Sygn. akt: KIO 3395/20

WYROK
z dnia 13 stycznia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Małgorzata Matecka

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 stycznia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 grudnia 2020 r. przez wykonawcę Orange Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Ministerstwo Spraw Zagranicznych
przy udziale wykonawcy T-Mobile Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1.Oddala odwołanie.
2.Kosztami postępowania obciąża odwołującego, i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843, ze zm.) oraz art. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019, ze zm.) w zw. z art. 92 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020, 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 3395/20

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – Ministerstwo Spraw Zagranicznych prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Zakup mobilnych usług telekomunikacyjnych". Wartość ww. zamówienia przekracza kwotę, od której uzależniony jest obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej zgodnie z przepisami wydanymi na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 22 września 2020 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2020/S 184-444570.

I. W dniu 21 grudnia 2020 r. wykonawca Orange Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynność odrzucenia oferty odwołującego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp - poprzez odrzucenie jego oferty z uwagi na jej niezgodność z ustawą, podczas gdy taka niezgodność nie zachodziła.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1)unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2)unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego;
3)dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert;
4)dokonania ponownej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazałw szczególności, zamawiający odrzucił jego ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp z uwagi na to, że jest ona niezgodna z ustawą. Zamawiający nie wskazał jednak z jaką normą wynikającą z ustawy lub aktów wykonawczych do ustawy oferta jest niezgodna, ani na czym ta niezgodność polega. Z uwagi na brak wskazania podstawy odrzucenia oferty odwołujący nie może w sposób dokładny odnieść się do czynności zamawiającego, co ogranicza mu możliwość obrony własnej oferty. Niezależnie od powyższego odwołujący stoi na stanowisku, że oferta była zgodna z ustawą. Odwołujący na podstawie treści uzasadnienia odrzucenia jego oferty przypuszcza, że zamawiający upatruje niezgodności oferty z ustawą w odniesieniu do art. 87 ust. 1 Pzp, a dokładnie w prowadzeniu negocjacji treści oferty. Odwołujący wyjaśnił, że zamawiający wymagał od wykonawców, aby w Załączniku nr 3 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia („SIWZ") pn. „Formularz Ofertowy" w wierszu 2 tabeli w pkt 2 zaznaczyli, jaką oferują wielkość wspólnego dla wszystkich aktywacji roamingowego pakietu transmisji danych obowiązującego poza terenem UE (do wyboru były cztery możliwości), przy czym, w przypadku zaoferowania limitu powyżej 40 GB należało wpisać konkretną wartość. Możliwe było też zaoferowanie nielimitowanego pakietu transmisji danych. Wszystkie inne niż zaoferowane wartości należało w formularzu przekreślić. Zamawiający zastrzegł, że w przypadku braku wyboru jakiejkolwiek z podanych wielkości, uzna, że wykonawca zaoferował 30 GB, czyli pakiet w wielkości, za którą nie były przyznawane dodatkowe punkty. Odwołujący zaoferował pakiet 50 GB, wpisując w sposób jednoznaczny wielkość pakietu w Formularzu Ofertowym (była to trzecia z możliwości). Odwołujący nie dokonał czynności technicznej polegającej na przekreśleniu ostatniego wariantu (pakietu nielimitowanego). Niemniej jednak w sposób wyraźny złożył oświadczenie, że oferuje limit 50 GB, co wynikało z wpisania wartości „50" w przedostatnim wierszu 2 tabeli w pkt 2 Formularza Ofertowego. W takiej sytuacji Zamawiający zwrócił się do odwołującego o wyjaśnienia treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 ustawy, co w ocenie odwołującego było uprawnione i tej czynności

odwołujący nie kwestionuje. Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego potwierdził, że zaoferował limit 50 GB, co nie doprowadziło do zmiany treści oferty oraz wyjaśnił, iż brak dokonania czynności technicznej polegającej na dokonaniu przekreślenia ostatniej możliwości (pakietu nielimitowanego) miał charakter omyłkowy (niezamierzony brak przekreślenia), co również nie spowodowało zmiany treści oferty w zakresie oferowanego pakietu 50 GB. Tym samym, w ocenie odwołującego, w przedmiotowym postępowaniu nie doszło do żadnych negocjacji treści oferty, ani do jej zmiany.

II. Pismem wniesionym w dniu 11 stycznia 2021 r. zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający uznał zarzuty odwołania za niezasadne i wniósł o oddalenie odwołania. Uzasadniając stanowisko w sprawie zamawiający wskazał, że w uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty odwołującego wyjaśnił, że zastosowanie jako podstawy prawnej przepisu art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp miało związek z niedopuszczalną w świetle art. 87 ust. 1 ustawy Pzp zmianą treści oferty w wyniku udzielonej odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień. Zauważył, że niedokonanie czynności skreślenia pakietu nielimitowanego nie stanowi jedynie czynności technicznej, ale ma istotny wpływ na to, co zostało zaoferowane przez wykonawcę. Wybranie przez odwołującego po upływie terminu składania ofert jednego z dwóch pakietów pierwotnie zaoferowanych w formularzu oferty stanowiło zmianę treści oferty, de facto złożenie nowej oferty, co jest niedopuszczalne po upływie terminu składania ofert.

III. Pismem wniesionym do Prezesa Izby w dniu 23 grudnia 2020 r. wykonawca T-Mobile Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Przystępujący poparł stanowisko zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania, a odwołujący posiadał legitymację do wniesienia odwołania zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 ustawy Pzp (podlegającą badaniu na dzień jego złożenia). Stanowisko przystępującego kwestionującego posiadanie przez odwołującego ww. legitymacji, z uwagi na brak zmiany rankingu ofert po ewentualnym przywróceniu oferty odwołującego do postępowania i przyznaniu mu 0 pkt w kryterium oceny ofert P3, Izba uznała za niezasadne. Treść oświadczenia odwołującego zawartego w formularzu ofertowym w zakresie oferowanego pakietu danych nie była bowiem wystarczająco jednoznaczna, aby możliwe było wskazanie ilości punktów, które winna otrzymać oferta odwołującego w ww. kryterium w przypadku ewentualnego przywrócenia jej do postępowania.

Na podstawie dokumentacji postępowania Izba ustaliła w szczególności, co następuje:

Zgodnie z treścią SIWZ (pkt 2 załącznika nr 3 do SIWZ „Formularz oferty") wykonawcy obowiązali byli złożyć oświadczenie o oferowanych świadczeniu poprzez wybór jednej z czterech opcji przedstawionych przez zamawiającego w zakresie „Wspólnego dla wszystkich aktywacji roamingowego pakietu transmisji danych obowiązującego poza terenem UE", tj.:

- –o wielkości 30 GB miesięcznie, albo
- –o wielkości 40 GB miesięcznie, albo
- –o wielkości … GB miesięcznie, albo
- –nielimitowany pakiet transmisji danych.

Zgodnie z pouczeniem zamawiającego wyboru należało dokonać poprzez skreślenie pozostałych opcji, a w przypadku dokonania wyboru trzeciej opcji – należało również wpisać wielkość oferowanego pakietu. Ponadto w pouczeniu wskazano, że brak skreślenia oznacza, że wykonawca oferuje pakiet o wielkości 30 GB miesięcznie.

Odwołujący w formularzu oferty przekreślił dwie pierwsze opcje, trzecią uzupełnił poprzez wpisanie wartości 50, a czwartą pozostawił nieskreśloną.

Pismem z dnia 9 listopada 2020 r. zamawiający wezwał odwołującego na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do udzielenia wyjaśnień treści oferty. Odpowiedzi na wezwanie zamawiającego odwołujący udzielił pismem z dnia 16 listopada 2020 r., w treści którego oświadczył, że w odniesieniu do wielkości wspólnego dla wszystkich aktywacji roamingowego pakietu transmisji danych obowiązującego poza terenem UE zaoferował pakiet wielkości 50 GB. Brak skreślenia wiersza „nielimitowany pakiet transmisji danych" był niezamierzony.

W dniu 9 grudnia 2020 r. zamawiający zawiadomił wykonawców o czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynności odrzucenia oferty odwołującego. Jako podstawę prawną drugiej z ww. czynności zamawiający wskazał przepis art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Uzasadniając dokonanie tej czynności zamawiający m.in. podał, że w wyniku wyjaśnień treści oferty udzielonych w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, odwołujący ograniczył zakres złożonej oferty poprzez wybór jednego z dwóch pakietów pierwotnie zaoferowanych w formularzu oferty, a zatem dokonał istotnej zmiany treści oferty. Zamawiający wskazał również, że nie zachodziła podstawa do poprawienia ww. nieprawidłowości jako omyłki pisarskiej, a tym bardziej jako innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie nie podlega uwzględnieniu.

W pierwszej kolejności wymaga jednak wskazania, że Izba podziela zarzuty odwołującego odnoszące się do przywołanej przez zamawiającego podstawy prawnej czynności odrzucenia oferty odwołującego. Podanie, jako podstawy prawnej czynności odrzucenia oferty wykonawcy, przepisu art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, wymaga wyraźnego wskazania przepisu ustawy, z którym oferta odwołującego jest niezgodna. Zamawiający takiego przepisu nie wskazał w sposób wyraźny, natomiast w treści uzasadnienia faktycznego powołał się na przepis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Regulacja ta zawiera uprawnienie (jak i obowiązek) zamawiającego wystosowania do wykonawcy wezwania do przedstawienia wyjaśnień treści oferty. Instytucja ta powinna mieć zastosowanie – o czym decyduje zamawiający – w sytuacji, gdy złożenie wyjaśnień przez wykonawcę należy uznać za dopuszczalne w świetle przepisów ustawy Pzp. Zgodnie z normą art. 87 ust. 1 zd. 2 ustawy Pzp postępowanie wyjaśniające nie może stanowić negocjacji pomiędzy zamawiającym i wykonawcą i nie może, z zastrzeżeniem możliwości dokonania poprawienia omyłek, prowadzić do zmiany treści oferty. Jeżeli zatem procedura wyjaśnień miałaby stanowić negocjacje pomiędzy zamawiającym i wykonawcą, to zamawiający

nie powinien z regulacji art. 87 ust. 1 ustawy Pzp korzystać. Jeżeli natomiast w wyniku udzielenia odpowiedzi na wezwanie zamawiającego wykonawca dokonałby niedopuszczalnej zmiany treści oferty, to taką zmianę należy uznać nieskuteczną i poddać ocenie pierwotną treść oferty.

Mając to na uwadze Izba nie podzieliła stanowiska zamawiającego, że niniejszej sprawie jako podstawa prawna odrzucenia oferty odwołującego winien znaleźć zastosowanie przepis art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Jednakże w ocenie składu orzekającego oferta odwołującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przy – co istotne w kontekście zapadłego rozstrzygnięcia Izby – niezmienionej podstawie faktycznej tej czynności. Do ww. podstawy odrzucenia oferty nawiązywała także treść przedstawionego uzasadnienia dokonania tej czynności, w szczególności w zakresie braku możliwości poprawienia niezgodności w ofercie jako omyłek, co stanowi czynność poprzedzającą stwierdzenie zaistnienia podstawy odrzucenia oferty, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W treści SIWZ zamawiający zawarł jednoznaczne postanowienie dotyczące sposobu złożenia przez wykonawców oświadczenia co do oferowanego świadczenia w zakresie wspólnego dla wszystkich aktywacji roamingowego pakietu transmisji danych. Zamawiający oczekiwał od wykonawców jednoznacznego oświadczenia w ww. zakresie i dołożył należytej staranności – poprzez sformułowanie odpowiedniej treści formularza ofertowego – aby wymagać tego od wykonawców biorących udział w postępowaniu. Odwołujący do ww. wymagania zamawiającego niewątpliwie się nie zastosował. W świetle treści jego oświadczenia zawartego w formularzu ofertowym można by twierdzić, że oferowane przez niego świadczenie dotyczy: 1) pakietu 50 GB miesięcznie (istotnie jest to opcja najbardziej prawdopodobna, jako nieprzekreślona i uzupełniona w zakresie wielkości pakietu), 2) nielimitowanego pakietu transmisji danych (opcja nieprzekreślona) albo pakietu 30 GB miesięcznie (opcja wprawdzie przekreślona, jednak mająca zastosowanie w przypadku braku skreślenia, przez należy rozumieć nie tylko brak jakiegokolwiek skreślenia lecz również brak wszystkich trzech skreśleń – tak też w odwołaniu). Taki sposób wypełnienia formularza ofertowego i złożenie oświadczenia o oferowanym świadczeniu jest niezgodny z wymaganiami zamawiającego określonymi w SIWZ, zgodnie z którymi nie było dopuszczalne pozostawienie nieskreślonych dwóch opcji, lecz wymagane było jednoznaczne określenie oferowanego świadczenia. Stanowi to niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a zatem podstawę odrzucenia oferty wskazaną w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Jednocześnie Izba podziela stanowisko zamawiającego wyrażone w uzasadnieniu faktycznym odrzucenia oferty, że ww. niezgodność nie podlega poprawieniu w trybie przepisu art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. Jak wskazano powyżej treść oświadczenia odwołującego zawartego w formularzu ofertowym dawałaby podstawę przyjęcia jednej z trzech opcji dotyczących wielkości oferowanego pakietu. Dokonanie wyboru jednej z tych opcji, np. pakietu 50 GB nie mogłoby zostać poprawione jako oczywista omyłka pisarska (art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp), gdyż nie można z całą pewnością wykluczyć pozostałych opcji, tj. w szczególności opcji nielimitowany pakiet transmisji danych. Poprawienie niezgodności na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp mogłoby mieć miejsce wyłącznie w przypadku, w którym w sposób oczywisty mogło chodzić wyłącznie o jedną z podanych przez zamawiającego opcji. Ponadto nie mogłoby mieć miejsce poprawienie ww. niezgodności jako innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty (art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp), albowiem w zależności od dokonanego wyboru opcji odwołującemu mogłaby zostać przyznana różna ilość punktów (0 lub 10 punktów) i w konsekwencji tego w odmienny sposób przedstawiałby się ranking ofert. Poprawienie oferty skutkowałoby zatem istotną zmianą w treści oferty. Odwołujący złożył oświadczenie, że jego wolą było zaoferowanie było pakietu 50 GB, jednakże miało to miejsce w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do udzielenia wyjaśnień, a zatem po zapoznaniu się przez odwołującego z treścią pozostałych ofert. Istotne jest natomiast to, że treść oświadczenia złożonego w ofercie nie była jednoznaczna i dawała pewien wybór co do zaoferowanego świadczenia. Wprawdzie opcję 50 GB należy uznać za bardziej prawdopodobną od pozostałych, jednakże należy podkreślić, że w tym przypadku chodzi o oświadczenie wykonawcy co do oferowanego świadczenia, które jednocześnie stanowi podstawę przyznania punktów w kryterium oceny ofert. Z tego właśnie powodu, że mamy do czynienia z kryterium oceny ofert, celem zapewnienia zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp), konieczne jest stosowanie bardziej rygorystycznego podejścia co do możliwości poprawienia oferty wykonawcy. Należy dodać, że postawione przez zamawiającego wymaganie było jednoznaczne (nie budziło żadnych wątpliwości interpretacyjnych) i proste do wypełnienia – wystarczyło przeczytać z uwagą treść formularza ofertowego. Pozostali wykonawcy dochowali należytej staranności w tym zakresie. Jedynym wykonawcą, który tego nie uczynił, był odwołujący. Mając na uwadze ww. zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, to odwołujący powinien ponieść negatywne konsekwencje swojego niedopatrzenia.

Należy wskazać, że okoliczności faktyczne dotyczące zaistnienia podstawy do odrzucenia oferty odwołującego były oczywiste i znane odwołującemu. Pomimo wskazania przez Izbę na odmienną podstawę prawną uzasadnienie faktyczne decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego w przeważającej mierze nie traci na swej aktualności. W treści tego uzasadnienia zamawiający wskazał również na brak możliwości poprawienia ww. nieprawidłowości jako jednej z omyłek wskazanych w art. 87 ust. 2 pkt 1 lub 3 ustawy Pzp, co ma istotne znaczenie w kontekście podstawy odrzucenia oferty, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W ocenie Izby powody uznania oferty odwołującego za podlegającą odrzuceniu zostały mu przekazane w sposób wystarczający i pozwalający na podjęcie próby obrony w ramach środków ochrony prawnej. Z powyższych względów Izba uznała, że wobec stwierdzenia podstawy do odrzucenia oferty odwołującego, we wskazanych przez zamawiającego okolicznościach faktycznych, niecelowe i stanowiące niepotrzebną zwłokę w postępowaniu byłoby nakazanie zamawiającemu poprawienie jedynie podanej podstawy prawnej ww. czynności.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła, jak w punkcie pierwszym sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz § 3 pkt 1 i § 5 ust. 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. z 2018 r. poz. 972), stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: ……