

WYROK
z dnia 27 grudnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 grudnia 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 grudnia 2016 r. przez wykonawcę **Netia S.A., ul. Poleczki 13, 02-822 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, Pl. Powstańców Warszawy 1, 00-950 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **T-Mobile Polska S.A., ul. Marynarska 12, 02-674 Warszawa**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża **Netia S.A., ul. Poleczki 13, 02-822 Warszawa** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **Netia S.A., ul. Poleczki 13, 02-822 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Netia S.A., ul. Poleczki 13, 02-822 Warszawa** na rzecz **Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, Pl. Powstańców Warszawy 1, 00-950 Warszawa** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164 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

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym przez Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów z Warszawy (dalej „zamawiający”) w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „*Usługa dostarczenia i utrzymania pomiędzy 19 lokalizacjami UOKiK sieci IP VPN w oparciu o sieć MPLS oraz dostarczenie łącza internetowego dla Centrali UOKiK*” (nr DBA-2/240-48/2016) wykonawca Netia S.A. z Warszawy (dalej „odwołujący”) złożył odwołanie wobec:

1. oceny ofert złożonych w postępowaniu,
2. zaniechania poprawienia omyłki znajdującej się w ofercie odwołującego,
3. odrzucenia oferty odwołującego,
4. wyboru oferty T-Mobile Polska S.A. z Warszawy (dalej „T-Mobile”) jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164 ze zm.) [dalej „ustawa Pzp”]:

1. art. 87 ust. 2 pkt 3, poprzez zaniechanie poprawienia omyłki zawartej w ofercie odwołującego, polegającej na wpisaniu w zakresie deklarowanej przepustowości łącza w siedzibie UOKiK w Warszawie przy ulicy Wareckiej 11A wartości zgodnej z wymogiem zamawiającego, a zatem poprawienia omyłki powodującej niezgodność oferty z SIWZ, nie mającej charakteru istotnego,
2. art. 89 ust. 1 pkt. 2, polegające na bezzasadnym odrzuceniu oferty odwołującego jako niezgodnej z SIWZ,
3. art. 7 ust. 3, poprzez wybór oferty T-Mobile jako najkorzystniejszej w niniejszym postępowaniu niezgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o:

1. nakazanie unieważnienia czynności oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. nakazanie dokonania ponownej oceny ofert,
3. nakazanie poprawienia innej omyłki zawartej w ofercie odwołującego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, polegającej na zastąpieniu wartości 5 Mb/s wartością zgodną z SIWZ w pkt. 2 ust. 1 a) tiret 19 dot. lokalizacji Centrali UOKiK w Warszawie (str. 6 oferty),
4. nakazanie wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty odwołującego.

Odwołujący podał, że przedmiotem zamówienia jest usługa dostarczenia i utrzymania pomiędzy 19 lokalizacjami UOKiK sieci IP VPN w oparciu o sieć MPLS oraz dostarczenie łącza internetowego dla Centrali UOKiK w okresie 30 miesięcy od stycznia 2017 roku do 30 czerwca 2019 roku.

Wskazał, że w Załączniku nr 1 do SIWZ – *Szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia*, zamawiający zamieścił Tabelę 1 – Zestawienie łączy wraz z ich parametrami, gdzie w kolumnie 3 znajduje się informacja dotyczące minimalnej przepustowości łącza podstawowego w MB/s dla każdej lokalizacji/oddziału, zaś w kolumnie 4 tabeli informacja dotycząca minimalnej przepustowości łącza zapasowego (backup) w MB/s dla każdej lokalizacji/oddziału. Wskazał także, że w ostatnim, 19 wierszu tabeli podano, iż minimalna przepustowość łącza podstawowego dla siedziby UOKiK w Warszawie przy ulicy Wareckiej wynosi 10 MB/s (str. 20 SIWZ).

Odwołujący wskazał nadto, że w świetle pkt 3.1. Części III SIWZ (*Procedura postępowania dotycząca wyboru oferty najkorzystniejszej, str. 14 SIWZ*), kryterium oceny ofert stanowią:

- Cena oferty – waga 84%
- Przepływowość łącza – waga 8%;
- Gwarancja dostępności dla każdej lokalizacji – waga 8%.

Uzupełnił, że zgodnie z pkt. 3.2 w kryterium przepływowości łącza zamawiający podał, że przyzna 0,5 pkt za każde zwiększenie przepustowości łącza powyżej minimalnej przepustowości określonej przez zamawiającego, wynoszącej 4 MB/s wyłącznie w lokalizacjach określonych jako Delegatury i Laboratoria opisanych w pozycjach 1-6 oraz 8-17 Tabeli Nr 1 Załącznika nr 1 do SIWZ *Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia* – z pominięciem pozycji nr 7, 18 i 19.

Odwołujący podał, że zgodnie z lit. C pkt. 1 Części II SIWZ (str. 11), oferta musiała zawierać prawidłowo wypełniony i podpisany Formularz Ofertowy – Załącznik nr 6 do SIWZ. Wykonawca miał w nim wskazać zagwarantowaną przepustowość dla wszystkich 19 lokalizacji, pomimo, iż przepustowość jedynie 16 z nich miała stanowić kryterium oceny ofert.

Oświadczył, że w Formularzu Ofertowym w pkt 2.1. lit. a, tiret 19 dotyczącym lokalizacji Centrali UOKiK przy ulicy Wareckiej wskazał, wskutek omyłki, wartość 5 MB/s.

Stwierdził, że pomiędzy stronami bezsporne jest, iż przedmiotowa wartość jest niezgodna z wymogami SIWZ, w tym w szczególności z Tabelą nr 1 zawartą w Załączniku nr 1 do SIWZ (wiersz 19).

Podkreślił, że przepustowość wskazana w jego ofercie w pozycji 19 tabeli, dotyczącej Centrali UOKiK przy ulicy Wareckiej nie stanowiła kryterium oceny ofert i nie podlegała ocenie; wskazana wartość powinna być jedynie zgodna z SIWZ, tj. nie mniejsza niż 10 Mb/s.

Odwołujący podał, że pismem z dnia 9 grudnia 2016 r. zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty T-Mobile oraz, że na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odrzucił ofertę odwołującego z uwagi na zadeklarowanie w niej niezgodnej z SIWZ przepustowości dla lokalizacji Centrali przy ulicy Wareckiej w Warszawie – zamawiający wskazał, iż wartość ta wynosi 5 Mb/s, podczas gdy wymagana wynosi co najmniej 10 MB/s oraz oświadczył, że nie dał wiary wyjaśnieniom odwołującego, który w piśmie z dnia 25 listopada 2016 r. deklarował, iż przedmiotowe uchybienie miało charakter omyłki pisarskiej, gdyż zamiast wartości 15, wpisano omyłkowo 5; zamawiający uznał, iż przedmiotowa omyłka nie jest „oczywista”, a zatem nie może zostać poprawiona w trybie art. 87 ust. 2 pkt. 1 ustawy Pzp oraz, iż wyjaśnienia odwołującego są nieprzekonywujące, albowiem cena zadeklarowana za tą lokalizację jest taka sama jak cena w innych lokalizacjach, w których również deklarowano przepustowość na poziomie 5 Mb/s.

W ocenie odwołującego działanie zamawiającego naruszyło art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Wskazał, że stosownie do brzmienia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, co oznacza, iż każdorazowo, przed odrzuceniem oferty wykonawcy z powodu niezgodności jej treści z SIWZ, zamawiający powinien rozważyć, czy uchybienie dostrzeżone w ofercie nie jest takiego rodzaju, że może ulec poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Odwołujący, powołując się na orzecznictwo, podniósł, iż przedmiotowa weryfikacja nie jest przywilejem, ale obowiązkiem zamawiającego („Zamawiający poprawia...”); *ratio legis* regulacji to zmniejszenie negatywnych skutków daleko posuniętego formalizmu, którego stosowanie prowadzi do sytuacji, w których najkorzystniejsza oferta nie jest wybierana do realizacji wskutek drobnych niezamierzonych błędów, nieścisłości, braków, poprawienie omyłki ma zatem na celu przywrócenie zgodności oferty z SIWZ i umożliwienie zawarcia umowy z wykonawcą jaki złożył rzeczywiście najkorzystniejszą ofertę w postępowaniu.

Podał, że zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 grudnia 2012 r. KIO 2625/12: *„Celem zasadniczym regulacji art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) jest utrzymanie w obrocie prawnym ofert, których treść w sposób nieistotny odbiega od treści SIWZ. Przepis ten ma również działanie prewencyjne, które ma zapobiegać wyeliminowaniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy składającego najkorzystniejszą ofertę zawierającą nieistotne uchybienia merytoryczne, w warunkach możliwości wygrania przetargu przez wykonawcę składającego ofertę z wyższą ceną bądź w inny sposób mniej korzystną.”*

Odwołujący wskazał, że stosownie do brzmienia art. 87 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający poprawia w ofercie:

1. oczywiste omyłki pisarskie,
2. oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek,
3. inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty

niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Odwołujący stwierdził, że z powyższej regulacji wynika, iż warunki dokonania poprawienia omyłki, o jakiej mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp są następujące:

1. omyłka, o jakiej mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, w przeciwieństwie do omyłek o jakich mowa w art. 87 ust. 2 pkt 1 i pkt 2 ustawy Pzp nie musi być oczywista,
2. omyłka, o jakiej mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp musi powodować stan niezgodności z SIWZ,
3. poprawienie omyłki ma na celu przywrócenie stanu zgodności oferty z SIWZ,
4. poprawienie omyłki, o jakiej mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie może prowadzić do istotnej zmiany treści oferty.

Uznał, że jeśli wszystkie ww. warunki zostaną spełnione, omyłka o jakiej mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp może zostać poprawiona przez zamawiającego.

Odwołujący stanął na stanowisku, że przedmiotowy stan faktyczny wypełnia wszelkie warunki umożliwiające zamawiającemu dokonanie poprawienia jego oferty.

Stwierdził, że omyłka polegająca na wpisaniu wartości 5 Mb/s zamiast 15 Mb/s powoduje stan niezgodności z SIWZ, który zagraża odrzuceniem oferty odwołującego.

Podniósł, że w orzecznictwie podnosi się, iż w zasadzie każda zdiagnozowana niezgodność oferty z SIWZ stanowić będzie omyłkę chyba, że wykonawca w wyjaśnieniach potwierdzi zamiar złożenia oferty niezgodnej z SIWZ. Uznał, że założenie to jest bardzo słuszne, a oparte o zasady doświadczenia życiowego, nakazujące przypuszczać, iż każdy racjonalny wykonawca zamierza złożyć ofertę niepodlegającą odrzuceniu, zgodną z SIWZ.

W konsekwencji tego założenia przyjmuje się – wywodził odwołujący – iż omyłki zawarte w treści oferty mają charakter niezamierzony i to bez względu na to, czy mają charakter zawiniony, czy niezawiniony: „*Nie można wywieść z przepisu art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), że omyłka oznacza wyłącznie przypadki tzw. niezawinionego błędu. Można co najwyżej przyjąć, że chodzi o błąd niezamierzony w tym sensie, że składający*

oświadczenie woli objęte ofertą zamierza i chce złożyć je zgodnie z treścią SIWZ, ale w rezultacie składa ofertę niezgodną z SIWZ, nie zdając sobie z tego sprawy. (...) W zasadzie każdą rozbieżność pomiędzy treścią oferty a treścią SIWZ należy uznać za omyłkę, chyba że zamawiający ma podstawy do przypisania wykonawcy świadomego celowego złożenia oświadczenia woli sprzecznego merytorycznie z SIWZ, co w praktyce jest niezwykle trudno wykazać. Natomiast brak podstaw, aby nie uznawać za omyłkowe złożenia oświadczenia woli na skutek błędnego wyobrażenia wykonawcy o treści SIWZ, chyba że wykonawca będzie obstawał przy swoim rozumieniu treści SIWZ" (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 kwietnia 2013 r., sygn. akt: KIO 665/13).

Odwołujący podniósł, że kolejnym warunkiem dokonania poprawienia omyłki, o jakiej mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jest zakres dokonywanych zmian, a mianowicie zmiany te nie mogą być istotne.

Odwołując się do orzecznictwa KIO wskazał, że przesłanka „istotności” nie stoi w sprzeczności z możliwością dokonywania zmian w zakresie elementów umowy przedmiotowo istotnych (np. cena, termin realizacji, wysokość kar umownych, gwarancje jakościowe, etc.), o ile rozmiar i zakres zmiany nie nosi cech „istotności”: *„Sama okoliczność, że zmiana miałaby dotyczyć elementów przedmiotowo istotnych umowy lub elementów uznanych za istotne, np. przedmiotu zamówienia, a nawet fakt, że skutkiem dokonanej poprawy miałaby być modyfikacja w zakresie ceny oferty, nie stanowi okoliczności uniemożliwiających dokonanie poprawy na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych. Znaczenie ma bowiem, czy poprawienie omyłki w sposób istotny zmienia treść oferty (treść oświadczenia woli wykonawcy) a nie czy omyłka tkwi w istotnych postanowieniach tej oferty.”* (uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 grudnia 2013 r., KIO/DKUE/KD 105/13).

Podsumował, że z powyższych orzeczeń wynika, iż możliwe jest dokonanie poprawienia omyłki również w zakresie cech jakościowych przedmiotu zamówienia, w tym wypadku przepływności łącza, o ile zakres zmiany nie ma charakteru istotnego.

Podał, że zgodnie z definicją zawartą w *Słowniku języka polskiego*, istotny oznacza „główny”, „podstawowy”, „duży”, „znaczący” i stwierdził, że istotna zmiana powinna powodować w ofercie zmianę dużą i znaczącą względem wartości i zakresu przedmiotu zamówienia.

Staął na stanowisku, że waloru istotności nie posiada zmiana parametru przepływności w jednej z aż dziewiętnastu lokalizacji objętych umową z wartości wynoszącej 5 Mb/s na 15 Mb/s.

Odwołując podniósł, iż w aspekcie kosztowym (tj. nakładów, jakie należy poczynić dla zwiększenia przepływności) jest ona bliska zeru. Wyjaśnił, że posiada już całą niezbędną infrastrukturę telekomunikacyjną, która umożliwi mu uruchomienie usługi sieci IP VPN w oparciu o sieć MPLS; kwestia ustawienia przepływności łącza na wartość 5 Mb/s lub wartość 15 Mb/s wymaga wyłącznie odpowiedniej konfiguracji sprzętu i dostosowania odpowiedniego routera. Uznał, że trudno wobec tego obronić twierdzenie, iż poprawienie omyłki na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie mogło mieć miejsca z uwagi na fakt, iż doprowadziłoby to do istotnej, tj. znacznej zmiany treści oferty odwołującego. Uznał także, że bezpodstawne pozostają również zarzuty zamawiającego jakoby niewiarygodnym była cena zaoferowana przez wykonawcę dla tego łącza.

W ocenie odwołującego zamawiający miał możliwość poprawienia omyłki w jego ofercie, poprzez wprowadzenie do formularza ofertowego wartości odpowiadającej wymogom SIWZ, tj. wartości minimalnej 10 Mb/s albo – w przypadku wątpliwości – mógł zasięgnąć wyjaśnień odwołującego w tym zakresie, celem poznania genezy zaistniałej omyłki. Stanął na stanowisku, że w przedmiotowej sprawie zamawiający mógłby nawet tych działań zaniechać, mając na uwadze, iż odwołujący sam, pismem z 25.11.2016 r. złożył oświadczenie o zaistniałej pomyłce, co można było potraktować jako stosowne wyjaśnienie i zarazem uprzednie wyrażenie zgody na jej poprawienie.

Podniósł, iż zamawiający był uprawniony do wezwania go do złożenia wyjaśnień w tym zakresie lub też do skorzystania z już złożonych wyjaśnień. Dodał, że żaden przepis prawa nie zabrania zamawiającemu na ustalenie w drodze wyjaśnień, czy do pomyłki rzeczywiście doszło, jaki był mechanizm jej powstania i jaka była intencja jej autora.

Stwierdził, że skoro omyłka, o jakiej mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie musi być „oczywista” (co wynika *a contrario* z całej treści art. 87 ust. 2 ustawy Pzp), to oznacza to, że dla zamawiającego nie musiało być oczywiste, czy do omyłki na pewno doszło, jaka była jej geneza i jaka była właściwa wartość deklarowanej przepływności.

Podsumował, że art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie wyłącza możliwości wyjaśnienia treści oferty w zakresie uchybień skutkujących jej niezgodnością z SIWZ, a wykonawca ma prawo naprowadzić zamawiającego na właściwy wynik lub wartość, tak by doprowadzić do zgodności oferty z SIWZ.

Zauważył, iż zwiększenie przepływności w tej lokalizacji nie stanowiło kryterium oceny ofert i nie mogło polepszyć sytuacji odwołującego w Postępowaniu, co oznacza, że zmiana oferty nie mogła doprowadzić do zmiany wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego; zmiana ta miała na celu wyłącznie doprowadzenie oferty do zgodności z SIWZ, zgodnie z duchem art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp, który ma stanowić zdrową równowagę dla zbyt formalistycznego i rygorystycznego podejścia do oceny ofert w postępowaniu.

Na zakończenie tej części stwierdził, iż omyłka jaka pojawiła się w jego ofercie spełniała wszelkie przesłanki warunkujące zastosowanie art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp. Omyłka spowodowała niezgodność treści oferty z SIWZ, zamawiający mógł ją doprowadzić do stanu zgodnego z SIWZ, na co otrzymał zgodę odwołującego. Dokonanie poprawy nie powodowało istotnej zmiany treści.

Stwierdził, że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej pojawiało się przed laty stanowisko, zgodnie z którym możliwość poprawienia omyłki, o jakiej mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jest możliwa wyłącznie w sytuacji, w której zamawiający może samodzielnie dokonać poprawy oferty, bez konsultacji swoich wątpliwości z wykonawcą.

Ocecił, że stanowisko to wynikało z rzekomej kolizji norm art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp oraz art. 87 ust. 1 tejże ustawy.

Zdaniem odwołującego art. 87 ust. 1 ustawy Pzp umożliwiający wyjaśnienie treści oferty przez wykonawcę stawia jednocześnie granicę prowadzenia z wykonawcą dialogu w zakresie wyjaśnienia treści oferty, wskazując, iż nie mogą one prowadzić do zmiany oferty lub negocjacji jej treści.

Stanął na stanowisku, że art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp statuujący przesłanki dopuszczalnej zmiany oferty i to dokonanej w porozumieniu z wykonawcą (wykonawca musi na zmianę wyrazić zgodę), stanowi *lex specialis* względem regulacji art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Uznał, że nie można tych dwóch regulacji stosować jednocześnie. Uzupełnił, że bezwzględny zakaz dokonywania zmian w ofercie jest wprost sprzeczny z możliwością dokonywania zmiany. o jakiej mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Mając zatem na uwadze, wywodził odwołujący, zgodnie z zasadą *lex specialis derogat legi generali*, prawo o większym stopniu szczególności (pochodzące z aktów prawnych o tej samej mocy, np. z dwóch ustaw, obowiązujące w tym samym czasie) należy stosować przed prawem ogólniejszym.

Wskazał, że norma art. 87 ust. 1 ustawy Pzp dotyczy ogólnego zakazu dokonywania zmian w treściach oferty oraz negocjacji z wykonawcą, podczas gdy art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp reguluje okoliczność szczególną i wyjątkową, w której taka zmiana jest dozwolona. Stwierdził, że wobec powyższego w kolizji obu tych norm pierwszeństwo ma norma art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp.

Podał, powołując się na opinię Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, iż poprawienie oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp mogą poprzedzać stosowne wyjaśnienia wykonawcy złożone w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Powołał się także na orzecznictwo KIO:

- wyrok KIO z dnia 28 lipca 2014 r.: „W pierwszej kolejności należy podkreślić, że pomiędzy stronami nie było sporne, że odwołujący popełnił w treści oferty omyłki polegające na niezgodności z treścią SIWZ, które nie były efektem celowego,

intencjonalnego działania odwołującego. Sam odwołujący pismem z dnia 28 kwietnia 2014 roku, dostrzegając omyłkę w zakresie liczb zaoferowanych materiałów multimedialnych, zwrócił się do zamawiającego z wnioskiem o poprawienie omyłki w trybie art. 87 ust. 2 ZamPublU, wskazując prawidłowe ilości oferowanych materiałów multimedialnych audio i video, tj. 85 materiałów multimedialnych audio oraz 141 pozycji materiałów multimedialnych video”,

- wyrok z dnia 30 stycznia 2013 r. (KIO 2866/12): „Weryfikacji charakteru niezgodności treści oferty z treścią siwz służy także procedura wyjaśniania treści oferty opisana w art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, która może poprzedzać dokonanie poprawek w treści oferty wykonawcy. Z żadnego bowiem przepisu ustawy, w szczególności z regulacji zawartych w art. 87 ustawy, nie wynika zakaz poprzedzenia takiego poprawienia wezwaniem do wyjaśnień treści oferty, jak również zakaz skorzystania w tym celu z otrzymanych w ich wyniku informacji”.

Ocecił, że w sytuacji zbliżonej do niniejszego stanu faktycznego KIO uznała za właściwe działanie zamawiającego, który skorygował w ofercie wykonawcy minimalny okres zgłaszania wad z 1 roku do wymaganego minimalnego okresu 3 lat (wyrok KIO z dnia 11 marca 2011 r., sygn. akt: KIO 385/11, KIO 386/11. KIO 393/11 KIO 406/11).

Podał, że w wyroku z dnia 12 marca 2014 r. (sygn. akt: KIO 384/14 i KIO 367/14), KIO uznała, iż możliwe jest dostosowanie niewłaściwych terminów wskazanych w Harmonogramie rzeczowo-finansowym do minimalnych wymogów SIWZ.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej Izbie przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przy piśmie z dnia 19 grudnia 2016 r., Odpowiedzi zamawiającego na odwołanie – pismo z dnia 22 grudnia 2016 r., Pisma uczestnika postępowania – pismo przystępującego z dnia 22 grudnia 2016 r., a także stanowisk stron i przystępującego zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważyła, co następuje.

Do prowadzonego przez zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i postępowania odwoławczego stosuje się przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych z uwzględnieniem zmian wprowadzonych ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, opublikowanej w dniu 13 lipca 2016 r. w Dzienniku Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej pod pozycją 1020 (wejście w życie – 28 lipca 2016 roku).

Zarzut zaniechania poprawienia omyłki zawartej w ofercie odwołującego, polegającej na wpisaniu w zakresie deklarowanej przepustowości łącza w siedzibie UOKiK w Warszawie przy ulicy Wareckiej wartości zgodnej z wymogiem zamawiającego, czym zamawiający naruszył przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

W *Szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia* (Załącznik nr 1 do SIWZ) w Tabeli 1 *Zestawienie łączy wraz z ich parametrami* w pozycji 19, odnoszącej się do siedziby UOKiK w Warszawie przy ulicy Wareckiej 11A zamawiający, w przypadku łącza podstawowego, zażądał przepustowości minimalnej 10/10 Mb/s.

W pozycjach 1-17 tabeli, odnoszących się do delegatur UOKiK i laboratoriów zamawiający zażądał przepustowości minimalnej 4/4 Mb/s.

W pozycji 18, odnoszącej się do siedziby centrali UOKiK w Warszawie (Pl. Powstańców Warszawy 1) zamawiający zażądał przepustowości minimalnej: „100/100 Internet” Mb/s oraz „100/100 VPN” Mb/s.

Zamawiający w Tabeli 1 wskazał nadto minimalną przepustowość zapasową (kolumna – Łącze Nr 2 Backup) wynoszącą 2 Mb/s dla pozycji 1-17 i 19 oraz „10 Internet 10 VPN” dla pozycji 18.

W *Formularzu ofertowym* (Załącznik nr 6 do SIWZ) zamawiający oczekiwał oświadczenia wykonawcy co do oferowanej przepustowości łącza w każdej z 19 lokalizacji (w odniesieniu do pozycji 19 – „*Oświadczamy, że przepustowość łącza będzie wynosić: - w siedzibie UOKiK w Warszawie, ul. Warecka 11A: Mb/s.*”).

Zamawiający nie oczekiwał deklaracji wykonawców co do przepustowości łącza zapasowego w poszczególnych lokalizacjach, nie przewidując złożenia takiej deklaracji w *Formularzu ofertowym*.

W SIWZ w Części II lit. C *Dokumenty i oświadczenia jakie musi zawierać Oferta* pkt 1 zamawiający zażądał złożenia „*Prawidłowo wypełnionego i podpisanego Formularza Ofertowego*”.

W § 1 ust. 3 *Istotnych postanowień umowy* (Załącznik nr 7 do SIWZ) zamawiający wskazał, że „*Usługa realizowana będzie zgodnie z parametrami i zasadami określonymi w Załączniku Nr 1 do Umowy oraz w ofercie Wykonawcy (stanowiącej Załącznik Nr 3 do Umowy) (...)*”.

W Załączniku nr 1 do SIWZ (tekst bezpośrednio pod Tabelą 1) zamawiający wskazał również, że „*przepustowość łącza jest jednym z kryteriów wyboru oferty najkorzystniejszej*

i w przypadku zadeklarowania przez Wykonawcę w ofercie wyższej niż minimalna Wykonawcę obowiązuje deklaracja z oferty”.

W SIWZ w Części III pkt 3 zamawiający podał trzy kryteria oceny ofert: „*cenę*” o znaczeniu 84%, „*przepływowość łącza*” (przepustowość) o znaczeniu 8% oraz „*gwarancje dostępności łącza dla każdej lokalizacji*” o znaczeniu 8% (pkt 3.1.), przy czym w drugim kryterium zamawiający przewidział (pkt 3.2.) przyznanie dodatkowych punktów za zaoferowanie zwiększonej przepustowości łącza podstawowego w lokalizacjach z pozycji 1-6 oraz 8-17 (bez pozycji 19).

Termin składania ofert upłynął 25 listopada 2016 r.

Oferty złożyło 3 wykonawców, w tym odwołujący i przystępujący.

W złożonej przez Odwołującego ofercie – w *Formularzu ofertowym* Odwołujący zadeklarował, dla lokalizacji w Warszawie przy ulicy Wareckiej (pozycja 19), przepustowość podstawową 5 Mb/s. Taką samą przepustowość zadeklarował dla wszystkich lokalizacji z pozycji 1-17. Dla lokalizacji z pozycji 18 zadeklarował przepustowość wynoszącą 105 Mb/s.

W piśmie z dnia 25 listopada 2016 r. odwołujący oświadczył (pismo podpisała ta sama osoba, która podpisała ofertę), iż „*w złożonej ofercie w Formularzu Ofertowym zał. 6 do SIWZ w pkt 2) ppkt 1 „Przepływność łącza” lit. a) wystąpiła oczywista omyłka pisarska, polegająca na przekopiowaniu niewłaściwych danych. W lokalizacji Zamawiającego w siedzibie UOKiK w Warszawie przy ulicy Wareckiej 11A oferowana przepływność łącza winna wynosić „15Mb/s”, a omyłkowo została wpisana wartość „5Mb/s” Jednocześnie wskazujemy, że oczywistym jest, że oferta złożona w niniejszym postępowaniu miała być zgodna z SIWZ oraz Opiszem Przedmiotu Zamówienia, a zatem wartość oferowanej przepływności w w/w lokalizacji miała wynosić nie mniej niż 10Mb/s. Zgodnie z niniejszym sprostowaniem właściwa wartość oferowanej przepływności ma wynosić: „15Mb/s”.*

Pismem z dnia 9 grudnia 2016 r. zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty przystępującego oraz o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, wskazując iż niezgodność treści oferty odwołującego z treścią SIWZ odnosi się do zaoferowanej przepustowości łącza dla lokalizacji przy ulicy Wareckiej w Warszawie.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Bez wątplenia w treści złożonej przez odwołującego oferty zadeklarowano dla lokalizacji przy ulicy Wareckiej 11A w Warszawie przepustowość łącza podstawowego

wynoszącą 5 Mb/s, podczas gdy wielkość żądana to 10 Mb/s albo więcej, co oznaczało niezgodność treści oferty z treścią SIWZ.

Zamawiający nie kwestionował przy tym, że w treści oferty odwołującego pojawiła się omyłka.

Spornym było to, czy zamawiający winien poprawić omyłkę w treści oferty odwołującego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

W ocenie składu orzekającego Izby zamawiający nie miał podstaw do poprawienia oferty odwołującego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, tj. do uznania, że do treści oferty odwołującego wkradła się omyłka, polegająca na jej niezgodności z treścią SIWZ, której poprawa nie spowoduje istotnych zmian w treści tej oferty.

Skład orzekający Izby stoi na stanowisku, że poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jest dopuszczalne w sytuacji, w której zamawiający może samodzielnie dokonać poprawy oferty (zamawiający ma wywiązać się z obowiązku poprawy oferty nawet w sytuacji braku wyjaśnień ze strony wykonawcy) albo po uzyskaniu od wykonawcy – jak określił to zamawiający – wyjaśnień „o pomocniczym” jedynie charakterze.

Podkreślić także należy, w odniesieniu do stanowiska odwołującego, iż art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp stanowi *lex specialis* względem art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, że niedopuszczalność prowadzenia pomiędzy zamawiającym a jakimkolwiek wykonawcą negocjacji co do treści oferty wynika nie tylko z przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Zakaz ten należy także wyprowadzić z podstawowych zasad obowiązujących w zamówieniach publicznych, tj. wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości.

Wart zaakcentowania jest także argument z pisemnego stanowiska przystępującego, iż *„Poprawienie innej omyłki polegającej na niezgodności treści oferty z treścią SIWZ stanowi wyjątek od reguły niezmienności treści złożonej oferty po upływie terminu składania ofert, i jako taki, nie powinien być interpretowany rozszerzająco”*.

Istotnym jest, że w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający nie narzucił wykonawcom w treści SIWZ konkretnej wielkości przepustowości ani łącza podstawowego, ani łącza zapasowego dla żadnej z 19 lokalizacji, w tym dla lokalizacji przy ulicy Wareckiej 11A w Warszawie, wymagając jednak, aby przepustowość łącza podstawowego dla lokalizacji przy ulicy Wareckiej nie była mniejsza niż 10 Mb/s (minimum: 10 Mb/s), a łącza zapasowego dla tej lokalizacji nie mniejsza niż 2 Mb/s (minimum: 2 Mb/s).

Jak ujął to przystępujący w swoim pisemnym stanowisku (*Pismo uczestnika postępowania* z dnia 22 grudnia 2016 r.) zamawiający oczekiwał deklaracji w zakresie „*gwarantowanego parametru świadczenia usługi*”.

Odmienne niż w przypadku łącza zapasowego, zamawiający oczekiwał podania przez wykonawcę, jaką konkretnie przepustowość łącza podstawowego oferuje. Miał to uczynić w *Formularzu ofertowym*, poprzez wpisanie „w miejscach wykropkowanych” oferowanej przez siebie, dla każdej lokalizacji, przepustowości łącza podstawowego.

Tak też rozumiał to odwołujący i pozostali wykonawcy, którzy złożyli oferty. Wszyscy wykonawcy wskazali bowiem konkretne wielkości przepustowości w „Mb/s”. Żaden wykonawca nie wprowadził przepustowości, stosując np. zapis „ ≥ 10 ”.

Także w swoim piśmie z dnia 25 listopada 2016 r. odwołujący się wykonawca wskazał konkretną wielkość przepustowości, tj. 15 Mb/s.

Stwierdzić wobec powyższego należy, że treścią oferty wykonawcy winna zostać objęta konkretna wielkość przepustowości łącza podstawowego wynosząca 10 Mb/s albo więcej.

Za niezgodność treści oferty z treścią SIWZ należało w konsekwencji uznać brak objęcia treścią oferty konkretnej wielkości przepustowości łącza podstawowego dla lokalizacji przy ulicy Wareckiej w Warszawie wynoszącej 10 Mb/s albo więcej.

Za przystępującym podnieść należy, że „*Gdyby zadeklarowanie tego parametru nie było istotne dla treści składanej oferty i wystarczające miałyby być samo domyślne zachowanie zgodności oferty z SIWZ, (...), Zamawiający nie wymagałby tutaj odrębnej i jednoznacznej deklaracji Wykonawcy i samodzielnego wypełnienia przez niego wyodrębnionej pozycji Formularza oferty.*”.

Podkreślenia wymaga, że treść SIWZ nie zawierała konkretnej wielkości przepustowości łącza podstawowego dla lokalizacji przy ulicy Wareckiej w Warszawie. Zamawiający ustanowił wymóg – minimum 10 Mb/s, nie narzucił żadnej wielkości: mogło to być tak 10 Mb/s, jak i np. 100 Mb/s. Nie mogła to być natomiast przepustowość ≥ 10 Mb/s.

W celu zastosowania przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w przedmiotowej sprawie należało w pierwszej kolejności ustalić, jaką wielkością mógł zamawiający brać pod uwagę w celu zastąpienia nią wielkości 5 Mb/s zadeklarowanej przez odwołującego.

Jej ustalenie było niezbędne dla oceny przez zamawiającego, czy wielkość ta (zmieniona treść oferty) stanowi istotną zmianę treści oferty odwołującego. Tylko bowiem w przypadku, gdy zmiana ta (poprawa) nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty

odwołującego się wykonawcy zamawiający był uprawniony i zobowiązany dokonać poprawy tej oferty (art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp).

W ocenie składu orzekającego Izby ustalenie wielkości, która zastąpiłaby wielkość zadeklarowaną w ofercie nie było w przedmiotowej sprawie możliwe. Innymi słowy, niemożliwym było ustalenie sposobu poprawienia omyłki.

Po pierwsze, brak było możliwości zastąpienia zadeklarowanej przez odwołującego przepustowości 5 Mb/s wielkością z SIWZ, ponieważ konkretnej, narzuconej przez zamawiający wielkości brak. Jak wskazano powyżej zamawiający wskazał w SIWZ wymóg, którego spełnienie nie sprowadzało się do prostego powielenia w treści oferty wykonawcy narzuconej wielkości. Wykonawcy mogli wskazywać różne wielkości: tak 10 Mb/s, jak i powyżej 10 Mb/s, np. 15 czy 100 Mb/s.

Po drugie, w żadnym innym miejscu oferty odwołującego, poza *Formularzem ofertowym*, nie wskazano przepustowości łącza podstawowego dla lokalizacji przy ulicy Wareckiej w Warszawie. Jest to wprawdzie zrozumiałe, biorąc pod uwagę żądania zamawiającego co do składanych w tym postępowaniu dokumentów – jedynym miejscem, w którym miała zostać wskazana deklarowana wielkość był *Formularz ofertowy*, co jednak nie zmienia faktu, że wielkości tej w innych częściach oferty nie było. Wykonawca winien zatem szczególnie starannie przygotować ofertę.

Co więcej, nawet na podstawie oświadczeń odwołującego składanych po terminie składania ofert niemożliwym jest w przedmiotowej sprawie ustalenie ponad wszelką wątpliwość, jaką przepustowość łącza dla lokalizacji przy ulicy Wareckiej w Warszawie, która nie znalazła odzwierciedlenia w treści złożonej oferty, chciał zaferować odwołujący

Odwołujący wskazywał bowiem różną przepustowość: 15 Mb/s (tak w piśmie z dnia 25 listopada 2016 r.), 10 Mb/s (tak w odwołaniu, gdzie na str. 9 stwierdził, że zamawiający miał możliwość poprawienia omyłki, poprzez wprowadzenie wartości minimalnej 10 Mb/s).

Jak podkreślił przystępujący – „*Kwestii tej Odwołujący nie rozstrzyga również w żądaniach odwołania, wskazując, iż domaga się poprawienia treści oferty „na wartość zgodną z SIWZ”*” – to zaś oznacza przyzwolenie przez odwołującego na poprawę treści oferty, polegającą na wpisaniu każdej wielkości przepustowości: 10 Mb/s, powyżej 10 Mb/s, a tych jest bardzo wiele (choćby w przedziale od 16-100 Mb/s).

Dodatkowo w toku rozprawy odwołujący wskazał wartość „10/10 Mb/s” – w ocenie składu orzekającego takie prezentowanie parametru przepustowości (tj. już nawet nie „10 Mb/s”, ale 10/10 Mb/s) wiąże się z zasygnalizowaną przez zamawiającego w *Odpowiedzi na odwołanie* wątpliwością co do zgodności treści oferty odwołującego z treścią SIWZ („*Odwołujący w ofercie składając oświadczenie w zakresie oferowanego w danych lokalizacjach przepustowości łącza zamieszczał zapis np. „5 Mb/s”, co może*

budzić wątpliwości czy jest to jednoznaczne z tym, iż Odwołujący oferuje łącznie synchronicznie 5/5”).

Odnosząc się do argumentu odwołującego, że „nieistotność” zmiany treści oferty wynika z faktu, że zmiana ta dotyczyłaby jedynie jednej z 19 lokalizacji (z czym związana byłaby, w aspekcie kosztowym, różnica bliska zeru) skład orzekający Izby wskazuje, że „ilościowe” podejście przez odwołującego do omyłki jest nieuzasadnione.

Jak bowiem trafnie podnosił zamawiający w *Odpowiedzi na odwołanie*: *„Fakt, iż przedmiotem zamówienia była objęta większa ilość lokalizacji, nie oznacza, że konkretna lokalizacja może być traktowana „po macoszemu”. Dla Zamawiającego każda z 19 lokalizacji ma tak samo ważne znaczenie (...) Każda z lokalizacji jest de facto objęta odrębnym zamówieniem”.*

Odnosząc się także do argumentu odwołującego, że „nieistotność” zmiany treści oferty wynika z faktu, że zmiana ta dotyczyłaby elementu oferty, który nie stanowił kryterium oceny ofert, co oznacza, że nie doprowadziłaby do „polepszenia sytuacji Netia w Postępowaniu” (str. 10 odwołania) skład orzekający Izby wskazuje trafność także w tym przypadku stanowiska i argumentacji zaprezentowanej przez zamawiającego, który w *Odpowiedzi na odwołanie* argumentował: *„z żadnego przepisu nie wynika, iż o braku istotności pomyłki świadczy fakt popełnienia jej w zakresie nieobjętym kryterium oceny ofert. To, iż przepustowość łącza w lokalizacji na ul. Wareckiej nie była kryterium oceny ofert, w żadnym wypadku nie świadczy o tym, że pomyłka co do wielkości tej przepustowości z samego już założenia była pomyłką, której poprawienie nie powodowałoby istotnych zmian w treści oferty. Tego typu twierdzenia Odwołującego nie mają najmniejszego przełożenia na treść przepisów na które się on powołuje”.*

Nie uszło nadto uwadze składu orzekającego Izby labilne stanowisko samego odwołującego co do charakteru omyłki w treści jego oferty. W swoim piśmie z dnia 25 listopada 2016 r. odwołujący oświadczył, iż niezgodność ma charakter oczywistej omyłki pisarskiej, polegającej na „*przekopiowaniu niewłaściwych danych*”, a zatem omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, natomiast w odwołaniu utrzymywał, że jest to „inna omyłka”, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Uwzględniając powyższe skład orzekający Izby uznał, że ze względu na brak możliwości oceny przez zamawiającego, czy dokonana poprawa treści oferty odwołującego miałaby charakter istotny, a to ze względu na niemożność ustalenia, jaką wielkością

przepustowości należałoby zastąpić przepustowość podaną przez odwołującego (5 Mb/s), zamawiający nie mógł zastosować przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Brak jest zatem podstaw do przypisania zamawiającemu naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Zarzut bezzasadnego odrzucenia oferty odwołującego jako niezgodnej z SIWZ, czym zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp nie potwierdził się.

W konsekwencji uznania, że brak było podstaw do usunięcia niezgodności treści oferty odwołującego z treścią SIWZ, poprzez zastosowanie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, tj. poprzez poprawę treści oferty odwołującego przez zamawiającego skład orzekający Izby uznał, że treść oferty odwołującego była i jest (pozostała) niezgodna z treścią SIWZ, co obligowało zamawiającego do jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Wobec powyższego nie można przypisać zamawiającemu naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Zarzut wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej, czym zamawiający naruszył art. 7 ust. 3 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Zgodnie z przepisem art. 7 ust. 3 ustawy Pzp „Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy Pzp”.

Odwołujący naruszenia przez zamawiającego tego przepisu upatrywał w tym, iż to jego oferta winna być uznana za najkorzystniejszą (winna być wybrana), co nie nastąpiło ze względu na bezzasadne odrzucenie jego oferty.

Ze względu na ocenę przez skład orzekający Izby, że odrzucenie oferty odwołującego było obowiązkiem zamawiającego, w konsekwencji uznać należało, że oferta ta nie mogła zostać wybrana, a wybór dokonany przez zamawiającego nie naruszył art. 7 ust. 3 ustawy Pzp.

Skład orzekający Izby oddalił odwołanie, ponieważ nie potwierdził się żaden z zarzutów odwołania.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a oraz § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: