

WYROK

z dnia 10 marca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 marca 2022 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 lutego 2022 r. przez wykonawcę

Sputnik Software Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu

w postępowaniu prowadzonym przez

Gminę Dąbrówno

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje Gminie Dąbrówno unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Sputnik Software Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej dla części III postępowania oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert dla części III postępowania,

2. kosztami postępowania obciąża Gminę Dąbrówno i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Sputnik Software Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością tytułem wpisu

od odwołania,

2.2. zasądza od Gminy Dąbrówno na rzecz Sputnik Software Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. 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:

Zamawiający - Gmina Dąbrówno prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „modernizację i wdrożenie systemów informatycznych oraz uruchomienie e-usług publicznych w ramach realizacji projektu Zintegrowany system świadczenia e-usług publicznych Gminy Dąbrówno” na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. zm.).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone 24 grudnia 2021 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 00330401. Wartość zamówienia nie przekracza progów unijnych, o których mowa w art. 3 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Stanowisko Odwołującego

Odwołujący - Sputnik Software Sp. z o.o. wniósł odwołanie w zakresie części 3. postępowania zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 219 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez odrzucenie oferty Odwołującego na skutek stwierdzenia, że w sposób nieuprawniony dokonał zmiany oferty, co skutkowało uznaniem za najkorzystniejszą oferty, która nie posiada tego waloru, czym doszło do naruszenia art. 204 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie części 3. postępowania, dokonania ponownej oceny ofert w zakresie części 3. Postępowania oraz zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania według faktury złożonej na rozprawie.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego wskazał, że Odwołujący naruszył art. 219 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, z których wynika, że do upływu terminu składania ofert wykonawca może wycofać ofertę oraz że Odwołujący 7 stycznia 2022 r. złożył ofertę za pośrednictwem miniPortalu, natomiast 18 stycznia 2022 r. dokonał zmiany oferty za pomocą formularza do zmiany oferty dostępnego na tej platformie. Zdaniem Zamawiającego Odwołujący nie miał możliwości zmiany oferty z wykorzystaniem formularza do zmiany oferty, bowiem ten konkretny formularz może zostać wykorzystany tylko w odniesieniu do postępowań wszczętych przed 1 stycznia 2021 r. W związku z tym Zamawiający uznał, że skoro Odwołujący nie wycofał oferty i następnie nie złożył nowej, a zamiast tego dokonał zmiany oferty, złożył ofertę niezgodną z ustawą.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia oferty, a odrzucenie to dokonane zostało z naruszeniem ustawy Prawo zamówień publicznych, która nie określa procedury wycofania oferty, zatem Zamawiający nie może wymagać, aby wykonawcy używali tylko jednego konkretnego formularza do zmiany oferty. Każde oświadczenie, z którego w sposób niebudzący wątpliwości wynika, iż wolą wykonawcy jest wycofanie oferty, powinno zostać uwzględnione przez zamawiającego. Dobrą praktyką jest stworzenie specjalnych formularzy lub funkcjonalności w systemach służących do składania ofert na potrzeby wycofywania ofert, a także zamieszczanie stosownych wytycznych w treści dokumentów zamówienia, określających sposób postępowania w przypadku wycofania oferty przez wykonawcę. Przy czym wytyczne te mają charakter jedynie formalny i niezastosowanie się do nich nie może nieść negatywnych konsekwencji dla wykonawcy. Wycofanie oferty nie prowadzi do fizycznego zwrotu wykonawcy takiej oferty, a jedynie będzie miało taki skutek, iż zamawiający nie otworzy wycofanej oferty podczas otwarcia ofert, a w konsekwencji nie będzie badał wycofanej oferty w toku dalszego postępowania. Wycofaną ofertę traktuje się jak nigdy nie złożoną.

Wobec braku szczególnych procedur wynikających z ustawy, co do tego, w jaki sposób wykonawca ma dokonać zmiany oferty, Zamawiający nie może powoływać się na instrukcję użytkownika miniPortalu i tworzyć wymogu wykorzystywania w celu wycofania oferty wskazanych tam formularzy, kwestionując jednocześnie możliwość wycofania oferty poprzez użycie innego formularza. Szczególnie Zamawiający niezasadnie twierdzi, że Odwołujący nie mógł skorzystać z formularza zmiany oferty, wskazując, że taki formularz może być stosowany tylko do zamówień wszczętych przed 1 stycznia 2021 r. Postępowanie zostało wszczęte po tej dacie, a mimo to w specyfikacji warunków zamówienia Zamawiający wskazywał w § 16 ust. 3, że wykonawca zamierzający wziąć udział w postępowaniu o

udzielenie zamówienia publicznego, musi posiadać konto na ePUAP. Wykonawca posiadający konto na ePUAP ma dostęp do formularzy: złożenia, zmiany, wycofania oferty lub wniosku oraz do formularza do komunikacji. Analogiczne postanowienie wynika z punktu 3.6 ppkt 3 Ogłoszenia o zamówieniu: „Wykonawca zamierzający wziąć udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, musi posiadać konto na ePUAP. Wykonawca posiadający konto na ePUAP ma dostęp do formularzy: złożenia, zmiany, wycofania oferty lub wniosku oraz do formularza do komunikacji.” Zamawiający potwierdził tym samym, że wykonawcy w postępowaniu mogą wykorzystywać wszystkie formularze udostępniane przez miniPortal, w tym formularz do zmiany oferty. Z tego powodu Zamawiający nie może obciążać Odwołującego za wykorzystanie tego formularza w celu zmiany oferty. Co więcej, sam miniPortal nie udostępnia formularza do zmiany oferty, a formularz o nazwie „Formularz do złożenia, zmiany, wycofania oferty lub wniosku”. Z takiego formularza skorzystał Odwołujący, a zatem wykorzystując ten formularz miał możliwość dokonania „podmiany oferty”. Zatem, skoro Zamawiający dopuszczał wykorzystywanie formularzy o zmianie oferty, nie może twierdzić, że Odwołujący nie był uprawniony do skorzystania z tego formularza. Zamawiający dopuścił zatem dokonywanie zmian w ofercie nie tylko poprzez wycofanie oferty i złożenie nowej, ale także wprost poprzez skorzystanie z formularza zmiany oferty.

Ponadto wycofanie oferty przez wykonawców ma służyć temu, aby pierwotnie złożona oferta, z której wykonawca chce zrezygnować, nie była widoczna dla Zamawiającego, aby nie mógł jej otworzyć. Należy zatem skupić się na konieczności osiągnięcia tego skutku braku możliwości zapoznania się z pierwszą ofertą, a skutek ten został osiągnięty. Oferta Odwołującego z 7 stycznia 2022 r. nie została przez Zamawiającego otwarta, co potwierdza treść informacji z otwarcia ofert. Zamawiający w treści informacji z otwarcia ofert wskazał tylko na jedną ofertę złożoną przez Odwołującego - z 18 stycznia 2022 r. Dowodzi to, że Zamawiający nie otworzył pierwszej oferty Odwołującego, a zatem nie może twierdzić, że Odwołujący złożył dwie oferty w postępowaniu ani że Odwołujący nie wycofał jednej oferty i nie złożył drugiej, skoro możliwa do otwarcia pozostała tylko jedna oferta Odwołującego. Ostatecznie, skoro nie ma możliwości otwarcia pierwszej oferty Odwołującego, zasadne jest twierdzenie, że został spełniony oczekiwany przez ustawodawcę zamiar wycofania oferty, tj. brak możliwości Zamawiającego zapoznania się ze złożoną pierwotnie ofertą. Zamawiający nie ma zatem podstaw do twierdzenia, że Odwołujący nie wycofał oferty z 7 stycznia 2022 r. O tym, że oferta ta obiektywnie, z przyczyn technicznych, nie jest możliwa do otwarcia, świadczą także zapisy instrukcji użytkownika dotyczącej miniPortalu, z których wynika, że Zamawiający po zalogowaniu się na miniPortal, w szczegółach danego postępowania będzie widział, że oferta została zmieniona. Pierwotna oferta będzie miała status „Zmodyfikowany”, a nowa, zmieniona oferta będzie miała status „Dodany. UWAGA - przy zmianie oferty Zamawiający nie ma możliwości odszyfrowania oferty pierwotnej. Zamawiający może odszyfrować tylko ofertę ze statusem „Dodany”.

Z tych powodów nie było podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego ani do określenia oferty innego wykonawcy najkorzystniejszą.

II Stanowisko Zamawiającego

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania oraz o przeprowadzenie dowodu z dokumentu - oświadczenia Odwołującego o zmianie oferty z 18 stycznia 2022 r. na okoliczności złożenia oświadczenia o zmianie, a nie wycofaniu oferty z przedmiotowego postępowania, a także o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego na rzecz Odwołującego.

Zamawiający wskazał, że Odwołujący 7 stycznia 2022 r. złożył ofertę za pośrednictwem miniPortalu zgodnie ze wskazanym w specyfikacji warunków zamówienia sposobem porozumiewania się wykonawców z Zamawiającym, natomiast 18 stycznia 2022 r. dokonał zmiany oferty przesyłając oświadczenie o zmianie oferty za pomocą formularza do zmiany oferty dostępnego na tej platformie. Uwzględniając zapisy ustawy Prawo zamówień publicznych należy przyjąć, iż zmiana oferty zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa w sposób dokonany przez Odwołującego jest niemożliwa. Taka informacja została również zawarta w instrukcji obsługi platformy miniPortal, na którą powołuje się Zamawiający w specyfikacji warunków zamówienia. Ponadto podczas próby zmiany oferty pojawia się komunikat informujący, że funkcja zmiany oferty dostępna jest wyłącznie dla postępowań prowadzonych na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych.

W obecnie obowiązujących przepisach wskazano, że wykonawca, aby dokonać zmiany oferty, powinien w pierwszej kolejności skutecznie wycofać pierwotnie złożoną ofertę, a następnie złożyć nową ofertę, co literalnie wynika z brzmienia art. 219 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, w którym to ustawodawca zdecydował się na usunięcie słowa „zmienić” - porównując obowiązujący zapis do analogicznego zapisu z ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Zgodnie z uzasadnieniem wskazanym przez Odwołującego w odwołaniu

„Dla oświadczenia o wycofaniu oferty nie została zastrzeżona żadna szczególna forma tej czynności (...) należy przyjąć, że każde oświadczenie, z którego w sposób niebudzący wątpliwości wynika, iż wolą wykonawcy jest wycofanie oferty, powinno zostać uwzględnione przez zamawiającego. Dobrą praktyką jest stworzenie specjalnych formularzy lub funkcjonalności w systemach służących do składania ofert na potrzeby wycofywania ofert, a także zamieszczanie stosownych wytycznych w treści dokumentów zamówienia, określających sposób postępowania w przypadku wycofania oferty przez wykonawcę.” Jednak Odwołujący nie złożył oświadczenia, z którego jednoznacznie wynika wola wycofania oferty, a jedynie oświadczenie o zmianie oferty i nie ma tu znaczenia fakt, z jakiego formularza komunikacji skorzystał, tylko literalne brzmienie treści oświadczenia. Ponadto platforma miniPortal udostępnia zarówno formularz do zmiany, jak i wycofania oferty przez wykonawców, co jest szczegółowo opisane w instrukcji obsługi. Zgodnie z art. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Biorąc pod uwagę fakt, iż ustawodawca precyzyjnie określił w art. 219 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych katalog czynności, jakie wykonawca może wykonać z ofertą do upływu terminu składania ofert, zastosowanie zapisów Kodeksu cywilnego w zakresie możliwości zmiany treści oferty, zdaniem Zamawiającego, jest niedopuszczalne. Uwzględniając treść złożonego przez Odwołującego oświadczenia o zmianie oferty oraz precyzyjne zapisy ustawy Prawo zamówień publicznych uznać należy, że Odwołujący wykonał czynność, która nie została przewidziana w art. 219 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a czynność odrzucenia jego oferty jest w pełni zgodna z obowiązującymi przepisami prawa.

III Stanowisko Izby

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 528 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy Prawo zamówień

publicznych. Przepis art. 505 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy (ustawy Prawo zamówień publicznych).

Izba ustaliła również, iż stan faktyczny postępowania, tj. czynności Odwołującego dotyczące składania ofert, treść złożonej przez Odwołującego oferty z 18 stycznia 2022 r., jak też treść pozostałych dokumentów w prowadzonym postępowaniu przetargowym nie są sporne między Stronami.

Po zapoznaniu się z przedmiotem sporu oraz argumentacją Stron, w oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania przedstawionej przez Zamawiającego, złożonych pism Stron i stanowisk przedstawionych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie 226 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 219 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a w konsekwencji art. 204 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest niezgodna z przepisami ustawy.

Art. 219 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że oferta może być złożona tylko do upływu terminu składania ofert. Natomiast, jak wynika z ust. 2 tego przepisu, do upływu terminu składania ofert wykonawca może wycofać ofertę.

Z kolei z art. 204 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wynika, że zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny lub kosztu oraz kryteriów jakościowych, odnoszących się do przedmiotu zamówienia. Przepis ten jest więc odpowiednikiem art. 239 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i odnosi się do kryteriów oceny ofert. Odwołujący w odwołaniu nie zarzucił Zamawiającemu nieprawidłowej oceny ofert według kryteriów oceny ofert, zatem przepis ten nie mógł zostać naruszony.

Odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej z przepisami ustawy Prawo zamówień

publicznych Zamawiający wywiódł z naruszenia, według niego, dyspozycji art. 219 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którą do upływu terminu składania ofert wykonawca może wycofać ofertę. Według Zamawiającego z różnicy brzmienia tego przepisu w stosunku do art. 84 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2004 r. wynika, że obecnie ustawodawca nie dopuszcza zmiany oferty. Art. 84 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2004 r. brzmiał bowiem: „Wykonawca może, przed upływem terminu do składania ofert, zmienić lub wycofać ofertę.”

Nie jest to jednak prawidłowe stanowisko.

Trudno stwierdzić, dlaczego obecny przepis art. 219 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych ma inne brzmienie niż przepis art. 84 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, lecz nie należy temu faktowi przypisywać nadmiernego znaczenia. Podobnie zresztą w przepisie tym (art. 219 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych) nie ma wskazania, że ofertę można wycofać, a następnie złożyć nową. Co również jest de facto zmianą pierwotnej oferty. W tym znaczeniu zmiana oferty a wycofanie oferty i złożenie nowej różnią się jedynie zakresem lub czynnościami technicznymi - „zmiana” co do zasady odnosi się do fragmentu oferty, a wycofanie i złożenie nowej - do całości dokumentu. Miało to istotne znaczenie praktyczne, gdy oferty składało się w postaci papierowej, gdy sama zmiana oferty (jej fragmentu) oznaczała, że wykonawca nie musi ponownie kompletować całości już złożonych dokumentów, często bardzo obszernych. W momencie, gdy oferty składane są w postaci pliku/plików, zmiana fragmentu treści pliku i jego ponowne przesłanie nie jest już takim problemem organizacyjnym. Jak również nie można zmienić pliku opatrzonego podpisem elektronicznym, lecz należy złożyć kolejny plik.

Jednak kwestia możliwości zmiany czy wycofania oferty nie wynika z samego art. 219 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, który ma jedynie charakter porządkujący, lecz faktu, że wykonawca nie jest związany swoją ofertą do upływu terminu składania ofert. Jak wskazuje bowiem art. 220 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, wykonawca jest związany ofertą nie dłużej niż wskazaną w tym przepisie liczbę dni - od dnia upływu terminu składania ofert, przy czym pierwszym dniem terminu związania ofertą jest dzień, w którym upływa termin składania ofert.

W związku z powyższym czy czynność Odwołującego uznać za zmianę złożonej oferty - jak wskazuje Zamawiający, czy też jej wycofanie i złożenie nowej - jak wskazuje Odwołujący, nie ma to znaczenia dla bytu i prawidłowości tej oferty. Podobnie jak ewentualne zastosowanie niewłaściwego formularza - jakkolwiek Odwołujący wskazał, że „Formularz do złożenia, zmiany, wycofania oferty lub wniosku”, z którego skorzystał składając ofertę z 18 stycznia 2022 r., jest jedynym formularzem dostępnym na portalu do składania ofert.

Zamawiający podczas rozprawy oświadczył, że nie ma zastrzeżeń co do oferty z 18 stycznia 2022 r. - poza zmianą oferty zamiast jej wycofaniem i złożeniem nowej. Oferta ta (z 18 stycznia 2022 r.) została przez portal zakwalifikowana jako złożona w niniejszym postępowaniu i otwarta podczas otwarcia ofert, zatem została formalnie wprowadzona do postępowania w prawidłowy sposób wraz z innymi ofertami. W związku z powyższym nie ma podstaw, by ofertę tę pominąć przy badaniu i ocenie ofert.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 1 pkt 1, § 5, § 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 od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Zgodnie z dyspozycją art. 557 ustawy Prawo zamówień publicznych w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Zgodnie z art. 575 ustawy Prawo zamówień publicznych strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Z § 2 ust. 1 pkt 1 ww. rozporządzenia wynika, że wysokość wpisu wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia na dostawy i usługi o wartości nie przekraczającej progów unijnych, o których mowa w art. 3 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, wynosi 7.500 złotych.

Zgodnie z § 5 rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego, zalicza się wpis oraz uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy, obejmujące m.in. koszty związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie lub rozprawę i wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, nieprzekraczające łącznie kwoty 3.600 złotych.

Z kolei § 7 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia stanowi, że w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi zamawiający; a Izba zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego równowartość kwoty wpisu oraz koszty, o których mowa w § 5 pkt 2. Odwołujący wniósł o zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego, jednak nie przedstawił żadnych rachunków lub spisu kosztów, o których mowa w § 5 rozporządzenia, Izba uwzględniła zatem należny wpis w wysokości 7.500 złotych.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodniczący: