając na względzie powyższe należy stwierdzić, że Odwołujący jest podmiotem uprawnionym do skorzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp”. Wykonawca zarzucił naruszenie: 1. art. 89 ust. 1 pkt 2) Pzp – z uwagi na bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej z treścią specyfikacji w zakresie czasu dojazdów do miejsca świadczenia usług koiokacji nieuprzywilejowaną komunikacją kołową, z uwagi na brak informacji dot. czasów przejazdów z dwóch dodatkowych źródeł (Zumi, Targeo), podczas gdy wymaganie dotyczące czasu dojazdów do miejsca świadczenia usług koiokacji nieuprzywilejowaną komunikacją kołową stanowi potwierdzenie spełniania przez oferowane usługi wymagań Zamawiającego określonych zgodnie z art. 25 ust. 1 pkt 2) Pzp, podlegające procedurze wyjaśnienia i uzupełnienia; 2. art. 26 ust. 3 Pzp - z uwagi na zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane usługi wymagań Zamawiającego, z uwagi na brak wezwania do uzupełnienia tabel czasów dojazdu do miejsc świadczenia usług kolokacji z dwóch dodatkowych źródeł. Wykonawca wniósł o: 1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz unieważnienia czynności wyboru oferty

najkorzystniejszej; i nakazanie Zamawiającemu wezwania Odwołującego do: a) Uzupelnienia dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane usługi wymagań Zamawiającego dotyczących czasów dojazdu do miejsc świadczenia usług kólokacji z dwóch dodatkowych źródeł, ewentualnie b) Wyjaśnienia treści oferty względnie wyjaśnienia treści oświadczeń i dokumentów składanych na potwierdzenie spełnienia przez oferowane usługi wymagań Zamawiającego określonych w siwz, w zakresie informacji dotyczących czasów dojazdu do miejsc świadczenia usług kólokacji z dwóch dodatkowych źródeł; oraz Nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert i powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty Odwołującego. W uzasadnieniu zarzutów podał w szczególności, że zgodnie z uzasadnieniem odrzucenia oferty Odwołującego zawartym została ona odrzucona „na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, (...) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia', z uwagi na to, że „w złożonej ofercie stwierdzono brak zestawienia pochodzącego z trzech różnych źródeł. Wykonawca w formularzu ofertowym, stanowiącym Załącznik nr 3 do SiWZ, przedstawił tabelę zestawienia czasów, pochodzących tylko z jednego źródła, tj. Google Maps'. Jak przyjmuje się w doktrynie i orzecznictwie niezgodność z siwz oznacza niezgodność merytoryczną oferty z siwz, tj. niezgodność w zakresie zobowiązania wykonawcy z wymaganiami Zamawiającego zawartymi w siwz. Przykładowo w wyroku z dn. 28 kwietnia 2015 (sygn. KIO 780/15) Izba stanęła na stanowisku, że „Odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych może nastąpić wyłącznie w sytuacji, jeżeli jej treść jest niezgodna z treścią SiWZ, przy czym treść oferty należy rozumieć w znaczeniu cywiliistycznym - są to istotne postanowienia przyszłej umowy, zakres i treść świadczenia. Uchybienia polegające na innej formie wizualnej, niż oczekiwana przez Zamawiającego nawet, jeśli jest przewidywana w SiWZ, nie powodują odrzucenia oferty na podstawie przywołanego wyżej przepisu, jeżeli pozostają bez wpływu na treść ofert/. Podobnie w wyroku z dn. 12 maja 2015 r. (sygn. KIO 884/15) KIO stanęła na stanowisku, że „Norma art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. odnosi się zaś do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia oraz merytorycznych wymagań zamawiającego, w szczególności, co do zakresu, ilości, jakości, ceny, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia, w tym wyznaczonych parametrów technicznych wyrobu. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma miejsce w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi

zamówienia, nie zapewniając jego realizacji w całości zgodnie z wymogami zamawiającego. W orzecznictwie Krajowej izby Odwoławczej przyjmuje się, że niezgodność treści oferty z treścią SiWZ powinna być oceniana z uwzględnieniem definicji oferty zawartej w art. 66 k.c., tj. niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z wymaganiami zamawiającego, odnoszącymi się do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia, a więc materialnej sprzeczności zakresu zobowiązania zawartego w ofercie z zakresem zobowiązania, którego zamawiający oczekuje dla spełnienia swoich uzasadnionych potrzeb, zgodnie z postanowieniami S/WZ'. Zamawiający wskazał natomiast, że powodem odrzucenia nie jest okoliczność, że centrum kolokacji znajduje się w zbyt dużej odległości, lecz to, że w Formularzu Ofertowym Odwołujący odniósł się do jednego źródła czasów dojazdu. W efekcie, Zamawiający odrzucił ofertę nie z uwagi na to, że była niezgodna z siwz, lecz ze względu na to, że w ocenie Zamawiającego brakowało dwóch dodatkowych źródeł wskazujących na czasy dojazdu, w konsekwencji odrzucił ofertę z uwagi na niewykazanie spełniania wymagań przez oferowane usługi, a zatem na podstawie nieznannej ustawy. Innymi słowy Zamawiający odrzucił ofertę, nie dysponując pełnymi danymi pozwalającymi na stwierdzenie, czy oferta jest zgodna z treścią siwz. Stoi to w sprzeczności z poglądem wyrażonym w orzecznictwie KIO. Przykładowo w wyroku z dn. 13 maja 2015 r. (sygn. KIO 896/15), Izba stanęła na stanowisku, że „odrzucenie oferty następuje w przypadkach, gdy Zamawiający na pewno, że oferta wykonawcy jest niezgodna z SiWZ. Przestanki dotyczące odrzucenia oferty powinny być interpretowane w sposób ścisły, co niejednokrotnie potwierdzone zostało orzecznictwem Krajowej izby Odwoławczej. Zatem, gdy ponad wszelką wątpliwość z dokumentacji postępowania wynika, że oferta wykonawcy nie spełnia wymagań Zamawiającego możliwe jest jej odrzucenie na podstawie art.89ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p." W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie posiadał informacji pozwalających jednoznacznie ustalić, czy treść oferty Odwołującego odpowiada treści siwz, a następnie odrzucić ofertę Odwołującego. Brak informacji na temat czasów dojazdu z innych źródeł nie świadczy o tym, że oferta jest niezgodna z siwz - jest wręcz przeciwnie: prawidłowe czasy wg Google Maps świadczą o tym, że oferta Odwołującego jest zgodna z siwz, a dodatkowe informacje wymagają uzupełnienia, ewentualnie, treść oferty wymaga wyjaśnień. Stwierdził, że podane w ofercie czasy dojazdu wg Google Maps były prawidłowe, (co wynika z treści uzasadnienia odrzucenia oferty, w którym Zamawiający nie poddaje w wątpliwość, że czasy te są

zgodne z treścią siwz). Z drugiej strony, jak sam Zamawiający przyznał w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego, w ofercie brak było informacji z pozostałych źródeł. Oznacza to, że Zamawiający odrzucił ofertę nie mogąc ustalić, czy jest zgodna z siwz, z uwagi na brak oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie wymagań Zamawiającego przez oferowane usługi. Podkreślił, że wymaganie dotyczące dojazdu nieuprzywilejowaną komunikacją kołową do centrum kolokacji stanowiło wymaganie dot. właściwości i parametrów samego przedmiotu zamówienia (centrum kolokacji), a nie część świadczenia Wykonawcy. Zamawiający nie wymagał zgodnie z treścią OPZ, aby Wykonawca zapewnił, że nieuprzywilejowaną komunikacją kołową będzie można przez cały okres trwania umowy dojechać we wskazanych czasach - wówczas rubryka ta powinna się nazywać gwarantowany czas dojazdu nieuprzywilejowaną komunikacją kołową do centrum kolokacji. Innymi słowy, informacja ta nie stanowiła części oświadczenia woli składającego się na ofertę (na jej treść), lecz informację potwierdzającą, że centrum kolokacji, w którym świadczone będą usługi na rzecz Zamawiającego będzie spełniać wymagania określone przez Zamawiającego. Świadczy o tym treść samego OPZ: pkt 3.1 OPZ odnosi się do wymagań dot. świadczenia usługi. Tym samym informacja na temat czasów dojazdu z trzech różnych źródeł służyła potwierdzeniu spełniania przez oferowane usługi wymagań Zamawiającego, nie stanowiła części samej oferty, lecz dokument potwierdzający spełnianie wymagań Zamawiającego, o którym mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2) Pzp. Zauważył, że sama treść Formularza Oferty, mimo iż podlegała modyfikacji przez Zamawiającego, wprowadzała wykonawców w błąd, nie została zmodyfikowana w zakresie zestawienia i źródeł czasów dojazdu. Z zestawienia tabelarycznego przewidzianego w Formularzu Ofertowym wynikało, że Zamawiający wymaga załączenia czasów dojazdu jedynie wg Google Maps (w załączeniu formularz ofertowy). Było to tym bardziej mylące, że zgodnie z Pkt. 3.1 lit. a) tiret czwarte OPZ sam Zamawiający odnosi się do jednego zestawienia, a nie kilku różnych zestawień, wskazuje jedynie na różne źródła danych. Tym samym, nawet z postanowienia OPZ odnoszącego się do czasów dojazdu wynika, że w ofercie miało znaleźć się jedno zestawienie - taką interpretację potwierdza treść Formularza Ofertowego. Podkreślił, że zgodnie z Roz. III ust. 1 pkt 1) siwz, Zamawiający zastrzegł, że „treść oferty musi odpowiadać treści SIWZ i zostać sporządzona wg formularza ofertowego stanowiącego Załącznik nr 3 do niniejszej SiWZ”. W przedmiotowym postępowaniu Odwołujący wypełnił zgodnie z instrukcjami i opisem

Formularz Ofertowy. Z żadnego postanowienia Formularza Ofertowego nie wynika, że powinien on zostać, uzupełniony o dodatkowe zestawienia czasów dojazdów. Jeśli Zamawiający stworzył Formularz Ofertowy w sposób niezgodny z własnymi wymaganiami określonymi w OPZ, a jednocześnie nałożył na wykonawców obowiązek sporządzenia oferty według formularza ofertowego, to negatywnych skutków takich czynności Zamawiającego nie można przenosić na wykonawcę. Pogląd taki został utrwalony w orzecznictwie KIO. Przykładowo w wyroku z dn. 16 kwietnia 2015 r. (sygn. KIO 660/15), w którym Izba stwierdziła, iż „należy wskazać, że obowiązuje swoista "święta" zasada, że wszelkie niejasności, dwuznaczności, niezgodności postanowień SiWZ należy rozpatrywać na korzyść Wykonawców”. Odwołujący stwierdził, że konsekwencją odrzucenia oferty bez uzupełnienia oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane usługi wymagań Zamawiającego jest naruszenie art. 26 ust. 3 Pzp. Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy, Zamawiający winien wezwać wykonawcę do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów potwierdzających, że oferowane usługi spełniają wymagania Zamawiającego, chyba, że oferta podlegałaby odrzuceniu, albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Zgodnie z uzasadnieniem odrzucenia oferty Odwołującego nie było podstawy do odrzucenia oferty (innej niż wskazana w piśmie Zamawiającego), a zatem Zamawiający był zobowiązany do wezwania Odwołującego do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów w zakresie czasów dojazdu do centrum kolokacji z dwóch dodatkowych źródeł, innych niż Google Maps. Z ostrożności podkreślił, że nawet w przypadku, gdyby Zamawiający uznał, że informacja na temat czasów dojazdu do centrów kolokacji z trzech różnych źródeł stanowi część oferty, to należy zauważyć, że w ofercie, o czym była mowa powyżej, znajdowały się czasy dojazdu wg Google Maps, które potwierdzały spełnianie przez centrum kolokacji Odwołującego wymagań Zamawiającego. Usprawiedliwiało to skierowanie do Odwołującego wezwania w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, co do treści oferty w zakresie czasów dojazdów wg źródeł innych niż Google Maps. Należy zauważyć, że wprawdzie art. 87 ust. 1 nie tworzy, co do zasady, obowiązku po stronie Zamawiającego, to jednak w orzecznictwie Izby przyjęto, że w niektórych okolicznościach, wezwanie do wyjaśnienia treści oferty stanowi jednak obowiązek Zamawiającego. W ocenie Odwołującego, można przyjąć, że taka sytuacja miała miejsce w przedmiotowym postępowaniu, z uwagi na to, że niejasność ofert wynikała z niejednoznacznej treści OPZ (pkt 3.1 lit. a) tiret czwarte OPZ), pogłębioną przez



niejasność Formularza Ofertowego, w którym Zamawiający przewidział miejsce na podanie tylko jednego zestawienia wg konkretnego źródła - Google Maps.

**W odpowiedzi na odwołania** Zamawiający wniósł o ich oddalenia podając w szczególności, co następuje:

(...) Określony w OPZ czas przejazdu na trasie POPD ~ dany ośrodek kolokacji wynika z czasów usuwania incydentów przez Wykonawców świadczących serwis gwarancyjny ITS-u. Wizyta Inżyniera serwisowego w ośrodku przetwarzania ze względów bezpieczeństwa przetwarzania danych (w tym wrażliwych) możliwa jest tylko przy asyście pracownika CSIOZ w roli Administratora). Od czas dojazdu Administratora do ośrodka przetwarzania, zależy czas po którym od wystąpienia incydentu (awarii) zostanie rozpoczęta procedura usunięcia incydentu (np. awarii serwera, urządzenia sieciowego, czy też wymiana uszkodzonego dysku w macierzy dyskowej). W związku z powyższym Zamawiającym wymagał aby Wykonawca wykonał zestawienie czasów przejazdu z trzech kolejnych tygodni, z trzech różnych źródeł czego zaniechali Odwołujący się. W formularzu ofertowym został zaprezentowany na wzór wpis ze źródła „Google Maps”. Przy czym Zamawiający jasno wskazał, iż wymaga zestawienia z trzech źródeł i zaproponował, trzy znane mu źródła, z wymogiem zastosowania przynajmniej dwóch z zaproponowanych. Ważnym jest fakt, że Zamawiający nie mógł sam wykonać oceny czasu, ze względu na brak wiedzy o lokalnych uwarunkowaniach dojazdu do danego ośrodka przetwarzania, w których może występować lokalna specyfika”. Dalej, powołując się na orzeczenie KIO oraz Sądu Okręgowego w Warszawie, podkreślił, że (...) jeżeli zamawiający wymaga od wykonawców konkretyzacji przedmiotu oferty przez wskazanie konkretnie oferowanych rozwiązań czy parametrów - porównanie tak skonkretyzowanej treści oferty z treścią opisu zawartego w s.i.w.z. przesądza o ich wzajemnej zgodności (KIO 217/13). W konsekwencji - wobec powstania ewidentnych braków w dokumencie ofertowym w ocenie Zamawiającego nie jest możliwe ich uzupełnienie albowiem doszłoby do niedozwolonej zmiany treści oferty”. Zamawiający wskazał, że niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą jakichkolwiek negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Zaistniałe braki przesądzają o niezgodności treści oferty z wymaganiami zamawiającego, określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

**Do postępowań odwoławczych po stronie Zamawiającego** zgłosił przystąpienie wykonawcy T-Mobile S.A. z Warszawy wnosząc o oddalenie odwołań.

Zarządzeniem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 kwietnia 2016 r. na podstawie art. 189 ust.1 zdanie drugie ustawy Pzp odwołania zostały przekazane do łącznego rozpoznania przez skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej.

### **Rozpoznając odwołania Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Odwołania podlegają uwzględnieniu.

Odwołanie wniesione przez wykonawcę ATM Spółka Akcyjna z Warszawy, jak i odwołanie wniesione przez wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia -Integrated Solutions Sp. z o.o., Orange Polska SA z Warszawy dotyczy niezasadnego odrzucenia ofert wykonawców na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp. Ponadto wykonawcy, alternatywnie z ostrożności, podnieśli również zarzut zaniechania ich wezwania w trybie art. 26 ust.3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów potwierdzających, że oferowany przedmiot zamówienia spełnia wymagania zdefiniowane w SIWZ oraz alternatywnie, także z ostrożności wskazali odpowiednio na ewentualne zaniechanie poprawienia omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, oraz na ewentualne zaniechanie wezwania ich do wyjaśnień treści oferty w trybie art. 87 ust.1 ustawy Pzp.

Izba, w zakresie zarzutu niezasadnego odrzucenia ofert Odwołujących na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp stwierdziła, że Zamawiający w zawiadomieniu o odrzuceniu ofert wskazanych wykonawców w uzasadnieniu prawnym decyzji podał, że (...) odrzuca ofertę Wykonawcy na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia". Z kolei w uzasadnieniu faktycznym, w odniesieniu do decyzji o odrzuceniu oferty każdego z wykonawców wskazał, że (...) W pkt 3.1. tiret czwarty Opisu przedmiotu zamówienia [OPZ] określił m.in. poniższe wymagania dotyczące świadczenia usługi kolokacji: b) W związku z faktem, iż Zamawiający posiada

ośrodek przetwarzania danych zlokalizowany w Warszawie przy ul. Stanisława Dubois 5a pełniący rolę Podstawowego Ośrodka Przetwarzania Danych i Pomocniczego Ośrodka Przetwarzania Danych (zwanego dalej „POPD”), świadczenie usługi kolokacji ITS musi być realizowane w dwóch lokalizacjach przy założeniu, iż: (...) Dojazd środkami komunikacji kołowej nieuprzywilejowanej z ośrodka POPD do każdego z ośrodków kolokacji nie może przekroczyć jednej godziny, Wykonawca wskaże w Formularzu ofertowym, jako potwierdzenie zestawienie czasów przejazdu na trasie POPD - ośrodek kolokacji z trzech kolejnych tygodni dla dni piątek godziny 16-17 / następujący po nim poniedziałek godziny 7-8. Zestawienie czasów musi pochodzić z trzech różnych źródeł, z czego dwa z nich muszą pochodzić z zaproponowanych: Zumi, Targeo, Google Maps. W złożonej ofercie stwierdzono brak zestawienia pochodzącego z trzech różnych źródeł. Wykonawca w formularzu ofertowym, stanowiącym Załącznik nr 3 do SIWZ, przedstawił tabelę zestawienia czasów, pochodzących tylko z jednego źródła tj. Google Maps.”

Mając na uwadze uzasadnienie faktyczne decyzji o odrzuceniu ofert wnoszących odwołanie wykonawców oraz postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym punktu 3.1. Opisu przedmiotu zamówienia, stanowiącego załącznik nr 1 do siwz oraz treść Formularza ofertowego stanowiącego załącznik nr 3 do siwz, a także treść złożonych ofert, Izba uznała, że zasługuje na uwzględnienie podnoszony w odwołaniach zarzut odrzucenia ofert wykonawców z naruszeniem art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp. Zgodnie ze wskazanym przepisem odrzucenie oferty następuje tylko wówczas, gdy jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp. W niniejszym postępowaniu w punkcie 3.1 tiret czwarty OPZ określony został przez Zamawiającego jeden z obligatoryjnych parametrów, związany z przedmiotem zamówienia – świadczeniem usługi kolokacji, a mianowicie czas przejazdu pomiędzy lokalizacjami, który nie mógł przekroczyć jednej godziny. W tym samym miejscu OPZ, Zamawiający określił źródła weryfikacji tego parametru, wskazując na pochodzące z trzech różnych źródeł zestawienie czasów przejazdów [przy uwzględnieniu określonych godzin i dni tygodnia], do których złożenia w Formularzu oferty zobowiązany został wykonawca. Zatem podanie informacji w wymaganym zakresie musiało być poprzedzone ich samodzielną weryfikacją przez

wykonawcę i tym samym stanowiło *de facto* złożenie przez wykonawcę oświadczenia w przedmiocie potwierdzenia wymaganego nieprzekraczalnego czasu przejazdu w godzinach wybranych przez wykonawcę w przedziale 16.00 – 17.00 w piątek oraz w następującym po nim poniedziałku w godzinach 7.00 – 8.00, o którym stanowi art. 25 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp [oświadczenie potwierdzające spełnianie przez oferowane usługi wymagań określonych przez zamawiającego]. Potwierdzeniem tego parametru mógł być także raport z serwisu taki, jaki wykonawca ATM załączył do odwołania. Izba zwraca uwagę, że w myśl punktu 3.1. OPZ, celem przedłożonych danych miało być niewątpliwie potwierdzenie parametru świadczenia usługi [czasu dojazdu] i wymagana informacja powinna być kwalifikowana w zgodności z przepisami Pzp. Brak jednoznacznego oznaczenia kwalifikacji dla informacji w specyfikacji nie może powodować jej oceny w oderwaniu od celu, w jakim była żądana. Izba zauważa dodatkowo, że przepisy rozporządzenia w sprawie rodzaju dokumentów (....), wydanego na podstawie ustawy Pzp [wskazanego art. 25 jego ust.2] w § 6 ust.1 przykładowo tylko wymieniają dokumenty, które zamawiający może żądać w celu potwierdzenia określonych przez zamawiającego wymagań także dla usług.

Zamawiający w uzasadnieniu faktycznym odrzucenia ofert wykonawców nie wskazał, że powodem odrzucenia ofert jest niespełnienie wymaganego parametru w zakresie czasu przejazdu, lecz to, że Odwołujący w Formularzu ofertowym wskazali dane o wymaganym czasie dojazdu tylko z jednego serwisu. W efekcie, Zamawiający odrzucił oferty wyłącznie ze względu na to, że w jego ocenie brakowało dwóch dodatkowych źródeł wskazujących na czas dojazdu i tym samym odrzucenie ofert Odwołujących nastąpiło z uwagi na niepotwierdzenie – w sposób uznany przez Zamawiającego - spełniania wymagań przez oferowane usługi, a której to okoliczności nie dotyczy norma art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp. Izba podzieliła pogląd Odwołujących, że art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odnosi się do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia oraz merytorycznych wymagań - istotnych dla wykonania zamówienia, m.in., co do warunków realizacji, w tym wyznaczonych specyfikacją parametrów technicznych usługi. Zatem ustalenie, że treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji musi wynikać z faktu, że oferta, nie zapewnia realizacji przedmiotu zamówienia w całości - zgodnie z wymaganiami zamawiającego, odnoszącymi się do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia, którego zamawiający oczekuje dla spełnienia jego uzasadnionych

określonych w specyfikacji potrzeb. Zdaniem Izby, brak było podstaw do twierdzeń, że czas dojazdu środkami komunikacji kołowej nieuprzywilejowanej z ośrodka POPD do wskazanych w ofertach ośrodków kolokacji przekraczał – według wymaganych kryteriów – jedną godzinę. Takiemu ustaleniu nie przeczył Zamawiający, jak i Przystępujący wykonawca. Ponadto Odwołujący ATM, przedstawił wydruki raportów, odnoszące się do czasu przejazdu pomiędzy zgodnymi z ofertą lokalizacjami, dla potwierdzenia, że oferowana usługa ma być świadczona z uwzględnieniem wymaganego czasu. Izba zwraca również uwagę, że dane uzyskane przez wykonawcę z dwóch innych serwisów, w tym wskazywanych w pkt 3.1. OPZ [obok serwisu Google Maps, również Zumi i Targeo] w zakresie czasów przejazdu, uwzględniając analogiczne czynności, jakie muszą być wykonane [wpisanie adresów lokalizacji w oknie dialogowym serwisu i godziny], dałyby podobny, jeżeli nie ten sam wynik. Funkcją serwisów map cyfrowych, w szczególności w warunkach aglomeracji miejskiej, jest bowiem ustalanie trasy pomiędzy obiektami [w tym przypadku dwoma] wraz z oszacowaniem czasu przejazdu przy uwzględnieniu prędkości dozwolonej przez przepisy, z jej ewentualnym ograniczeniem, czy stopniem skomplikowania danej trasy.

Izba zgodziła się z Odwołującymi, że wymagania specyfikacji, co do sposobu potwierdzenia parametru „czasu przejazdu pomiędzy lokalizacjami” nie były jednoznaczne, oraz, że niekonsekwencje Zamawiającego – autora siwz – nie mogą powodować negatywnych skutków dla wykonawcy. Zamawiający w Formularzu ofertowym, wbrew jego twierdzeniom - w jego punkcie 3 – bezspornie zamieścił nie wzór tabeli dla trzech serwisów, ale tabelę, która wprost odnosi się do czasu przejazdu według serwisu Google Maps, co wobec treści tego Formularza – bez dodatkowych jego omówień – pozwalało na interpretację, że wystarczającym było wskazanie czasu przejazdu tylko według serwisu Google Maps [jednego z trzech wymienionych w pkt 3.1. tiret czwarte OPZ], który według Formularza oferty – podobnie jak OPZ, także załącznika do specyfikacji siwz - stał się serwisem wyłącznym.

Wobec powyższych ustaleń, stało się bezprzedmiotowe rozstrzygnięcie, co do zarzutów i żądań, podnoszonych z ostrożności, alternatywnie przez wykonawców, a związanych z przewidzianymi w ustawie Pzp procedurami, dotyczącymi uzupełnienia

dokumentów na podstawie art. 26 ust.3 ustawy Pzp oraz składania wyjaśnień na podstawie art. 87 ust.1 Pzp czy poprawiania innych omyłek w oparciu o art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze oraz uwzględniając art. 192 ust.8 ustawy Pzp, orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust.9 i 10 ustawy oraz § 3 pkt 1 i 2) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2010 r. nr 41 poz.238) zaliczając uiszczony wpis przez odwołujących w kwocie 30.000,00 zł. w koszty postępowania odwoławczego i zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołujących koszty postępowania obejmujące uiszczony przez odwołujących wpis od odwołania oraz wynagrodzenie pełnomocnika odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 585/16 w kwocie 3.600 zł - przewidzianej przepisami prawa według przedłożonej na rozprawie faktury.

**Przewodniczący:**

.....