

**WYROK**  
**z dnia 17 grudnia 2015 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Emil Kuriata**

Protokolant: Joanna Borowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 grudnia 2015 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 grudnia 2015 r. przez wykonawcę **Orange Polska S.A., Al. Jerozolimskie 160; 02-326 Warszawa**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Narodowy Fundusz Zdrowia, ul. Grójecka 186; 02-390 Warszawa**,

przy udziale wykonawcy **Polkomtel sp. z o.o., ul. Postępu 3; 02-676 Warszawa**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę Polkomtel sp. z o.o., ul. Postępu 3; 02-676 Warszawa, dokonanie ponownego badania i oceny ofert.**
2. Kosztami postępowania obciąża **Polkomtel sp. z o.o., ul. Postępu 3; 02-676 Warszawa** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Orange Polska S.A., Al. Jerozolimskie 160; 02-326 Warszawa**, tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od przystępującego - **Polkomtel sp. z o.o., ul. Postępu 3; 02-676 Warszawa** na rzecz odwołującego - **Orange Polska S.A., Al. Jerozolimskie 160;**

**02-326 Warszawa**, kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą wpis od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Narodowy Fundusz Zdrowia, ul. Grójecka 186; 02-390 Warszawa, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Świadczenie usług telekomunikacyjnych, w tym usług telefonii komórkowej, usług Internetu bezprzewodowego, usług telefonicznych za pomocą bramek FTC dla Narodowego Funduszu Zdrowia oraz dostawa sprzętu” na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.).

Zamawiający dnia 23 listopada 2015 roku, przesłał wykonawcom informację o wyniku prowadzonego postępowania.

Dnia 3 grudnia 2015 roku, wykonawca Orange Polska S.A., Al. Jerozolimskie 160; 02-326 Warszawa (dalej „odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Polkomtel Sp. z o.o., jako niezgodnej z s.i.w.z. w zakresie zaoferowanych modeli telefonów komórkowych.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenia oferty wykonawcy Polkomtel Sp. z o.o. jako niezgodnej z s.i.w.z., dokonania powtórnej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, iż oferta wykonawcy Polkomtel Sp. z o.o. jest niezgodna z s.i.w.z. w zakresie zaoferowanych telefonów. Wskazane w ofercie urządzenia nie spełniają wymagań określonych w Opisie Przedmiotu Zamówienia (dalej: „OPZ”). Zamawiający przewidział dwie kategorie urządzeń. W każdej wymagał zaoferowania „telefonów”, a zatem co najmniej dwóch różnych modeli, przy czym w każdej z kategorii przynajmniej jeden z telefonów musiał posiadać funkcjonalność dual SIM (możliwość korzystania z dwóch kart SIM) - pkt 4 str. 17 OPZ. Oferta wykonawcy Polkomtel Sp. z o.o. nie spełnia tych wymagań.

Po pierwsze, ani w kategorii I, ani w kategorii II nie został zaoferowany żaden telefon posiadający funkcjonalność dual SIM. W pierwszej kategorii, jako telefon dual SIM wykonawca Polkomtel Sp. z o.o. wskazał model LG G4 H815 LTE. Model LG G4 LTE nie ma funkcjonalności dual SIM. W kategorii II wykonawca Polkomtel Sp. z o.o. zaoferował model Huawei Honor P8 Lite DS. Model taki w ogóle nie istnieje.

Po drugie, o czym była mowa wyżej model zaoferowany w kategorii II, jako telefon z funkcjonalnością dual SIM w ogóle nie istnieje, a zatem wykonawca Polkomtel Sp. z o.o. w tej kategorii urządzeń zaoferował *de facto* tylko jeden model aparatu, co również jest niezgodne z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

### Interes odwołującego.

Odwołujący wskazał, że jako wykonawca, który złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, może przy tym ponieść szkodę na skutek czynności i zaniechań zamawiającego niezgodnych z ustawą. Oferta odwołującego została sklasyfikowana na drugiej pozycji. W przypadku dokonania przez zamawiającego czynności zgodnie z przepisami ustawy i odrzuceniu oferty niezgodnej z s.i.w.z., oferta odwołującego została by uznana za najkorzystniejszą i uzyskałby on przedmiotowe zamówienie. Wobec powyższego należy stwierdzić, że odwołujący jest podmiotem uprawnionym do skorzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający nie złożył pisemnej odpowiedzi na odwołanie.

### Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba ustaliła, że zamawiający dnia 3 grudnia 2015 roku, przesłał wykonawcom kopię odwołania.

Dnia 4 grudnia 2015 roku, do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego, przystąpienie zgłosił wykonawca Polkomtel sp. z o.o., ul. Postępu 3; 02-676 Warszawa (dalej „przystępujący”).

Zamawiający, dnia 10 grudnia 2015 roku, przesłał do Izby informację, iż uwzględnia w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu.

Dnia 14 grudnia 2015 roku, na posiedzeniu, przystępujący złożył oświadczenie, iż wnosi sprzeciw, co do uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Zgodnie zatem z przepisem art. 186 ust. 4 ustawy Pzp, skierowano sprawę do rozpoznania na rozprawie (*Jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, wnieśli sprzeciw wobec uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba rozpoznaje odwołanie*).

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są zasadne.

Zamawiający w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia wskazał, że każdy z wykonawców ma obowiązek zaoferowania telefonów, przy czym w każdej z kategorii przynajmniej jeden z telefonów musiał posiadać funkcjonalność dual SIM (możliwość korzystania z dwóch kart SIM) - pkt 4 str. 17 OPZ.

Obowiązek podania oferowanych modeli telefonów wynikał również z treści załącznika nr 3 do s.i.w.z. (formularz ofertowy).

Powyższy wymóg, dotyczący podania modeli telefonów, w każdej z dwóch kategorii wynikał również z treści załącznika nr 2 do umowy, w którym zamawiający przewidział obowiązek podania oferowanych w ofercie modeli telefonów (*essentialia negotii*).

Przystępujący w swojej ofercie, w zakresie oferowanych modeli telefonów:

- w kategorii I podał:

- a) Samsung S6 64 GB LTE,
- b) LG G4 H815 LTE Dual sim,

- w kategorii II podał:

- a) Samsung Core Prime LTE,
- b) Huawei Honor P8 Lite LTE Dual sim.

Odwołujący wskazał, iż model LG G4 H815 LTE nie ma funkcjonalności dual SIM, a model Huawei Honor P8 Lite DS w ogóle nie istnieje.

W powyższym zakresie Izba podziela argumentację odwołującego prezentowaną w odwołaniu, jak i na rozprawie.

Zasadą wynikającą z przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych jest brak możliwości dokonywania zmian w treści złożonej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oferty po upływie terminu wyznaczonego do składania ofert.

Zgodnie z przepisem 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.

Brzmienie tego przepisu nie pozostawia wątpliwości, co do braku swobody zamawiającego w zakresie poprawienia omyłki, jeśli tylko zaliczyć ją można do ww. katalogu.

Poprawienie przez zamawiającego oczywistych omyłek pisarskich oraz oczywistych omyłek rachunkowych, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek, nie wymaga uzyskania zgody wykonawcy.

Ustawa Pzp nie zawiera definicji oczywistej omyłki pisarskiej. Pojęcie to było wielokrotnie definiowane w orzecznictwie sądów okręgowych i Krajowej Izby Odwoławczej.

Izba nie zgadza się ze stanowiskiem prezentowanym przez przystępującego na rozprawie, iż w niniejszej sprawie wystąpiła oczywista omyłka pisarska dająca się, samodzielnie przez zamawiającego, poprawić w trybie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Stwierdzić bowiem należało, że przystępujący w sposób jednoznaczny i kategoryczny podał w swojej ofercie modele telefonów. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający nie wymagał załączania żadnych dodatkowych ulotek czy katalogów odnoszących się do oferowanych telefonów. Zatem całkowitą odpowiedzialność za prawidłowość złożonej oferty ponosił wykonawca. Z treści złożonej przez przystępującego oferty, nie sposób w żaden sposób wywieść okoliczności, na które powoływał się przystępujący na rozprawie. Izba, a co za tym i zamawiający, nie mogła bowiem z podanego przez przystępującego w ofercie modelu telefonu - LG G4 H815 LTE Dual sim - wysnuć wniosku, że w określeniu tym kryją się dwa modele telefonu, a mianowicie 1) LG G4 Dual Sim oraz 2) LG G4 H815 i że przystępujący popełnił oczywistą omyłkę pisarską polegającą na nie umieszczeniu w odpowiednim miejscu znaku interpunkcyjnego. Nawet jeżeliby przyjąć tę argumentację przystępującego (z czym Izba się nie zgadza) to niemożliwym jest uzyskanie stanu, gdzie z określenia LG G4 H815 LTE Dual sim uzyskamy dwa oddzielne oznaczenia modelu LG G4 Dual Sim oraz LG G4 H815, jest to bowiem technicznie niemożliwe.

Biorąc powyższe pod uwagę, stwierdzić dalej należy, że zamawiający nie byłby w stanie samodzielnie ustalić definitywnie przedmiotu oferty przystępującego. Dlatego też zasadnym jest przyjęcie ustalenia, że oferta przystępującego jest sprzeczna z treścią s.i.w.z., gdyż nie zawiera w swojej merytorycznej części modelu telefonu, który spełniłby oczekiwania zamawiającego, stawiane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odmienne stanowisko prowadziłoby do konstatacji, że zamawiający zmuszony byłby *de facto* do prowadzenia negocjacji z wykonawcą, co do ostatecznego kształtu przedmiotu oferty, a powyższa okoliczność wykluczona została przepisem art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba podkreśla, iż przystępujący, jako profesjonalny uczestnik rynku zamówień publicznych, specjalizujący się w takiego rodzaju zamówieniach, jakie są przedmiotem niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, winien dołożyć należytej staranności przy konstruowaniu swojej oferty. Nie sposób bowiem uznać, iż profesjonalizm taki występuje w przypadku, gdy przy obowiązku podania dwóch modeli telefonów o określonej funkcjonalności, wykonawca nie potrafi w sposób prawidłowy i jednoznaczny opisać produktu, którym handluje i który sprzedaje.

Powyższa argumentacja odnosi się tożsamo do modelu telefonu z kategorii II, gdzie przystępujący w swojej ofercie podając nazwę Huawei Honor P8 Lite LTE Dual sim, na rozprawie próbował udowodnić, że są to dwa oddzielne modele telefonów: 1) Huawei P8 Lite Dual Sim i 2) Honor 4X LTE Dual Sim, a błąd wynikał w fakcie, iż zastała oczywista omyłka pisarska polegająca na zaniechaniu użycia znaku interpunkcyjnego. Również w tym przypadku Izba nie wie, w jaki to sposób użycie znaku interpunkcyjnego potrafiłoby zmienić nazwę Huawei Honor P8 Lite LTE Dual sim na dwa inne modele: pierwszy - Huawei P8 Lite Dual Sim i drugi - Honor 4X LTE Dual Sim.

Reasumując, Izba stwierdziła, że przystępujący wpisując do swojej oferty modele telefonów, które nie istnieją, nie zaoferował zamawiającemu przedmiotu, który mógłby następnie stanowić *essentialia negotii* przyszłej umowy, a błąd powyższy nie podlegał dyspozycji z przepisu art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, gdyż uchybienie powyższe nie stanowiło oczywistej omyłki pisarskiej w rozumieniu ustawy - Prawo zamówień publicznych. Zamawiający nie mógłby bowiem poprawić treści oferty przystępującego, ze względu na dualizm możliwości. Taki dualizm bowiem mógłby prowadzić do sytuacji negocjacji treści oferty pomiędzy zamawiającym, a wykonawcą bądź też prowadziłby do kształtowania treści oferty przez zamawiającego, a nie przez wykonawcę. Taka sytuacja nie została objęta możliwością sanacji, w ramach przepisów ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza oceniając wiarygodność i moc dowodów złożonych przez odwołującego i przystępującego stwierdziła, iż nie mogą one nosić znamion dowodowych, z uwagi na okoliczność, iż dwa dokumenty złożone przez odwołującego nie stanowią dokumentu (nie zostały podpisane), natomiast dokument złożony przez przystępującego nie potwierdza faktów, na jaką okoliczność został złożony. Tym samym Izba odmówiła przeprowadzenia dowodu z dokumentów złożonych przez odwołującego i przystępującego.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepis art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. b ustawy - Prawo zamówień publicznych.

**Przewodniczący:** .....