Sygn. akt: KIO 2753/11
KIO 2760/11

WYROK
z dnia 5 stycznia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **4 stycznia 2011 r.** w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 grudnia 2011 r. przez wykonawców:

A. **Polkomtel Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie**
B. **Polską Telefonię Komórkową – Centertel Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Stołeczne Warszawa**

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołania i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia ofert Odwołujących i unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert i dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej;**

2. Kosztami postępowania obciąża **Miasto Stołeczne Warszawa** i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Polkomtel Spółka Akcyjna** i **Polską Telefonię Komórkową – Centertel Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** tytułem wpisów od odwołań,
   2.2. zasądza od **Miasto Stołecznego Warszawy** kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy), w tym:

   A. kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) na rzecz **Polkomtel Spółka Akcyjna** stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania;
   B. kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) na rzecz **Polskiej Telefonii Komórkowej – Centertel Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 z późn. 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 2753/11
KIO 2760/11

Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Stołeczne Warszawa – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie w celu zawarcia umowy ramowej na *Świadczenie usług telefonii komórkowej dla Urzędu m.st. Warszawy, jednostek organizacyjnych m.st. Warszawy wraz z dostawą niezbędnych do tego elementów i urządzeń.*
1. Sygn. akt 2753/11

W dniu 23 grudnia 2011 r. wykonawca Polkomtel S.A. wniósł odwołanie wobec czynności odrzucenia jego oferty oraz czynności unieważnienia postępowania, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający odrzucił jego ofertę uznając, że jest ona w trzech punktach sprzeczna z treścią SIWZ.

Po pierwsze Zamawiający stwierdził, że oferta Odwołującego nie obejmuje dostawy wszystkich wymaganych akcesoriów dla zaoferowanego tabletu, a w szczególności etui wymaganego w punkcie 13.3 *Opisu przedmiotu zamówienia.* Zamawiający w uzasadnieniu wskazał, że Odwołujący nie uwzględnił etui przy opisie tabletu, pomimo udzielonych przez Zamawiającego wyjaśnień do SIWZ, w których podał: *Proszę wymienić wszystkie oferowane akcesoria, w szczególności te wymagane w Opisie przedmiotu zamówienia* (odpowiedź na pytanie 8 z zestawu nr 6, z 24 listopada 2011 r.).

Odwołujący podniósł, że przywołane przez Zamawiającego wyjaśnienia były odpowiedzią na pytanie o treści: *„Załącznik nr 2 do SIWZ. Zestawienie oferowanych aparatów, modemów i tabletów". Jakie akcesoria Zamawiający miał na myśli? Czy chodzi o te akcesoria, które są sprzedawane przez producenta razem z aparatem (w zestawie), czy też o akcesoria, jakie Zamawiający opisał w OPZ pkt 10.3 i 10.4?*

Zdaniem Odwołującego, zgodnie z powyższą odpowiedzią należało wymienić akcesoria, o których mowa w pkt 10.3. oraz 10.4 OPZ, tj.: zestaw słuchawkowy, kabel do transmisji danych umożliwiający połączenie z komputerem poprzez łącze USB oraz kartę pamięci o pojemości minimum 8 GB. Odwołujący wymienił te akcesoria w ofercie (w załączniku nr 2, poz. 6.). Mimo że zdaniem Odwołującego jego oferta odpowiada treści SIWZ, został on wezwany przez Zamawiającego do udzielenia wyjaśnień treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. W wezwaniu Zamawiający zwrócił się o złożenie *wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, a w szczególności do potwierdzenia, czy*

oferowane tablety spełniają wymagania określone w pkt 13.3 Opisu przedmiotu zamówienia. Przy udzielaniu wyjaśnień należy podać co najmniej informacje wymagane w załączonym formularzu – załącznik nr 1 do niniejszego pisma.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, Odwołujący wypełnił załącznik nr 1 do pisma i potwierdził, że zaoferował urządzenie spełniające wszystkie wymagania SIWZ, w tym, że zaoferował wszystkie wymagane elementy w komplecie oraz akcesoria. Odwołujący podkreślił, że skoro udzielając odpowiedzi na pytanie 8 z zestawu 6 Zamawiający wymagał podania w szczególności akcesoriów wymienionych w pkt 10.3 oraz 10.4 i nie sprecyzował innych wymagań w tym zakresie, (tj. nie wymienił innych akcesoriów, które należało wpisać w załączniku nr 2), to nie może następnie powoływać się na bliżej nieokreślone wymagania, których nie zawarł w SIWZ lub odpowiedzi na pytanie.

Odnosząc się do wezwania do złożenia wyjaśnień treści oferty Odwołujący podniósł, że Zamawiający nie sprecyzował, co dokładnie budzi jego wątpliwości. Oczekiwał w szczególności potwierdzenia, czy oferowane tablety spełniają wymagania określone w pkt 13.3 *Opisu przedmiotu zamówienia* oraz podania co najmniej informacji wymaganych w załączniku nr 1 do pisma. Należy więc uznać, że skoro Zamawiający nie podał, które postanowienia oferty są niejasne, a jednocześnie wzywał do potwierdzenia, że oferowane tablety spełniają wymagania enumeratywnie wymienione w załączniku nr 1 do pisma, to celem Zamawiającego jest upewnienie się, że zaoferowane urządzenia posiadają parametry wymienione w tym piśmie. Odwołujący uczynił zadość tym wymaganiom Zamawiającego.

Zdaniem Odwołującego nie ma wątpliwości, że oferta obejmuje zarówno akcesoria wymienione w pkt 10.3 oraz 10.4 OPZ, jak i elementy wyposażenia (oferowane w komplecie w tym etui), o których mowa w pkt 13.3 OPZ.

Ponadto Odwołujący podniósł, że Zamawiający nie sprecyzował, co dokładnie jest podstawą odrzucenia oferty Odwołującego, poza rzekomym niezaoferowaniem etui. Zamawiający w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty posługuje się ogólnikowym stwierdzeniem, że *oferta nie obejmuje swym zakresem dostawy wszystkich wymaganych akcesoriów (....), w szczególności (...) etui.* Można więc sądzić, że w tym zakresie zdaniem Zamawiającego, w ofercie Odwołującego są także inne niezgodności z treścią SIWZ, które nie zostały przez Zamawiającego sprecyzowane.

Następnie Odwołujący podał, że w punkcie 2 uzasadnienia czynności odrzucenia oferty Zamawiający stwierdził, iż *w zestawieniu oferowanych aparatów modemów i tabletów,*

przy opisie oferowanego tabletu Wykonawca podał nazwę „iPad 2", do której nie można jednoznacznie przyporządkować jednego modelu tabletu spośród dostępnych na rynku (np.

mogą to być: iPad 2, iPad 2 WiFi+3G), przy czym tylko ostatni opis jednoznacznie wskazuje na model zgodny z wymaganiami SIWZ.

Odwołujący kwestionuje powyższe stwierdzenie, podnosząc, że Zamawiający w załączniku 2 (kolumna 3) wymagał podania nazwy oferowanego urządzenia (producenta i modelu), co Odwołujący uczynił, podając w kolumnie 3 nazwę producenta oferowanego tabletu, tj. Apple oraz model, tj. iPad 2.

Odwołujący podkreślił, że zgodnie z załącznikiem nr 1 do SIWZ pkt 13.3 Zamawiający wymagał zaoferowania tabletu o parametrach nie gorszych niż m.in. wskazane w pozycji 4, tj. zapewniających komunikację w następujących technologiach: WiFi; 3G - UMTS/HSDPA/HSUPA (850,900,1900,2010 MHz), GSM/EDGE (850, 900, 1800, 1800, 1900 MHz); 4G/LTE oraz Bluetooth 2,1+ EDR. Nie wskazał jednak, której konkretnie z wymienionych technologii oczekuje, zatem zaoferowanie tabletu zapewniającego komunikację w co najmniej jednej z tych technologii spełnia oczekiwania Zamawiającego. Ponieważ w punkcie 13.3 OPZ (ppkt 6) Zamawiający wymagał *Wejścia/wyjścia: mikrofon, głośnik, gniazdo słuchawek mini-jack 3,5 mm, złącze na kartę SIM,* które Odwołujący zaoferował, to nie może budzić żadnych wątpliwości, że model tabletu podany przez Odwołującego w ofercie posiada funkcję komunikacji 3G, GSM/EDGE lub też LTE (gdy pojawią się możliwości techniczne świadczenia usług i odpowiednie urządzenia). Odwołujący wskazał również, że użyte przez Zamawiającego określenie „IPad 2 WiFi+3G" nie odnosi się wyłącznie do modelu danego urządzenia, ale zawiera w sobie określenie modelu urządzenie, tj. iPad 2 oraz informację o technologii komunikacji. Zatem za zgodne z SIWZ należy uznać podanie modelu, tj. iPad 2.

Odwołujący podniósł, że w SIWZ nie było wymogu podania w ofercie szczegółowego opisu konfiguracji dostarczanego tabletu (np. technologia komunikacji, wbudowanej pamięci, urządzeń wejścia/wyjścia, karta SIM). Co więcej, zgodnie z pkt 13.1 c SIWZ na treść oferty powinno składać się *Zestawienie oferowanych aparatów, modemów i tabletów, przygotowane zgodnie z wzorem stanowiącym Załącznik nr 2 do SIWZ.* W załączniku tym Zamawiający nie żądał szczegółowego opisania konfiguracji oferowanych urządzeń. Nienależnie od tego Odwołujący w złożonych wyjaśnieniach potwierdził, iż zaoferowany model tabletu spełnia wszystkie wymagania, szczegółowo odnosząc się do każdego z wymaganych parametrów urządzenia wymienionych przez Zamawiającego w załączniku nr 1 do pisma.

Odwołujący nie zgadza się również z trzecim z zarzutów podniesionych przez Zamawiającego w stosunku do treści jego oferty, tj. z zakwestionowaniem spełniania wymogu określonego w pkt 13.1.3 SIWZ w odniesieniu do modelu aparatu typu C. Zdaniem

Zamawiającego zaoferowany przez Odwołującego aparat: Samsung I9003 Galaxy S scl *nie spełnia wymagań opisanych w pkt 13.1.3 OPZ w zakresie wymaganej technologii dla wyświetlacza.* Zgodnie z tym punktem OPZ (aparaty typu C, poz. 2) należało zaoferować *wyświetlacz: dotykowy, rozdzielczość min. 480x 800 pikseli, 16 milionów kolorów, technologia AMOLED lub równoważny.* Tym samym Zamawiający dopuścił zaoferowanie technologii AMOLED lub technologii równoważnej, przy czym nie określił, co rozumie pod pojęciem *technologia równoważna* ani nie podał jej parametrów.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty nie wskazał, których dokładnie wymagań w zakresie wymaganej technologii nie spełnia urządzenie zaoferowane przez Odwołującego.

Odwołujący podał, że zaoferował aparat wyposażony w wyświetlacz w technologii Super Clear LCD, która – jak podaje producent tego aparatu (Samsung) – jest odpowiednikiem technologii AMOLED.

Odwołujący podniósł, że to na Zamawiającym spoczywa obowiązek opisania w sposób wyczerpujący i precyzyjny przedmiotu zamówienia za pomocą dokładnych, zrozumiałych i jednoznacznych określeń. Jeśli zatem Zamawiający chciałby upatrywać niezgodności treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ w braku zaoferowania technologii

równoważnej, to w pierwszej kolejności obowiązany był określić w SIWZ wymagane parametry dla technologii równoważnej. Ponadto na Zamawiającym spoczywa ciężar udowodnienia, że oferta, którą Zamawiający odrzuca na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, faktycznie nie jest zgodna z treścią SIWZ. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający nie może ograniczać się do ogólnikowych stwierdzeń, typu *w szczególności, co najmniej,* czy powoływać się na bliżej nieokreślone wymagania SIWZ.

Z ostrożności Odwołujący podniósł, że zasadne jest odrzucenie oferty złożonej przez Polską Telefonię Komórkową Centertel Sp. z o.o. na postawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, popierając stanowisko Zamawiającego, że wykonawca ten nie zaoferował akcesoriów wymaganych w SIWZ. Ponadto – zdaniem Odwołującego – zaoferowany przez PTK tablet iPad 16 GB nie spełnia wymagań określonych w SIWZ. Odwołujący wskazał, że jest to tablet pierwszej generacji, który bez względu na konfigurację nie spełnienia wszystkich wymagań określonych w SIWZ, np. nie posiada: procesora dwurdzeniowego (pkt 13.3 OPZ, poz. 1), aparatu fotograficznego, kamery (pkt 13.3 OPZ, poz. 3), pełnego zakresu częstotliwości 3G (pkt 13.3 OPZ, poz. 4). Ponadto jego masa przekracza minimalne wymagane parametry (pkt 13.3 OPZ, poz. 9).

Zdaniem Odwołującego, wątpliwości dotyczące treści oferty PTK nie zostały wyjaśnione w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego. PTK nie podał nazwy i modelu

producenta oferowanego tabletu, jak również nie potwierdził, że oferuje wszystkie akcesoria wymagane zgodnie z SIWZ. Z oferty złożonej przez tego wykonawcę wynika, że zaoferowano akcesoria: *tablet z baterią, przewód zasilający, zasilacz, etui.* W wyjaśnieniach z 15 grudnia 2011r. wykonawca podał, że oferowany tablet posiada *w komplecie: tablet z baterią, przewód zasilający, zasilacz, etui,* natomiast pozostałe wyposażenie (akcesoria) zapewnia zgodnie ze złożoną ofertą. Jednakże oferta PTK nie uwzględnia – zdaniem Odwołującego – żadnych innych elementów (akcesoriów) niż te, które oferowane są w komplecie.

W związku z powyższym nie wystąpiły – zdaniem Odwołującego – podstawy do unieważnienia postępowania. Uwzględniając przesłanki do odrzucenia oferty PTK, oferta Odwołującego powinna być uznana za najkorzystniejszą.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Polkomtel S.A., unieważnienia czynności unieważnienia postępowania oraz powtórzenia czynności oceny i wybory oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem ofert niepodlegających odrzuceniu.

2. Sygn. akt: 2760/11

W dniu 23 grudnia 2011 r. wykonawca PTK Centertel Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec czynności odrzucenia jego oferty oraz czynności unieważnienia postępowania, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 87 ust. 2 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że jego oferta została odrzucona jako niezgodna z SIWZ, ponieważ – zdaniem Zamawiającego – wykonawca nie zaoferował kabla do transmisji danych do tabletu oraz słuchawek do tabletu, zaoferował natomiast model tabletu niezgodny z SIWZ.

Odwołujący wskazał, że w *Zestawieniu oferowanych aparatów, modemów i tabletów* w poz. 6 Tablety w kolumnie „akcesoria", wpisał m in. przewód zasilający oraz zasilacz. W standardowym wyposażeniu tabletów iPad znajdują się kable zasilające, które jednocześnie pełnią funkcję kabla do transmisji danych. Dodatkowo Odwołujący wskazał, że w ofercie Polkomtel S.A. wskazano kabel USB (kabel do transmisji danych), nie wskazano jednak kabla zasilającego. Działanie takie – zdaniem Odwołującego – należy uznać za prawidłowe, ponieważ wykonawcy, ze względu na dwojaką funkcję jaką pełni kabel, zamiennie używali dwóch różnych nazw.

Następnie Odwołujący wskazał, że w *Zestawieniu oferowanych aparatów, modemów i tabletów* w poz. 6 Tablety, wpisał „iPad 16 GB", podnosząc, że „iPad" jest znakiem towarowym, który od chwili nabycia go od firmy Fujitsu należy do firmy Apple i odnosi się do

rodziny tabletów wytwarzanych przez tego producenta. Specyfikacja urządzenia o nazwie „iPad" zmieszczona na oficjalnej stronie internetowej producenta potwierdza, że nazwa „iPad" traktowana jest przez samego producenta zamiennie z oznaczeniem „iPad 2", Wynika to z faktu, że pierwsza generacja urządzenia iPad nie jest produkowana od marca 2011 r., a zatem nie znajduje się w ofercie producenta. Z powołanej specyfikacji wynika też, że urządzenie iPad spełnia wymagania określone przez Zamawiającego. Ponadto Odwołujący wskazał, że urządzenie iPad pierwszej generacji nie jest już oferowane przez Odwołującego, zarówno w ofertach dedykowanych konkretnym klientom biznesowym, jak również w ofercie publicznej. Zamawiający zakłada więc, że Odwołujący zaoferował urządzenie, które nie jest produkowane od ponad pół roku, którego dostępność na rynku jest ograniczona.

Odwołujący podniósł, że oferując urządzenia o nazwie iPad, jednocześnie w oświadczeniu zawartym w pkt 1 formularza ofertowego zadeklarował gotowość do zawarcia umowy ramowej na warunkach zgodnych z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Deklaracja ta została podtrzymana w wyjaśnieniach treści oferty z 14 grudnia 2011 r., w której dodatkowo podkreślono, że oferowane urządzenie spełnia wymagania Zamawiającego określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W przypadku uznania, że oznaczenie oferowanego tabletu przy pomocy wyrazów „iPad" nie jest wystarczające dla przyjęcia, że spełnia ono wymagania Zamawiającego, Zamawiający powinien potraktować ten brak jako omyłkę, której poprawienie nie spowoduje istotnej zmiany treści oferty, a następnie poprawić ją w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Odwołujący podniósł, że omyłka taka niekoniecznie musi mieć charakter oczywisty. Dopuszczalne jest poprawienie omyłek nie mających takiego charakteru, byleby poprawa nie spowodowała istotnej zmiany treści oferty. O tym, czy dana zmiana ma charakter istotny czy nie, należy rozstrzygać każdorazowo biorąc pod uwagę wszystkie okoliczności sprawy. Uzupełnienie opuszczonego fragmentu oznaczenia oferowanego tabletu nie spowoduje – zdaniem Odwołującego – istotnej zmiany treści oferty. Po pierwsze, nie budzi wątpliwości wola Odwołującego zaoferowania urządzenia spełniającego wszystkie wymagania specyfikacji. Wola ta została dostatecznie ujawniona w oświadczeniu zawartym w pkt 1 formularza ofertowego oraz wyjaśnieniach treści oferty z 14 grudnia 2011 r. Po drugie, przedmiot umowy ramowej, obok świadczenia usług, obejmuje także dostawę ponad 8 000 telefonów oraz 890 modemów. Dostawa 50 sztuk tabletów stanowi więc nieznaczną część zamówienia. Ponadto uzupełnienie opuszczenia w nazwie urządzenia nie wpłynie na cenę oferty ani nie spowoduje zwiększenia kosztów Odwołującego, który i tak skalkulował

w ofercie sprzęt odpowiadający potrzebom Zamawiającego. Odwołujący wskazał również, że urządzenie iPad w konfiguracji określonej przez Zamawiającego, oznaczane jest w rozmaity sposób – zarówno przez samego producenta, jak również przez uczestników rynku, w tym Odwołującego.

Dodatkowo Odwołujący podniósł, że oferta dotyczy zawarcia umowy ramowej, co oznacza, że dostawa urządzeń odbędzie się po przeprowadzeniu postępowania w sprawie zawarcia umowy cząstkowej (wykonawczej). Od zawarcia umowy ramowej do dostawy sprzętu może upłynąć okres, w którym pierwotna oferta wykonawcy ulegnie dezaktualizacji, np. z powodu zaprzestania produkcji danego sprzętu. Mając to na względzie Zamawiający ustanowił w specyfikacji szereg postanowień zapewniających dużą elastyczność w doborze sprzętu: w odniesieniu do telefonów zastrzegł możliwość wyboru telefonów z bieżącej oferty wykonawcy, natomiast w odniesieniu do wszystkich urządzeń dopuścił możliwość zmiany modelu urządzenia, gdy dany model przestaje być dostępny na rynku (§ 9 ust. 2 b wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 6 do SIWZ). Oznacza to, że sam Zamawiający pozbawia przymiotu istotności oznaczenie konkretnego modelu sprzętu, natomiast wyraźną uwagę zwraca na spełnienie przez ten sprzęt wymagań specyfikacji.

W odniesieniu do braku podania w *Zestawieniu oferowanych aparatów, modemów i tabletów* słuchawek do tabletów Odwołujący wskazał, że wartość całej oferty wynosi 3.860.925, 66 zł, natomiast wartość słuchawek wynosi 1.500 zł (50 słuchawek za ok. 30 zł każda). Ponadto, pominięcie słuchawek dotyczy 50 spośród ponad 8.000 tysięcy urządzeń, do których zaoferowano słuchawki, co dowodzi niezamierzonego charakteru tego zaniechania i wskazuje na jego omyłkowy charakter, a poprawa tej omyłki nie wpłynie nie tylko na cenę oferty, ale również nie spowoduje zwiększenia kosztów Odwołującego, który i tak skalkulował cenę oferty z uwzględnieniem słuchawek.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty i unieważnienia postępowania, dokonania czynności poprawienia omyłek w ofercie Odwołującego oraz powtórzenia czynności oceny oferty i wyboru oferty najkorzystniejszej.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje:

W *Opisie przedmiotu zamówienia* Zamawiający określił następujące wymagania: Pkt 10.3. *Do każdego urządzenia, o ile model urządzenia umożliwia podłączenie, był dostarczony zestaw słuchawkowy oraz kabel do transmisji danych umożliwiający połączenie z komputerem poprzez łącze USB.*

Pkt 10.4. *W przypadku modeli urządzeń, których budowa umożliwia zainstalowanie dodatkowej karty pamięci dostarczona winna być karta pamięci o pojemności minimum 8 GB.*

W punkcie 13.3 OPZ, określającym parametry tabletów, Zamawiający wymagał dostawy w komplecie: tabletu z baterią, przewodu zasilającego, zasilacza i etui.

W odniesieniu do aparatu telefonicznego typu C, Zamawiający wymagał wyświetlacza z technologią AMOLED lub równoważną (pkt 13.1.3 OPZ).

Zamawiający wymagał od wykonawców złożenia wraz z ofertą Zestawienia *oferowanych aparatów, modemów i tabletów.* Zgodnie z wzorem stanowiącym załącznik nr 2 do SIWZ, w zestawieniu należało podać nazwę oferowanego urządzenia (model i producenta) oraz akcesoria (jeżeli dotyczy wymienić dołączane akcesoria).

W dniu 24 listopada 2011 r., odpowiadając na pytanie jednego z wykonawców o treści: *„Załącznik nr 2 do SIWZ. Zestawienie oferowanych aparatów, modemów i tabletów". Jakie akcesoria Zamawiający miał na myśli? Czy chodzi o te akcesoria, które są sprzedawane przez producenta razem z aparatem (w zestawie), czy też o akcesoria, jakie Zamawiający opisał w OPZ pkt 10.3 i 10.4?,* Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi: *Proszę wymienić wszystkie oferowane akcesoria, w szczególności te wymagane w Opisie Przedmiotu Zamówienia.*

Odwołujący Polkomtel S.A. w złożonej ofercie, w *Zestawieniu oferowanych aparatów, modemów i tabletów,* poz. 6 *Tablety,* w kolumnie *Nazwa oferowanego urządzenia* wpisał *Apple iPad 2,* w kolumnie *Akcesoria:* Karta pamięci 8 GB, kabel USB, zestaw słuchawkowy – przewodowy. Z kolei w poz. 3 *Aparaty telefoniczne typu C* Odwołujący podał: Samsung I9003 Galaxy S scl.

Odwołujący PTK Centertel Sp. z o.o. w złożonej ofercie w *Zestawieniu oferowanych aparatów, modemów i tabletów,* poz. 6 *Tablety,* w kolumnie *Nazwa oferowanego urządzenia* wpisał *iPad 16 GB,* w kolumnie *Akcesoria:* tablet z baterią, przewód zasilający, zasilacz, etui.

W dniu 13 grudnia 2011 r. Zamawiający skierował do obu wykonawców, na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, wezwanie o do złożenia *wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, a w szczególności do potwierdzenia, czy oferowane tablety spełniają wymagania określone w pkt 13.3 Opisu przedmiotu zamówienia. Przy udzielaniu wyjaśnień należy podać co najmniej informacje wymagane w załączonym formularzu – załącznik nr 1 do niniejszego pisma.* Przekazany wykonawcom załącznik obejmował zestawienie parametrów tabletów (opisanych w punkcie 13.3 OPZ), których spełnianie należało potwierdzić poprzez wypełnienie tabeli.

W odpowiedzi na wezwanie Odwołujący Polkomtel S.A. przekazał wypełniony załącznik, w którym potwierdził spełnianie wszystkich parametrów, w tym fakt zaoferowania etui do tabletu.

Odwołujący PTK Centertel Sp. z o.o. odpowiadając na wezwanie oświadczył, iż oferowany tablet spełnia wymagania określone w pkt 13 OPZ, poniżej wymieniając te wymagania. W punkcie 14 pisma wykonawca zamieścił oświadczenie: *Pozostałe wyposażenie (akcesoria) zgodnie ze złożoną ofertą.*

W dniu 16 grudnia 2011 r. Zamawiający poinformował Odwołujących o odrzuceniu ich

ofert na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz unieważnieniu postępowania ze względu na brak ofert niepodlegających odrzuceniu.

W odniesieniu do oferty spółki Polkomtel Zamawiający wskazał, że oferta ta:

1) nie obejmuje swym zakresem dostawy wszystkich wymaganych akcesoriów dla zaoferowanego tabletu, a w szczególności wymaganego w pkt 13.3 OPZ etui. Wykonawca nie uwzględnił etui przy opisie tabletu pomimo wyjaśnień Zamawiającego: „Proszę wymienić wszystkie oferowane akcesoria, w szczególności te wymagane w Opisie Przedmiotu Zamówienia" (odpowiedź na pytanie 8 z zestawu 6)

2) w zestawieniu oferowanych aparatów modemów i tabletów, przy opisie oferowanego tabletu Wykonawca podał nazwę „iPad 2", do której nie można jednoznacznie przyporządkować jednego modelu tabletu spośród dostępnych na rynku (np. mogą to być: iPad 2, iPad 2 WiFi+3G), przy czym tylko ostatni opis jednoznacznie wskazuje na model zgodny z wymaganiami SIWZ.

3) Wykonawca zaoferował model aparatu typu C (Samsung I9003 Galaxy S scl), który nie spełnia wymagań opisanych w pkt 13.1.3 OPZ, w zakresie wymaganej technologii dla wyświetlacza.

Jako uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty PTK Centertel Sp. z o.o. Zamawiający podał, że oferta:

1) nie obejmuje swym zakresem dostawy wszystkich wymaganych akcesoriów dla zaoferowanego tabletu, a w szczególności wymaganych w pkt 10.3 OPZ: kabli do transmisji danych oraz zestawów słuchawkowych. Wykonawca nie podał powyższych akcesoriów przy opisie tabletu pomimo wyjaśnień Zamawiającego: „Proszę wymienić wszystkie oferowane akcesoria, w szczególności te wymagane w Opisie Przedmiotu Zamówienia" (odpowiedź na pytanie 8 z zestawu 6)

2) w zestawieniu oferowanych aparatów modemów i tabletów, przy opisie oferowanego tabletu Wykonawca wskazał jedynie nazwę „iPad 16 GB", do której nie można

jednoznacznie przyporządkować jednego modelu tabletu spośród dostępnych na rynku (np. zakładając, że chodzi o produkt firmy Apple, to mogą to być: IPad, iPad 2, iPad 2 WiFi+3G), przy czym tylko ostatni opis jednoznacznie wskazuje na model zgodny z wymaganiami SIWZ). Ponadto ze strony internetowej Wykonawcy wynika, że Wykonawca pod nazwą iPad 16 GB sprzedaje pierwszą generację tabletu Apple o nazwie iPad, który nie spełnia wymagań SIWZ.

Zamawiający poinformował, że niezgodności ofert Odwołujących z treścią SIWZ nie można poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, ponieważ prowadziłoby to do istotnej zmiany w treści oferty.

Izba zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełniają określone art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. mają interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez nich szkody, w postaci nieuzyskania zamówienia.

Odwołania zasługują na uwzględnienie.

1. Sygn. akt 2753/11

Izba ustaliła, że oferta złożona przez Polkomtel S.A. nie zawierała treści niezgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

Zgodnie z literalnym brzmieniem SIWZ wskazanie w ofercie elementów dostarczanych w komplecie z tabletami nie było wymagane. Wg wzoru Zestawienia oferowanych aparatów, modelów i tabletów wykonawcy mieli podać akcesoria, jednakże Zamawiający nie sprecyzował, o jakie akcesoria chodzi. Odrzucając ofertę Zamawiający powołał się na udzielone wyjaśnienia do SIWZ, twierdząc, że żądał w nich podania wszystkich oferowanych akcesoriów. Należy jednak zwrócić uwagę, że określeniem akcesoria Zamawiający posłużył się w OPZ w punktach 10.3 i 10.4 (w odniesieniu do zestawów słuchawkowych, kabli do transmisji danych i kart pamięci). Odpowiedź Zamawiającego, że oczekuje podania wszystkich oferowanych akcesoriów, w szczególności wymaganych w OPZ, nie była zdaniem Izby jasna. Niemniej jednak, przyjmując nawet, że w świetle udzielonych wyjaśnień wykonawcy zobowiązani byli do podania, obok akcesoriów wymienionych w pkt 10.3 i 10.4 wszystkich dostarczanych w komplecie elementów, to należy

uznać, że wyjaśnienia złożone przez Odwołującego jednoznacznie przesądzają, że jego oferta obejmuje również etui do tabletów.

Nieujęcie w ofercie etui do tabletu należy uznać za omyłkę wynikającą z niezrozumienia odpowiedzi Zamawiającego na pytania do SIWZ, nie zaś za brak zamiaru dostarczenia tego elementu zamówienia. Zdaniem Izby jest to omyłka podlegająca poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Jej poprawienie nie spowoduje istotnej zmiany w treści oferty, a jedynie doprowadzenie do pełnej zgodności z oczekiwaniami Zamawiającego.

W odniesieniu do podanego przez Odwołującego modelu tabletu (iPad 2), zauważyć należy, że Zamawiający w SIWZ nie określił poziomu konkretyzacji opisu modelu. IPad 2 to nazwa powszechnie funkcjonująca jako określenie modelu tabletu. Obok tej nazwy niekiedy wskazywane są (z różną szczegółowością) dodatkowe cechy danego modelu, jak np. podane przez Zamawiającego określenie *iPad 2 WiFi+3G,* zawierające w sobie wskazanie sposobu komunikacji. Ocena ofert pokazała, że nazwa podana w ofercie nie jest tak dokładna, jak tego oczekiwał Zamawiający. Ponieważ jednak oczekiwanie to nie zostało w SIWZ zdefiniowane, Zamawiający nie może kwestionować podanej nazwy na etapie oceny ofert. Oferta Odwołującego w świetle udzielonych wyjaśnień (które potwierdzają spełnianie określonych przez Zamawiającego parametrów) nie budzi wątpliwości, że oferowany tablet jest zgodny z wymaganiami opisanymi w SIWZ.

Odnosząc się do kwestii zgodności z SIWZ zaoferowanego przez Odwołującego aparat telefonicznego typu C, należy przede wszystkim stwierdzić, że Zamawiający – wymagając wyświetlacza z technologią AMOLED lub równoważną, równoważności tej w żaden sposób nie zdefiniował. Wykonawcy nie mieli wiedzy o tym, jakie cechy technologii wyświetlacza będą brane pod uwagę pod kątem równoważności. Izba zwraca uwagę, że kryteria, według jakich oceniana będzie równoważność, muszą być ujawnione wykonawcom już w SIWZ. Nie mogą być one precyzowane lub ujawniane dopiero na etapie oceny ofert. Tymczasem w niniejszym postępowaniu Zamawiający nawet w uzasadnieniu odrzucenia oferty nie wskazał, czym się kierował oceniając równoważność zaoferowanej technologii, dopiero na rozprawie przyznał, iż za równoważną uznałby tylko technologię wykorzystującą diody LED. Wbrew twierdzeniom Zamawiającego, nie było to oczywiste i wiadome dla wykonawców, którzy przy niezdefiniowaniu równoważności mogli zakładać, że każda technologia pozwalająca uzyskać równie dobre cechy obrazu (np. oferowana przez Odwołującego technologia Super Clear LCD), będzie uznana za równoważną.

2. Sygn. akt: 2760/11

Izba ustaliła, że w świetle udzielonych przez Zamawiającego wyjaśnień do SIWZ, wykonawcy mieli obowiązek wyszczególnienia w ofercie takich elementów, jak kabel do

transmisji danych oraz słuchawki do tabletu – są to elementy opisane w pkt 10.3 OPZ jako akcesoria, które należy zaoferować. Akcesoria te w ofercie Odwołującego nie zostały wyspecyfikowane, zaistniała więc sytuacja uzasadniająca wyjaśnienie treści oferty, w celu ustalenia, czy są one ofertą objęte. Decyzja Zamawiającego o wezwaniu do złożenia wyjaśnień była prawidłowa, jednakże treść tego wezwania należy ocenić negatywnie. Zamawiający nie wskazał, które konkretnie elementy oferty budzą jego wątpliwości, nie sprecyzował, na jakie pytania chce uzyskać odpowiedź (powyższe uwagi, dotyczące zbyt ogólnego i nieprecyzyjnego wezwania do wyjaśnień są aktualne również w stosunku do oferty Polkomtel S.A.). Wykonawca nie miał wiedzy, że wątpliwości dotyczą m.in. konkretnych akcesoriów, nie miał więc możliwości złożyć wyjaśnień jednoznacznie te wątpliwości usuwających. Gdyby wezwanie do złożenia wyjaśnień było prawidłowe, wystarczająco precyzyjne, wykonawca miałby szansę udzielić takiej odpowiedzi, jaką udzielił na rozprawie, a która potwierdziła, że jego oferta obejmuje wszystkie wymagane akcesoria. Wykonawca wyjaśnił, że wskazany w ofercie kabel zasilający pełni jednocześnie funkcję kabla do transmisji danych, natomiast zestawy słuchawkowe, mimo że niewyszczególnione w ofercie, zostały przez wykonawcę wycenione i gwarantuje on ich dostawę.

W ocenie Izby brak wskazania zestawów słuchawkowych należy uznać za omyłkę

podlegającą poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego, że poprawienie omyłki w tym zakresie jest niedozwolone. Celem przywołanego wyżej przepisu jest właśnie zapobieganie odrzucaniu ofert merytorycznie prawidłowych, z powodu niedokładności czy uchybień niewielkiej wagi. Należy przy tym zwrócić uwagę, że przepis ten nie zabrania wprowadzania jakichkolwiek zmian w treści oferty, niedopuszczalne są jedynie zmiany istotne. Ponieważ zestawy słuchawkowe są jedynie ubocznym elementem całego zamówienia, o znikomej w porównaniu do całego zamówienia wartości, a poprawienie omyłki nie wymaga ingerencji w cenę oferty, teza o niedopuszczalności jej poprawienia jest nieuzasadniona.

W odniesieniu do niewskazania producenta i modelu oferowanego przez Odwołującego tabletu stwierdzić należy, że Odwołujący faktycznie – wbrew wymaganiom SIWZ – nie podał nazwy producenta, co jest pewnego rodzaju uchybieniem, niepowodującym jednak – zdaniem Izby – wadliwości oferty uzasadniającej jej odrzucenie. Faktem powszechnie znanym jest nazwa producenta tabletów iPad, niewskazanie tej nazwy nie mogło wywoływać u Zamawiającego wątpliwości co do zgodności oferty z treścią specyfikacji. Jeżeli chodzi natomiast o określenie modelu urządzenia, to aktualne pozostają uwagi Izby wskazane w odniesieniu do oferty Polkomtel S. A. o niesprecyzowaniu przez Zamawiającego oczekiwań co do określenia modelu. Ponadto, o ile nazwa wskazana w ofercie (iPad 16 GB) mogła budzić wątpliwości, czy jest to tablet zgodny z wymaganymi

parametrami, to w świetle zobowiązania się wykonawcy do wykonania zamówienia zgodnie z SIWZ, a zwłaszcza w świetle złożonych wyjaśnień, jakiekolwiek wątpliwości w tym zakresie są nieuzasadnione. Wypełniając tabelę przekazaną przez Zamawiającego wraz z wezwaniem do wyjaśnień, Odwołujący jednoznacznie potwierdził, że oferowany tablet jest zgodny z SIWZ, a tym samym Zamawiający nie miał podstaw zakładać, że wykonawca oferuje tablet pierwszej generacji. Bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy jest podnoszona przez strony kwestia dostępności iPada pierwszej generacji w ofercie producenta oraz Odwołującego. Niezależnie bowiem od tego, czy urządzenia pierwszej generacji są jeszcze dostępne na rynku, wykonawca w złożonych wyjaśnieniach wykazał, poprzez potwierdzenie parametrów technicznych, że oferuje tablet drugiej generacji.

Podsumowując, brak było podstaw do odrzucenia obu ofert. Wystąpiły w nich pewne uchybienia, jednak niepowodujące takiej wadliwości ofert, aby zaistniała podstawa do ich odrzucenia. Uchybienia te zostały wyjaśnione, a nieusunięcie wszystkich wątpliwości spowodowane było nieprawidłowym sformułowaniem wezwania przez Zamawiającego. Ponieważ szczegółowe wyjaśnienia zostały złożone na rozprawie, niecelowe było nakazanie Zamawiającemu powtórzenia procedury wyjaśniającej.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 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: ……...