Sygn. akt: KIO 1325/16

WYROK
z dnia 5 sierpnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Szafraniec

Protokolant: Krzysztof Wasilewski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 sierpnia 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 lipca 2016 r. przez wykonawcę: **Netia S.A. w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym
przez zamawiającego: **Polską Agencję** Żeglugi **Powietrznej w Warszawie**

przy udziale wykonawcy: **EmiTel sp. z o.o. w Warszawie,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: Polskiej Agencji** Żeglugi **Powietrznej w Warszawie unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części siódmej, ósmej i dziewiątej zamówienia, a następnie, w ramach każdej z tych części, powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz odrzucenie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) oferty złożonej przez wykonawcę: EmiTel sp. z o.o. w Warszawie z uwagi na fakt, iż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,**

---

2. kosztami postępowania obciąża wnoszącego sprzeciw wykonawcę: **EmiTel sp. z o.o. w Warszawie** i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **Netia S.A. w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
   2.2. zasądza od wnoszącego sprzeciw wykonawcy: **EmiTel sp. z o.o. w Warszawie** na rzecz wykonawcy: **Netia S.A. w Warszawie** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Sygn. akt: KIO 1325/16

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania: „Świadczenie *usługi dzierżawy łączy telekomunikacyjnych do wybranych ośrodków terenowych PAŻP w podziale na części"* zostało wszczęte przez Polską Agencję Żeglugi Powietrznej w Warszawie, zwaną dalej Zamawiającym. Ustalona przez Zamawiającego wartość zamówienia, zgodnie z informacją zawartą w doręczonym przez Zamawiającego Prezesowi Izby piśmie z dnia 22 lipca 2016 r., przekraczała kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia

2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (2016/S 070-122800) w dniu 9 kwietnia 2016 r.

W dniu 18 lipca 2016 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawcę: Netia S.A. w Warszawie, zwaną dalej Odwołującym.

Odwołanie zostało wniesione wobec zaniechania przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę: EmiTel sp. z o.o. w Warszawie, zwanego dalej EmiTel, Przystępującym lub uczestnikiem postępowania odwoławczego, w zakresie części siódmej, ósmej i dziewiątej zamówienia. Odwołujący zarzucał Zamawiającemu:

1. „naruszenie *art. 82 ust. 3 PZP oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP poprzez błędne przyjęcie, iż oferta wykonawcy EmiTel złożona dla Cześć 7,8 i 9 Zamówienia jest zgodna z SIWZ, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty EmiTel jako niezgodnej z SIWZ;*
2. *naruszenia art. 26 ust. 3 PZP poprzez wezwanie EmiTel do uzupełnienia treści oferty w Części 7,8, i 9 Zamówienia, która nie może być uzupełniona w trybie tego przepisu;*
3. *naruszenie art. 87 ust. 1 PZP, poprzez przyjęcie za skuteczną zmianę treści oferty EmiTel w Części 7, 8 i 9 Zamówienia;*
4. *naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 1 PZP w zw. z art. 84 ust. 1 PZP, poprzez wybór oferty EmiTel dia Części 7, 8 i 9 Zamówienia, która była niezgodna z ustawą PZP, tj. została zmieniona po dacie składania ofert.*
5. *naruszenie art. 7 ust. 1 PZP, poprzez udzielenie zamówienia EmiTel, tj. wykonawcy wybranemu z naruszeniem przepisów PZP."*

Uzasadniając tak sformułowane zarzuty, Odwołujący, twierdził, że treść pierwotnie złożonej przez EmiTel oferty nie odpowiadała treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia

---

(SIWZ). Zdaniem Odwołującego w ofertach złożonych na cześć siódmą, ósmą i dziewiątą EmiTel zaoferował rozwiązania, które nie spełniały wymogu opisanego w tych częściach Szczegółowym Opisie Przedmiotu Zamówienia (SOPZ), które odnosiły się do części siódmej, ósmej i dziewiątej, a zawartego w punkcie 4 każdej odpowiednich części SOPZ. Wykonawca ten miał zaoferować łącze, które od strony CZRL Warszawa nie było zakończone na multiplekserze SDH i nie było zamknięte tzw. ringiem. Odwołujący podnosił również to, że EmiTel, będąc do tego wezwanym, złożył nowy schemat i opis oferowanego łącza w każdej z trzech istotnych w sprawie części zamówienia, z którego wynika, że zmienił on sposób realizacji usługi przez oparcie go o dwie linie radiowe NEC Pasolink NE (zamiast jednej, jak w pierwotnym rozwiązaniu) oraz zakończeniu łącza multiplekserem SDH. Działanie to, jako dokonane już po upływie terminu składania ofert, Odwołujący uznał za nieodpuszczalne i niezgodne z przepisami ustawy Pzp.

Uwzględniając podniesione zarzuty, Odwołujący wnosił o:

1. „unieważnienia *czynności oceny ofert oraz wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez EmiTel Sp. z o.o., Warszawa;*
2. *powtórzenia przez Zamawiającego czynności oceny ofert;*
3. *odrzucenia oferty wykonawcy EmiTel jako niezgodnej z SIWZ oraz ustawą PZP;*
4. *wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, ważnej oferty złożonej w Postępowaniu."*

W dniu 22 lipca 2016 r. wykonawca: EmiTel doręczył Prezesowi Izby zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

W toku posiedzenia Izby z udziałem Stron Zamawiający złożył oświadczenie o uwzględnieniu w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Przystępujący, również w toku posiedzenia Izby z udziałem Stron, oświadczył, że wnosi sprzeciw wobec uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Izba wykluczyła w odniesieniu do rozpoznawanego odwołania to, aby wypełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowionych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału dowodowego, z uwzględnieniem stanowisk stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, przysługiwało prawo wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego.

Izba postanowiła zaliczyć w poczet materiału dowodowego dokumenty przekazane przez Zamawiającego w odpowiedzi na wezwanie Prezesa Izby i poświadczone przez niego za zgodność z oryginałem, a także te, które zostały złożone w toku postępowania odwoławczego przez Odwołującego oraz Przystępującego.

Mając na celu ocenę zasadności zarzutów Izba ustaliła, że SOPZ, zgodnie z pkt III.4 SIWZ, stanowił załącznik nr 1 do SIWZ.

Zgodnie z pkt III.7 SIWZ Zamawiający podzielił zamówienie na szesnaście części i dopuścił składanie ofert częściowych na jedną lub kilka z nich.

Zgodnie z pkt VII SIWZ wykonawcy byli zobowiązani do złożenia wraz ze swoją ofertą, dla każdej części, na którą składali ofertę, opisu rozwiązania technicznego dotyczącego sposobu dostarczenia usługi w zakresie danej części, zawierającego rysunek schematyczny przedstawiający oferowane rozwiązanie wraz z wykazem elementów aktywnych dostępowych.

Zgodnie z pkt XI.1 oferty zawierające propozycję rozwiązań m.in. alternatywnych lub wariantowych miały nie być brane pod uwagę przez Zamawiającego, a oferty miały zostać odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp.

Zgodnie z pkt I SOPZ dla wszystkich łączy obejmujących wszystkie lokalizacje Zamawiający wymagał umieszczenia w ofercie opisu rozwiązania technicznego dotyczącego sposobu dostarczenia usługi.

W pkt II SOPZ wskazane zostały dokładne adresy, wraz ze współrzędnymi geograficznymi, punktów końcowych – CZRL Warszawa znajdował się zgodnie z zawartymi tam informacjami w Warszawie,

Treść SOPZ odnosząca się do części ósmej i dziewiątej została ustalona przez Zamawiającego pismem z dnia 22 kwietnia 2016 r.

W odpowiedzi na pytanie 21 w piśmie z dnia 10 maja 2016 r. Zamawiający podtrzymał wymóg realizacji łączy cyfrowych E1 w oparciu o multipleksery SDH.

W odniesieniu do każdej z trzech istotnych w sprawie części zamówienia w SOPZ postawione zostały podobne wymagania. Wskazano na ten sam adres CZRL Warszawa, jako na adres punktu końcowego. Określono podobne wymagania: łącze cyfrowe o przepływowości 2,048 Mbps, 50ppm, zakończenie łączy – port G.703 symetryczny 120 . Znalazł się tam również następujący zapis: „Od *strony CZRL Warszawa, łącze musi być zakończone na multiplekserze końcowym SDH i wymagane jest. aby usługa została zamknięta tzw. ringiem. Zamawiający dopuszcza zamknięcie ringu radiolinią z wyłączeniem realizacji za pomocą radiolinii pracujących w paśmie niekoncesjonowanym.*
Nie jest dopuszczalne użycie medium radiowego z wykorzystaniem technologii: WiFi, LTE, 3 G itp.”

Przed upływem terminu składania ofert, zgodnie z pkt 9 pisemnego protokołu postępowania, Odwołujący i Przystępujący złożyli swoje oferty m.in. na część siódmą, ósmą i dziewiątą

zamówienia.

Przystępujący wraz ze swoją ofertą, na stronach 58, 59 i 60, złożył schematy, opis rozwiązania oraz wykaz elementów aktywnych dostępowych, odpowiednio dla każdej z trzech istotnych w sprawie części zamówienia. W przypadku każdej z trzech części, EmiTel na schemacie wskazał na multiplekser SDH w lokalizacji OM Pruszków / Moszna Parcela (MUX SDH ALU 1642), linię radiową NEC Pasolink NEO 18 GHz pracującą na potrzeby łączy dla PAŻP w relacji OM Pruszków / Moszna Parcela – PAŻP, zaś jako aktywny element dostępowy w lokalizacji CZRL Warszawa wskazał na linię radiową NEC typu Pasolink NEO. Na schemacie został też ujęty styk PAŻP CZRL Warszawa E1.G703.

Pismem z dnia 29 czerwca 2016 r. Zamawiający wskazał Odwołującemu, że wymagał w zakresie części siódmej, ósmej i dziewiątej, aby łącze od strony CZRL było zakończone na multiplekserze końcowym SDH, a nadto wymagał, aby usługa została zamknięta tzw. ringiem. W opozycji do tego opisu, Zamawiający przedstawił opis zawarty w ofercie Przystępującego. W tym też kontekście, Zamawiający wezwał Przystępującego, powołując się przy tym na przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia dokumentów potwierdzających, że oferowana usługa odpowiada stawianym przez niego wymaganiom.

W odpowiedzi na powołane wezwanie, Przystępujący wraz z pismem z dnia 5 lipca 2016 r. przedstawił Zamawiającemu nowe schematy rozwiązania łącza wraz z opisem i wykazem elementów aktywnych dostępowych dla każdej z trzech istotnych w sprawie części zamówienia. W przypadku każdej z trzech części, EmiTel na schemacie wskazał na multiplekser SDH w lokalizacji OM Pruszków / Moszna Parcela (MUX SDH ALU 16XX),

---

dwie linie radiowe: NEC Pasolink NEO 18 GHz oraz NEC Pasolink NEO 23 GHz, zaś jako aktywny element dostępowy w lokalizacji CZRL Warszawa wskazał na multiplekser SDH firmy Alcatel-Lucent typu ALU 1662. Na schemacie został też ujęty styk PAŻP CZRL Warszawa E1.G703.

Pismem z dnia 8 lipca 2016 r. Zamawiający poinformował wykonawców o uznaniu ofert złożonych przez Przystępującego na części siódmą, ósmą i dziewiątą za najkorzystniejsze w każdej z tych części, wobec czego Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Izby.

Izba, kierując się przepisem art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, odwołanie wniesione przez Odwołującego rozpoznała w granicach zarzutów w nim zawartych i popieranych w toku postępowania odwoławczego.

Skład orzekający Izby, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszedł do przekonania, iż zarzuty sformułowane przez Odwołującego znajdują oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie, jako takie, zasługuje na uwzględnienie.

Jak to wskazała Izba w sprawie KIO 1736/14: „Zastosowanie *dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postepowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak tez orzecznictwie sadów okręgowych i Izby. Reasumując opisywane tam interpretacje normy wynikającej z ww. przepisu wskazać należy, iż rzeczona niezgodność treści oferty z SIWZ musi mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obowiązku poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp); dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SIWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie, tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami SIWZ (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania SIWZ dotyczące sposobu wyrażenia, opisania i potwierdzenia zobowiązania/świadczenia ofertowego, a wiec wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy również tradycyjnie zamieszczane w SIWZ); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega – co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami SIWZ.”*

W rozpoznawanej sprawie, zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ, wykonawcy byli zobowiązani przedstawić Zamawiającemu opis rozwiązania technicznego dotyczący sposobu dostarczenia usługi. Opis ten, w ocenie Izby, przesądzał o treści zobowiązania

5

---

zaciągniętego przez Wykonawcę, albowiem z żadnego innego dokumentu lub oświadczenia (nie zostało przed Izbą wykazane, aby było inaczej) złożonego przez Przystępującego w ramach jego oferty złożonej na cześć siódmą, ósmą i dziewiątą, nie wynikało to, w jaki sposób Wykonawca ten zamierza zrealizować świadczoną na rzecz Zamawiającego usługę. Tym samym powołany opis rozwiązania technicznego rozstrzygał o merytorycznej treści oferty, sposobie realizacji i rzeczywistym kształcie oferowanego Zamawiającemu świadczenia. Fakt ten czynił niemożliwym na gruncie ustawy Pzp uzupełnienie lub zastąpienie takiego opisu, w zakresie w jakim kształtował on merytoryczną treść oferty, a w tym. m.in wskazanie na liczbę linii radiowych łączących OM Pruszków / Moszna Parcela i CZRL Warszawa czy też określenie lokalizacji multipleksera SDH, czy sam fakt zapewnienia takiego urządzenia zgodnie z zawartym w ofercie zobowiązaniem Przystępującego (uzupełniony przez Przystępującego opis przewidywał zapewnienie w ramach łącza urządzenie ALU 1662, którego zastosowania Wykonawca ten nie przewidział w opisach załączonych do oferty). Tym samym, stanowiło naruszenie przepisów ustawy Pzp, w szczególności art. 26 ust. 3 i art. 87 ust. 1, wezwanie Przystępującego do uzupełnienia powołanego opisu rozwiązania technicznego dotyczącego sposobu dostarczenia usługi. Już bowiem z treści pisma z dnia 29 czerwca 2016 r. wynika, że Zamawiający powziął wiedzę o tym, iż przedstawione przez Przystępującego opisy w swej treści nie odpowiadają treści SIWZ. Skoro zatem powołane opisy rozwiązania *de facto* kształtowały zobowiązanie Wykonawcy w sposób odmienny niż oczekiwał tego Zamawiający konstruując zapisy SIWZ, a co za tym idzie merytoryczna treść oferty nie odpowiadała treści SIWZ, Zamawiający, co do zasady, był zobowiązany odrzucić taką ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp.

Jak wynikało ze stanowiska prezentowanego przez Przystępującego, wyrażał on przekonanie, że pierwotne, zawarte w ofercie rozwiązanie, jak i to zmienione, zaprezentowane w piśmie z dnia 5 lipca 2016 r., są *de facto* zobowiązaniami o tej samej treści, ponieważ gwarantują tą samą przepustowość i ten sam standard połączenia. Izba nie podzieliła tego przekonania – w ocenie składu na treść oferty nie składało się samo tylko oświadczenie o zagwarantowaniu Zamawiającemu określonego rodzaju łącza – zobowiązanie do świadczenia usługi, ale, istotnym, w świetle zapisów SOPZ było również to, jak owo łącze zostanie przez Wykonawcę ukształtowane – Zamawiający oczekiwał przedstawienia mu opisu rozwiązania technicznego dotyczącego sposobu dostarczenia usługi, z którego to opisu i załączonych do niego schematów oraz wskazania elementów aktywnych dostępowych można było ostatecznie powziąć wiadomość, w jaki sposób składający ofertę Wykonawca zamierza świadczyć oferowaną Zamawiającemu usługę.

6

Przystępujący upatrywał również swej szansy na uznanie ofert za niepodlegające odrzuceniu w zaprezentowanym przez siebie rozumieniu użytego w pkt 4 opisu każdego z zadań wyrażeniu „od *strony CZRL Warszawa łącze musi być zakończone na multiplekserze końcowym SDH"* – twierdził on, że z wyrażenia tego nie wynika dla niego obowiązek zlokalizowania multipleksera SDH w samym CZRL Warszawa, a wystarczające będzie umieszczenie go w OM Pruszków / Moszna Parcela, a zatem „w *miejscu zmierzającym do lokalizacji Zamawiającego".* Odwoływał się on również w toku rozprawy do pkt 8 (w zadaniu siódmym; w zadaniu ósmym i dziewiątym, treść, do której Przystępujący się odwoływał, pierwotnie ujęta w pkt 8, ostatecznie zawarta została w pkt 10 poszczególnych opisów). Zapisano tam „W *przypadku kontynuowania usługi przez dotychczasowego Wykonawcę* [takim miał był Przystępujący w przypadku każdego z trzech zadań] *w celu zapewnienia bezprzerwowego działania usługi, Zamawiający nie będzie wymagał pomiarów i protokołów zestawienia łącza, o ile usługa będzie* świadczona *bezprzerwowo w oparciu o dotychczasowe medium".*

Zdaniem Izby stanowisko Przystępującego nie znajdowało oparcia w dokumentach zgromadzonych w postępowaniu. Jak to zgodnie w toku rozprawy przed Izbą przyznały Strony, a i sam Przystępujący, nie było między nimi sporu co do tego, że ring kończy się na multiplekserze SDH. Zgodnie z przywoływanym, tak przez Odwołującego, jak i Przystępującego, pkt 4 opisu odnoszącego się do każdego z trzech istotnych w sprawie zamówienia, od strony Warszawa, musi zakończone części CZRL łącze być na multiplekserze końcowym SDH i wymagane jest, aby usługa została zamknięta tzw. ringiem. Nadto zgodnie z pkt 2 opisu do każdego z zadań łącze miało być zakończone portem G.703. Co istotne, na obu grupach schematów, tak tych, które zostały złożone wraz z ofertą, jak i tych, które zostały złożone w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, Przystępujący port G.703, który sam wskazywał w na trzeciej stronie zgłoszenia przystąpienia, jako zakończenie łącza, umieścił w lokalizacji CZRL Warszawa, na ul. Wieżowej 8. Wynikało z tego, w ocenie Izby, że już na etapie składania oferty musiał on mieć świadomość, że zakończenie łącza umieszczone musi zostać w adresie punktu końcowego. Skoro łącze musi zostać tam zakończone, a zamknięte musi zostać tzw. ringiem, na którego końcu, jak to zostało zgodnie potwierdzone w toku rozprawy przed Izbą, musi znajdować się multiplekser SDH, tym samym multiplekser SDH powinien zostać zainstalowany w CZRL Warszawa, tak jak to zostało zaoferowane przez Przystępującego w piśmie z dnia 5 lipca 2016 r. Słusznie jednakże podnosił Odwołujący, że przedstawiony wówczas schemat i opis prezentowały inne infrastrukturalnie rozwiązanie, niż to, które zostało zaoferowane przez EmiTel w złożonej przez niego ofercie. Jak zasadnie podnosił Odwołujący, po upływie terminu składania ofert wykonawca, który złożył

zamawiającemu swoją ofertę w prowadzonym przez niego postępowaniu jest nią związany, a jej treść, za wyjątkiem przypadków opisanych w art. 87 ust. 1a i 2 ustawy Pzp, nie może zostać zmieniona. Tym samym podjęta przez Przystępującego próba dokonania takiej zmiany, przez zaoferowanie innego rozwiązania nie mogła zostać uznana za skuteczną. Ocenie przez Zamawiającego powinna w takim wypadku podlegać pierwotna treść oferty, a ta, jak to już zostało ustalone, przewidywała realizację usługi w sposób inny, niż wynikało to z literalnych zapisów SIWZ. Co istotne Przystępujący nie przedstawił wiarygodnych dowodów na to, że dokonana przez niego interpretacja treści SIWZ, a w szczególności SOPZ, mogła zostać uznana za uzasadnioną i znajdującą oparcie w okolicznościach rozpoznawanej sprawy.

Co do zapisu pkt 8 dla zadania siódmego i pkt 10 dla zadania ósmego i dziewiątego, Izba nie podzieliła wywodzonego z nich przez Przystępującego przekonania, że Zamawiający dopuścił, aby dotychczasowy Wykonawca, czyli Przystępujący, świadczył oferowaną w tym postępowaniu usługę wyłącznie w oparciu o wykorzystywaną w obecnie świadczonej usłudze infrastrukturę. Przystępujący zdawał się nie dostrzegać znajdującego się na końcu przywoływanego przez siebie zapisu poczynionego przez Zamawiającego zastrzeżenia „o *ile usługa będzie* świadczona *bezprzerwowo w oparciu o dotychczasowe medium”.* Z zastrzeżenia tego, jak z całej treści powołanych punktów, nie sposób wywieść zgody Zamawiającego na to, aby dla dotychczasowego Wykonawcy inaczej, niż dla pozostałych ubiegających się o to zamówienie, zostały ukształtowane wymogi SIWZ do wymagań technicznych łącza i sposobu realizacji usługi.

Mając na uwadze powyższe, w ocenie Izby, zostało w sposób dostateczny w toku rozprawy udowodnione, że pierwotna treść oferty złożonej przez Przystępującego nie odpowiadała wymaganiom Zamawiającego opisanym w SIWZ. Zostało również wykazane, że nowe schematy wraz z załączonymi do nich opisami przewidywały inne rozwiązanie techniczne niż to, które zostało opisane w pierwotnej ofercie, zaś zmiana taka nie mogła zostać uznana za skuteczną.

Uwzględniając tak poczynione ustalenia i dokonane rozstrzygnięcia, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy 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). Izba wzięła w szczególności

---

pod uwagę przepis § 3 pkt 2) powołanego rozporządzenia, zgodnie z którym uzasadnione koszty strony postępowania odwoławczego ustala się na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy. Mając na uwadze fakt, iż Odwołujący przedłożył odpowiednie rachunki, Izba uwzględniła, zgodnie z § 5 ust. 2 pkt 2) powołanego rozporządzenia wniosek o obciążenie wnoszącego sprzeciw Przystępującego poniesionymi przez Odwołującego kosztami wynagrodzenia pełnomocnika (3 600 zł),oraz uiszczonego wpisu (15 000 zł).

Przewodniczący: ……