

WYROK

Warszawa, dnia 19 czerwca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Monika Szymanowska
Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 czerwca 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 maja 2024 r. przez odwołującego Orange Polska S.A. w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Komendę Wojewódzką Policji w Poznaniu przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego Polkomtel Sp. z o.o. w Warszawie

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego Orange Polska S.A. w Warszawie i:

2.1. zalicza na poczet kosztów kwotę 22 200,00 zł (dwadzieścia dwa tysiące dwieście złotych) stanowiącą uiszczony wpis od odwołania i uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego.

2.2. zasądza od odwołującego Orange Polska S.A. w Warszawie na rzecz zamawiającego Komendy Wojewódzkiej Policji w Poznaniu kwotę 3 600,00 zł (trzy tysiące sześćset złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

Na orzeczenie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Komenda Wojewódzka Policji w Poznaniu ul. Jana Kochanowskiego 2A, 60-844 Poznań, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Świadczenie usług telekomunikacyjnych w sieci telefonii komórkowej wraz ze sprzętem na potrzeby Policji woj. wielkopolskiego”, o ogłoszeniu o zamówieniu opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 15 marca 2024 r. pod numerem 54/2024 158218-2024, dalej zwane „postępowaniem”.

Postępowanie na usługę, o wartości powyżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2023 r. poz. 1605 ze zm.), dalej zwanej „p.z.p.”, jest prowadzone przez zamawiającego w trybie przetargu nieograniczonego.

W dniu 31 maja 2024 r. odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego wniósł wykonawca Orange Polska S.A. Al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa dalej zwany „odwołującym”. We wniesionym środku zaskarżenia odwołujący postawił zamawiającemu następujące zarzuty (pisownia oryginalna):

1. bezpodstawne wezwanie wykonawców T-Mobile i Polkomtel do uzupełnienia innych dokumentów wymaganych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, podczas gdy wezwanie dotyczyło dokumentów stanowiących część oferty i nie stanowiło uzupełnienia innych dokumentów składanych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, lecz uzupełnienie oferty po terminie składania ofert, co stanowi naruszenie art. 128 ust. 1 Pzp;
1. niedopuszczalne w świetle ustawy dokonanie zmiany treści ofert wykonawców T-Mobile i Polkomtel, pod pozorem uzupełnienia innych dokumentów, składanych w postępowaniu, w trybie art. 128 ust. 1 ustawy, podczas gdy niezłożone przez wykonawców T-Mobile i Polkomtel wraz z ofertą cenniki stanowiły treść oferty i jako takie nie mogły zostać uzupełnione, gdyż ich uzupełnienie stanowiłoby zmianę treści oferty, co stanowi naruszenie art. 223 ust. 1 Pzp;
2. zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców T-Mobile i Polkomtel z uwagi na to, że ich treść była niezgodna z warunkami zamówienia ze względu na to, że oferty tych wykonawców nie zawierały wszystkich wymaganych elementów, tj. cenników usług, według których miały być rozliczane usługi, których ceny nie były podane wprost w ofercie, co stanowi naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Wobec powyższego odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenia ofert wykonawców T-Mobile Polska S.A. w Warszawie (dalej jako: „T-Mobile”) i Polkomtel Sp. z o.o. w Warszawie (dalej także jako „Polkomtel”), dokonania ponownej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z pominięciem ofert odrzuconych.

W uzasadnieniu środka zaskarżenia, w przedmiocie zarzutów nr 1 i 2, odwołujący wskazał co następuje. Zgodnie z art. 128 ust. 1 p.z.p. zamawiający jest uprawniony do wezwania do uzupełnienia innych dokumentów składanych w postępowaniu, ale nie jest uprawniony do dokonywania w ten sposób zmian treści oferty. Zmiana treści oferty jest niedopuszczalna w świetle art. 223 ust. 1 p.z.p., który wprost zabrania prowadzenia przez zamawiającego jakichkolwiek negocjacji treści oferty. Zakresem dyspozycji przepisu art. 128 ust. 1 p.z.p. jako inne dokumenty nie są objęte „oświadczenia lub dokumenty, których złożenie, poprawienie, uzupełnienie lub wyjaśnienie jest niedopuszczalne w świetle przepisów PZP albo jeśli przepisy te określają konsekwencje ich niezłożenia, złożenia niekompletnego lub z błędami. Będą to zatem oświadczenia i dokumenty składające się na ofertę sensu stricto z uwagi na zakaz dokonywania zmian w treści oferty po upływie terminu ich składania (art. 223 ust. 1 p.z.p.), np. formularz cenowy niezbędny do wyliczenia ceny oferty oraz rozliczenia wynagrodzenia wykonawcy na etapie realizacji zamówienia.” (za: M. Jaworska [w:] w (red.) M. Jaworska, D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnicka, A. Matusiak, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2021). Takie stanowisko znajduje również potwierdzenie w orzecznictwie – w wyrokach Izby z dnia 17 listopada 2021 r. sygn. akt KIO 3018/21, z dnia 6 kwietnia 2023 r. sygn. akt KIO 797/23.

W konsekwencji należy uznać, że wezwanie nie było uprawnione, gdyż dotyczyło dokumentu służącego wycenie przedmiotu zamówienia i określającego w jaki sposób rozliczane będą usługi niewymienione wprost w formularzu ofertowym, a zatem dokumentu, który stanowił treść oferty, a wezwanie wykonawców T-Mobile i Polkomtel do uzupełnienia cenników stanowiło niedopuszczalną zmianę treści oferty (negocjacje) dokonaną pod pozorem wezwania do złożenia dokumentów składanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

W zakresie uzasadnienia zarzutu nr 3 odwołujący podniósł, że w doktrynie i orzecznictwie przyjmuje się, że „zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Zamawiający dokonuje zatem oceny oferty pod względem jej zgodności z warunkami zamówienia, a nie – jak na mocy przepisów Prawa zamówień publicznych z 2004 r. – z SIWZ. Dokonując analizy komentowanego pkt 5 przez pryzmat definicji warunków zamówienia zawartej w art. 7 pkt 29 p.z.p., 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. W wyroku KIO z 9.09.2021 r., KIO 2520/21, Izba wskazała, że o niezgodności treści oferty z postanowieniami SWZ można mówić w przypadku ominięcia pewnego zakresu świadczenia, zaoferowania odmiennego zakresu lub braku jego dookreślenia w sposób umożliwiający ocenę, czy wykonawca złożył ofertę zgodną z oczekiwaniami zamawiającego.” (za: A. Gawrońska-Baran [w:] E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, A. Gawrońska-Baran, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2023, art. 226).

Wykonawcy Polkomtel i T-Mobile nie załączyli do ofert złożonych w postępowaniu cenników kosztów połączeń międzynarodowych z podziałem na kraje, zgodnie z wykazem dostępnym w publicznej ofercie, a także cenników wszystkich usług dodatkowych, które nie wchodzą w koszt abonamentu zgodnie z wykazem dostępnym w publicznej ofercie. Zgodnie z rozdziałem IV pkt 3 lit e) OPZ (str. 39) zamawiający wymagał, aby wykonawcy załączyli do oferty cenniki „kosztów połączeń międzynarodowych z podziałem na kraje, zgodnie z wykazem dostępnym w publicznej ofercie, a także cennik wszystkich usług dodatkowych, które nie wchodzą w koszt abonamentu zgodnie z wykazem dostępnym w publicznej ofercie”. W oparciu o te cenniki mają być rozliczane usługi nieobjęte abonamentem wynikającym z oferty złożonej przez wykonawcę w postępowaniu, co wynika z §3 ust. 6 i §4 ust. 10 wzoru umowy, jak również z rozdziałem IV OPZ. Według odwołującego, ww. cenniki składają się na treść oferty i jako takie nie mogą zostać uzupełnione, a ich brak oznacza, że treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia. Zatem oferty wykonawców Polkomtel i T-Mobile powinny być zostać odrzucone przez zamawiającego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p.

Odwołujący dalej podkreślił, że ustawa p.z.p. nie przewiduje trybu, w jakim przedmiotowe cenniki mogłyby zostać uzupełnione – nie są to ani podmiotowe, ani przedmiotowe środki dowodowe, co wyklucza możliwość skorzystania z art. 125 ust. 1 p.z.p., o czym szerzej była mowa w uzasadnieniu zarzutów nr 1-2. W opinii odwołującego treść ofert wykonawców T-Mobile i Polkomtel jest niezgodna z warunkami zamówienia i oferty te powinny zostać przez zamawiającego odrzucone na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p. Zamawiający pod pozorem wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 128 ust. 1 p.z.p. dokonał niedozwolonej, w świetle art. 223 ust. 1 p.z.p.,

modyfikacji treści oferty tak, aby usunąć w sposób sprzeczny z prawem niezgodność z warunkami zamówienia treści rzeczonych ofert.

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego odpowiedź na odwołanie w formie pisemnej wniósł pełnomocnik strony wskazując, iż zamawiający wnosi o oddalenie odwołania – zgodnie z uzasadnieniem wskazanym w odpowiedzi na odwołanie z dnia 17 czerwca 2024 r.

Ponadto, wobec spełnienia przesłanek art. 525 ust. 1-3 p.z.p., Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę Polkomtel Sp. z o.o. ul. Konstruktorska 4, 02-673 Warszawa (dalej zwanego „przystępującym”), który zgłosił przystąpienie po stronie zamawiającego. Przystępujący przedstawił swoje stanowisko procesowe w formie pisemnej.

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, stanowiskiem przystępującego, konfrontując je z zebraniem w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk złożonych do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 p.z.p. i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 p.z.p., a odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z wymaganiami art. 505 ust. 1 p.z.p. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 p.z.p., których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy.

Izba ustaliła, że stan faktyczny nie był między stronami sporny, strony różniły się oceną prawną zaistniałych okoliczności faktycznych – osią sporu była weryfikacja prawidłowości czynności zamawiającego polegającej na wezwaniu przystępującego i wykonawcy T-Mobile do uzupełnienia, w trybie art. 128 ust. 1 p.z.p., innych dokumentów składanych w postępowaniu tj. „cennika kosztów połączeń międzynarodowych z podziałem na kraje, zgodnie z wykazem dostępnym w publicznej ofercie, a także cennika wszystkich usług dodatkowych, które nie wchodzą w koszt abonamentu zgodnie z wykazem dostępnym w publicznej ofercie” (rozdział IV pkt 3 lit. e OPZ), których wykonawcy nie złożyli wraz z ofertami, a przedłożono je dopiero na wezwanie zamawiającego do uzupełnienia z dnia 16 maja 2024 r. Kiedy w ocenie odwołującego wezwania do uzupełnienia tych dokumentów były bezpodstawne (zarzut nr 1), doprowadziły do nieuprawnionej zmiany treści złożonych ofert (zarzut nr 2), zaś oferty obydwu wykonawców, którzy nie złożyli przedmiotowych cenników wraz z ofertami, powinny zostać przez zamawiającego odrzucone na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p. (zarzut nr 3).

Skład orzekający dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p., który stanowi, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba – po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania przedstawionej przez zamawiającego, biorąc pod uwagę zakres sprawy zakreślony przez okoliczności podniesione w odwołaniu oraz stanowiska stron i przystępującego złożone pisemnie i ustnie do protokołu – stwierdziła, że sformułowane przez odwołującego zarzuty zostały oparte na wybiórczej, autorskiej wykładni treści dokumentacji postępowania dokonanej przez odwołującego, która jest nieprawidłowa. W ocenie składu orzekającego czynność zamawiającego polegająca na wyborze oferty przystępującego jako oferty najkorzystniejszej została dokonana w sposób właściwy, a w wyniku wystosowanego przez zamawiającego wezwania do uzupełnienia innego dokumentu (powszechnego cennika operatora dotyczącego usług świadczonych poza abonamentem) nie doszło do zmiany treści oferty przystępującego i wykonawcy T-Mobile; nie było również podstaw do odrzucenia ofert tych wykonawców, jako ofert, których treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, więc odwołanie zostało oddalone.

Na wstępie należy zaznaczyć, że ocena i badanie ofert w postępowaniu jest dokonywana przez zamawiającego na kanwie treści dokumentacji postępowania, która powinna być wykładana w sposób ścisły – stanowi to gwarancję pewności obrotu oraz realizację naczelnych zasad zamówień publicznych, określonych w art. 16 pkt 1 i 2 p.z.p. zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także przejrzystości postępowania. Tak, aby z jednej strony wykonawcy nie mieli trudności z odczytaniem wymogów zamawiającego (czy weryfikacją ofert konkurencji), a także, żeby ograniczyć pole dla ewentualnych niejasności i nieporozumień, skutkujących niedozwoloną uznaniowością przy ocenie ofert. Obecnie, kiedy nie ma już możliwości zmiany dokumentacji postępowania, do czego absolutną barierą jest upływ terminu na składanie ofert, brzmienie dokumentacji wiąże zamawiającego, wykonawców i Krajową Izbę Odwoławczą, a badanie i ocena ofert następuje wyłącznie na podstawie wymagań zamawiającego określonych w SWZ.

Jak trafnie wskazuje się w orzecznictwie: „Nie budzi wątpliwości pogląd, że treść SIWZ jest wiążąca dla wszystkie uczestników postępowania przetargowego, a precyzyjne i jasne formułowanie warunków przetargu, a następnie ich literalne i ścisłe egzekwowanie jest jedną z podstawowych gwarancji, czy wręcz warunkiem *sine qua non*,

realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Wskazując na powyższe stwierdzić należy, iż zamawiający, na etapie oceny ofert, nie jest uprawniony do zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia czy nadawania jego zapisom innego znaczenia niż wynikająca z ich oczywistego brzmienia. Postanowienia specyfikacji są dla niego wiążące i wyłącznie na ich podstawie może on oceniać treść złożonych ofert.” (tak wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 15.04.2021 r. sygn. akt: XXIII Zs 22/21).

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanego sporu Izba wskazuje, że w całości podzieliła stanowisko zamawiającego i przystępującego, że odwołanie oparto na wadliwym rozumieniu wymogu załączenia do oferty cennika, o których mowa w rozdziale IV pkt 3 lit. e załącznika nr 7 do SWZ, OPZ –cennika kosztów połączeń międzynarodowych z podziałem na kraje, zgodnie z wykazem dostępnym w publicznej ofercie, a także cennika wszystkich usług dodatkowych, które nie wchodzą w koszt abonamentu zgodnie z wykazem dostępnym w publicznej ofercie – który w ramach tego postępowania nie stanowi treści oferty, a jest to dokument dodatkowy/pomocniczy, w praktyce mający zagwarantować zamawiającemu stosowanie opłat nieujętych w zamawianym abonamencie na poziomie ogólnodostępnym dla klientów operatora telekomunikacyjnego.

Zgodnie z dokumentacją postępowania płatność za świadczone usługi odbywa się w ramach cen wskazanych w wypełnionym przez wykonawcę formularzu ofertowym, na zasadzie miesięcznego abonamentu, co stanowi cenę oferty (rozdział 14 SWZ opis sposobu rozliczenia ceny, pkt 14.1 i 14.2, rozdział 12 SWZ opis sposobu przygotowywania ofert, pkt 12.2.1). Powyższe jest spójne z brzmieniem tabel formularza ofertowego odnoszącego się odpowiednio do wartości abonamentu i sprzętu, a także projektem umowy stanowiącym załącznik nr 5 do SWZ, w którym ceny z formularza ofertowego znajdują odzwierciedlenie w § 3 ust. 1. Ponadto, to właśnie ceną oferty z wypełnionego formularza ofertowego konkurowali wykonawcy w postępowaniu (rozdział 15 opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert, pkt 15.1.1), a uzupełniony cennik nie miał żadnego wpływu na ranking ofert i wybór oferty najkorzystniejszej.

Natomiast przechodząc do rekonstrukcji oświadczenia woli zamawiającego dotyczącego cennika, którego dotyczyło wezwanie zamawiającego wystosowane do wykonawcy T-Mobile i przystępującego, który nie został złożony wraz z ofertami, jest on dokumentem, który zgodnie z OPZ i projektem umowy jest dodatkowym, powszechnie dostępnym (zawartym w publicznej ofercie skierowanej do wszystkich klientów operatora telekomunikacyjnego) cennikiem połączeń międzynarodowych i usług dodatkowych, które nie wchodzą w koszt abonamentu, w tym będą rozliczane na podstawie cen zawartych w najtańszym obowiązującym cenniku operatora dla promocji biznesowych i indywidualnych (*vide* rozdział IV pkt 3 lit. e OPZ oraz lit. a wykonawca zobowiązany jest do „a) Zapewnienia dostępu do wszystkich usług aktualnie oferowanych przez Wykonawcę oraz nowych usług, które Wykonawca wprowadzi do swojej oferty w czasie trwania umowy. Usługi nie wymienione przez Zamawiającego oraz nowe, wprowadzone do oferty w czasie trwania umowy rozliczane będą zgodnie z najtańszymi obowiązującymi cennikami operatora dla promocji biznesowych i indywidualnych”, lit. d) wykonawca jest zobowiązany do „d) Zapewnienia, iż połączenia głosowe, wysyłanie/odbieranie wiadomości SMS i MMS oraz dostęp do sieci Internet wykonywane w ramach roamingu międzynarodowego oraz inne usługi niezawarte w formularzu ofertowym będą naliczane zgodnie z ceną podaną w najtańszym obowiązującym cenniku operatora dla promocji biznesowych i indywidualnych” oraz § 3 ust. 6 i § 4 ust. 10 wzoru umowy). Zgodnie z SWZ omawiany cennik dotyczy zatem usług, które są nieobjęte abonamentem/zamówieniem, których nie wymagano w formularzu ofertowym, nie wyceniano ich w ofercie i nie konkurowano nimi w ramach kryterium oceny ofert. Nigdzie w SWZ nie wskazano, że jest to treść oferty, ani że ceny w cenniku mają być wartościami stałymi, obowiązującymi przez cały okres realizacji umowy, czy że same usługi cennika składanego wraz z ofertą mają być wiążące i niezmiennie.

Wprost przeciwnie – przedmiotowy cennik nie musi być stały, nie jest wiążący, wykonawcom nie są znane wszystkie usługi, jakie będą świadczone na jego podstawie, w tym dotyczy on także nowych usług, które operator wprowadzi do swojej powszechnej oferty w czasie trwania umowy, które będą rozliczane zgodnie z najtańszymi obowiązującymi cennikami dla promocji biznesowych i indywidualnych (rozdział IV pkt 3 lit. a, e, d OPZ, § 3 ust. 6 i § 4 ust. 10 wzoru umowy). Nie zmienia powyższego także wskazywana przez odwołującego na rozprawie treść tabel z OPZ, gdzie roaming międzynarodowy rozliczany jest „wg cennika operatora”, ponieważ nadal chodzi o zdefiniowany w dokumentacji postępowania cennik opisany w rozdziale IV pkt 3 lit. a, e, d OPZ i we wzorze umowy, a nie o jakiś inny cennik. Zamawiający ma także rację, iż żeby przyjąć, że ten cennik stanowi treść oferty, to w dokumentacji postępowania – w związku z charakterem i zakresem objętych cennikiem usług – musiałyby znaleźć się postanowienia dotyczące jego zmiany, np. w związku z wprowadzeniem nowej usługi dodatkowej.

Z SWZ wynika, że jest to dokument dotyczący mechanizmu ustalania cen za świadczenia nieobjęte treścią oferty, w ramach ogólnodostępnych usług operatora (dotyczących zmiennego zakresu i zmiennej ceny). Zamawiający w ten sposób zabezpieczył sobie możliwość skorzystania z usług operatora nieobjętych przedmiotem zamówienia, jak również nowych usług, które operator może wprowadzić do swojej oferty, po najniższych ogólnych cenach oferowanych w danym

momencie, o bagatelnej wartości (szacowanej na podstawie obecnie realizowanej umowy na około 30.000,00 zł przez okres trzech lat). Ergo, zgodnie ze spójną i jednoznaczną treścią dokumentacji postępowania nie jest to treść oferty, przy czym odwołujący ma rację, że zgodnie z regułami p.z.p. treść oferty jest co do zasady niezmienna, w przeciwieństwie do omawianego cennika.

Izba zgadza się także z zamawiającym i przystępującym, że stanowisko odwołującego dotyczące manipulacji cenami jest zbyt daleko idące i wymagałoby manipulacji cennikiem ogólnym, obowiązującym dla wszystkich klientów operatora telekomunikacyjnego, a nie dla tego zamawiającego i przedmiotowego zamówienia. Jak również argumentacja odwołującego dotycząca braku możliwości uzupełnienia dokumentu wadium, kosztorysów ofertowych oraz wskazane w odwołaniu poglądy orzecznictwa i doktryny nie są nawet luźno związane z rozpoznawanym sporem, który dotyczy zbadania prawidłowości czynności zamawiającego w związku z brzmieniem konkretnej dokumentacji postępowania, w tym ukształtowanej w tym SWZ roli, charakteru i zakresu dokumentu cennika.

I jedynie na marginesie należy zauważyć, że zapewne nie doszłoby do sporu, jeżeli zamawiający wpisałby ten dokument w rozdziale 12 SWZ dotyczącym opisu sposobu przygotowywania ofert, a nie na końcowych stronach OPZ, ponieważ o ile sposób rozliczenia usług z cennika pojawia się w SWZ kilka razy, to sam obowiązek złożenia go wraz z ofertą mógł zostać przez wykonawców pominięty z powodu niezbyt klarownego wyartykułowania w dość obszernej dokumentacji postępowania. Dokument ten ma również taki charakter, że jego złożenie niewiele wnosi, nie jest wiążący, czy niezbędny do przeprowadzania postępowania; w tym zakresie strony nie rozliczają się zgodnie z cennikiem składanym w przetargu, a na podstawie powszechnego cennika dla klientów operatora, obowiązującego na moment świadczenia usługi.

Ponadto odwołujący na rozprawie podnosił, że należy odejść od wykładni językowej postanowień wzoru umowy, wobec absurdalnych jej wyników polegających na przyjęciu działania zamawiającego niezgodnego prawem. Przyjmując, że odwołującemu raczej chodziło o zamiar, cel i kontekst sytuacyjny dotyczący wykładni oświadczeń woli, nie zaś o regułę interpretacyjną dotyczącą wykładni prawa (wykładnia prowadząca do absurdu, kiedy odchodzi się od wykładni gramatycznej dotyczy rekonstrukcji przepisów prawa, a nie oświadczeń woli), to nadal skład orzekający nie stwierdził podstaw do odejścia od literalnego, oczywistego brzmienia SWZ, w tym również w zakresie jej integralnej części będącej wzorem umowy. Mając na uwadze zgromadzony materiał procesowy i oświadczenia stron, nie ma żadnych obiektywnych powodów do takiego działania, ani podstaw do uznania, że treść dokumentacji postępowania nie odzwierciedla rzeczywistej intencji autora. Zastosowanie wykładni gramatycznej SWZ pozwala na otrzymanie właściwego wyniku, a literalne brzmienie odpowiada woli zamawiającego.

Argumentacja formułowana przez odwołującego pozostała także gołosłownym stanowiskiem strony, które nie zostało wykazane, ani wyartykułowane w terminie na postawienie takich zarzutów brzmieniu SWZ. Nawet nie zawarto takiej argumentacji w rozpoznawanym odwołaniu wychodząc na rozprawie poza jego granice. Dodatkowo, w odniesieniu do ewentualnych – pozornych bądź rzeczywistych – wątpliwości co do treści SWZ, nie można pomijać, że wykonawcy mieli prawo zwrócić się do zamawiającego o ich wyjaśnienie w trybie art. 135 ust. 1 p.z.p. lub wnieść odwołanie wobec brzmienia dokumentacji sprzecznej z ustawą p.z.p. W postępowaniu żaden z wykonawców nie miał podnoszonych wątpliwości, nie stwierdził wady SWZ, nie było również żadnych pytań dotyczących sposobu rozumienia przedmiotowej treści. Zatem zamawiający w sposób obiektywnie uzasadniony mógł założyć, że powyższe jest dla profesjonalisty jasne i jednoznaczne, inaczej należycie działający wykonawca poprosiłby o wyjaśnienie dokumentacji przetargu albo wniósłby odwołanie wobec jej niezgodnego z prawem brzmienia.

Niemniej, nawet gdyby przyjąć, że treść SWZ może budzić wątpliwości i można byłoby rozumieć ją na co najmniej dwa sposoby (w oderwaniu od wykładni gramatycznej, zgodnie ze stanowiskiem odwołującego sformułowanym na rozprawie i literalnie, jak podnosił zamawiający i przystępujący) – z czym skład orzekający się nie zgadza – to należy uwzględnić ukształtowaną w orzecznictwie zasadę, iż wszelkie niejasności/niezgodności w przedmiocie dokumentacji postępowania są tłumaczone na korzyść wykonawców, za linią orzeczniczą nakazującą interpretację oświadczeń woli na korzyść podmiotu, który jest tego oświadczenia adresatem. Jak stwierdzono w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 31 maja 2022 r. sygn. akt: XXIII Zs 58/22 „Jak słusznie w toku postępowania odwoławczego, zauważał przystępujący Konsorcjum: (...) spółka akcyjna w G. oraz (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w G., a Sąd Okręgowy jego stanowisko aprobuje, iż wszelkie niejasności, dwuznaczności, niezgodności należy rozpatrywać na korzyść wykonawcy, co ma na celu realizację zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania. Jak zostało to również podkreślone w uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 sierpnia 2017 r., sygn. akt KIO/KD 38/17 należy wskazać, że obowiązuje swoista "święta" zasada, że wszelkie niejasności, dwuznaczności, niezgodności postanowień SIWZ należy rozpatrywać na korzyść wykonawców, (...)». Reguła ta wynika z prawniczej paremii» In dubio contra proferentem« znaczącej w języku polskim »Wątpliwości należy tłumaczyć przeciw autorowi«. Nie ulega wątpliwości, że Zamawiający jest autorem ogłoszenia o zamówieniu i SWZ».

Konkludując, skoro przedmiotowy dokument nie stanowił treści oferty na kanwie wiążącej strony SWZ, to a priori

nie mogło dojść do naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego i wykonawcy T-Mobile jako ofert, których treść jest niezgodna warunkami zamówienia, ani naruszenia art. 223 ust. 1 p.z.p. dotyczącego prowadzenia nieuprawnionych negocjacji treści złożonych ofert. Wezwanie do uzupełnienia i przedłożenie spornego cennika w toku badania i oceny ofert w konsekwencji nie zmieniło treści ofert wykonawców, ponieważ ten cennik taką treścią nie jest, zatem też nie doszło w postępowaniu do naruszenia art. 128 ust. 1 p.z.p.; wezwanie wystosowane przez zamawiającego nie naruszyło ustawy p.z.p., a czynności wyboru oferty najkorzystniejszej została dokonana w sposób prawidłowy. Zarzutu nr 1-3 z *petitum* odwołania, jako niewykazane i niepotwierdzone w ustalonym stanie rzeczy, zostały przez Izbę oddalone.

Brak potwierdzenia zarzutów podniesionych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p., więc odwołanie zostało przez Krajową Izbę Odwoławczą oddalone.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania wydano na podstawie art. 575 p.z.p. obciążając strony kosztami zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego z uwzględnieniem § 8 ust. 2 pkt w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b 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). Izba obciążyła odwołującego jako stronę przegrywającą kosztami postępowania odwoławczego, na które złożył się uiszczony przez stronę wpis od odwołania, koszty wynagrodzenia jego pełnomocnika (zgodnie z limitem wynikającym z § 5 pkt 2 lit. b ww. rozporządzenia) i koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego, które zostały zasądzone od odwołującego na rzecz zamawiającego na podstawie przedłożonej do akt faktury VAT w kwocie 3600,00 zł.

Przewodniczący:

.....