

WYROK

z dnia 15 października 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 października 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 27 września 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie, Intergrated Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,

w postępowaniu prowadzonym przez Prokuraturę Krajową w Warszawie,

przy udziale wykonawcy Netia S.A. z siedzibą w Warszawie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty złożonej przez Netia S.A. z siedzibą w Warszawie, odrzucenie oferty tego wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp oraz powtórzenie czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej;

2. Kosztami postępowania obciąża Prokuraturę Krajową w Warszawie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza Zamawiającego od na rzecz Odwołującego kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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:

Zamawiający - Prokuratura Krajowa - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego

postępowanie o udzielenie zamówienia pn. Zakup usług transmisji danych dla jednostek organizacyjnych Prokuratury. Wartość zamówienia przekracza progi unijne. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 21 czerwca 2021 r. pod nr 2021/S 118-310535.

W dniu 27 września 2021 r. Konsorcjum: Orange Polska S.A., Integrated Solution Sp. z o.o. wniosło odwołanie wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Netia S.A. jako niezgodnej z warunkami zamówienia. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów:

- prowadzenie z wykonawcą Netia, w ramach wyjaśnień treści oferty w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, niedozwolonych w świetle ustawy negocjacji treści złożonej oferty w odniesieniu do oferowanych przez wykonawcę Netia warunków zwiększenia przepustowości punktów styku do sieci Internet w POPD PK i ZOPD PK i związanego z tym zwiększenia abonamentu miesięcznego w przypadku zmiany parametru Usługi (poprzez dwukrotne zwiększenie przepustowości punktów styku do sieci Internet w POPD PK i ZOPD PK), wobec faktu, że wykonawca Netia w złożonej ofercie zaoferował za przedmiotową zmianę parametrów usługi zwiększenie abonamentu miesięcznego o kwotę wyższą niż określone przez Zamawiającego w dokumentach zamówienia maksimum, tj. o więcej niż 100% podstawowej ceny abonamentu miesięcznego za dostęp do sieci Internet w POPD PK i ZOPD PK (Formularz Ofertowy pkt 5. w zw. z pkt 1 ppkt 3 lit. I);

- zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Netia jako niezgodnej z warunkami

zamówienia, mimo że wykonawca zaoferował za zmianę parametru Usługi polegającą na dwukrotnym zwiększeniu przepustowości punktów styku do sieci Internet w POPD PK i ZOPD PK zwiększenie abonamentu miesięcznego o kwotę wyższą niż określone przez Zamawiającego w dokumentach zamówienia maksimum, tj. o więcej niż 100% podstawowej ceny abonamentu miesięcznego za dostęp do sieci Internet w POPD PK i ZOPD PK (Formularz Ofertowy Pkt 5 w zw. z pkt 1 ppkt 3 lit. I);

- w konsekwencji wybór jako najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu, co stanowi naruszenie art. 223 ust. 1, art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenia oferty wykonawcy Netia S.A. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp oraz powtórzenia czynności badania i oceny oferty z wyłączeniem oferty odrzuconej.

Po pierwsze Odwołujący podniósł, że treść oferty Netia jest niezgodna z warunkami zamówienia. Wskazał, że w pkt. 5 Formularza ofertowego Zamawiający oczekiwał złożenia przez wykonawcę oświadczenia woli w zakresie kwoty, o jaką ulegnie zwiększeniu abonament miesięczny określony w ust. 1 pkt 3 lit. I Formularza. Zwiększenie abonamentu miesięcznego (wzrost) o kwotę wskazaną w pkt. 5 FO dotyczy zmiany parametrów Usługi poprzez dwukrotne zwiększenie przepustowości punktów styku do sieci Internet w POPD PK i ZOPD PK. Zamawiający w sposób wyraźny zastrzegł, że nie może to być wzrost większy niż o 100% kwoty określonej w ust. 1 pkt 3 lit. I Formularza Ofertowego (opłaty za dostęp do Internetu w POPD PK i ZOPD PK z podstawową przepustowością).

Wykonawca Netia w pkt. 5 FO zaoferował, że w przypadku dwukrotnego zwiększenia przepustowości punktów styku do sieci Internet w POPD PK i ZOPD PK, opłata za abonament miesięczny określony w ust. 1 pkt 3 lit. I Formularza zwiększy się o kwotę 19.680 zł. Jest to oczywista niezgodność treści oferty wykonawcy Netia z warunkami zamówienia ponieważ w ust. 1 pkt 3 lit. I Formularza Ofertowego (opłata za dostęp do Internetu z podstawową przepustowością) wykonawca ten zaoferował kwotę 12.300 zł, co oznacza, że w przypadku dwukrotnego zwiększenia przepustowości, wysokość opłaty za abonament miesięczny zgodnie z treścią oferty wykonawcy Netia zwiększy się o więcej niż 100% kwoty określonej w ust. 1 pkt 3 lit. I Formularza Ofertowego (tj. o więcej niż 12.300 zł). W konsekwencji - zdaniem Odwołującego - oferta wykonawcy Netia podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy jako niezgodna z warunkami zamówienia.

Dalej Odwołujący zarzucił Zamawiającemu prowadzenie niedozwolonych negocjacji z wykonawcą Netia.

Odwolujący wskazał, że Zamawiający zorientował się, że oferta wykonawcy Netia jest niezgodna z warunkami zamówienia i zwrócił się o wyjaśnienie sposobu obliczenia ceny w trybie art. 223 ust. 1, rozpoczynając negocjacje z wykonawcą Netia (pismo z września 2021 r.). W odpowiedzi wykonawca Netia oświadczył, że „Wskazana kwota, została skalkulowana jako iloczyn kwoty określonej w ust. 1 pkt 3 lit. I FO oraz współczynnika 60%, co oznacza, że intencją Wykonawcy jest zwiększenie wynagrodzenia w sytuacji wskazanej w pkt 5 FO o 60% wartości kwoty, wskazanej w ust 1 pkt 3 lit. I FO. Tym samym, docelowa kwota wynagrodzenia Wykonawcy, w przypadku ziszczenia się warunku określonego w pkt 5 (zmiana parametrów Usługi poprzez dwukrotne zwiększenie przepustowości punktów styku do sieci Internet w POPD PK i ZOPD PK) wyniesie 19 680,00 zł brutto miesięcznie”.

Odwolujący podniósł, że czynności podjęte przez Zamawiającego oraz wykonawcę Netia stanowią negocjacje treści oferty, niedopuszczalne w świetle art. 223 ust. 1 ustawy i nie można ich uznać za wyjaśnienia treści oferty. Stwierdził, że wezwanie Zamawiającego jedynie pozornie zmierza do wyjaśnienia treści oferty. Zamawiający zapytał o wyjaśnienie sposobu obliczenia ceny, mimo że wartość liczbową nie wymaga żadnego wyjaśnienia, została ona wpisana cyfrowo i słownie. Nie mogło być żadnej wątpliwości co do podanej kwoty, a treść formularza oferty nie przewidywała dokonywania w pkt 5 żadnych wyliczeń. Wykonawca był zobowiązany podać kwotę i zgodnie z warunkami zamówienia kwota ta miała być nie większa niż 100% kwoty określonej w ust. 1 pkt 3 lit. I. Zdaniem Odwołującego, skoro zakresem wezwania nie zostało objęte nic, co mogłoby wymagać jakichkolwiek wyjaśnień, a jedynie wpisana liczbowo i słownie kwota, odpowiedź wykonawcy Netia nie może być wyjaśnieniem treści oferty, lecz stanowi próbę zmiany oferty poprzez negocjacje z Zamawiającym.

W ocenie Odwołującego, wykonawca Netia, poprzez złożone po terminie składania ofert oświadczenie próbuje zmienić treść oferty, usiłując wskazać, że podana kwota nie jest kwotą o jaką zwiększy się wynagrodzenie, lecz kwotą łączną, jaką będzie musiał zapłacić Zamawiający. Takie oświadczenie nie wynika z żadnej części oferty wykonawcy Netia, a jedynie z wyjaśnień treści oferty złożonych po terminie składania ofert. Uznanie za dopuszczalne tego tłumaczenia oznaczałoby konieczność zmiany wartości podanej przez wykonawcę Netia w pkt 5 Formularza Ofertowego, a tym samym oznaczałoby zmianę oświadczenia woli wykonawcy Netia dokonanej po upływie terminu składania ofert. Ponadto, wyjaśnienia udzielone przez Netia nie tylko są niedopuszczalne w świetle ustawy, lecz także są wewnętrznie sprzeczne i nie dają jakiegokolwiek podstawy, aby uznać, że złożona oferta jest zgodna z warunkami zamówienia. W pierwszym zdaniu wykonawca Netia stwierdza, że kwota podana w pkt 5 Formularza cenowego to 60% kwoty z pkt 1 ppkt 3 lit. 1 Formularza oferty („Wskazana kwota, została skalkulowana jako iloczyn kwoty określonej w ust. 1 pkt 3 lit. I FO oraz współczynnika 60%”), a zatem, że obliczona była prawidłowo, jako kwota nie większa niż 100% ceny za podstawową przepustowość. Następnie Netia próbuje zmieniać ofertę i twierdzi, że kwota podana w pkt 5 Formularza cenowego to jednak nie cena za podstawową przepustowość przemnożona przez współczynnik 60%, lecz docelowa, łączna kwota jaką ma zapłacić Zamawiający („Tym samym, docelowa kwota wynagrodzenia Wykonawcy (...) wyniesie 19 680,00 zł brutto miesięcznie”). Tym samym nawet w toku niezgodnych z ustawą negocjacji Zamawiający nie uzyskał od wykonawcy Netia jednoznacznego stanowiska, co do zaoferowania zwiększenia przepustowości na warunkach zgodnych z warunkami zamówienia.

Dodatkowo Odwołujący stwierdził, że wyjaśnienia wartości zaoferowanej przez wykonawcę Netia w pkt 5 Formularza ofertowego nie tylko były niedopuszczalne w świetle ustawy, lecz także przedstawione w nich tłumaczenie wykonawcy Netia było chybione. Twierdzenie, że sposób wskazania wartości w Formularzu Ofertowym był zupełnie różny dla pkt 5 w porównaniu z pkt 3 i 4 jest niezgodne z brzmieniem Formularza Ofertowego. Odwołujący przytoczył treść Formularza Ofertowego i podniósł, że zarówno w pkt 3, 4, jak i 5 należało wskazać wartość zmiany (a nie wartość docelową, łączną) w opłatach w związku ze zmianą parametrów Usługi, jedyną odrębność polegała na tym, że w przypadku pkt 3 i 4 zmiana mogła prowadzić do obniżenia lub podwyższenia opłaty, a w pkt. 5 tylko do podwyższenia opłaty, co jest zrozumiałe z uwagi na to, że dotyczyła warunków na jakich wykonawca zobowiązywał się do zwiększenia przepustowości łącza. Niezależnie od powyższego, dla stwierdzenia, czy oferta jest zgodna z warunkami zamówienia znaczenia ma jej treść, a nie rzeczywiste, czy wymyślone motywy postępowania wykonawcy ujawnione w toku niedopuszczalnych ustawą negocjacji z Zamawiającym po upływie terminu składania ofert.

Odwolujący podniósł, że po negocjacjach treści oferty z wykonawcą Netia, przeprowadzonych pod pozorem wyjaśnień treści tej oferty, Zamawiający dokonał wyboru oferty tego wykonawcy, wybierając ofertę wprost niezgodną z warunkami zamówienia, ignorując przy tym określone przez siebie warunki zamówienia dotyczące wzrostu opłat abonamentowych za zwiększenie przepustowości łącza do Internetu w lokalizacji POPD PK

i ZOPD PK.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

W związku z tym, że postępowanie o udzielenie niniejszego zamówienia zostało wszczęte po 1 stycznia 2021 r., jest ono prowadzone na podstawie przepisów ustawy z dnia

11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129), stosownie do art. 1 ustawy z 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020 z późn. zm.).

Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 505 ust. 1 nowej ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Przedmiotem zamówienia jest zakup usług transmisji danych dla jednostek organizacyjnych prokuratury.

W punkcie 5 załącznika nr 3 do SWZ (Formularz ofertowy) po zmianach, Zamawiający wymagał zaoferowania kwoty, o jaką ulegnie zwiększeniu miesięczny abonament za świadczenie za świadczenie dostępu do sieci Internet poprzez punkty styku w POPD PK i ZOPD PK, w przypadku dwukrotnego zwiększenia przepustowości punktów styku:

5. W przypadku zmiany parametrów Usługi poprzez dwukrotne zwiększenie przepustowości punktów styku do sieci Internet w POPD PK i ZOPD PK abonament miesięczny określony w ust. 1 pkt 3) lit. I) ulegnie zwiększeniu o kwotę w wysokościzłotych brutto (słownie złotych:.....) (nie więcej niż o 100% kwoty określonej w ust. 1 pkt 3) lit. I)).

W punkcie 1 ust. 1.3 lit. I Formularza ofertowego, wykonawca Netia zaoferował następującą cenę: za świadczenie dostępu do sieci Internet poprzez punkty styku w POPD PK i ZOPD PK abonament miesięczny w okresie trwania Umowy w wysokości 12.300,00 złotych brutto (słownie złotych: dwanaście tysięcy trzysta złotych).

Wykonawca Netia w punkcie 5 Formularza ofertowego podał: W przypadku zmiany parametrów Usługi poprzez dwukrotne zwiększenie przepustowości punktów styku do sieci Internet w POPD PK i ZOPD PK abonament miesięczny określony w ust. 1 pkt 3) lit. I) ulegnie zwiększeniu o kwotę w wysokości 19.680,00 złotych brutto (słownie złotych: dziewiętnaście tysięcy sześćset osiemdziesiąt złotych brutto) (nie więcej niż o 100% kwoty określonej w ust. 1 pkt 3) lit. I)).

Pismem z 9 września 2021 r. Zamawiający wezwał wykonawcę Netia, na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień: w zakresie pkt 5 Formularza ofertowego, tj. wyjaśnienie sposobu kalkulacji kwoty wskazanej w pkt 5 Formularza ofertowego - Załącznik nr 3 do SWZ.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Przystępujący złożył następujące wyjaśnienia:

Wskazana kwota, została skalkulowana jako iloczyn kwoty określonej w ust. 1 pkt 3) lit. I) FO oraz współczynnika 60%, co oznacza, że intencją Wykonawcy jest zwiększenie wynagrodzenia w sytuacji wskazanej w pkt 5 FO o 60% wartości kwoty, wskazanej w ust 1 pkt 3) lit. I) FO. Tym samym, docelowa kwota wynagrodzenia Wykonawcy, w przypadku

zwiększenia się warunku określonego w pkt 5 (zmiana parametrów Usługi poprzez dwukrotne zwiększenie przepustowości punktów styku do sieci Internet w POPD PK i ZOPD PK)

wyniesie 19 680,00 zł brutto miesięcznie. Wskazany sposób kalkulacji określonego w pkt 5 elementu potencjalnego zwiększenia wynagrodzenia wynika z przyjętej przez Wykonawcę interpretacji sformułowania zawartego w formularzu, zgodnie z którym, należało wskazać zwiększenie „o kwotę w wysokości”, co zostało odczytane jako konieczność ustalenia kwoty a następnie wskazanie docelowej wysokości zwiększonego wynagrodzenia miesięcznego, która to docelowa wysokość powinna zostać wskazana w polu pozostawionym Wykonawcy do wypełnienia. Wskazany tu literalnie sposób wskazania kwoty zwiększenia, różnił się od określeń zastosowanych w podobnych sytuacjach w pkt 3 i 4, gdzie Wykonawca miał wskazać wyłącznie kwotę zwiększenia, o czym świadczy zastosowanie samego określenia „zwiększeniaw wysokości”. Wobec użycia innego sposobu opisu kalkulacji w pkt 5, gdzie Wykonawca musiał wskazać zwiększenie oszacowane jako zwiększenie „o kwotę w wysokości” uznano, iż intencją Zamawiającego jest tu (inaczej niż w pkt 3 i 4) uzyskanie wartości kwoty docelowej (po zwiększeniu kwoty bazowej o określony współczynnik, nie wyższy niż 100% kwoty bazowej).

Pismem z 17 września 2021 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty Netia S.A. jako najkorzystniejszej.

Odwwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne

jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej

oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Zdaniem Izby Zamawiający naruszył przytoczone wyżej przepisy ustawy.

Po pierwsze Izba stwierdziła, że brzmienie postanowień punktu 5 Formularza ofertowego, było całkowicie jasne, precyzyjne i nie powinno budzić najmniejszych wątpliwości interpretacyjnych. Wyraźnie wynika z niego, że Zamawiający oczekuje od wykonawcy podania kwoty, o jaką ulegnie zwiększeniu abonament, a nie do jakiej wzrośnie abonament, w przypadku zmiany parametrów Usługi poprzez dwukrotne zwiększenie przepustowości punktów styku do sieci Internet w POPD PK i ZOPD PK. Różnica w tym zakresie jest oczywista, a twierdzenia Przystępującego, że zinterpretował brzmienie pkt 5 Formularza ofertowego inaczej, nie zasługują na uwzględnienie, odmienna interpretacja nie była bowiem w żadnej mierze usprawiedliwiona. Za bezpodstawne Izba uznała twierdzenia

Przystępującego w złożonych Zamawiającemu wyjaśnieniach, jakoby powodem odmiennej interpretacji była okoliczność, że brzmienie punktu 5 Formularza ofertowego różniło się od dotyczących podobnych sytuacji punktów 3 i 4, w których posłużono się innymi określeniami. Zauważyć należy, że nie ma różnicy znaczeniowej między określeniami użytymi w ww. punktach Formularza, w każdym przypadku należało wskazać kwotę zwiększenia (lub zmniejszenia - w przypadku punktów 3 i 4) wynagrodzenia/abonamentu. Postanowienia w poszczególnych punktach Formularza różnią się tylko w stopniu uzasadnionym specyfiką zdarzeń, których dotyczą.

Izba stwierdziła również, że jasne i precyzyjne było wymaganie Zamawiającego, że kwota wskazywana w pkt 5 Formularza nie może być większa niż 100% kwoty abonamentu podstawowego. Także w tym zakresie nie sposób mówić o jakichkolwiek niejasnościach czy podstawach do odmiennej interpretacji.

W ocenie Izby oświadczenie wykonawcy na temat kwoty, o jaką ulegnie zwiększeniu abonament miesięczny określony w ust. 1 pkt 3 lit. I w przypadku dwukrotnego zwiększenia przepustowości punktów styku, stanowiło istotny element oferty, informacja ta określa bowiem wysokość przyszłych zobowiązań finansowych Zamawiającego. Istotność tego

elementu potwierdza fakt żądania złożenia oświadczenia woli w tym zakresie w Formularzu ofertowym.

Następnie Izba stwierdziła, że kwota wpisana przez Przystępującego w pkt 5 Formularza przekracza 100% kwoty abonamentu podstawowego, co jest wprost niezgodne z wymaganiami Zamawiającego.

Wyjaśnienia, które złożył Przystępujący w odpowiedzi na wezwanie skierowane na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, nie mogą być uznane za potwierdzające prawidłowość złożonej oferty - stanowią one w istocie jej zmianę. Wynika z nich dokładnie to, że za zwiększenie przepustowości wykonawca oczekuje zwiększenia abonamentu nie o kwotę 19.680,00 zł, jak to podał w Formularzu ofertowym, ale de facto o kwotę 7.380,00 zł.

Podkreślenia wymaga, że wynikająca z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp zasada niezmienności oferty stanowi gwarancję zachowania podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, przede wszystkim zasady równego traktowania wykonawców. Zmiany oferty są dopuszczalne tylko w ściśle określonych ustawą przypadkach, z którymi w rozpoznawanej sprawie nie mamy do czynienia.

Odnosząc się do twierdzeń Zamawiającego i Przystępującego na temat zasad wykładni oświadczeń woli, w tym z uwzględnieniem ustalonych zwyczajów, wskazać należy, że nie jest uprawnione dokonywanie wykładni oświadczenia woli wprost przeciwnej do jasnego brzmienia tego oświadczenia. Należy bowiem mieć na uwadze, że cywilnoprawne reguły wykładni oświadczeń woli, jakkolwiek obowiązujące również przy udzielaniu zamówień publicznych, nie mogą być tak rozumiane, że będą prowadzić do skutków niedających się pogodzić z naczelnymi zasadami udzielania zamówień publicznych, w tym zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Wobec tego twierdzenia o dotychczasowej współpracy Zamawiającego z Przystępującym, w ramach której posługiwano się ostateczną kwotą podwyższonego abonamentu, nie zasługują na uwzględnienie. Co więcej, Zamawiający powołał się na przyzwyczajenie i łatwość w operowaniu kwotą całkowitą podwyższonego abonamentu, a jednocześnie z jakiegoś powodu zupełnie co innego zapisał w SWZ, wskazując jasno, że oczekuje podania kwoty, o jaką abonament zostanie podwyższony. Z tego powodu złożony przez Przystępującego aneks do obecnie realizowanej umowy nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy.

W ocenie Izby, w rozpoznawanej sprawie nie zaistniały podstawy wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, treść oferty była bowiem jasna i nie budziła wątpliwości. Skierowanie do Przystępującego wezwania do wyjaśnień, treść tych wyjaśnień oraz późniejszy sposób ich zinterpretowania przez Zamawiającego, mogą być uznane za niedozwolone negocjacje treści oferty. Jak wskazał sam Zamawiający podczas rozprawy, z negocjacjami mielibyśmy do czynienia w sytuacji, gdyby wykonawca w wyjaśnieniach zmienił wcześniejszą ofertę. W ocenie Izby taka właśnie sytuacja miała miejsce w przedmiotowej sprawie. Jasne i precyzyjne oświadczenie podane w Formularzu ofertowym zostało w wyjaśnieniach przedstawione jako zupełnie inna informacja (tj. informacja o ostatecznej kwocie zwiększonego abonamentu, a nie o kwocie, o jaką abonament zostanie zwiększony), a właściwa kwota, która podlegała wpisaniu w punkcie 5 Formularza, jest według wyjaśnień inna. Mamy więc do czynienia z nowym, odmiennym od pierwotnego, oświadczeniem woli.

Nie sposób zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego, jakoby nie oczekiwał on konkretnego sposobu prezentacji ceny za zmianę przepustowości punktów styku, a jedynie chodziło mu o powzięcie wiedzy, jakie będą jego finalne obciążenia finansowe. Zauważyć należy, że zupełnie co innego Zamawiający wpisał we wzorze formularza ofertowego, gdzie wprost narzucił wykonawcom sposób prezentacji tego wynagrodzenia.

Dodatkowo należy zaznaczyć, że nawet gdyby przyjąć, iż kwota wpisana w Formularzu ofertowym była wynikiem niezamierzonego błędu wykonawcy, to błąd ten musiał wynikać z daleko idącej niestaranności przy sporządzaniu oferty, a ponieważ dotyczy przedmiotowo istotnego elementu oświadczenia woli, nie podlegałby poprawieniu prowadzącemu do zgodności oferty z wymaganiami Zamawiającego.

Odnosząc się do przedstawionych przez Odwołującego dowodów w postaci wyciągów z dokumentacji innych postępowań wskazać należy, że są one zbędne dla rozstrzygnięcia sprawy, należy bowiem wskazać, że ocena podniesionych zarzutów jest dokonywana z uwzględnieniem okoliczności towarzyszących konkretnemu postępowaniu o udzielenie zamówienia. Niezależnie jednak od powyższego, zarzuty podniesione w odwołaniu okazały się zasadne.

Wobec stwierdzenia, że Zamawiający naruszył przepisy art. 223 ust. 1 i art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, a naruszenie to miało wpływ na wynik postępowania, odwołanie - stosownie do art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp - podlegało uwzględnieniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 1 pkt 1

2020 r. poz. 2437), stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami postępowania Zamawiającego.

Przewodniczący: