

WYROK
z dnia 8 listopada 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 listopada 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 października 2011 r. przez wykonawcę **Netia S.A., ul. Poleczki 13, 02-822 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Miejski Ośrodek Pomocy Społecznej w Rzeszowie, ul. Jagiellońska 26, 35-025 Rzeszów,**

orzeka:

1. uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu powtórzenie czynności oceny ofert,

2. kosztami postępowania obciąża **Miejski Ośrodek Pomocy Społecznej w Rzeszowie, ul. Jagiellońska 26, 35-025 Rzeszów** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Netia S.A., ul. Poleczki 13, 02-822 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Miejskiego Ośrodka Pomocy Społecznej w Rzeszowie, ul. Jagiellońska 26, 35-025 Rzeszów** na rzecz **Netii S.A., ul. Poleczki 13, 02-822 Warszawa** kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Rzeszowie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający: Miejski Ośrodek Pomocy Społecznej w Rzeszowie, ul. Jagiellońska 26, 35-025 Rzeszów prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego w przedmiocie „Świadczenie usług telekomunikacyjnych dla Miejskiego Ośrodka Pomocy Społecznej w Rzeszowie”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 316180 w dniu 3 października 2011 r.

Pismem z dnia 21 października 2011 r. zamawiający poinformował wykonawcę Netia S.A. z siedzibą w Warszawie o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej Pzp w związku z tym, że „Wykonawca w Formularzu cenowym stanowiącym Załącznik nr 2 do SIWZ w poz 1 i 2 przedstawił koszt jednego miesięcznego abonamentu na łącze cyfrowe (2B+D) oraz koszt jednego miesięcznego abonamentu na łącze analogowe”.

Wobec ww. czynności odrzucenia oferty wykonawca Netia S.A. wniósł odwołanie, zarzucając naruszenie przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, przez uznanie, że treść oferty odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego i wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) powtórzenie wyboru najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem oferty odwołującego.

Odwołujący wskazał w uzasadnieniu odwołania, że zamawiający w formularzu cenowym umieścił m.in. pozycje:

- 1) Abonament miesięczny - łącze cyfrowe (2B+D) za 1 m-c,
- 2) Abonament miesięczny - łącze analogowe za 1 m-c.

Odwołujący wyjaśnił, że przedmiotem postępowania jest udostępnienie 19 linii cyfrowych oraz 6 linii analogowych. W dniu 6 października 2011 r. zamawiający, udzielając odpowiedzi na pytanie nr 3: „W części XII — Kryteria oceny ofert i ich znaczenie oraz sposób oceny ofert w pkt. 1 Zamawiający wymienia: cena brutto za 1 abonament miesięczny - łącze analogowe ISDN czy zamawiający ma na myśli łącze analogowe PSTN?”, wyjaśnił, iż: „Zamawiający zmienił treść Rozdziału XII pkt. 1 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia o brzmieniu „cena brutto za 1 abonament miesięczny - łącze analogowe ISDN” na brzmienie „cena brutto za 1 abonament miesięczny - łącze analogowe”. Zamawiający zobowiązuje Wykonawców do określenia w Formularzu cenowym stanowiącym załącznik nr 2 do SIWZ odpowiednio w poz. 1 i 2 łącznego miesięcznego kosztu abonamentu na

poszczególne linie sumując liczbę linii cyfrowych ISDN (2B+D) oraz liczbę linii analogowych (Rozdział IV pkt. 4 SIWZ).

Odwołujący podniósł, że złożył ofertę umieszczając w formularzu cenowym w poz. 1 i 2 cenę 0,01 zł. W dniu 13 października 2011 r. zamawiający na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień co do treści oferty, wskazując na wyjaśnienia treści siwz z dnia 6 października 2011 r. Zamawiający nie podał, jakie wątpliwości powziął i w jakim konkretnym zakresie oczekuje wyjaśnień, w szczególności, na czym miałyby polegać sprecyzowanie podanych kwot.

W odpowiedzi odwołujący poinformował, że podane w ofercie koszty abonamentów uwzględniają wyjaśnienia z dnia 6 października 2011r. W ten sposób odwołujący wskazał, że złożył ofertę na świadczenie usług 19 liniami cyfrowymi i 6 liniami analogowymi - każdy pakiet linii za 0,01 zł opłaty abonamentowej.

Zdaniem odwołującego, uzasadnienie odrzucenia oferty stoi w oczywistej sprzeczności ze złożonymi przez niego wyjaśnieniami. Odwołujący podkreślił, iż w żadnym momencie postępowania nie przekazał zamawiającemu informacji o tym, że podana cena dotyczy pojedynczego łącza, czy to cyfrowego, czy analogowego, a samowolne wnioskowanie nie znajduje żadnego oparcia w okolicznościach faktycznych.

W dniu 3 listopada 2011 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie. Wyjaśnił, że w dniu 6 października 2011 r. dokonał zmiany siwz i zgodnie z literalnym brzmieniem postanowienia, zobowiązał wykonawców do określenia w formularzu cenowym stanowiącym załącznik nr 2 do siwz odpowiednio w poz. 1 i 2 łącznego miesięcznego kosztu abonamentu na poszczególne linie sumując liczbę linii cyfrowych ISDN (2B+D) oraz liczbę linii analogowych (Rozdział IV pkt 4 siwz), tj. 19 linii cyfrowych ISDN (2B+D) oraz 6 linii analogowych.

Odwołujący w formularzu cenowym w poz. 1 i 2 przedstawił koszt jednego miesięcznego abonamentu na łącze cyfrowe (2B+D) oraz koszt jednego miesięcznego abonamentu na łącze analogowe. W wyjaśnieniach z dnia 18 października 2011 r. Netia S.A. wskazała, że usługa zostanie przez Spółkę wykonana za cenę 0,01 zł, argumentując to faktem, iż posiada możliwość wykonania tej usługi w takiej cenie. Zdaniem zamawiającego, łączny miesięczny koszt abonamentu na poszczególne linie, wyliczony jako suma liczby linii cyfrowych ISDN (2B+D) oraz liczby linii analogowych, tj. 19 linii cyfrowych ISDN (2B+ D) oraz 6 linii analogowych, to kwota odpowiednio 0,19 zł oraz 0,06 zł. Odwołujący nie wykonał więc obowiązku nałożonego na wykonawców pismem z dnia 6 października 2011 r. w sposób, w jaki wymagał zamawiający. Uznanie wyjaśnień złożonych przez odwołującego oznaczałoby, zdaniem zamawiającego, zmianę ceny pierwotnie przedstawionej przez odwołującego w ofercie.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając odwołanie na rozprawie na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, w tym dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a także uwzględniając stanowiska stron, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że odwołujący ma interes w złożeniu odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia i możliwość poniesienia szkody w przypadku potwierdzenia się, że zamawiający z naruszeniem przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp odrzucił złożoną przez niego ofertę.

Przedmiotem postępowania jest świadczenie usług telekomunikacyjnych na 19 liniach cyfrowych (2B+D) oraz 6 liniach analogowych.

W formularzu cenowym stanowiącym załącznik nr 2 do siwz zamawiający wymagał pkt 1 i 2 określenia przez wykonawców wysokości ceny, odpowiednio za:

- 1) Abonament miesięczny - łącze cyfrowe (2B+D) za 1 m-c,
- 2) Abonament miesięczny - łącze analogowe za 1 m-c.

W dniu 6 października 2011 r. zamawiający, udzielając odpowiedzi na pytanie nr 3: o treści: „W części XII — Kryteria oceny ofert i ich znaczenie oraz sposób oceny ofert w pkt. 1 Zamawiający wymienia: cena brutto za 1 abonament miesięczny - łącze analogowe ISDN czy zamawiający ma na myśli łącze analogowe PSTN?“, wyjaśnił, iż: „Zamawiający zmienił treść Rozdziału XII pkt. 1 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia o brzmieniu „cena brutto za 1 abonament miesięczny - łącze analogowe ISDN" na brzmienie „cena brutto za 1 abonament miesięczny - łącze analogowe". Zamawiający zobowiązuje Wykonawców do określenia w Formularzu cenowym stanowiącym załącznik nr 2 do SIWZ odpowiednio w poz. 1 i 2 łącznego miesięcznego kosztu abonamentu na poszczególne linie sumując liczbę linii cyfrowych ISDN (2B+D) oraz liczbę linii analogowych (Rozdział IV pkt. 4 SIWZ)”.

Odwołujący w Formularzu cenowym stanowiącym Załącznik nr 2 do SIWZ, złożonym w ofercie, w poz 1 i 2 przedstawił koszt miesięcznego abonamentu, podając w pozycjach:

- 1) Abonament miesięczny - łącze cyfrowe (2B+D) za 1 m-c
0,01 zł netto, 0,01 zł brutto
- 2) Abonament miesięczny - łącze analogowe za 1 m-c
0,01 zł netto, 0,01 zł brutto

W dniu 13 października 2011 r. zamawiający na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień co do treści oferty, wskazując, że wykonawca w poz. 1 i 2 formularza cenowego podał:

1. Abonament miesięczny – łącze cyfrowe (2B+D) za 1 m-c 0,01 zł netto, 0,01 zł brutto,

2. Abonament miesięczny – łączne analogowe za 1 m-c 0,01 zł netto, 0,01 zł brutto,

Zamawiający zwrócił się do odwołującego z prośbą „o sprecyzowanie kosztu abonamentów miesięcznych – łączny cyfrowych (2B+D) oraz kosztu abonamentów miesięcznych – łączny analogowych w związku z wyjaśnieniem złożonym przez Zamawiającego [...] w dniu 6 października 2011 r.”. Zamawiający przytoczył także treść wyjaśnienia z dnia 6 października 2011 r. Dodatkowo, zamawiający wezwał odwołującego na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny.

Odwołujący złożył wyjaśnienia pismem z dnia 18 października 2011 r. W ww. piśmie odwołujący potwierdził, że „podane koszty abonamentów uwzględniają przedmiotowe wyjaśnienie.” Odwołujący przedstawił również wyjaśnienia dotyczące wysokości zaoferowanej ceny.

Rozpoznając odwołanie, Izba orzekła wyłącznie co do zarzutów podniesionych w odwołaniu, zgodnie z art. 192 ust. 7 Pzp. Izba nie rozpoznawała zatem okoliczności podniesionych przez zamawiającego na rozprawie – w zakresie wątpliwości co do wysokości zaoferowanej ceny. Zauważyć należy, że zamawiający podjął postępowanie wyjaśniające w tej kwestii. Okoliczności powyższe nie były jednak podstawą odrzucenia oferty odwołującego, a w konsekwencji nie mogły być i nie były zaskarżone w odwołaniu.

W świetle zmiany treści specyfikacji z dnia 6 października 2011 r. w zakresie wymagania dotyczącego podania w formularzu cenowym „koszu abonamentu” Izba uznała, że treść oferty odwołującego odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zgodnie z treścią wymagania zamawiającego, należało podać w formularzu cenowym w pozycjach 1 i 2 „kosztu abonamentu”. Trzeba zauważyć, że zamawiający, określając „abonament” użył liczby pojedynczej. Ponadto, określił abonament jako „łączny” na „poszczególne linie” (odpowiednio w pkt 1 i 2) „sumując liczbę linii (przypadku linii cyfrowych ISDN – 19, w przypadku linii analogowych – 6). Powyższe oznacza, że należało podać cenę abonamentu na pakiet linii, odpowiednio – cyfrowych i analogowych.

Izba zgodziła się ze stanowiskiem odwołującego, że zamawiający nie wymagał podania ceny abonamentu na jedną linię, choć pierwotne i niezmienione w tym zakresie brzmienie formularza cenowego w pkt 1 i 2 tak wskazywało. Treść ta przestała być bowiem wiążąca z chwilą dokonania zmiany treści siwz w dniu 6 października 2011 r., co nie było sporne pomiędzy stronami. Zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 3 z dnia 6 października 2011 r. zamawiający wymagał podania w tym miejscu - kosztu abonamentu łącznego za wszystkie linie w danej grupie.

Odwołujący potwierdził zarówno w wyjaśnieniach z dnia 18 października 2011 r., jak i na rozprawie, iż podał w ww. pozycjach formularza cenowego koszt abonamentu, zgodnie z wymaganiami zamawiającego na pakiet linii, określając go w pkt 1 i pkt 2 na taką samą

kwotę - 0,01 zł. Ponieważ z treści wyjaśnień zamawiającego nie wynika, aby koszt ten miał być sumą abonamentów za każdą linię, odpowiednio za łącza cyfrowe i analogowe, należało uznać, że podana przez odwołującego cena nie musi stanowić sumy cen jednostkowych, ale mogła zostać skalkulowana łącznie na cały pakiet linii danego rodzaju.

Podkreślić należy, że wymaganie zamawiającego dotyczące sposobu wypełnienia formularza cenowego w pozycjach 1 i 2 w wyniku zmiany z dnia 6 października 2011 r. stało się niejednoznaczne i mało czytelne, zwłaszcza biorąc pod uwagę pozostawienie przez zamawiającego w formularzu nieaktualnego brzmienia opisów pozycji formularza w omawianych punktach 1 i 2. Zamawiający nie dokonał zmiany treści tych opisów, odpowiednio do zmienionego wymagania, choć w ocenie Izby było to niezbędne z punktu widzenia możliwości prawidłowego przygotowania ofert przez wykonawców. Zauważyć należy, że tylko trzech wykonawców nie było wzywanych do wyjaśnienia treści oferty w powyższym zakresie. Byli to wykonawcy, jak wyjaśnił zamawiający, którzy kontaktowali się telefonicznie z zamawiającym, aby uzyskać jednoznaczną informację, jaką cenę należy podać w formularzu cenowym w pkt 1 i 2.

Biorąc pod uwagę, treść postanowień specyfikacji z uwzględnieniem wyjaśnień zamawiającego z dnia 6 października 2011 r. oraz to, że błędy w opracowaniu jasnej i niebudzącej wątpliwości treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie mogą skutkować w postępowaniu o udzielenie zamówienia negatywnie dla wykonawców, Izba uznała, że zamawiający z naruszeniem przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp odrzucił ofertę odwołującego. Oceniając to naruszenie w świetle art. 192 ust. 2 Pzp Izba uznała, że miało ono istotny wpływ na wynik postępowania, rozumiany jako wybór oferty najkorzystniejszej, ponieważ oferta odwołującego uzyskałaby według dokonanej oceny ofert najwyższą ilość punktów. Na marginesie tylko Izba wskazuje, że z literalnego brzmienia kryteriów oceny ofert należy wnosić, iż podstawą oceny ofert powinna być cena abonamentu za jedno łącze zarówno w przypadku łącza cyfrowego, jak i analogowego. Zauważyć należy, że brzmienie kryteriów oceny ofert nie uległo zmianie, w konsekwencji zmiany formularza cenowego z dnia 6 października 2011 r. natomiast faktycznie ocena ta została dokonana przez zamawiającego na podstawie „kosztu abonamentu łącznego”. Okoliczności powyższe nie były rozpoznawane w ramach niniejszego postępowania odwoławczego z uwagi na fakt, iż nie zostały podniesione jako zarzut w odwołaniu.

W oparciu o powyższe, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 2 i ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). W związku z tym, że odwołujący wniósł w poczet wpisu od odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na usługi, którego wartość jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, kwotę 15 000,00 zł tj. przewyższającą kwotę wpisu w wysokości należnej 7 500,00 zł, wynikającej odpowiednio z treści § 1 pkt 1 ww. rozporządzenia, zwrotowi na rzecz odwołującego z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych podlega kwota 7 500,00 zł (słownie:siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy).

Przewodniczący: