Sygn. akt KIO 229/22

WYROK

z dnia 14 lutego 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Osiecka

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 lutego 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 stycznia 2022 r. przez wykonawcę

WhyNotTravel Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka Komandytowa z siedzibą w Kielnarowej w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Telewizję Polską Spółkę Akcyjną z siedzibą w Warszawie

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę WhyNotTravel Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka Komandytowa z siedzibą w Kielnarowej i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 0000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę WhyNotTravel Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka Komandytowa z siedzibą w Kielnarowej tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień

publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) 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 229/22

Telewizja Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, dalej „Zamawiający”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na obsługę podróży służbowych zlecanych przez Telewizję Polską S.A. w

okresie 24 miesięcy. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), dalej „ustawa Pzp". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 30 listopada 2021 r. pod numerem 2021/S 232-611505.

W dniu 27 stycznia 2022 r. wykonawca WhyNotTravel Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka Komandytowa z siedzibą w Kielnarowej, dalej „Odwołujący", wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp z uwagi na unieważnienie postępowania, mimo iż postępowanie nie jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności unieważnienia postępowania; przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem prawidłowej interpretacji postanowień dokumentacji zamówienia; ewentualnie nakazanie Zamawiającemu złożenia oświadczenia o uchyleniu się od skutków błędu w pkt 15.5. specyfikacji warunków zamówienia.

Do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie nie przystąpił żaden wykonawca.

Zamawiający pismem z dnia 8 lutego 2022 r. złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na oddalenie.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania, w szczególności z: protokołu postępowania o udzielenie zamówienia, ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji warunków zamówienia, złożonych ofert, informacji o unieważnieniu postępowania. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, piśmie procesowym Odwołującego, a także oświadczenia i stanowiska stron wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 10 lutego 2022 r.

Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest obsługa podróży służbowych zlecanych przez

Telewizję Polską S.A. w okresie 24 miesięcy. Szczegółowe zasady i warunki świadczenia usług na rzecz Zamawiającego zawarte są w projektowanych postanowieniach umowy stanowiących Załącznik nr 2 do specyfikacji warunków zamówienia, dalej „SWZ".

Zgodnie z pkt 15 SWZ oferty oceniane będą na podstawie następujących kryteriów:

15.2.1 cena brutto waga - 1%,

15.2.2 bilans kosztu dla Zamawiającego waga - 98%,

15.2.3 narzędzie informatyczne waga - 1%.

15.3 Ocena ofert zostanie dokonana wg poniższego wzoru:

P = Pc + Pb + Pn

gdzie:

P - łączna liczba punktów przyznanych badanej ofercie,

Pc- liczba punktów w kryterium „cena brutto",

Pb - liczba punktów w kryterium „bilansu kosztu dla Zamawiającego",

Pn - liczba punktów w kryterium „narzędzie informatyczne”.

15.4 Ocena ofert w kryterium „cena brutto” dokonywana będzie wg poniższego wzoru:

Pc = (Cn : Cb) x 1

gdzie:

Cn - cena brutto najniższa spośród wszystkich ofert podlegających ocenie,

Cb - cena brutto badanej oferty.

15.5 Ocena ofert w kryterium „bilansu kosztu dla Zamawiającego” dokonywana będzie w następujący sposób:

Pb = (Bn : Bb) x 98

gdzie:

Bn - najwyższy bilans kosztu dla Zamawiającego spośród wszystkich ofert podlegających

ocenie,

Bb - bilans kosztu dla Zamawiającego badanej oferty.

W przypadku, gdy bilans kosztu dla Zamawiającego będzie ujemny lub będzie wynosił zero, to na potrzeby dokonania obliczeń przyjmuje się że bilans kosztu dla Zamawiającego wynosi

0,01 zł.

„Bilans kosztu dla Zamawiającego” obliczany będzie wg następującego wzoru:

B = Wr - Wot

gdzie:

Wr - wartość udzielonego rabatu na usługi noclegowe w kraju i poza granicami kraju, obliczona wg następującego wzoru: zaoferowany przez Wykonawcę w Formularzu oferty rabat na usługi noclegowe w kraju i poza granicami kraju, o których mowa w § 2 ust. 1 pkt 1 Wzoru Umowy wyrażony w % pomnożony przez cenę brutto usług noclegowych w kraju i poza granicami kraju, o których mowa w § 2 ust. 1 pkt 1 Wzoru Umowy, podaną przez Zamawiającego w pkt 1 Formularza oferty (pozycja 2 tabeli);

Wot - łączna cena brutto opłat transakcyjnych zaoferowana przez Wykonawcę w pkt 1

Formularza oferty (pozycja 1.9 tabeli).

15.5 Ocena w kryterium „narzędzie informatyczne” dokonywana będzie w następujący sposób:

15.5.1 za zaoferowanie narzędzia informatycznego, o którym mowa w § 4 ust. 12 Wzoru Umowy, ofercie zostanie przyznany w tym kryterium 1 punkt,

15.5.2 brak zaoferowania narzędzia informatycznego, o którym mowa w § 4 ust. 12 Wzoru Umowy, ofercie zostanie przyznane w tym kryterium 0 punktów.

15.6 Za najkorzystniejszą zostanie uznana oferta, która łącznie (suma punktów przyznanych we wszystkich kryteriach oceny ofert) uzyska największą liczbę punktów obliczonych zgodnie ze wzorem określonym w pkt 15.3 SWZ.

lzba ustaliła, że w postępowaniu wpłynęły trzy oferty: Odwołującego z ceną brutto 15

499 599,16 zł, wykonawcy Lot Travel Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie z ceną brutto 15 499 476,16 zł oraz wykonawcy Travel Manager Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu z ceną brutto 15 465 074,83 zł. Odwołujący zaoferował 8,07 % upustu przy sumie opłat dla wykonawcy 28 132 zł, co daje szacunkowe benefity dla Zamawiającego w wysokości 1 133 767,63 zł. Travel Manager zaoferował 7,55% upustu przy sumie opłat dla wykonawcy 63,44 zł, co daje szacunkowe benefity dla Zamawiającego w wysokości 1 086 967,81 zł; Lot Travel zaoferował 3,1% upustu przy sumie opłat dla wykonawcy 28 032 zł, co daje szacunkowe benefity dla Zamawiającego w wysokości 418 298,71 zł.

Izba ustaliła, że Zamawiający pismem z dnia 14 stycznia 2022 r. unieważnił postępowanie na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp jako obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zamawiający wskazał, że na etapie oceny ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu stwierdził, że w pkt 15.5 SWZ dotyczącym sposobu oceny ofert w kryterium „bilans kosztu dla Zamawiającego" został zamieszczony wzór, w którym, przez omyłkę pisarską, zamieniony został licznik z mianownikiem. Zastosowanie ww. wzoru w literalnym jego brzmieniu spowodowałoby, że najwięcej punktów w tym kryterium uzyskałaby oferta z najmniej korzystnym bilansem kosztu dla Zamawiającego, co w konsekwencji sprawiłoby, że nie zostałyby spełnione postanowienia art. 239 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem. W związku z tym, że zaistniała w postępowaniu wada jest wadą nieusuwalną na tym etapie postępowania, bowiem Zamawiający nie może dokonać zmiany treści SWZ po upływie terminu składania

ofert, a dokonanie wyboru oferty, zgodnie z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp, z zastosowaniem

literalnie wzoru określonego w pkt 15.5 SWZ byłoby sprzeczne z zasadą określoną w art. 239 ust. 2 ustawy Pzp, Zamawiający uznał za konieczne unieważnienie przedmiotowego postępowania.

Uwzględniając powyższe, Izba zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

W drugiej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonych w odwołaniu czynności.

Dalej, Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 554 ust. 1 ustawy Pzp, rozpoznawane odwołanie zasługiwało na oddalenie.

Odwołujący podnosił, że postępowanie w ogóle nie jest obarczone wadą, gdyż omyłka pisarska nie stanowi wady postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Tekst obarczony omyłką psiarską należy czytać tak jakby w ogóle jej nie było, gdyż istotą omyłki pisarskiej jest jej oczywistość. Zobowiązuje do tego Zamawiającego art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 65 § 1 k. c. Nawet gdyby jednak przyjąć, iż omyłka pisarska jest wadą to nie można stwierdzić, iż nieusuwalną. Ewentualne błędy w treści dokumentacji zamówienia należy prostować na podstawie art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 84 § 1 k.c. i 88 k.c. Zamawiający jest zobowiązany do wskazania wady postępowania, która mogłaby doprowadzić do unieważnienia Umowy. Wbrew twierdzeniom Zamawiającego nie istnieje przepis, który obliguje albo zezwala Zamawiającemu na unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, z uwagi na fakt, iż Zamawiający popełnił omyłkę pisarską w postępowaniu lub oferta, która okazuje się najkorzystniejsza w kryteriach oceny ofert, jest w istocie najmniej korzystna dla Zamawiającego.

W związku z ustaleniem, że Zamawiający dokonał otwarcia ofert, Izba uznała, że prawidłowo unieważnił postępowanie na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp, który stanowi, że zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Izba dostrzega, że przepisy obecnie obowiązującej ustawy Pzp nie zawierają odpowiednika art. 146 ust. 6 poprzednio

obowiązującej ustawy Pzp, który stanowił, że Prezes Urzędu może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Niemniej w sytuacji, kiedy oferty w postępowaniu zostały już otwarte, a dochodzi do błędu mającego wpływ na wynik postępowania, w sposób opisany przez Zamawiającego w informacji z 14 stycznia 2022 r., stanowi on wadę postępowania, a skoro nie jest możliwa zmiana w treści dokumentów zamówienia jedynym rozwiązaniem jest unieważnienie postępowania. Kontynuowanie postępowania prowadziłoby natomiast do tego, że naruszenie ustawy na jego wcześniejszym etapie miałoby wpływ na wynik tego postępowania.

Zatem, Izba uznała za zasadne wskazanie na art. 457 ust. 5 ustawy Pzp, zgodnie z którym przepis ust. 1 (określający w sposób enumeratywny przyczyny unieważnienia umowy) nie wyłącza możliwości żądania unieważnienia umowy na podstawie art. 70^5 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny, który stanowi, że organizator oraz uczestnik aukcji albo przetargu może żądać unieważnienia zawartej umowy, jeżeli strona tej umowy, inny uczestnik lub osoba działająca w porozumieniu z nimi wpłynęła na wynik aukcji albo przetargu w sposób sprzeczny z prawem lub dobrymi obyczajami.

W ocenie Izby przepis ten mógłby być podstawą unieważnienia umowy również w sytuacji, gdy zamawiający (strona umowy) przez nieprawidłowe opisanie wzoru w ramach kryterium oceny ofert wpływa na wynik tego postępowania. Jak słusznie zauważył Odwołujący, po pierwsze kryterium bilans kosztu było niewątpliwie niezwykle istotne, gdyż Zamawiający zdecydował się przyznać termu kryterium wagę 98%. W kryterium bilans kosztu dla Zamawiającego badano sumę korzyści, jaką osiągnie Zamawiający w porównaniu do samodzielnej realizacji zamówienia. Wartość ta stanowi sumę wszystkich potencjalnie udzielanych przez wykonawcę upustów pomniejszoną o sumę wszystkich opłat pobieranych na rzecz wykonawcy. Innymi słowy należało zaoferować jak najwyższy upust przy jednoczesnym utrzymaniu jak najniższych cen. Po drugie, po podstawieniu wartości ofert wykonawców do kryterium bilans kosztów, punktacja kształtowałaby się w taki sposób, że Odwołującemu przyznano by 98 pkt, Lot Travel - 265,62 pkt, a Travel Manager 102,22 pkt, podczas gdy w kryterium bilans kosztów dla Zamawiającego można było uzyskać nie więcej niż 98. Dodatkowo, w takiej sytuacji Zamawiający byłby zobowiązany do wyboru jako najkorzystniejszej oferty najmniej korzystnej, ponieważ zastosowanie wzoru w literalnym jego brzmieniu spowodowałoby, że najwięcej punktów w tym kryterium uzyskałaby oferta z najmniej korzystnym bilansem kosztu dla Zamawiającego, co w konsekwencji sprawiłoby, że nie zostałyby spełnione postanowienia art. 239 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.

Kryteria oceny ofert określone w SWZ winny umożliwiać późniejszą weryfikację prawidłowości oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty. Wzory w ramach kryteriów oceny ofert winny być jednoznaczne, czytelne i niepozostawiające swobody interpretacji i nie mogą prowadzić do wyboru jako najkorzystniejszej oferty najmniej korzystnej. Zatem, wskazany w rozstrzygnięciu zamawiającego o unieważnieniu postępowania błąd skutkuje brakiem możliwości dokonania prawidłowej oceny ofert, co z kolei skutkuje brakiem możliwości dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z przepisami ustawy Pzp. W zaistniałej sytuacji każdy wybór oferty najkorzystniejszej prowadziłby do wyboru nieuprawnionego sposobu oceny ofert. Tym bardziej, że jak słusznie zauważył Zamawiający, nie ma pewności w jaki sposób poszczególni wykonawcy odczytywali treść postanowień SWZ.

Skoro błąd ten nie może być zakwalifikowany jako możliwy do poprawienia na tym etapie, uzasadnione jest uznanie, że wobec niemożności wyboru najkorzystniejszej oferty, postępowanie obarczone jest wadą zobowiązującą zamawiającego do unieważnienia postępowania. Uznając, że opisana przesłanka unieważnienia postępowania ziściła się w rozpatrywanej sprawie, skład orzekający rozstrzygnął, jak w sentencji, zauważając że wada w treści SWZ ma w aktualnej fazie postępowania charakter nieusuwalny. Usunięcie wady powodowałoby konieczność zmiany postanowień SWZ, co jest niemożliwe. Kwestionowana czynność Zamawiającego była zatem zgodna z przepisami ustawy Pzp i ich nie naruszyła.

Równocześnie Izba uznała za całkowicie niezrozumiałą argumentację Odwołującego jakoby kolejne postępowanie o tożsamym przedmiocie zamówienia miało być procedowane w warunkach zaburzonej konkurencji, gdyż będzie stanowiło de facto dogrywkę. Uszło jednak uwadze Odwołującego, iż przepisy ustawy Pzp przewidują unieważnienie postępowania w różnych sytuacjach, np. gdy wszystkie złożone wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferty podlegały odrzuceniu (art. 255 pkt 1 ustawy Pzp) lub gdy cena lub koszt najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający

może zwiększyć tę kwotę do ceny lub kosztu najkorzystniejszej oferty (art. 255 pkt 3 ustawy Pzp). W takim przypadku ponowne wszczęcie postępowania nie stanowi, jak to ujął Odwołujący, dogrywki, a zainteresowani wykonawcy ponownie składają oferty na powtórzone postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy 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 od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: .....