



# Agencja Oceny Technologii Medycznych i Taryfikacji

AGENCJA OCENY  
TECHNOLOGII MEDYCZNYCH  
I TARYFIKACJI

www.aotmit.gov.pl

2016-09-06

BP.26.7.2016.JS.18

Warszawa, dnia 06.09.2016 r.

Sekretariat Główny

Informacja dla wszystkich Wykonawców uczestniczących w przetargu nieograniczonym na „Świadczenie usług telekomunikacyjnych w ramach telefonii komórkowej wraz z dostawą nowych aparatów telefonicznych na rzecz Agencji Oceny Technologii Medycznych i Taryfikacji” (nr sprawy 07/2016).

Zawiadamiam, iż w ww. postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego zostały złożone następujące oferty:

Nr oferty	Firma (nazwa) lub nazwisko oraz adres wykonawcy	Cena ( brutto)	Termin wykonania	Warunki płatności	Limit na transfer danych
1	POLKOMTEL Sp. z o.o. Ul. Konstruktorska 4 02-673 Warszawa	125.702,31 zł	24 miesiące	30 dni	Grupa I: 12GB Grupa II: 6GB
2	DID Sp. z o.o. Aleje Jerozolimskie 123a 02-017 Warszawa	156.071,01 zł	24 miesiące	21 dni	Grupa I: 20GB Grupa II: 10GB
3	ORANGE Polska S.A. Aleje Jerozolimskie 160 02-326 Warszawa	120.499,41 zł	24 miesiące	30 dni	Grupa I: 12GB Grupa II: 8 GB

Zamawiający informuje o dokonaniu czynności odrzucenia:

- 1) oferty nr 1 złożonej przez firmę **POLKOMTEL Sp. z o.o.**, ul. Konstruktorska 4, 02-673 Warszawa, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, ponieważ treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”) oraz jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów. W pozycji 13 załącznika nr 4 do SIWZ, Zamawiający wymagał zaoferowania telefonu z czasem czuwania min. 350 godzin (3G). Wykonawca zaoferował aparat telefoniczny: Samsung Galaxy S7 LTE i zadeklarował w ofercie, że zaoferowany aparat posiada wymagany parametr. Zgodnie z informacjami producenta oraz informacją udzieloną przez polskiego przedstawiciela producenta dane dotyczące czasu czuwania dla ww. parametru nie są oficjalnie podawane przez firmę Samsung dla ww. modelu telefonu, wobec czego niemożliwe jest faktyczne i obiektywne potwierdzenie zgodności ww. parametru. Tym samym brak jest możliwości zweryfikowania przez Zamawiającego na etapie badania ofert poprawności zaoferowanego parametru, a tym bardziej brak jest



możliwości zweryfikowania przez Wykonawcę poprawności oferowanego ww. parametru na etapie sporządzania oferty. W przedmiotowym przypadku mamy do czynienia dostawą zaawansowanego seryjnie produkowanego sprzętu elektronicznego, wobec czego poświadczane w ofercie parametry techniczne nie mogą mieć charakteru deklaratoryjnego stanowiącego oświadczenie woli wykonawcy, że dochowa on wszelkich starań by wykonać zamówienie zgodnie z SIWZ. W tym przypadku treść oferty jest wyrazem oświadczenia wiedzy wykonawcy, potwierdzeniem pewnego stanu faktycznego, co w przypadku parametrów technicznych musi mieć fizyczne odzwierciedlenie w rzeczywistości tzn. sprzęt musi faktycznie i fizycznie posiadać wymaganą cechę. Istnienie tej cechy, spełnienie wymaganego elementu SIWZ nie może zatem być zależne od intencji wykonawcy składającego ofertę, będących przejawem jego dobrej woli. Wymagana cecha musi być spełniona w chwili składania oświadczenia wiedzy w sposób niezaprzeczalny i wykonawca potwierdzając daną cechę musi mieć pewność, że oferowany sprzęt ją posiada. Jedyną metodą na udowodnienie, że zaoferowany aparat telefoniczny spełnia wymagany parametr, jest albo opieranie się na dokumentacji technicznej producenta danego sprzętu albo powołanie się na badanie przez niego prowadzone lub przez niezależną jednostkę certyfikacyjną. W obu przypadkach taki dowód nie został w toku badania ofert przedstawiony, a nawet można zaryzykować stwierdzenie, że dowód taki nie istnieje. Skoro sam producent postanowił nie publikować danych na temat spornego parametru i postanowił nie ujawniać faktycznych możliwości swojego aparatu telefonicznego w tzw. stanie czuwania, to tym bardziej trudno jest uznać, że ktoś kto nie będąc producentem jest w stanie wykazać, że faktycznie spełniony jest wymagany parametr.

Zamawiający pragnie zauważyć, że ustawa Prawo zamówień publicznych w przepisie art. 89 ust. 1 pkt 2 nie dzieli niezgodności treści ofert z SIWZ na istotne i nie istotne, główne czy poboczne. Warunkiem uznania oferty za zgodną z SIWZ jest potwierdzenie wszystkich w niej wymaganych parametrów, nawet jeśli mają one mało istotne znaczenie z punktu widzenia przyszłego użytkowania sprzętu. Jednakże skoro zamawiający ich wymagał to wykonawcy zmuszeni są uznać, że mają one istotne znaczenie dla zamawiającego i składając ofertę muszą w niej uwzględnić wymagania zamawiającego. W nawiązaniu do wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę w toku badania ofert, Zamawiający informuje, że nie może arbitralnie uznać, że cecha wymagana w poz. 13 załącznika nr 4 do SIWZ jest nie istotna i odstąpić od jej weryfikacji, a pod uwagę brać

inne cechy zaoferowanego modelu telefonu, które nawet nie zostały wymienione w SIWZ. Takie podejście do badania ofert stanowiłoby rażące naruszenie zasady równego traktowania wykonawców w postępowaniu. Zamawiający po otwarciu ofert związany jest treścią SIWZ i nie może jej już dowolnie zmieniać dostosowując do aktualnej sytuacji.

Mając na uwadze powyższe oraz fakt, że Wykonawca nie jest producentem oferowanego aparatu telefonicznego i nie może dowolnie konfigurować zaoferowanego asortymentu, w przedmiotowej sytuacji należy uznać, że oświadczenie złożone w ofercie jest niemożliwe do zrealizowania. W konsekwencji czego treść oferty pozostaje niezgodna z SIWZ, a oferta jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów tj. kodeksu cywilnego. Zgodnie z art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych w sytuacjach nie uregulowanych ustawą Prawo zamówień publicznych zastosowanie ma Kodeks cywilny. Zamawiający pragnie zauważyć, że wybór tak złożonej oferty, pomijając fakt niezgodności z SIWZ, obciążał by zawartą umowę zgodnie art. 387 § 1 Kodeksu cywilnego, sankcją nieważności, co czyniłoby zawarcie umowy w przedmiotowej sytuacji bezcelowym. Uznać zatem należy, że w ustalonym stanie faktycznym przyjęcie oferty nr 1 i zawarcie w oparciu o jej treści umowy, z góry obciążonej sankcją nieważności dowodzi konieczności odrzucenia tej oferty.

Reasumując przyjąć należy, że skoro producent nie podaje do publicznej wiadomości żadnych informacji dotyczących parametru czasu czuwania to trudno jest uznać, że gwarantuje on, że wyprodukowany przez niego aparat telefoniczny posiada daną cechę na wymaganym w SIWZ poziomie. Tak więc skoro spełnienia tego parametru nie gwarantuje sam producent, to tym bardziej nie może takiej gwarancji dotrzymać poddostawca tego producenta, którym w tym przypadku jest Wykonawca.

Przedmiotem zamówienia (jednym z elementów) nie jest dzieło/rzecz, które ma powstać od podstaw wg. specyfikacji i pod nadzorem zamawiającego, a jedynie przeniesienie własności na istniejącej już rzeczy o określonych przez producenta (podmiot trzeci) cechach, które wymienione zostały w SIWZ. W przedmiotowym stanie faktycznym zgodność oferty z SIWZ musi mieć swoje odzwierciedlenie nie tylko na polu literalnie wyartykułowanego oświadczenia w ofercie, ale także w rzeczywistości. Oferowany sprzęt musi faktycznie posiadać deklarowaną cechę, w przeciwnym razie żądanie w SIWZ konkretnych parametrów i ich weryfikacja tylko na poziomie oświadczenia, a następnie

akceptacja odmiennych niezgodnych z SIWZ parametrów przy realizacji umowy, miałyby się z celem jaki przyświecał zamawiającemu przy przygotowywaniu SIWZ, gdzie Zamawiający wyraził swoje oczekiwania względem przedmiotu zamówienia. W takiej sytuacji wykonawcy mogliby deklorować w ofertach dokładnie to czego oczekuje w nich zamawiający, a następnie w trakcie dostawy dowolnie zmieniać parametry przedmiotu dostawy, co wypaczałoby ideę postępowania przetargowego. A zatem jeżeli fizycznie zaoferowany aparat nie posiada danej cechy, trudno tu mówić o zgodności z SIWZ, nawet pomimo złożonej deklaracji w ofercie. W takiej sytuacji jeżeli Wykonawca z ww. powodów nie jest w stanie zagwarantować spełnienia wymaganego parametru, jego oświadczenie w ofercie uznać należy za błędne i mające jedynie walor czysto spekulacyjny, w konsekwencji czego nosi ono znamiona deklaracji wykonania świadczenia niemożliwego do realizacji, co obciąża przyszłą umowę sankcją nieważności, o czym jest mowa wyżej.

Reasumując, oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

- 2) oferty nr 2 złożonej przez firmę **DID Sp. z o.o.**, Aleje Jerozolimskie 123a, 02-017 Warszawa na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, ponieważ treść oferty nie odpowiada treści SIWZ oraz jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów. Zamawiający wymagał zaoferowania 30 dniowego terminu płatności na warunkach określonych w § 3 ust. 2 projektu umowy (załącznik nr 8 do SIWZ), które zostały wprowadzone w postępowaniu w drodze modyfikacji z dnia 05.08.2016 r. pismo BP.26.7.2016.JS.4. Wykonawca zaoferował 21 dniowy termin płatności liczony od daty dostarczenia do siedziby Zamawiającego prawidłowo wystawionej faktury VAT tj. na nieaktualnym formularzu ofertowym, który również był przedmiotem ww. modyfikacji. Dodatkowo w załączniku nr 4 do SIWZ dla telefonu typ 1 w pozycji 7, Zamawiający wymagał zaoferowania telefonu z wyświetlaczem o przekątnej min. 5,5" i rozdzielczości min. 1920x1080. Wykonawca zaoferował telefon Apple iPhone 6s, o przekątnej 4,7" i rozdzielczości 1334x750, co jest niezgodne z SIWZ i powoduje konieczność odrzucenia oferty. Mając na uwadze brak możliwości zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, (zgodnie z przyjętą linią orzecniczą wyrok SO w Krakowie sygn. Akt. XII GA 429/09 – „Artykuł 87 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień



*publicznych, wprowadzony w celu uniknięcia licznych niegdyś przypadków odrzucania ofert z powodu błahych pomyłek, dopuszcza poprawienie niedopatrzeń, błędów niezamierzonych, opuszczeń, drobnych różnic itp. lecz wszystkie te zmiany muszą mieścić się w pojęciu "omyłki". Z założenia zatem umyślne zastosowanie w ofercie materiału całkowicie odmiennego od projektu nie może być traktowane jako omyłka w tym sensie, który nadaje jej przepis art. 87 Prawa zamówień publicznych”), oferta podlega odrzuceniu.*

Dodatkowo w pozycji 13 załącznika nr 4 do SIWZ, Zamawiający wymagał zaoferowania telefonu z czasem czuwania min. 350 godzin (3G). Wykonawca zaoferował aparat telefoniczny: Samsung Galaxy S7 i zadeklarował w ofercie, że zaoferowany aparat posiada wymagany parametr. Zgodnie z informacjami producenta oraz informacją udzieloną przez polskiego przedstawiciela producenta dane dotyczące czasu czuwania dla ww. parametru nie są oficjalnie podawane przez firmę Samsung dla ww. modelu telefonu, wobec czego niemożliwe jest faktyczne i obiektywne potwierdzenie zgodności ww. parametru. Tym samym brak jest możliwości zweryfikowania przez Zamawiającego na etapie badania ofert poprawności zaoferowanego parametru, a tym bardziej brak jest możliwości zweryfikowania przez Wykonawcę poprawności oferowanego ww. parametru na etapie sporządzania oferty. W przedmiotowym przypadku mamy do czynienia z dostawą zaawansowanego seryjnie produkowanego sprzętu elektronicznego, wobec czego poświadczane w ofercie parametry techniczne nie mogą mieć charakteru deklaratoryjnego stanowiącego oświadczenie woli wykonawcy, że dochowa on wszelkich starań by wykonać zamówienie zgodnie z SIWZ. W tym przypadku treść oferty jest wyrazem oświadczenia wiedzy wykonawcy, potwierdzeniem pewnego stanu faktycznego, co w przypadku parametrów technicznych musi mieć fizyczne odzwierciedlenie w rzeczywistości tzn. sprzęt musi faktycznie i fizycznie posiadać wymaganą cechę. Istnienie tej cechy, spełnienie wymaganego elementu SIWZ nie może zatem być zależne od intencji wykonawcy składającego ofertę, będących przejawem jego dobrej woli. Wymagana cecha musi być spełniona w chwili składania oświadczenia wiedzy w sposób niezaprzeczalny i wykonawca potwierdzając daną cechę musi mieć pewność, że oferowany sprzęt ją posiada. Jedyną metodą na udowodnienie, że zaoferowany aparat telefoniczny spełnia wymagany parametr, jest albo opieranie się na dokumentacji technicznej producenta danego sprzętu albo powołanie się na badanie przez niego prowadzone lub przez niezależną jednostkę certyfikacyjną. W obu przypadkach taki

dowód nie został w toku badania ofert przedstawiony, a nawet można zaryzykować stwierdzenie, że dowód taki nie istnieje. Skoro sam producent postanowił nie publikować danych na temat spornego parametru i postanowił nie ujawniać faktycznych możliwości swojego aparatu telefonicznego w tzw. stanie czuwania, to tym bardziej trudno jest uznać, że ktoś kto nie będąc producentem jest w stanie wykazać, że faktycznie spełniony jest wymagany parametr.

Mając na uwadze powyższe oraz fakt, że Wykonawca nie jest producentem oferowanego aparatu telefonicznego i nie może dowolnie konfigurować zaoferowanego asortymentu, w przedmiotowej sytuacji należy uznać, że oświadczenie złożone w ofercie jest niemożliwe do zrealizowania. W konsekwencji czego treść oferty pozostaje niezgodna z SIWZ, a oferta jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów tj. kodeksu cywilnego. Zgodnie z art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych w sytuacjach nie uregulowanych ustawą Prawo zamówień publicznych zastosowanie ma Kodeks cywilny. Zamawiający pragnie zauważyć, że wybór tak złożonej oferty, pomijając fakt niezgodności z SIWZ, obciążałby zawartą umowę zgodnie art. 387 § 1 Kodeksu cywilnego, sankcją nieważności, co czyniłoby zawarcie umowy w przedmiotowej sytuacji bez celowym. Uznać zatem należy, że w ustalonym stanie faktycznym przyjęcie oferty nr 2 i zawarcie w oparciu o jej treści umowy, z góry obciążonej sankcją nieważności dowodzi konieczności odrzucenia tej oferty.

Reasumując przyjąć należy, że skoro producent nie podaje do publicznej wiadomości żadnych informacji dotyczących parametru czasu czuwania to trudno jest uznać, że gwarantuje on, że wyprodukowany przez niego aparat telefoniczny posiada daną cechę na wymaganym w SIWZ poziomie. Tak więc skoro spełnienia tego parametru nie gwarantuje sam producent, to tym bardziej nie może takiej gwarancji dotrzymać poddostawca tego producenta, którym w tym przypadku jest Wykonawca.

Przedmiotem zamówienia (jednym z elementów) nie jest dzieło/rzecz, które ma powstać od podstaw wg. specyfikacji i pod nadzorem zamawiającego, a jedynie przeniesienie własności na istniejącej już rzeczy o określonych przez producenta (podmiot trzeci) cechach, które wymienione zostały w SIWZ. W przedmiotowym stanie faktycznym zgodność oferty z SIWZ musi mieć swoje odzwierciedlenie nie tylko na polu literalnie wyartykułowanego oświadczenia w ofercie, ale także w rzeczywistości. Oferowany sprzęt

musi faktycznie posiadać deklarowaną cechę, w przeciwnym razie żądanie w SIWZ konkretnych parametrów i ich weryfikacja tylko na poziomie oświadczenia, a następnie akceptacja odmiennych niezgodnych z SIWZ parametrów przy realizacji umowy, miałyby się z celem jaki przyświecał zamawiającemu przy przygotowywaniu SIWZ, gdzie Zamawiający wyraził swoje oczekiwania względem przedmiotu zamówienia. W takiej sytuacji wykonawcy mogliby deklorować w ofertach dokładnie to czego oczekuje w nich zamawiający, a następnie w trakcie dostawy dowolnie zmieniać parametry przedmiotu dostawy, co wypaczałoby ideę postępowania przetargowego. A zatem jeżeli fizycznie zaoferowany aparat nie posiada danej cechy, trudno tu mówić o zgodności z SIWZ, nawet pomimo złożonej deklaracji w ofercie. W takiej sytuacji jeżeli Wykonawca z ww. powodów nie jest w stanie zagwarantować spełnienia wymaganego parametru, jego oświadczenie w ofercie uznaje się za błędne i mające jedynie walor czysto spekulacyjny, w konsekwencji czego nosi ono znamiona deklaracji wykonania świadczenia niemożliwego do realizacji, co obciąża przyszłą umowę sankcją nieważności, o czym jest mowa wyżej.

Mając na uwadze brak możliwości zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

- 3) oferty nr 3 złożonej przez firmę **ORANGE Polska S.A.**, Aleje Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, ponieważ treść oferty nie odpowiada treści SIWZ. W załączniku nr 4 do SIWZ dla telefonu typ 1 w pozycji 2, Zamawiający wymagał zaoferowania telefonu z szybkością taktowania CPU frequency min. 1,840 GHz. Zgodnie z treścią oferty wykonawca zaoferował telefon Apple iPhone 6 Plus, który nie spełnia tego parametru. Zaoferowany telefon posiada szybkość taktowania CPU frequency na poziomie 1,4 Ghz, co jest niezgodne z SIWZ. Dodatkowo w pozycji nr 4 załącznika nr 4 do SIWZ (typ 1), Zamawiający wymagał zaoferowania telefonu o pamięci RAM na poziomie min. 2GB. Zaoferowany przez wykonawcę telefon Apple iPhone 6 Plus, również nie spełnia tego parametru. Telefon ten wyposażony jest w pamięć RAM na poziomie 1 GB, co jest niezgodne z SIWZ. W przypadku telefonu typ 2 w załączniku nr 4 do SIWZ w pozycji 9, Zamawiający wymagał zaoferowania telefonu posiadającego wyświetlacz Super AMOLED. Zgodnie z treścią oferty wykonawca zaoferował telefon LG G5, który nie

spełnia tego parametru. Telefon ten wyposażony jest w wyświetlacz IPS LCD, co jest niezgodne z SIWZ. Dodatkowo w pozycji 10 załącznika nr 4 do SIWZ, Zamawiający wymagał zaoferowania telefonu z portem micro-USB. Zaoferowany przez wykonawcę telefon LG G5, również nie spełnia tego parametru. Telefon ten nie posiada takiego portu, co jest niezgodne z SIWZ. Mając na uwadze powyższe oraz brak możliwości poprawienia oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, (zgodnie z przyjętą linią orzecniczą wyrok SO w Krakowie sygn. Akt. XII GA 429/09 – „*Artykuł 87 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych, wprowadzony w celu uniknięcia licznych niegdyś przypadków odrzucania ofert z powodu błahych pomyłek, dopuszcza poprawienie niedopatrzeń, błędów niezamierzonych, opuszczeń, drobnych różnic itp. lecz wszystkie te zmiany muszą mieścić się w pojęciu "omyłki". Z założenia zatem umyślne zastosowanie w ofercie materiału całkowicie odmiennego od projektu nie może być traktowane jako omyłka w tym sensie, który nadaje jej przepis art. 87 Prawa zamówień publicznych*”), oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Reasumując, mając na uwadze powyższe Zamawiający unieważnia przedmiotowe postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, ponieważ nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Zamawiający informuje, że zgodnie z art. 93 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych w przypadku unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, Zamawiający na wniosek wykonawcy, który ubiegał się o udzielenie zamówienia, zawiadamia o wszczęciu kolejnego postępowania, które dotyczy tego samego przedmiotu zamówienia lub obejmuje ten sam przedmiot zamówienia.

Dziękujemy za udział w postępowaniu.

**Z upoważnienia Prezesa**

Dyrektor  
Wydziału Taryfikacji  
  
Gabriela Sujkowska