Sygn. akt: KIO 109/22

Wyrok

z dnia 31 stycznia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Marta Słoma

po rozpatrzeniu na rozprawie w dniu 28 stycznia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 stycznia 2022 r. przez wykonawcę Orange Polska S.A. w postępowaniu prowadzonym przez Kancelaria

Prezydenta RP

przy udziale wykonawcy T-Mobile Polska S.A. zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenie oferty T-Mobile Polska S.A. z uwagi na jej niezgodność z warunkami zamówienia.

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego - Kancelarię Prezydenta RP i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego - Orange Polska S.A. tytułem wpisu od odwołania;

2.1. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą zwrot poniesionych kosztów postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego

doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do

Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 109/22

Uzasadnienie

Zamawiający: Kancelaria Prezydenta RP, Ul. Wiejska 10, 00-902 Warszawa prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie na „Świadczenie usług telefonii komórkowej

i Internetu mobilnego dla Kancelarii Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej i Biura Bezpieczeństwa Narodowego". Znak sprawy: BA.5/2021. Numer ogłoszenia w TED: 2021/S 207-541990

Odwołujący: Orange Polska S.A., Al. Jerozolimskie 160 , 02-326 Warszawa wniósł odwołanie na czynności Zamawiającego oraz zaniechania czynności, do których był on zobowiązany.

Odwołujący złożył ofertę w i jego oferta została sklasyfikowana na drugim miejscu. Zaniechano odrzucenia oferty wykonawcy T-Mobile Polska S.A. („T-Mobile"), pomimo niezgodności jej treści z warunkami zamówienia.

Zamawiającemu zarzuca:

1. Zaniechanie odrzucenia oferty T-Mobile pomimo tego, że jej treść była niezgodna z warunkami zamówienia z uwagi na zaoferowanie przez T-Mobile zarówno płatnych dodatkowych pakietów transmisji danych w abonamentach G1 i M1, jak i nielimitowanej transmisji danych w kraju dla wszystkich aktywacji w ramach abonamentu oraz prowadzenie przez Zamawiającego w zakresie pakietów transmisji danych, stanowiących kryterium oceny ofert o wadze 20 punktów, negocjacji z wykonawcą T-Mobile, za pomocą procedury wezwania do wyjaśnienia treści oferty, a także dokonanie przez Zamawiającego istotnej zmiany treści oferty wykonawcy T-Mobile w trybie poprawienia innej omyłki, co umożliwiło dodanie 20 punktów dla oferty wykonawcy T-Mobile i doprowadziło do jej wyboru jako najkorzystniejszej, co stanowi naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5), art. 223 ust. 1 oraz art. 223 ust. 2 pkt 3) Pzp.

Wnoszę o nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

2. Odrzucenia oferty wykonawcy T-Mobile ze względu na to, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;

3. Dokonania ponownej czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

UZASADNIENIE

Dnia 4 stycznia 2022 r. Zamawiający dokonał czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wybierając ofertę wykonawcy T-Mobile. Czynność Zamawiającego należy uznać za niezgodną z ustawą z następujących względów.

I. Niezgodność treści oferty T-Mobile z warunkami zamówienia (art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp)

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. W doktrynie przesłanka jest rozumiana w sposób jednoznaczny, jako, najkrócej rzecz ujmując, merytoryczna niezgodność z precyzyjnie określonymi wymaganiami Zamawiającego. Takie rozumienie tej przesłanki znajduje swoje oparcie zarówno w orzecznictwie, jak i w doktrynie. Przykładowo można spotkać się ze stanowiskiem, że „podstawą do odrzucenia oferty jest niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia. Na treść oferty składa się świadczenie wykonawcy. Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia polega na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny

z tymi warunkami, tj. w sposób nieodpowiadający wymaganiom zamawiającego w

odniesieniu do przedmiotu zamówienia (...) Norma art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp odnosi się do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawców świadczenia oraz merytorycznych wymagań zamawiającego, w szczególności co do zakresu świadczenia jego ilości lub jakości, warunków realizacji lub innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia. Analiza niniejszej podstawy odrzucenia oferty pozwala na stwierdzenie, że oczywistym warunkiem dokonania takiej czynności z uwagi na niezgodność oferty z warunkami zamówienia powinno być precyzyjne i jednoznaczne określenie tych wymagań przez zamawiającego w dokumentach zamówienia." (za: B. Artymowicz i in. [w:] Prawo zamówień publicznych. Komentarz, red. H. Nowak, M. Winiarz, UZP, Warszawa, 2021, str. 716). W doktrynie można znaleźć również inne zbliżone stanowisko, zgodnie z którym „Dokonując analizy komentowanego pkt 5 przez pryzmat definicji warunków zamówienia zawartej w art. 7 pkt 29 pzp, należy przyjąć, że treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia, jeżeli jest niezgodna z warunkami, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikającymi w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia,

wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy o zamówienie publiczne. Dla zastosowania podstawy odrzucenia oferty z ust. 1 pkt 5 konieczne jest uchwycenie, na czym konkretnie niezgodność pomiędzy ofertą wykonawcy a warunkami zamówienia polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i jednoznacznie ustalonymi warunkami zamówienia." (A. Gawrońska-Baran [w:] E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, A. Gawrońska-Baran, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, art. 226.).

W przedmiotowym postępowaniu w stosunku do oferty wykonawcy T-Mobile zachodzi niezgodność do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia oraz merytorycznych wymagań zamawiającego, w szczególności co do zakresu świadczenia, które dodatkowo odnosiło się do kryteriów oceny ofert określonych przez Zamawiającego.

Wykonawca T-Mobile zaoferował z jednej strony opłaty za dodatkowe pakiety danych dla abonamentów G1 i M1 (wiersze 3 i 4 w tabeli w Formularzu Ofertowym), a jednocześnie w ramach abonamentu zaoferował nielimitowaną transmisję danych w kraju dla wszystkich aktywacji (pkt 3 Formularza Ofertowego).

Oznacza to wewnętrzną sprzeczność oferty ponieważ z jednej strony zakres świadczenia obejmuje w ramach abonamentu nielimitowaną transmisję danych, z drugiej strony za transmisję po przekroczeniu limitu, wykonawca T-Mobile oczekuje dodatkowego wynagrodzenia. Oferta wykonawcy T-Mobile miała zatem swego rodzaju charakter

wariantowy, co nie było dopuszczalne w świetle warunków zamówienia.

Nadto była wprost sprzeczna z warunkami zamówienia, co do sposobu sporządzenia oferty - Zamawiający wprost wyraził w treści formularza ofertowego, w instrukcji, że: „W przypadku zaznaczenia TAK Wykonawca w tabeli powyżej w pozycji 3 i 4 wpisze 0, a jeśli zaznaczy NIE w tych pozycjach poda cenę takiego pakietu". Zamawiający nie dopuścił zaoferowania obu wariantów jednocześnie (alternatywa rozłączna).

Wbrew pozorom oświadczenie wykonawcy T-Mobile w tym zakresie było bardzo istotne, gdyż uniemożliwiło ocenę i porównanie oferty tego wykonawcy z innymi ofertami. Na skutek sprzecznej treści oferty, wynikającej z niezgodności z warunkami zamówienia, nie było możliwości ustalenia, czy wykonawca T-Mobile zaoferował płatne dodatkowe pakiety danych, czy też nielimitowaną transmisję danych dla wszystkich aktywacji. Nie pozwalało to przyznać temu wykonawcy punktów w kryterium II oceny ofert pn. „Zapewnienie nielimitowanej transmisji danych w kraju dla wszystkich aktywacji w ramach abonamentu", które miało wagę aż 20%.

Nie było żadnych podstaw, żeby uznać, że oferta wykonawcy T-Mobile powinna uzyskać 0 punktów, ani 20 punktów w Kryterium II, tym samym poprzez niezgodność z warunkami zamówienia nie było możliwe jej porównanie z innymi ofertami i jej klasyfikacja.

Należy podkreślić, że wszystkie załączniki dla wykonawców zostały przygotowane przez Zamawiającego w formie plików .docx, nie ma zatem możliwości, że takie uzupełnienie odpowiednich kolumn dokonało się bez udziału wykonawcy T-Mobile (np. poprzez formułę w arkuszu programu Excel), przeciwnie, to, że zostały podane ceny jednostkowe netto, ceny jednostkowe brutto i ceny łączne za dodatkowe pakiety danych wskazuje na celowe działanie wykonawcy T-Mobile.

Podsumowując, treść oferty wykonawcy T-Mobile była niezgodna z warunkami zamówienia, nie wynikało z niej, jaki zakres świadczenia i na jakich warunkach został zaoferowany, a przez swoją wewnętrzną sprzeczność uniemożliwiała również ustalenie, jaka punktacja powinna zostać przyznana tej ofercie. W konsekwencji należy uznać, że oferta wykonawcy

T-Mobile podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp jako niezgodna z

warunkami zamówienia.

II. Niedopuszczalne negocjacje dotyczące złożonej oferty (art. 223 ust. 1 Pzp)

Niezgodność oferty wykonawcy T-Mobile z warunkami zamówienia wpłynęła na dalsze czynności Zamawiającego w postępowaniu. Wskutek wewnętrznej sprzeczności oferty wykonawcy T-Mobile Zamawiający zwrócił się do tego wykonawcy o wyjaśnienia w trybie art. 223 ust. 1 ustawy, co w takiej sytuacji należy uznać za usprawiedliwione.

O ile jednak art. 223 ust. 1 Pzp stanowi podstawę do wezwanie do wyjaśnienia treści oferty, a zatem tych oświadczeń i informacji, które oferta już zawiera, to w tym samym przepisie wyrażony został także zakaz negocjacji między wykonawcą a Zamawiającym dotyczących oferty i jakiejkolwiek zmiany jej treści, z zastrzeżeniem wyjątków tam przewidzianych (o czym

szerzej w pkt III niniejszego pisma).

Zgodnie z art. 223 ust. 1 Pzp, zd. drugie „Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści". Jak przyjmuje się w doktrynie „Art. 223 ust. 1 Pzp wyraża w tym miejscu ogólną zasadę niezmienności treści oferty po upływie terminu składania ofert. Wyjaśnienie treści oferty z zastosowaniem powyższej regulacji powinno mieścić się w granicach merytorycznych treści oferty i zawartych w niej oświadczeń i informacji, tj. nie może stanowić zmiany oferty" (za: Komentarz, red. H. Nowak, M. Winiarz, UZP, Warszawa, 2021, str. 697,698).

W przedmiotowym postępowaniu doszło do negocjacji między wykonawcą T-Mobile, a Zamawiającym, która doprowadziła do zmiany treści oferty T-Mobile. Zamawiający pismem z 2 grudnia 2021 r. zwrócił się do wykonawcy T-Mobile m. in. „o wyjaśnienie zapisów w formularzu oferty dotyczących pkt 3 oraz pkt 3 i 4 tabeli." (oświadczenia dotyczącego nielimitowanej transmisji danych oraz cen jednostkowych z dodatkowe pakiety transmisji danych - przypis Odwołującego). W odpowiedzi w piśmie z 7 grudnia 2021 r. wykonawca oświadczył, że „W zakresie części drugiej wezwania wskazujemy, że Wykonawca omyłkowo wskazał w pkt 3 i 4 tabeli opłatę za dodatkowy pakiet odpowiednio minut i danych. Celem Zamawiającego było zaoferowania nielimitowanej transmisji danych w kraju dla wszystkich aktywacji w ramach abonamentu (wskazano to w pkt 3 Formularza oferty), a co za tym idzie zamiarem Wykonawcy było wskazanie w pkt 3 i 4 tabeli 0,00 zł (zarówno jako jednostkową cenę netto, jednostkową cenę brutto i wartość brutto). Zamawiający nie będzie ponosił dodatkowych kosztów za dodatkowy pakiet minut i dodatkowy pakiet danych. W związku z tym Zamawiający powinien skorygować odpowiednio tabelą zamieszczoną w Formularzu oferty T-Mobile z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych wskazanej powyżej omyłki.". W konsekwencji, w kolejnym piśmie Zamawiający oświadczył, że poprawił przedmiotowe kwoty, jako inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia - informacja na temat poprawienia omyłki znalazła się w kolejnym piśmie Zamawiającego do wykonawcy T-Mobile z dn. 14 grudnia 2021 r. (str. 2 pisma).

Wykonawca T-Mobile oświadczeniem złożonym po terminie składania ofert dokonał zmiany treści oferty polegającej na zmianie cen jednostkowych w ofercie, nadając jej taką treść, aby mógł on uzyskać wyższą punktację i aby jego oferta została uznana za najkorzystniejszą. Podkreślić należy, że z pierwotnej treści oferty nie wynikało w żaden sposób jaka jest treść oferty wykonawcy T-Mobile w zakresie pakietów transmisji danych, czy obejmuje nielimitowaną transmisję danych, czy też dodatkowe pakiety. Oświadczenie w tym zakresie zostało złożone dopiero na wezwanie Zamawiającego w sytuacji, gdy wykonawca T-Mobile miał już informacje z otwarcia ofert i wiedział, że jeśli nie zaoferuje nielimitowanej transmisji danych, to nie uzyska zamówienia.

Co więcej, na to, że doszło do niedozwolonych negocjacji dotyczących oferty wykonawcy T-Mobile wskazuje nie tylko, to, że wykonawca ten zmienił w odpowiedzi na pismo Zamawiającego treść oferty, lecz również to, że wskazał Zamawiającemu, jakiej czynności powinien on dokonać, aby ta zmiana była skuteczna (poprawienie omyłki).

Mając na względzie powyższe, należy stwierdzić, że w toku wyjaśnień treści oferty wykonawcy T-Mobile doszło do niedozwolonych negocjacji, w których na skutek pytania Zamawiającego, wykonawca zmienił treść oferty tak, aby była ona zgodna z warunkami zamówienia i aby uzyskał przedmiotowe zamówienie, co stanowi naruszenie art. 223 ust. 1 ustawy.

III. Niedozwolone poprawienie innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia (art. 223 ust. 2 pkt 3) Pzp)

Konsekwencją prowadzonych przez Zamawiającego negocjacji z wykonawcą T-Mobile było dokonanie wspomnianego już poprawienia innej omyłki, polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia. Czynność Zamawiającego należy uznać za niezgodną z ustawą, niezależnie od tego, że doszło do niej na skutek wcześniejszego naruszenia ustawy polegającego na niedozwolonych negocjacjach dotyczących oferty wykonawcy T-Mobile.

Przede wszystkim w świetle art. 223 ust. 1 ustawy zakazane jest dokonywanie jakiejkolwiek zmiany treści oferty z wyjątkiem art. 223 ust. 2 oraz art. 187 Pzp, przy czym ten drugi przepis nie ma znaczenia w okolicznościach sprawy. Skoro tak, art. 223 ust. 2 Pzp nie może być interpretowany rozszerzająco, gdyż stanowi wyjątek.

Zgodnie z art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp „Zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty". Z samego przepisu wynika, że poprawienie omyłki w ofercie T-Mobile było niedopuszczalne.

Zmiana treści oferty dokonana na skutek poprawienia innej omyłki była na tyle istotna, że decydowała o przyznaniu, bądź nie wykonawcy T-Mobile aż 20 dodatkowych punktów, które zadecydowały o wyborze tej oferty jako najkorzystniejszej.

Dokonana przez Zamawiającego zgodnie z oświadczeniem woli złożonym przez wykonawcę T-Mobile, w toku niedopuszczalnych negocjacji, zmiana treści oferty tego wykonawcy, zmieniła zakres świadczenia w zakresie transmisji danych, która to usługa była na tyle istotna dla Zamawiającego, że nie tylko Zamawiający wyszczególnił ją w tabeli cenowej i wymagał uwzględnienia przy obliczaniu ceny oferty, lecz również przewidział dodatkowe 20 punktów za zaoferowanie nielimitowanej transmisji danych przez wykonawców - nie sposób mówić, że poprawienie innej omyłki prowadzące do zmiany treści oferty w tym zakresie było nieistotne.

Ponieważ poprawienie innej omyłki, polegającej na niezgodności oferty wykonawcy T-Mobile z dokumentami zamówienia doprowadziło do istotnej zmiany jej treści, należy je uznać za niedopuszczalne w świetle art. 223 ust. 2 pkt 3) Pzp.

Mając na względzie powyższe, zważywszy, że treść oferty złożonej przez wykonawcę T-Mobile była niezgodna z warunkami zamówienia i podlegała ona odrzuceniu na podstawie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp, należy stwierdzić, że powinna ona zostać odrzucona, niezależnie od tego, że Zamawiający w celu jej ratowania dokonywał czynności z naruszeniem art. 223 ust. 1 ustawy (niedozwolone negocjacje dotyczące treści oferty) oraz z naruszeniem art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp (niezgodne z ustawą poprawienie innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia). Wobec powyższego wniesiono jak na wstępie.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości, z uwagi na całkowitą niezasadność podniesionych w nim zarzutów, gdyż prawidłowo dokonał wyboru w postępowaniu oferty T-Mobile Polska S.A. jako najkorzystniejszej, uprzednio dokonując zgodnie z przepisem art. 223 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp poprawienia innej omyłki w treści oferty ww. Wykonawcy, w wyniku czego zostało potwierdzone, że treść oferty jest zgodna z warunkami zamówienia, w szczególności w zakresie zaoferowanych dodatkowych pakietów minimum 60 GB do abonamentów G1 i M1 oraz dodatkowych pakietów danych bez limitu do abonamentów G1 i

M1, a tym samym nie zachodzi podstawa do odrzucenia tej oferty, na podstawie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp oraz Zamawiający nie prowadził negocjacji z T-Mobile Polska S.A. treści oferty, zarówno w zakresie treści oferty, jak również tym bardziej w zakresie zaoferowania przez T-Mobile Polska S.A. nielimitowanej transmisji danych w kraju dla wszystkich aktywacji w ramach abonamentu, ocenianego w ramach II kryterium oceny ofert o wadze 20 punktów.

Uzasadnienie odpowiedzi na odwołanie.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu zaniechanie odrzucenia oferty T-Mobile pomimo tego, że jej treść była niezgodna z warunkami zamówienia z uwagi na zaoferowanie przez wykonawcę T-Mobile zarówno płatnych dodatkowych pakietów transmisji danych w abonamentach G1 i M1, jak i nielimitowanej transmisji danych w kraju dla wszystkich aktywacji w ramach abonamentu oraz prowadzenie przez Zamawiającego w zakresie pakietów transmisji danych, stanowiących kryterium oceny ofert o wadze 20 punktów, negocjacji z wykonawcą T-Mobile, za pomocą procedury wezwania do wyjaśnienia treści oferty, a także dokonanie przez Zamawiającego istotnej zmiany treści oferty wykonawcy T-Mobile w trybie poprawienia innej omyłki, co umożliwiło dodanie 20 punktów dla oferty wykonawcy T-Mobile i doprowadziło do jej wyboru jako najkorzystniejszej, co stanowi naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5), art. 223 ust. 1 oraz art. 223 ust. 2 pkt 3) Pzp.

Zdaniem Zamawiającego, zarzuty są całkowicie niezasadne, gdyż zostały one oparte na:

(1) błędnej interpretacji przepisu zastosowanego, tj. art. 223 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp, w zakresie dopuszczalności poprawienia innej omyłki, polegającej na niezgodności oferty Wykonawcy z dokumentami zamówienia, niepowodującej istotnej zmiany w treści oferty,

(2) błędnym uznaniu, że treść oferty wybranego Wykonawcy jest, na podstawie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 6) ustawy Pzp, niezgodna z warunkami zamówienia oraz

(3) przypisaniu Zamawiającemu czynności, które nie miały miejsca w przedmiotowym postępowaniu, gdyż Zamawiający nie negocjował treści oferty, a tym samym nie mógł naruszyć przepisu art. 223 ust. 1 zd. 2 ustawy Pzp, stosownie do którego niedopuszczalne jest prowadzenie między Zamawiającym a Wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej ofert.

Uzasadnienie stanowiska Zamawiającego

1. W pierwszej kolejności należy zauważyć, że niesporne są kluczowe okoliczności podniesione w odwołaniu, tj.: (-) T-Mobile Polska S.A. w złożonej w przedmiotowym postępowaniu ofercie, tj. w „Formularzu oferty - Załącznik nr 1 do SWZ", po pierwsze, w pkt 3 zaznaczył „TAK", poprzez postawienia „[X]* " oraz przekreślił „NIE" w zakresie zadeklarowania, że: „Oświadczamy, że oferujemy nielimitowaną transmisję danych w kraju dla wszystkich aktywacji, w ramach abonamentu:",

po drugie, w tabeli zamieszczonej na s. 2 „Formularzu oferty, w zakresie „Oferujemy realizację zamówienia zgodnie ze specyfikacją warunków zamówienia za poniższą cenę:" w pkt 3 i 4 w zakresie: „3. Opłata za dodatkowy pakiet minimum 60 GB do abonamentów G1 i M1" oraz „4. Opłata za dodatkowy pakiet danych bez limitu do abonamentów G1 i M1" Wykonawca T-Mobile Polska S.A. wpisał cenę jednostkową netto (PLN) w kolumnie 4: „1 zł" oraz cenę jednostkową brutto (PLN) w kolumnie 5: „1,23 zł".

(-) wzór „Formularzu oferty - Załącznik nr 1 do SWZ", w tym również oferta złożona przez T-Mobile Polska S.A. zawierała następujące adnotacje:

„W przypadku nie zaznaczenia żadnej z opcji lub zaznaczenia obu jednocześnie, Zamawiający uzna, że Wykonawca nie oferuje ww. usługi i nie przyzna Wykonawcy punktów w tym kryterium. W przypadku zaznaczenia TAK Wykonawca w tabeli powyżej w pozycji 3 i 4 wpisze 0, a jeśli zaznaczy NIE w tych pozycjach poda cenę takiego pakietu.".

(-) W dniu 2 grudnia 2021 r. Zamawiający wystąpił do T-Mobile Polska S.A. na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp o: „wyjaśnienie zapisów w formularzu ofertowym dotyczących pkt 3 oraz pkt 3 i 4 tabeli. W wyjaśnieniach do pkt 3 zamawiający wskazał, że w przypadku

zaznaczenia TAK [w pkt 3 formularza oferty] Wykonawca w tabeli w pozycji 3 i 4 wpisze 0, a

jeśli zaznaczy NIE w tych pozycjach poda cenę takiego pakietu.

Wykonawca w pkt 3 zaznaczył TAK i jednocześnie w pkt 3 i 4 tabeli wskazał ceny za

dodatkowy pakiet.

W związku z powyższym Zamawiający zwraca się o wyjaśnienie powstałych rozbieżności.".
(-) W odpowiedzi na powyższe wezwanie T-Mobile Polska S.A. w piśmie z dnia 7 grudnia 2021 r. złożył wyjaśnienia: „W zakresie części drugiej wezwania wskazujemy, że Wykonawca omyłkowo wskazał w pkt 3 i 4 tabeli opłatę za dodatkowy pakiet odpowiednio minut i danych. Celem Zamawiającego [wg Zamawiającego prawidłowo powinno być Wykonawcy - oczywista omyłka pisarska] było zaoferowania nielimitowanej transmisji danych w kraju dla

wszystkich aktywacji w ramach abonamentu (wskazano to w pkt 3 Formularza oferty), a co

za tym idzie zamiarem Wykonawcy było wskazanie w pkt 3 i 4 tabeli 0,00 zł (zarówno jako jednostkową cenę netto, jednostkową cenę brutto i wartość brutto). Zamawiający nie będzie ponosił dodatkowych kosztów za dodatkowy pakiet minut i dodatkowy pakiet danych. W związku z tym Zamawiający powinien skorygować odpowiednio tabelą zamieszczoną w Formularzu oferty T-Mobile z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych wskazanej powyżej omyłki.".

(-) Następnie, Zamawiający w piśmie z 14 grudnia 2021 r. poinformował T-Mobile Polska S.A., że: „Zamawiający, na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, poprawia inną omyłkę polegającą na korekcie wartości w poz. 3 i 4 tabeli formularza ofertowego, w kolumnach:

✓ Jednostkowa cena netto (PLN) - zamiast 1,00 wpisanie 0,00;

✓ Jednostkowa cena brutto (PLN) - zamiast 1,23 wpisanie 0,00;

✓ Wartość brutto w zł - poz. 3 zamiast 29,52 wpisanie 0,00, a w poz. 4 zamiast 442,80 wpisanie 0,00.

W konsekwencji prawidłowo wyliczona wartość oferty wynosi 579.772,80 zł brutto.

W związku z powyższym, zgodnie z art. 223 ust. 3 ustawy Pzp, Wykonawca w terminie podanym poniżej przekaże informację o wyrażeniu zgody na poprawienie powyższej omyłki

lub zakwestionowaniu jej poprawienia. Brak odpowiedzi w wyznaczonym terminie

Zamawiający uzna za wyrażenie zgody na poprawienie omyłki.”.

W odpowiedzi wykonawca oświadczył, że wyraża zgodę na poprawienie omyłki w sposób wskazany przez Zamawiającego w piśmie z dnia 14 grudnia 2021 r.”.

2. W powyższych okolicznościach faktycznych, Zamawiający nie miał wątpliwości, że wpisanie przez T-Mobile Polska S.A. cen 1 zł netto z tytułu opłaty za: „dodatkowy pakiet minimum 60 GB do abonamentów G1 i M1” w pozycji 3 formularza ofertowego oraz „dodatkowy pakiet danych bez limitu do abonamentów G1 i M1” w pozycji 4 formularza ofertowego, stanowi przykład innej omyłki, polegającą na niezgodności oferty Wykonawcy z dokumentami zamówienia, niepowodującej istotnej zmiany w treści oferty, w rozumieniu art. 223 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp.

Powyższa kwalifikacja została dokonana przez Zamawiającego na podstawie poniższych ustaleń.

Po pierwsze, ofercie T-Mobile Polska S.A. powinno zostać przyznane 20 punktów w kryterium II - „Zapewnienie nielimitowanej transmisji danych w kraju dla wszystkich aktywacji w ramach abonamentu (T)” z uwagi na zaznaczenie „TAK” przez tego Wykonawcę w pkt 3 formularza ofertowego.

Powyższa czynność Zamawiającego wprost wynikała z literalnego brzmienia postanowienia pkt 19.3 lit a) SWZ, stosownie do którego: „Do oceny ofert w kryterium II (T) Zamawiający przyjmie wartość zaoferowaną przez Wykonawcę w pkt 3. Jednakże w przypadku: a) zaznaczenia Tak przez wykonawcę, Zamawiający przyzna 20 punktów w kryterium II (T).” . Wola uzyskania przez tego Wykonawcę maksymalnej liczny 20 punktów w II kryterium została wyrażona w sposób zgodny z SWZ i nie budzący żadnych wątpliwości Zamawiającego.

Po drugie, Zamawiający wprost przewidział w SWZ oraz adnotacji pod pkt 3 Formularza ofertowego, że „w przypadku zaznaczenia Tak Wykonawca w pozycji 3 i 4 tabeli w formularzu oferty wpisze 0, a jeśli zaznaczy Nie w tych pozycjach poda cenę takiego pakietu”.

Skoro zatem T-Mobile Polska S.A. zaznaczył w Tak w pozycji 3 Formularza, to powinien również wpisać 0 złotych w pozycjach 3 i 4 tabeli.

W powyższych postanowieniach, Zamawiający wskazał jednoznaczną kolejność działań podejmowanych przez Wykonawcę w zakresie formułowania oferty oraz pośrednio wiążący Zamawiającego sposobu poprawienia ewentualnej omyłki w ofercie Wykonawcy, który nie zastosował się do powyższych postanowień dokumentacji przetargowej.

Po trzecie, Zamawiający nie znalazł żadnych podstaw, opartych na zapisach dokumentacji przetargowej lub jakichkolwiek innych racjonalnych lub logicznych, aby sądzić, że wolą T-Mobile Polska S.A. było zaoferowanie symbolicznej ceny jednostkowej 1 złotego netto za dodatkowy pakiet danych bez limitu do abonamentów G1 i M1, a w konsekwencji Wykonawca chciał zaznaczyć „Nie” w pkt 3 formularz oferty i zrezygnować z otrzymania 20 punktów w II kryterium oceny ofert („Zapewnienie nielimitowanej transmisji danych w kraju dla wszystkich aktywacji w ramach abonamentu (T)”).

Pomocniczo należy również mieć na uwadze, że pozostali dwaj Wykonawcy również zaoferowali bezpłatną nielimitowaną transmisję danych w kraju dla wszystkich aktywacji w ramach abonamentu w celu uzyskania maksymalnej liczby 20 punktów w ramach II kryterium oceny ofert. To też pośrednio potwierdza, że również zamiarem T-Mobile Polska S.A. było uzyskanie maksymalnej liczby punktów w tym kryterium pozacenowym.

Po trzecie, Zamawiający uznał, że poprawienie powyższej omyłki nie będzie miało charakteru istotnej zmiany oferty, gdyż:

(-) poprawka dotyczyła 2 pozycji (o najmniejszej wartości i znaczeniu dla całkowitej ceny

ofertowej brutto) z 9 pozycji formularza cenowego,

(-) poprawka dotyczyła zastąpienia wartości 1 zł netto i 1,23 zł brutto wartością 0 złotych,

(-) wartość brutto w złotych poprawionych pozycji oferty wynosiła przed poprawką: 29,52 zł (w poz. 3 tabeli) i 442,80 zł (w poz. 4 tabeli), co daję łącznie 472,32 zł, co w odniesieniu do wartości brutto oferty Wykonawcy w kwocie: 580 245,12 prowadzi do wniosku, że oferta została poprawiona o 0,08%,

(-) dokonanie tej poprawki nie przekładało się w żaden sposób na punktację oferty T-Mobile Polska S.A. w zakresie kryterium II „nielimitowanej transmisji danych w kraju dla wszystkich aktywacji w ramach abonamentu", jak również miało śladowy wpływ na nieznaczne (pomijalne dla wyniku przedmiotowego postępowania) zwiększenie punktacji oferty tego Wykonawcy w zakresie I kryterium dotyczącego ceny (w wyniku jej zmniejszenia z kwoty 580 245,12 złotych brutto do kwoty 579 772,80 złotych brutto),

(-) dokonując tej poprawki Zamawiający kierował się ściśle jednoznacznymi postanowieniami SWZ i formularza ofertowego, które - racjonalnie rzecz ujmując prawie na pewno - zostały po prostu przeoczone przez Wykonawcę przy przygotowywaniu oferty, przy braku jakichkolwiek przesłanek mogących wskazywać na celowe działanie w zakresie świadomego zakwestionowania przez Wykonawcę powyżej przywołanych postanowień SWZ i formularza

ofertowego,

(-) niezależnie od wyjaśnień złożonych przez ww. Wykonawcę, poprawienie omyłki miało charakter obiektywnie uzasadniony, zarówno co do jej wystąpienia, jak sposobu poprawienia,

(-) znajduje to potwierdzenie w orzecznictwie, np. w szczególności w wyroku z 1 lutego 2012 r. (KIO 140/12 i 142/12), który zapadł w analogicznych, a wręcz tożsamych okolicznościach, z którego wynikało, że Zamawiający w takich okolicznościach jest zobowiązany poprawić inną omyłkę w ofercie Wykonawcy.

3. Konieczność zakwalifikowania powyższej sytuacji jako podlegającej poprawieniu „innej omyłki" znajduje potwierdzenie w urzędowym komentarzu Urzędu Zamówień Publicznych,

np. s. 701:

„Poprawienie nieprawidłowości z art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp występującej w ofercie uzależnione jest od spełnienia dwóch przesłanek:

1) po pierwsze, zauważona niezgodność musi mieć charakter omyłki, a nie celowego działania wykonawcy polegającego na świadomym złożeniu oświadczenia woli o określonej treści. Obowiązek zamawiającego poprawienia omyłek nieoczywistych 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",

2) po drugie, poprawienie niezgodności nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty.".

I na s. 702: „Zamawiający jest zobowiązany poprawić omyłkę w szczególności wtedy, gdy sposób, w jaki ma być dokonana poprawa, wynika z innych elementów składających się na ofertę, przy czym nie jest wykluczone, że w pewnych okolicznościach poprawienie omyłki będzie miało miejsce po uzyskaniu od wykonawcy wyjaśnień w trybie art. 223 ust. 1 Pzp." oraz „Jak stanowi art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp, poprawieniu podlegają omyłki niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Powyższa regulacja poprzez odniesienie do „istotności zmian" wyraża zasadę, że skoro to zamawiający ma dokonać weryfikacji oferty, to poprawki muszą mieścić się w ramach korekty możliwej dla zamawiającego.".

4. Należy również uwzględnić, że przy interpretacji i zastosowaniu przepisu dotyczącego „poprawienia innej omyłki, polegającej na niezgodności oferty Wykonawcy z dokumentami zamówienia, niepowodującej istotnej zmiany w treści oferty" należy mieć na uwadze:

(-) zasadę efektywności z przepisu art. 17 ust. 1 pkt 1) i 2) ustawy Pzp, stosownie do którego Zamawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający najlepszą jakość, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które Zamawiający może przeznaczyć na jego realizację oraz uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów (...) gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów;

oraz

(-) genezę przewidzenia powyższego przepisu w poprzedniej ustawie Pzp (por. art. 87 ust. 2 pkt 3)), który został wprowadzony do polskiego porządku prawnego dotyczącego zamówień publicznych w celu wyeliminowania sytuacji wyboru dużo droższej oferty z powodu konieczności odrzucenia tańszej oferty, zawierającej nieistotne i możliwe do poprawienia przez Zamawiającego niezgodności z dokumentacją danego postępowania (SWZ).

W powyższym kontekście należy zauważyć, że odrzucenie oferty T-Mobile Polska S.A. będzie się wiązało z ewentualnością wyboru ostatniej w rankingu ofert - oferty Orange Polska S.A. na kwotę: 867 705,12 złotych, a więc o około 300 tysięcy złotych droższą od oferty wybranego Wykonawcy.

5. Za całkowicie bezpodstawny należy uznać zarzut Odwołującego, że Zamawiający prowadził jakiekolwiek negocjacje z wybranym Wykonawca.

Po pierwsze, żaden z zapisów zacytowanych powyżej pism wymienionych pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą nie wskazują na zamiar albo nie nosi znamion zaproszenia lub prowadzenia negocjacji pomiędzy wymienionymi powyżej Podmiotami.

Po drugie, z powszechnie przyjętej interpretacji przepisów ustawy Pzp, w tym potwierdzonych w bogatym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wynika, że każda niespójność w ofercie nie tylko może być, ale wręcz powinna być przedmiotem wyjaśnień przez Wykonawcę, który złożył tę ofertę. Zamawiający w pełni podziela powyższy pogląd, że w toku przeprowadzonego w sposób staranny i profesjonalny badania ofert jest zobowiązany wyjaśnić z udziałem zainteresowanego Wykonawcy wszystkie wątpliwości dotyczące złożonej przez niego oferty. Powyższe dotyczyło również stwierdzonej niespójności w ofercie T-Mobile Polska S.A. w zakresie wypełnienia pozycji 3 i 4 tabeli w formularzu ofertowym wartością 1 złotego zamiast 0 złotych.

Po trzecie, wezwanie do wyjaśnień ma służyć rzeczowemu wyjaśnieniu przez Wykonawcę wszystkich okoliczności, w których doszło do powstania stwierdzonej przez Zamawiającego niespójności w ofercie tego Wykonawcy, a w konsekwencji ustalenia, czy rzeczywiście w przedmiotowych okolicznościach mamy do czynienie z inną omyłką, którą należy poprawić

zgodnie z postanowieniami SWZ i Formularza ofertowego.

6. Powyższe stanowisko Zamawiającego znajduje potwierdzenie w następującym, przykładowym i bogatym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (zapadły na gruncie przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp z dnia 29 stycznia 2004 r., będącego poprzednikiem przepisu art. 223 ust. 1 obecnej ustawy Pzp).

Krajowa Izba Odwoławcza poparła powyższy pogląd w swoim wyroku z dnia 3 października 2017 r. (KIO 1926/17), w którym wskazała, że konieczność wyjaśnienia wątpliwości dotyczących treści złożonej przez wykonawcę oferty wynika z obowiązku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z uwzględnieniem zasady należytej staranności: „Przepis art. 87 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) nie ustanawia obowiązku żądania wyjaśnień, ale ze względu na użycie czasownika »może« daje zamawiającym uprawnienie żądania wyjaśnień. Choć przepis ten ustanawia fakultatywność żądania, jednak zgodnie z zasadą należytej staranności zamawiający powinien żądać od wykonawców wyjaśnień, gdy treść oferty budzi wątpliwości zamawiającego”.

Podobnie Izba wypowiedziała się w wyroku z dnia 27 listopada 2017 r. (KIO 2383/17), w którym stwierdziła, że: „nie można pominąć w tym miejscu obowiązku, jaki ciąży na Zamawiającym, czyli rzetelnego przeprowadzenia postępowania o udzielnie zamówienia. Dokonując zestawienia uprawnienia wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie treści złożonej oferty oraz należytej oceny ofert wydaje się słusznym, że regulacja art. 87 ust. 1 powinna być rozpatrywana w kategoriach kompetencji Zamawiającego - czyli prawa Zamawiającego do żądania wyjaśnień jednakże połączonego z obowiązkiem zażądania tychże wyjaśnień celem wypełnienia obowiązku przeprowadzenia oceny ofert w sposób staranny i należyty”.

Najnowsze orzecznictwo wskazuje, że z biegiem lat znacząco rozszerzono zakres

przypadków, w których dopuszczalne jest poprawienie nieistotnych omyłek oferty. Między innymi w wyroku z dnia z 11 grudnia 2018 r. (KIO 2459/18) Izba podkreśliła, że: „niezgodność treści oferty z treścią SIWZ nie stoi na przeszkodzie poprawieniu oferty, gdyż takim właśnie sytuacjom wprost dedykowany jest przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP, jeżeli zmiana nie ma charakteru istotnego. Chociaż postępowanie o udzielenie zamówienia cechuje się dużym poziomem formalizmu, to jednak formalizm ten nie może przesłaniać celu postępowania i prowadzić do eliminacji ofert zawierających uchybienia, które mogą zostać poprawione, a których poprawienie nie będzie stało w sprzeczności z zasadami udzielania zamówień publicznych".

W związku z powyższym, jeżeli wątpliwości co do niezgodności treści oferty z postanowieniami SIWZ mają charakter usuwalny, Zamawiający nie tyle może, co wręcz powinien zbadać zasadność poprawienia omyłek powodujących taką niezgodność, a następnie dokonać ich poprawy na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Za taką interpretacją przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp (obecnie art. 226 ust. 1 pkt 6) w zw. z art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp) zgodziła się Krajowa Izba Odwoławcza m.in. w wyroku z dnia 28 grudnia 2018 r. (KIO 2589/18): „Dla odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. nie może być żadnych wątpliwości co do tego, że treść złożonej oferty jest niezgodna z treścią SIWZ, niewystarczające jest powzięcie co do tego wątpliwości, które nie są poparte dowodami jednoznacznie na to wskazującymi". Podobnie KIO orzekła w wyroku z dnia 28 stycznia 2019 r. (KIO 53/19): „Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. ma bowiem bezwzględne zastosowanie, ale jedynie w sytuacji, gdy rozbieżności pomiędzy treścią oferty, a treścią siwz mają charakter nieusuwalny w drodze ustawowych instrumentów opisanych w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Natomiast zastosowanie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. przed zbadaniem przesłanek zaistnienia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jest niedopuszczalne".

7. W wyniku zgodnego z przepisami ustawy Pzp wyjaśnienia oferty T-Mobile Polska S.A. oraz poprawienia przez Zamawiającego powyżej opisanej omyłki w ofercie tego Wykonawcy nie zachodzi również zarzucana w odwołaniu niezgodność treści oferty wybranego Wykonawcy z warunkami zamówienia.

Biorąc pod uwagę powyższą argumentację, wnoszę, jak na wstępie.

Uczestnik postepowania: T-Mobile Polska S.A. podtrzymał wniosek o oddalenie odwołania w całości i w uzupełnieniu zgłoszonego przystąpienia przedstawi argumentację.

Potwierdzając ustalony stan faktyczny wskazał, że jednym z kryteriów oceny ofert w postępowaniu było „Zapewnienie nielimitowanej transmisji danych w kraju dla wszystkich aktywacji w ramach abonamentu (T) " (waga 20%) i że w pkt 3 Formularza oferty wskazano „Oświadczamy, że oferujemy nielimitowaną transmisję danych w kraju dla wszystkich aktywacji, w ramach abonamentu: TAK [NIE [ ]*** W przypadku nie zaznaczenia żadnej z opcji lub zaznaczenia obu jednocześnie, Zamawiający uzna, że Wykonawca nie oferuje ww. usługi i nie przyzna Wykonawcy punktów w tym kryterium. W przypadku zaznaczenia TAK Wykonawca w tabeli powyżej w pozycji 3 i 4 wpisze 0, a jeśli zaznaczy_ NIE w tych pozycjach poda cenę takiego pakietu. "

Przyznał, że przygotowując ofertę przeoczył dopisek dodany w pkt 3 Formularza, co spowodowało, że poz. 3 i 4 tabeli z cenami zostały omyłkowo uzupełnione o kwoty.

Stan prawny.

Wbrew twierdzeniom Odwołującego nie doszło do zaktualizowania się hipotezy art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP - treść oferty TMobile nie jest niezgodna z warunkami zamówienia, a zatem nie ma podstaw do jej odrzucenia. O ile faktycznie Wykonawca wypełnił poz. 3 i 4 tabeli z cenami, podczas gdy zgodnie z informacją podaną w formularzu oferty z uwagi na

zaoferowanie nielimitowanej transmisji danych w abonamencie w tych pozycjach powinien

on wskazać „0", to nie świadczy to od razu o niezgodności z warunkami zamówienia. Uchybienie to Zamawiający słusznie uznał za inną omyłkę polegającą na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującą istotnej zmiany w treści oferty i dokonał jej poprawienia.

Analiza złożonego Formularza oferty przez T-Mobile nie pozostawia wątpliwości, że celem Wykonawcy było zaoferowanie nielimitowanej transmisji danych. Wykonawca w pkt 3

Formularza oferty wyraźnie zaznaczył jeden z wariantów - poprzez wpisanie „X” obok odpowiedzi „Tak” i jednocześnie dodatkowo poprzez przekreślenie odpowiedzi „Nie”. Nie ulega więc wątpliwości, że deklaracja w zakresie zaoferowania nielimitowane transmisji danych została wyrażona w ofercie w sposób jasny i wyraźny niebudzący wątpliwości. Również Zamawiający nie miał w tym zakresie wątpliwości, gdyż w informacji z otwarcia ofert wskazał, że T-Mobile zaoferował zapewnienie nielimitowanej transmisji danych.

3. Zamawiający po analizie formularza oferty miał Świadomość omyłki i wiedział na czym ona polega. W wezwaniu z 2 grudnia 2021 r. poprosił o „wyjaśnienie zapisów w formularzu oferty dotyczących pkt 3 oraz pkt 3 i 4 tabeli”. Rozbieżność była widoczna i łatwa do zidentyfikowania.

4. Nawet gdyby Zamawiający nie poprawił tej omyłki w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp, to oczywistym jest, że z uwagi na zaoferowanie nielimitowanej transmisji danych Wykonawca nie byłby uprawniony do pobierania opłat za dodatkowe pakiety danych dla abonamentu Gl i Ml, Istotne jest, że zgodnie z pkt 18.3 SWZ „Podana w ofercie całkowita wartość brutto realizacji zamówienia w okresie obowiązywania umowy (cena) służy jedynie do porównania i ocen złożonych ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej. Wartość umowy podpisanej z Wykonawcą wynikać będzie ze środków przeznaczonych na jej realizację, a rozliczenie następować będzie w oparciu o ceny jednostkowe podane w formularzu oferty. ” Obniżenie ceny oferty T-Mobile o 472,32 zł nie wpłynęło za zmianę pozycji T-Mobile w rankingu ofert, cena oferty T-Mobile w dalszym ciągu była niższa niż cena oferty Odwołującego.

5. W wyjaśnieniach z 7 grudnia 2021 r. Wykonawca nie prowadził z Zamawiającym negocjacji - potwierdził jedynie to, co wynikało z treści oferty - że jego celem było zaoferowanie nielimitowanej transmisji danych w kraju dla wszystkich aktywacji w ramach abonamentu, tj. bez dodatkowych kosztów. W wyroku KIO 1088/17 wskazano, że „skoro dopuszczalne jest wyjaśnienie treści złożonej oferty, dysponowanie przez zamawiającego wszystkimi niezbędnymi danymi do dokonania poprawienia omyłek bez ingerencji wykonawcy należy oceniać z uwzględnieniem informacji uzyskanych w wyniku wyjaśnień. Należy podkreślić, że z uwagi na «nieoczywisty» charakter "innych omyłek», o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP 2004 r., wezwanie do wyjaśnień może służyć zarówno ustaleniu, czy i gdzie zostały one popełnione, a także czy i w jaki sposób mogą zostać poprawione”.

6. Zgodnie z art. 223 ust. 2 pkt 3 PZP „Zamawiający poprawia w ofercie: inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty - niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. ”

7. W przedmiotowym stanie faktycznym bez wątpienia możemy mówić o „omyłce polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia”, co przyznał sam Odwołujący.

8. Do rozważenia pozostaje zatem druga przesłanka wprost wynikająca z art. 223 ust. 2 pkt 3 PZP czy poprawienie omyłki wykrytej przez Zamawiającego spowodowało istotną zmianę treści oferty T-Mobile. „Pojęcie istotności zmiany w treści oferty jest pojęciem nieostrym. W związku z tym decyzja w przedmiocie możliwości zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP z 2004 r. winna być podejmowana każdorazowo z uwzględnieniem całokształtu indywidualnych okoliczności sprawy, zarówno z uwzględnieniem następstw i konsekwencji zmian dla treści oferty, jak i z uwzględnieniem samego rodzaju i charakteru poprawianych niezgodności oraz sposobu ich przeprowadzenia. W orzecznictwie konsekwentnie przyjmuje się np. możliwość poprawiania treści oferty odnoszących się bezpośrednio do ich essentialia negotii. Dopuszcza się więc możliwość poprawienia samej ceny ofertowej czy określenia przedmiotu świadczenia, pod warunkiem ograniczenia zakresowego, ilościowego czy jakościowego tego typu zmian” (KIO 1341/13). Biorąc pod uwagę wartości wpisane przez Wykonawcę w poz. 3 i 4 tabeli zawartej w Formularz oferty - odpowiednio:

3. Opłata za dodatkowy pakiet minimum 60 GB do abonamentów Gl i Ml Jednostkowa cena netto (PLN) - 1,00 Jednostkowa cena brutto (PLN) - 1,23 Wartość brutto w zł - 29,52

4. Opłata za dodatkowy pakiet danych bez limitu do abonamentów Gl i Ml Jednostkowa cena netto (PLN) - 1,00 Jednostkowa cena brutto (PLN) - 1,23 Wartość brutto w zł - 442,80

nie sposób uznać, że poprawienie omyłki i „wyzerowanie” wskazanych powyżej pozycji doprowadziło do istotnej zmiany treści oferty. W konsekwencji cena oferty Wykonawcy uległa obniżeniu o 472,32 zł (czyli zaledwie o 0,08%). Patrząc przez pryzmat powyższych wskazań należy zauważyć, że w przedmiotowym stanie faktycznym zakres koniecznych zmian nie był znaczny, a ich poprawienie spowodowało jedynie niewielką zmianę ceny oferty (przy czym z uwaga na to, że zmiana polegała na obniżeniu ceny należy ją uznać za korzystną dla Zamawiającego).

9. W doktrynie wskazuje się ponadto, że „Poprawienie omyłki nie może prowadzić do

istotnej zmiany treści oferty (tj. merytorycznej zawartości oferty), a nie zmiany, która będzie miała istotne znaczenie dla wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Dlatego też przy ocenie tego poziomu istotności nie ma znaczenia wpływ poprawienia omyłki na kolejność ofert wynikającą z uszeregowania ich według kryteriów oceny ofert. Należy pamiętać, że wybór najkorzystniejszej oferty, który jest celem tworzenia takiego rankingu, następuje spośród ofert zweryfikowanych pozytywnie w toku ich badania i oceny, tj. ofert niepodlegających odrzuceniu. Inaczej mówiąc, uszeregowanie przez zamawiającego ofert na podstawie kryteriów oceny ofert jest uwarunkowane wcześniejszym rozstrzygnięciem co do poprawienia omyłki w konkretnej ofercie lub alternatywnie - jej odrzucenia." (red. H. Nowak. M. Winiarz, Prawo zamówień publicznych. Komentarz. , UZP, Warszawa 2021, str. 702).

10. Wszystkie informacje, których potrzebował Zamawiający do poprawienia oferty Wykonawcy znajdowały się w jej treści, Zamawiający nie musiał uzupełniać oferty o informacje, które się w niej pierwotnie nie znalazły. Nawet bez wzywania Wykonawcy do wyjaśnień Zamawiający mógłby poprawić przedmiotową omyłkę - z uwagi na informację jaką zawarł w pkt 3 Formularza oferty. Wezwania do wyjaśnień, jakie Zamawiający skierował do Wykonawcy w trybie art. 223 ust. 1 PZP i odpowiedzi Wykonawcy nie można więc potraktować jako negocjacji treści oferty. Wyjaśnienia te nie do prowadził do kreowania nowej treści ofert dotyczyło wyłącznie tego, co było już w niej zawarte. Poprawienie omyłki na zasadach określonych w art. 223 ust. 2 Pzp może nastąpić w sytuacji, gdy z treści oferty można wywieść fakt istnienia omyłki (w przedmiotowym stanie faktycznym nie budzi to wątpliwości), a przede wszystkim powziąć wiedzę o charakterze pomyłki i sposobie jej poprawienia w celu doprowadzenia do zgodności treści oferty z SWZ. W przedmiotowym stanie faktycznym Zamawiający miał wystarczające dane do dokonania poprawienia tej niespójności.

11. Oczywistym jest, że składając ofertę, wykonawca zamierza złożyć ją zgodnie z wymaganiami SIWZ, gdyż celem złożenia oferty jest uzyskanie zamówienia. Na podstawie dokumentów postępowania można z łatwością ustalić, gdzie popełniona została omyłka. Celem instytucji poprawienia omyłki w treści oferty jest uniknięcie konieczność odrzucenia oferty wykonawcy z powodu jej niewielkiej niezgodności z treścią SWZ i poprawienie zawartych w tej ofercie pomyłek popełnionych podczas sporządzania oferty - w przypadku, gdy wiadomo jest, w jaki sposób omyłki te poprawić, a taka sytuacja występuje w niniejszym postępowaniu. Treść art. 223 ust. 2 pkt 3 PZP nie rozróżnia, czy omyłka w treści oferty wykonawcy dotyczy elementów istotnych czy nieistotnych umowy. Istotą tego artykułu jest poprawienie omyłki w sytuacji, gdy poprawienie takie nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. W niniejszym postępowaniu, jak wskazano powyżej, poprawienie omyłki dotyczyło jedynie „wyzerowania" dwóch pozycji tabeli cenowej i w konsekwencji obniżenia ceny oferty o niecałe 0,08%. Poprawienie tej omyłki nie spowodowało zatem istotnych zmian w treści oferty.

IV. Biorąc powyższe pod uwagę, w przedmiotowym stanie faktycznym, wbrew twierdzeniom Odwołującego nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów Pzp. Omyłka, którą popełnił Wykonawca w formularzu oferty kwalifikowała się do poprawienia w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 PZP jako omyłka polegająca na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodująca istotnych zmian w treści oferty, nie sposób więc mówić w tej sytuacji o niezgodności oferty z warunkami zamówienia. Z uwagi na to, że wszelkie elementy niezbędne do poprawienia omyłki znajdowały się w pierwotnej treści oferty, a wyjaśnienia z 7 grudnia 2021 r. nie doprowadziły do zmiany treści oferty, nie sposób również mówić z tej sytuacji o negocjacjach treści oferty pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą.

Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę stanowiska stron przedstawione w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie w zakresie rozpoznawanych zarzutów zasługuje na uwzględnienie.

W niekwestionowanym, ergo niespornym stanie faktycznym co do treści oferty złożonej przez przystępującego, tu rozumianej jako treść zawarta w złożonym „Formularzu oferty", oferta ta zawierała stwierdzenia wzajemnie niezgodne, co dotyczy z jednej strony opłaty za dodatkowe pakiety danych dla abonamentów G1 i M1 (wiersze 3 i 4 w tabeli w Formularzu Ofertowym), a jednocześnie w ramach abonamentu zaoferowania nielimitowanej transmisji danych w kraju dla wszystkich aktywacji, co wynika z oświadczenia o treści „TAK" w punkcie 3 Formularza Ofertowego. W ocenie odwołującego oznacza to wewnętrzną sprzeczność oferty ponieważ z jednej strony zakres świadczenia obejmuje w ramach abonamentu nielimitowaną transmisję danych, z drugiej strony za transmisję po przekroczeniu limitu, wykonawca T-Mobile oczekuje dodatkowego wynagrodzenia. Oferta wykonawcy miała zatem swego rodzaju charakter wariantowy, co nie było dopuszczalne w świetle warunków zamówienia.

Odwołujący treść wskazaną ocenia jako niezgodną z warunkami zamówienia, co oznacza ziszczenie przesłanki odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp, jako że zgodnie z normą w tym przepisie zawartą przepisem zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Skład orzekający podziela jako zasadne stanowisko odwołującego. Potwierdza się, że oferta jest obarczona wzajemnie sprzecznymi oświadczeniami wykonawcy co do treści deklarowanego świadczenia i ceny oferty, niezależnie od faktu, czy cena oferty jest ostateczna, czy określona jedynie na potrzeby oceny ofert w kryterium cenowym. Istotniejsze od deklarowanej ceny, jest fakt iż wymieniane wyżej parokrotnie składniki cenowe w dwóch pozycjach mają, w zależności od tego, czy wskazują kwotę „0", czy inną, znaczący wpływ na wynik postępowania. Zgodnie bowiem z warunkami zamówienia, bezpłatne świadczenie wymienionej usługi prowadzi do przyznania wykonawcy punktacji w kryterium pozacenowym.

Izba nie podziela stanowiska zamawiającego, że w okolicznościach sprawy dopuszczalne było poprawienie błędu zawartego w ofercie na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp przez przyjęcie, że poprawione zostały inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Należy zauważyć, że poprawienie wymagało zmiany obliczeń dla wyniku w dwóch pozycjach oraz przeliczenia wartości i ich uwzględnienia w cenie końcowej - łącznej.

Z formalnego punktu widzenia analogicznie możliwe było także uznanie zaistnienia omyłki w oświadczeniu z pkt 3 przy założeniu, że cena jest obliczona bezbłędnie. Zrozumiałe jest, że takie hipotetyczne rozwiązanie problemu omyłki i jej poprawienie stało się nieracjonalne po otwarciu ofert i świadomości, że negatywna ocena w kryterium pozacenowym nie daje możliwości uzyskania wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej. Taki skutek nie był jednak możliwy do przewidzenia w dacie składania ofert.

W konsekwencji Izba stwierdza, że postępowanie dowodowe oparte na dokumentacji prowadzonej przez zamawiającego, w szczególności fakt złożenia oferty, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, która to niezgodność nie mogła być usunięta w trybie poprawienia omyłek przewidzianym w art. 223 ustawy pzp, wykazało zasadność podstawowego zarzutu odwołania. Można przy tym zauważyć, że to treść części „cenowej" oferty była bezpośrednio związana z treścią oświadczenia dotyczącego kryterium pozacenowego. Argumentacja, zgodnie z którą wykonawca jest zainteresowany uzyskaniem najwyższej punktacji, jest oczywista, lecz z treści oferty wynika, że oświadczenie o treści „TAK" nie zostało potwierdzone treścią formularza cenowego.

W kolejnym obszarze zarzutów, uznając, że zamawiający jest uprawniony do prowadzenia czynności wyjaśniających dotyczących oferty z udziałem wykonawcy, zarzut odwołania w tym zakresie jest nieuzasadniony, w tym stwierdzenie, iż zamawiający prowadził, z naruszeniem art. 223 ust. 1 ustawy pzp, niedozwolone negocjacje, jako że takowych nie stwierdzono. Także teza, że to wykonawca dokonał zmiany w formularzu nie potwierdziła się.

W finalnym stwierdzeniu uznaje się, że oferta przystępującego o treści przez niego sformułowanej jest niezgodna z warunkami zamówienia i podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, a poprawienie jej treści przez zamawiającego nastąpiło bez podstawy prawnej.

W świetle dokonanych ustaleń, orzeczono, jak na wstępie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący: .....