Sygn. akt: KIO 876/24

WYROK

Warszawa, dnia 8 kwietnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Adriana Urbanik

Protokolant:Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczejw dniu 18 marca 2024 r. przez wykonawcę Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Skarb Państwa - Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe, Zakład Informatyki Lasów Państwowych
im. S.K. w Raszynie

przy udziale uczestników po stronie odwołującego:

A.wykonawcy Nekken Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie
B.wykonawcy GeoTechnologies Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu

orzeka:

1.umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu uwzględnionego
przez zamawiającego w pkt 3 odwołania,
2.oddala odwołanie w pozostałym zakresie, a więc co do zarzutów w pkt 1 i 2 odwołania,
3.kosztami postępowania obciąża wykonawcę Enigma Systemy Ochrony Informacji
Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, i:
3.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu
od odwołania.

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.

Przewodnicząca: ……..…

Sygn. akt: KIO 876/24

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Dostawa, wdrożenie i utrzymanie systemu informatycznego
pn. System Informatyczny Straży Leśnej", nr referencyjny:DZ.270.104.2023, zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 25.07.2023 r. pod nr 2023/S 141-451491 przez**Skarb Państwa - Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe, Zakład Informatyki Lasów Państwowych im. S.K. ul. Leśników 21C, Sękocin Stary, 05-090 Raszyn**, zwany dalej „Zamawiającym".

Do wyżej wymienionego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zastosowanie mają przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605, z późn. zm.), dalej „ustawy Pzp".

Dnia 18.03.2024 r. (wpływ bezpośredni) odwołanie złożył wykonawca **Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o. o., ul. Jutrzenki 116, 02-230 Warszawa**, zwany dalej „Odwołującym", na czynności i zaniechania Zamawiającego w toku postępowania
o udzielenie zamówienia publicznego określonego powyżej, polegające na zaniechaniu wyboru oferty najkorzystniejszej i unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:
1.art. 255 pkt 6 w zw. art. 16 ustawy Pzp poprzez unieważnienie postępowania pomimo,
że nie wystąpiły ustawowe przesłanki do jego unieważnienia, tj. postępowanie nie jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, co w konsekwencji doprowadziło do naruszenia podstawowych zasad prowadzenia postępowania

o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości postępowania;

2.art. 16 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 254 pkt 1 oraz w zw. z art. 255 ust. 6 ustawy Pzp poprzez unieważnienie postępowania po złożeniu przez wykonawców ofert,
co skutkowało ujawnieniem przez wykonawców Zamawiającemu potencjału do realizacji zamówienia oraz cen, a następnie pozbawieniem wykonawców, w tym Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia z przyczyn niezgodnych z ustawą Pzp co narusza zasadę uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i proporcjonalności;

3.art. 16 i art. 18 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 74 ustawy Pzp poprzez zaniechanie udostępnienia protokołu postępowania z załącznikami niezwłocznie po złożeniu przez Odwołującego takiego wniosku.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności unieważnienia postępowania;
2. kontytuowania postępowania w tym dokonania czynności badania i oceny ofert;
3. dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający w dniu 19.03.2024 r. (przy użyciu środków komunikacji elektronicznej za pośrednictwem platformazakupowa.pl na adresy e-mail wskazane w ofertach) wezwał wraz kopią odwołania, uczestników postępowania do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

Do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego zgłosił przystąpienie (wpływ bezpośredni) w dniu 21.03.2024 r. **wykonawca Nekken Sp. z o.o., ul. Juliusza Kossaka 3, 01-576 Warszawa,** zwany dalej „Przystępującym Nekken Sp. z o.o.". Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia Przystępującego Nekken Sp. z o.o.

Do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego zgłosił przystąpienie (wpływ w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP w dniu 22.03.2024 r. **wykonawca GeoTechnologies Sp. z o. o., ul. Długosza 60, 51-162 Wrocław,** zwany dalej „Przystępującym GeoTechnologies Sp. z o. o.". Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia Przystępującego GeoTechnologies Sp. z o. o.

W dniu 29.03.2024 r. odpowiedź na odwołanie złożył środkami komunikacji elektronicznej Zamawiający, w której w szczególności wniósł o oddalenie odwołania w części dotyczącej zarzutów w pkt 1 i 2 odwołania, a także oświadczył, że uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu w pkt 3 odwołania.

W dniu 29.03.2024 r. pismo procesowe wraz ze stanowiskiem w sprawie złożył środkami komunikacji elektronicznej i w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP Przystępujący GeoTechnologies Sp. z o.o.

W dniu 02.04.2024 r. odpowiednio podczas posiedzenia niejawnego z udziałem stron i rozprawy, w szczególności:

1)Odwołujący podtrzymał stanowisko jak w odwołaniu, złożył wniosek o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego wraz z fakturą z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;

2)Zamawiający podtrzymał stanowisko jak w odpowiedzi na odwołanie, wniósł o oddalenie odwołania;

3)Przystępujący GeoTechnologies Sp. z o.o. poparł stanowisko Odwołującego,

4)Przystępujący Nekken Sp. z o.o. poparł stanowisko Odwołującego.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi w postępowaniu odwoławczym dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron, Przystępujących, złożonych ustnie do protokołu w toku posiedzenia i rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy Pzp, zaś wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniający do jego złożenia.

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 542 ust. 1 ustawy Pzp, dopuścił w niniejszej sprawie dowody złożone w toku postępowania odwoławczego, w tym z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego, a także zawnioskowane w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także stanowisko wynikające ze złożonych pism, to jest odwołania, odpowiedzi na odwołanie, pisma procesowego Przystępującego GeoTechnologies Sp. z o.o., oraz stanowiska

i oświadczenia stron i Przystępujących, złożone ustnie do protokołu.

W pierwszej kolejności Izba postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu w pkt 3 odwołania, uwzględnionego przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, na podstawie ustawy Pzp w związku z art. 522 ust. 4 ustawy Pzp. Na podstawie art. 522 ust. 4 ustawy Pzp: „4. W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze w części dotyczącej tych zarzutów, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia tych zarzutów. W takim przypadku Izba rozpoznaje pozostałe zarzuty odwołania. Zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów.". W związku z tym, że w postępowaniu odwoławczym nie przystąpili po stronie Zamawiającego żadni wykonawcy, a Zamawiający uwzględnił zarzut w pkt 3 odwołania, Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu w pkt 3 odwołania.

Odwołanie w pozostałym zakresie, a więc co do zarzutów w pkt 1 i 2 odwołania, nie zasługiwało na uwzględnienie.

Izba dokonała następujących ustaleń:

W Specyfikacji Warunków Zamówienia Zamawiający wymagał:

1)w Załączniku nr 1 do SWZ „Opis przedmiotu zamówienia" (OPZ):

a)w rozdziale 2 „Przedmiot zamówienia" w pkt 2.3 „Etapy i fazy realizacji Projektu" w ppkt 6 zdanie przedostatnie: „Po dokonaniu Odbioru Fazy V Wykonawca zobowiązuje się do świadczenia Serwisu Utrzymaniowego zgodnie z wymaganiami zawartymi w Umowie. Serwis Utrzymaniowy powinien trwać odpowiednio:

• od dnia zakończenia Fazy Va (Odbioru Etapu I),

• 18 miesięcy od dnia zakończenia Fazy Vb (Odbioru Etapu II).",

a)w pkt 16 „Wymagania w zakresie Serwisu Utrzymaniowego" w ppkt 1:

„1. Wykonawca zobowiązuje się do świadczenia Serwisu Utrzymaniowego dla Systemu od dnia zakończenia Fazy Va (Odbioru Etapu I) oraz przez okres 18 miesięcy od dnia zakończenia Fazy Vb (Odbioru Etapu II).",

b) w pkt 2.4 „Harmonogram Ramowy" w Tabeli 1 Harmonogram Ramowy realizacji Przedmiotu Zamówienia:

- w Etap I: „Serwis Utrzymaniowy dla Etapu I Od momentu Odbioru Etapu I do zakończenia Serwisu Utrzymaniowego dla Etapu II",
- w Etap II: „Serwis Utrzymaniowy dla Etapu II Od momentu Odbioru Etapu II przez okres 18 miesięcy";

2)w Załączniku nr 5 do SWZ (PPU):

a)w § 6 „Wynagrodzenie i sposób płatności":

- w ust. 2 pkt 2: „2. Na Wynagrodzenie, o którym mowa w § 6 ust. 1 Umowy składa się: 2) maksymalne wynagrodzenie z tytułu należytego wykonania Umowy w części zamówienia podstawowego stanowiącej świadczenie Serwisu Utrzymaniowego w kwocie: Netto: […] PLN (słownie: […]); Brutto: […] PLN (słownie: […]), stanowiące równowartość nie większą niż 15% łącznego maksymalnego wynagrodzenia brutto za realizację Przedmiotu Zamówienia;
- w ust. 6: „6. Wynagrodzenie Wykonawcy, o którym mowa w § 6 ust. 2 pkt 2) będzie płacone Wykonawcy z dołu w okresach miesięcznych, na podstawie odpowiednio wystawionych faktur, w równych transzach w wysokości: Netto: […] PLN (słownie: […]); Brutto: […] PLN (słownie: […]).",

b)w § 10 „Serwis Utrzymaniowy" w ust. 1: „1. Wykonawca zobowiązuje się do świadczenia Serwisu Utrzymaniowego dla Systemu przez okres 18 miesięcy od daty podpisania Protokołu Odbioru Systemu, lecz nie dłużej niż do zakończenia 48 miesiąca liczonego od dnia podpisania Umowy.".

Pismami z dnia 20.10.2023 r. Zamawiający na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp zwrócił się do wykonawców o wyjaśnienie treści złożonych ofert: „W jaki sposób Wykonawca obliczył wartość pozycji nr 2 w tabeli nr 1 formularza ofertowego „Wynagrodzenie z tytułu należytego wykonania Umowy w części zamówienia podstawowego stanowiącej

świadczenie Serwisu Utrzymaniowego w kwocie, stanowiącej równowartość nie większą niż 15% łącznego maksymalnego wynagrodzenia brutto za realizację Przedmiotu Zamówienia", w szczególności proszę o wskazanie liczby miesięcy świadczenia ww. usługi.".

Wykonawcy złożyli stosowne wyjaśnienia w terminie zakreślonym przez Zamawiającego, i tak wykonawca:

1)Nekken Sp. z o.o. w piśmie z dnia 25.10.2023 r. wyjaśnił: „1. Kwota wynagrodzenia miesięczne z tytułu należytego wykonania Umowy w części zamówienia podstawowego stanowiącej świadczenie Serwisu Utrzymaniowego jest błędna
i powinna wynosić 45 133,97 zł brutto (36 694,28 zł netto i kwota VAT 8 439,69 zł). Błąd polega na nieprawidłowym zakresie dat przyjętym do obliczenia ceny,
co skutkowało obliczeniem kwoty miesięcznego utrzymania w wyniku podzielenia kwoty łącznego wynagrodzenia z tytułu Serwisu Utrzymaniowego na 18 miesięcy, zamiast prawidłowych (i wymaganych przez Zamawiającego) 28 miesięcy. Omyłkę tę można zidentyfikować na podstawie porównania pozostałych elementów stanowiących treść oferty tj. kwoty wynagrodzenia z tytułu należytego wykonania Umowy w części zamówienia podstawowego stanowiącej świadczenie Serwisu Utrzymaniowego brutto
2. Kwota wynagrodzenia z tytułu należytego wykonania Umowy w części zamówienia
podstawowego stanowiącej świadczenie Serwisu Utrzymaniowego, wynosząca 1 263 751,20 zł brutto, została obliczona zgodnie z zasadami określonymi w dokumentacji przetargowej, stanowiąc równowartość nie większą niż 15% łącznego maksymalnego wynagrodzenia brutto za realizację Przedmiotu Zamówienia i jest prawidłowa, jednak z uwagi na konieczność uzgodnienia z sumą wynagrodzeń miesięcznych
i uwzględnienia zaokrągleń do pełnego grosza wymaga korekty rachunkowej (powinna wynosić 1 263 751,16 zł brutto - 1 027 439,97 zł netto i kwota VAT 236 311,19 zł).";

2)GeoTechnologies Sp. z o.o. w piśmie z dnia 25.10.2023 r. w szczególności wyjaśnił:
„(…) informujemy, że w zakresie wskazania kwoty w poz. 2.1 Formularza ofertowego nastąpiła oczywista omyłka pisarska, polegająca na niewłaściwym przepisaniu kwoty
z kosztorysu opracowanego na potrzeby przedmiotowego postępowania do pozycji
w Formularzu ofertowym „Wynagrodzenie miesięczne z tytułu należytego wykonania Umowy w części zamówienia podstawowego stanowiącej świadczenie Serwisu Utrzymaniowego".
Jest:
Wartość netto: 18 123,83 zł
Wartość VAT: 4 168,48 zł
Wartość brutto: 22 292,31 zł
Powinno być:
Wartość netto: 48 330,22 zł
Wartość VAT: 11 115,95 zł
Wartość brutto: 59 446,17 zł
Składając ofertę oświadczyliśmy jednocześnie, że zapoznaliśmy się z SWZ, w tym
z jej wszystkimi załącznikami, uznając się za związanych określonymi w niej postanowieniami i zasadami postępowania i nie wnosimy do nich zastrzeżeń oraz,
że łączna cena nabycia przez Zamawiającego poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia określony w Formularzu ofertowym zawiera wszystkie koszty związane
z realizacją zamówienia. Co za tym idzie zapoznaliśmy się, zaakceptowaliśmy
i wyceniliśmy Serwis Utrzymaniowy zgodnie m.in. z postanowieniami § 10 ust. 1 projektowanych postanowień umowy. Tym samym kwota wskazana w poz. 2 Formularza ofertowego (1 070 031,00 zł) odpowiada 18-stu miesiącom świadczenia Serwisu Utrzymaniowego.";

3)Konsorcjum: Sprint S.A. – Taxus IT Sp. z o.o. w piśmie z dnia 26.10.2023 r. wyjaśnił:
„1. Wykonawca obliczył wartość Serwisu Utrzymaniowego w oparciu o własną wiedzę
i doświadczenie. Jednocześnie na potrzeby złożenia niniejszej oferty Wykonawca skorzystał z sugestii Zamawiającego (pkt B. 2. Formularza ofertowego oraz Umowa § 6. Wynagrodzenie i sposób płatności 2.2) i dostosował koszt świadczenia Serwisu Utrzymaniowego do poziomu 15% łącznego maksymalnego wynagrodzenia brutto za realizację Przedmiotu Zamówienia.
2. Wykonawca w poz. nr 2.1 formularza ofertowego (wynagrodzenie miesięczne) założył, zgodnie z:
• OPZ pkt 2.3. oraz Tabela 1. Harmonogram Ramowy realizacji Przedmiotu Zamówienia,
• Umowa § 10. Serwis Utrzymaniowy pkt. 1,
że usługa Serwisu Utrzymaniowego (dla całego Systemu – po wdrożeniu Etapu II/Faza Vb) będzie świadczona przez okres 18 miesięcy od daty podpisania Protokołu Odbioru Systemu.";

4)Enigma SOI Sp. z o.o. w piśmie z dnia 26.10.2023 r. wyjaśnił w szczególności: „(…) oświadczamy, że wartość pozycji nr 2 w tabeli nr 1 formularza ofertowego „Wynagrodzenie z tytułu należytego wykonania Umowy w części zamówienia podstawowego stanowiącej świadczenie Serwisu Utrzymaniowego w kwocie, stanowiącej równowartość nie większą niż 15% został wyliczona jako iloczyn „Wynagrodzenie miesięczne z tytułu należytego wykonania Umowy w części zamówienia podstawowego stanowiącej świadczenie Serwisu Utrzymaniowego" – 74 661,00 zł brutto oraz wymaganej ilości miesięcy świadczenia usługi dla całego systemu (od zakończenia Fazy Vb (odbioru etapu II) – 18 co daje wartość 1 343 898,00 zł brutto, stanowiącą 14,9985545% łącznego maksymalnego wynagrodzenia brutto za realizację Przedmiotu Zamówienia. Kwota ta zawiera również opłatę za prowadzenie Serwisu Utrzymaniowego dla Etapu I który trwa „od momentu Odbioru Etapu I do zakończenia Serwisu Utrzymaniowego dla Etapu II" przy czy zgodnie z polityką firmy ENIGMA SOI serwis utrzymaniowy jest płacony dla gotowego systemu czyli od odbioru przez Zamawiającego fazy Vb przez okres 18 miesięcy. Do czasu trwania Serwisu Utrzymaniowego dla Etapu I wliczony jest również czas w którym Zamawiający będzie dokonywał odbiorów poszczególnych elementów Etapu II realizacji umowy.".

Zamawiający pismem z dnia 07.03.2024 r. zawiadomił Odwołującego o unieważnieniu postępowania: „Zamawiający działając na podstawie art. 260 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp", informuje o unieważnieniu postępowania.

Uzasadnienie prawne Art. 255 pkt 6) ustawy Pzp - Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli: postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Uzasadnienie faktyczne

W rozdziale 16 pkt 1 Załącznika nr 1 do Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ) – Opis Przedmiotu Zamówienia (OPZ) wskazano zakres czasowy świadczenia Serwisu Utrzymaniowego dla Systemu od dnia zakończenia Fazy Va (Odbioru Etapu I) oraz przez okres 18 miesięcy od dnia zakończenia Fazy Vb (Odbioru Etapu II). Ponadto, w rozdziale 2 pkt 2.3 OPZ wskazano, że Serwis Utrzymaniowy powinien trwać odpowiednio: od dnia zakończenia Fazy Va (Odbioru Etapu I) 18 miesięcy od dnia zakończenia Fazy Vb (Odbioru Etapu II) W rozdziale 2 pkt 2.4 tabeli 1 OPZ zosta określony Harmonogram Ramowy realizacji Przedmiotu Zamówienia: (…)*[przytacza Tabelę 1. Harmonogram Ramowy realizacji Przedmiotu Zamówienia]*

Opierając się na powyższych zapisach, świadczenie przez Wykonawcę usługi Serwisu Utrzymaniowego, powinno trwać przez okres 10 miesięcy od dnia zakończenia Fazy I (Odbioru Etapu I) oraz 18 miesięcy od dnia zakończenia Fazy Vb (Odbioru Etapu II), czyli łącznie przez okres 28 miesięcy. Wykonawcy w formularzu ofertowym musieli określić łączne wynagrodzenie z tytułu należytego wykonania Umowy w zakresie świadczenia Serwisu Utrzymaniowego oraz wskazać wynagrodzenie miesięczne za realizację ww. usługi. Zamawiający dokonując oceny ofert zbadał liczbę miesięcy świadczenia usługi Serwisu Utrzymaniowego poprzez podzielenie oferowanego przez Wykonawców łącznego wynagrodzenia za realizację ww. usługi przez wynagrodzenie miesięczne i stwierdził, że żaden z Wykonawców nie przyjął do wyceny oferty właściwego terminu 28 miesięcy:

a) GeoTechnologies Sp. z o.o. – 48 miesięcy b) Nekken Sp. z o.o. – 18 miesięcy c) Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o. – 18 miesięcy d) Sprint S.A. – Lider Konsorcjum, Taxus IT Sp. z o.o.- Członek Konsorcjum – 18 miesięcy

Ponadto Zamawiający zauważył,

że powyższe zapisy stoją w sprzeczności z zapisem §10 ust. 1 Załącznika nr 5 do SWZ – Projektowane Postanowienia Umowy (PPU), w którym wskazano, że „Wykonawca zobowiązuje się do świadczenia Serwisu Utrzymaniowego dla Systemu przez okres 18 miesięcy od daty podpisania Protokołu Odbioru Systemu, lecz nie dłużej niż do zakończenia 48 miesiąca liczonego od dnia podpisania Umowy". W związku z powyższym Zamawiający działając na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp wezwał do wyjaśnienia treści złożonej oferty wszystkich wykonawców, prosząc o podanie sposobu obliczenia wartości wynagrodzenia dla świadczenia usługi Serwisu Utrzymaniowego, w szczególności podając liczbę miesięcy świadczenia usługi. W otrzymanych odpowiedziach Wykonawcy wskazali, że usługa Utrzymania Systemu będzie świadczona przez okres: a) GeoTechnologies Sp. z o.o. – 18 miesięcy (zmiana z 48 miesięcy) b) Nekken Sp. z o.o. – 28 miesięcy (zmiana z 18 miesięcy) c) Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o. – 18 miesięcy (bez zmiany) d) Sprint S.A. – Lider Konsorcjum, Taxus IT Sp. z o.o.- Członek Konsorcjum – 18 miesięcy (bez zmiany) Zapisy zawarte w OPZ i PPU nie były dla potencjalnych Wykonawców zrozumiałe o czym świadczy fakt, że żadna ze złożonych ofert nie zawiera właściwego 28-miesięcznego terminu świadczenia usługi Serwisu Utrzymaniowego. Jednocześnie, złożone odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień również potwierdziły, że treść dokumentacji w ww. zakresie nie była wystarczająco jednoznaczna.

Z uwagi na powyższe, w przedmiotowym postępowaniu wystąpiła wada w postaci nieprecyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia, której nie można usunąć na tym etapie postępowania, uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej

unieważnieniu umowy, co stanowi przesłankę do unieważnienia postępowania.”.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 552 ust.1 ustawy Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału dowodowego (art. 542 ust. 1 ustawy Pzp), Izba stwierdziła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że na podstawie art. 555 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, przez co rozumie się również okoliczności faktyczne nie podniesione w odwołaniu.

Odwołujący w odwołaniu w szczególności podał:

„X.Analiza stanu faktycznego i prawnego

1.Przekładając powyższe rozważania na stan faktyczny zaistniały w przedmiotowym Postępowaniu, stwierdzić należy, iż w Postępowaniu nie wystąpiła wada skutkująca koniecznością jego unieważnienia.

2.Zamawiający upatruje konieczność unieważnienia Postępowania w niejednoznaczności postanowień dokumentów zamówienia dotyczących długości świadczenia Serwisu Utrzymaniowego, a w konsekwencji różnego ich określania w ofertach przez poszczególnych Wykonawców.

3.W pierwszej kolejności stwierdzić należy, iż Zamawiający wymagał podania w ofertach „Wynagrodzenia z tytułu należytego wykonania Umowy w części zamówienia podstawowego stanowiącej świadczenie Serwisu Utrzymaniowego w kwocie, stanowiącej równowartość nie większą niż 15% łącznego maksymalnego wynagrodzenia brutto za realizacje Przedmiotu Zamówienia”. Zamawiający nie wymagał podania w ofertach liczby miesięcy świadczenia Serwisu Utrzymaniowego. Długość świadczenia Serwisu nie była oceniana przez Zamawiającego w ramach kryterium oceny ofert, a Wykonawcy nie mieli dowolności w oferowaniu długości tego Serwisu. Długość ta została narzucona przez Zamawiającego w SWZ.

4.Rozbieżności pojawiły się dopiero w związku z wymaganiem podania w ofercie wartości usługi Serwisu Utrzymaniowego za jeden miesiąc. Okazało się bowiem, że trzech Wykonawców przyjęło okres 18 miesięcy, jeden natomiast przyjął okres 48 miesięcy. Z punktu widzenia Zamawiającego, podanie w ofercie kwoty wartości Serwisu Utrzymaniowego za jeden miesiąc nie było konieczne, wobec narzuconego przez Zamawiającego w SWZ ograniczenia, iż wartość całego Serwisu Utrzymaniowego nie może przekroczyć 15% wartości zamówienia.

5.Pierwotnie Zamawiający nie postrzegał rozbieżności w dokumentacji jako wady Postępowania i wezwał Wykonawców do wyjaśnień.

6.Tym samym, nic nie stało na przeszkodzie, aby w stosunku do tych wykonawców, którzy potwierdzili świadczenie usługi Serwisu Utrzymaniowego w okresie od dnia zakończenia Fazy Va (Odbioru Etapu I) oraz przez okres 18 miesięcy od dnia zakończenia Fazy Vb (Odbioru Etapu II) dokonać poprawienia omyłki w trybie art. 223 ust. 1 pkt 2) lub 223 ust. 1 pkt 3) Pzp. Zamawiający dysponuje bowiem wszelkimi danymi umożliwiającymi poprawienie ww. omyłek.

7.W ocenie Odwołującego poprawienia omyłek Zamawiający może dokonać zarówno jako omyłek rachunkowych, jak również jako innych omyłek polegających na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującymi istotnych zmian w treści ofert, gdyż w obu przypadkach poprawienie nastąpi w ten sam, z góry wiadomy, sposób.

8.Szczególnego podkreślenia wymaga, iż poprawienie omyłek nie będzie wiązać się z ingerencją w cenę oferty:

a.podana w ofertach cena całkowita świadczenia usługi Serwisu Utrzymaniowego nie ulegnie zmianie,

b.cena całkowita świadczenia usługi Serwisu Utrzymaniowego została narzucona przez Zamawiającego jako nie więcej niż 15% wartości zamówienia.

9.Z uwagi na powyższe nie ma wątpliwości, iż poprawienie omyłki może nastąpić jedynie poprzez podzielenie całkowitej kwoty za realizację usługi Serwisu Utrzymaniowego przez 28 miesięcy. Jednocześnie poprawka ta ma charakter jedynie techniczny, gdyż nie dotyczy wartości świadczonego Serwisu Utrzymaniowego, a tylko sposobu jego podziału w czasie.

10.Ponieważ bezpośrednią przyczyną pojawienia się omyłek w ofertach wykonawców, były nieprecyzyjne postanowienia SWZ, to wykonawcy, w tym Odwołujący, nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji takiej sytuacji. Unieważnienie Postępowania z powodu nieprecyzyjnych postanowień SWZ, które doprowadziły do niezamierzonych omyłek w ofertach nadających się do poprawienia w trybie art. 223 ust. 1 pkt 2) lub 223 ust. 1 pkt 3) Pzp byłoby przerzuceniem konsekwencji błędów Zamawiającego na Wykonawców.

11.Co istotne, pomimo zaistnienia rozbieżności pomiędzy dokumentami zamówienia, Zamawiający w wyniku dokonania

poprawienia omyłek otrzyma oferty potwierdzające realizację przedmiotu zamówienia zgodnie ze swoimi wymaganiami. W szczególności,
nie może być wątpliwości, iż Odwołujący zaoferował świadczenie Serwisu Utrzymaniowego
w sposób zgodny ze wszystkimi wymaganiami Zamawiającego, co znajduje potwierdzenie, zarówno w treści oferty Odwołującego, jak również w składanych przez niego wyjaśnieniach
z dnia 26 października 2023r. i 11 grudnia 2023r.
12.Podsumowując, w Postępowaniu nie wystąpiła nieusuwalna wada skutkująca koniecznością jego unieważnienia z uwagi na następujące okoliczności:
a.długość świadczenia Serwisu Utrzymaniowego nie była oceniana w ramach kryteriów oceny ofert i nie była zależna od oświadczenia złożonego przez Wykonawców o ofertach;
b.Zamawiający wymagał wskazania o ofertach ceny całkowitej (ryczałtowej)
za świadczenie Serwisu Utrzymaniowego w całym okresie realizacji umowy, przy czym narzucił, iż wartość tego serwisu nie może przekraczać 15% wartości umowy;
c.Zamawiający nie wymagał wskazania o ofertach liczby miesięcy świadczenia Serwisu Utrzymaniowego;
d.Zamawiający dysponuje wiedzą i wszelkimi danymi do samodzielnego dokonania poprawienia omyłek w ofertach Wykonawców;
e.z uwagi na ograniczenie kwotowe wartości Serwisu Utrzymaniowego do wysokości 15% wartości umowy, poprawienie omyłek może nastąpić jedynie poprzez podział całkowitego ryczałtowego wynagrodzenia za świadczenie Serwisu Utrzymaniowego na liczbę miesięcy oczekiwaną przez Zamawiającego;
f.podział wartości całkowitego ryczałtowego wynagrodzenia przez liczbę miesięcy oczekiwaną przez Zamawiającego ma charakter jedynie techniczny, nie zmienia wartości ofert, a jedynie sposób wypłaty wynagrodzenia w czasie.
g.poprawienie omyłek nie wpływa na ranking ofert, gdyż nie ingeruje w elementy oceniane przez Zamawiającego w ramach kryteriów oceny ofert;
h.Pomimo zaistnienia niejasności w dokumentacji Zamawiającego, co do ilości miesięcy, na które powinno zostać podzielone wynagrodzenie za świadczenie Serwisu Utrzymaniowego, Zamawiający otrzyma świadczenie w pełni zgodne ze swoimi wymaganiami.
13.Z uwagi na powyższe, oraz na powszechnie akceptowaną zasadę, iż wszelkie niejasności SWZ należy rozpatrywać na korzyść wykonawców, uznać należy iż unieważnienie Postępowania, było środkiem zbyt daleko idącym, nieproporcjonalnym i naruszającym zasady udzielenia zamówień publicznych. W szczególności wykonawcy nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji błędów Zamawiającego, które mogą zostać naprawione przy pomocy dostępnych Zamawiającemu środków prawnych.”.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie w szczególności podał:

„III. Stanowisko Zamawiającego:
Dotyczy zarzutu 1. naruszenia przepisu art. 255 pkt 6) w zw. art. 16 Pzp.
Zamawiający w toku badania ofert stwierdził znaczną rozbieżność w zakresie ceny miesięcznego świadczenia usługi Serwisu Utrzymaniowego. W związku z powyższym dokonał
analizy dokumentacji przetargowej pod kątem wymagania dotyczącego okresu trwania przedmiotowej usługi. Przeprowadzona analiza w kontekście zaoferowanych cen wzbudziła wątpliwości dotyczące jednoznaczności wprowadzonych zapisów wskazanych w Załączniku nr 1 do SWZ (OPZ) oraz Załączniku nr 5 do SWZ (PPU). W cel ustalenia czy niejasności mogły mieć wpływ na treść złożonych ofert, Zamawiający w dniu 20.10.2023 r. wystąpił
do Wykonawców, którzy złożyli oferty o złożenie wyjaśnień dotyczących zakresu zaoferowanego wsparcia. Taki sposób postępowania według Zamawiającego miał za zadanie określenie w jak najbardziej obiektywny sposób, czy zapisy SWZ są jednoznaczne. Uzyskane wyjaśnienia jasno wskazywały, iż zapisy SWZ mogą być różnie interpretowane przez Wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, co mogło mieć wpływ na ceny złożonych ofert. Ponadto, niejasny sposób określenia czasu trwania usługi mógł w sposób istotny ograniczyć krąg Wykonawców mogących złożyć ofertę, co stoi w sprzeczności
z zasadami wymienionymi w art. 16 pkt 1) oraz pkt 2) ustawy Pzp. Zamawiający stoi na stanowisku, iż to właśnie niejednoznaczne zapisy SWZ naruszają przepisy art. 16 ustawy Pzp. Zgodnie z treścią art. 255 pkt 6) ustawy Pzp „Zamawiający unieważnia postępowanie
o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego;”. Zamawiający stwierdził, że zachodzą wszystkie przesłanki wskazane
w przytoczonym przepisie skutkujące unieważnieniem postępowania tj.:
1) Postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą.
W różnych miejscach SWZ odmiennie opisano terminy świadczenia Serwisu Utrzymaniowego dla Systemu:

a) w rozdziale 16 pkt 1 Załącznika nr 1 do SWZ (OPZ) wskazano zakres czasowy świadczenia Serwisu Utrzymaniowego dla Systemu od dnia zakończenia Fazy Va (Odbioru Etapu I) oraz przez okres 18 miesięcy od dnia zakończenia Fazy Vb (Odbioru Etapu II).
b) w rozdziale 2 pkt 2.3 OPZ wskazano, że Serwis Utrzymaniowy powinien trwać
odpowiednio:
 od zakończenia Fazy Va (Odbioru Etapu I)
 18 miesięcy od dnia zakończenia Fazy Va (Odbioru Etapu II)
c) Ponadto, w rozdziale 2 pkt 2.4 tabeli OPZ został określony Harmonogram Ramowy realizacji Przedmiotu Zamówienia zawierający terminy świadczenia usługi Serwisu Utrzymaniowego
Opierając się na powyższych zapisach, świadczenie przez Wykonawcę usługi Serwisu Utrzymaniowego, powinno trwać przez okres 10 miesięcy od dnia zakończenia Fazy I (Odbioru
Etapu I) oraz 18 miesięcy od dnia zakończenia Fazy Vb (Odbioru Etapu II), czyli łącznie przez okres 28 miesięcy.
d) Natomiast w § 10 ust. 1 Załącznika nr 5 do SWZ (PPU) wskazano, że Wykonawca zobowiązuje się do świadczenia Serwisu Utrzymaniowego dla Systemu przez okres
18 miesięcy od daty podpisania Protokołu Odbioru Systemu, lecz nie dłużej niż do zakończenia 48 miesiąca liczonego od dnia podpisania Umowy.
Wykonawcy w formularzu ofertowym zobowiązani byli do określenia łącznego wynagrodzenia z tytułu należytego wykonania Umowy w zakresie świadczenia Serwisu Utrzymaniowego oraz wskazania wynagrodzenia miesięcznego za realizację ww. usługi. Zamawiający, dokonując oceny ofert stwierdził, że żaden z Wykonawców nie przyjął do wyceny oferty właściwego terminu świadczenia Serwisu Utrzymaniowego dla Systemu, czyli 28 miesięcy. Taka sytuacja potwierdza, że zapisy zawarte w OPZ i PPU nie były dla potencjalnych Wykonawców zrozumiałe.
Odwołujący wskazuje w odwołaniu wyroki KIO, w których Izba stwierdziła, że błędy
w postępowaniu o znaczeniu marginalnym, pozostającym bez wpływu na możliwość zawarcia
niepodlegającej unieważnieniu umowy nie są wystarczającą podstawą do unieważnienia postępowania. Natomiast przywołane orzeczenia są nieadekwatne dla stanu faktycznego niniejszej sprawy. Termin świadczenia Serwisu Utrzymaniowego dla Systemu i jego prawidłowe odczytanie przez potencjalnych Wykonawców jest istotne, ma przełożenie na czas
świadczenia usługi, jak również na prawidłową wycenę, czyli istotne elementy umowy.
Ww. wada mogła mieć wpływ na krąg potencjalnych wykonawców, jak również
na sporządzenie oferty o innej treści.
Co więcej Odwołujący sam przyznał w odwołaniu, że w złożonych ofertach pojawiły się rozbieżności. Oczywistym jest, że rozbieżności te mogły pojawić się dopiero w miejscu, gdzie
Zamawiający wymagał podania wartości usługi Serwisu Utrzymaniowego za jeden miesiąc. Wada ta na etapie po otwarciu ofert jest wg Zamawiającego nieusuwalna, ponieważ zgodnie z art. 137 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający może dokonywać zmian treści SWZ (w tym załączników) tylko przed upływem terminu składania ofert. Wprowadzenie zmian (jednoznaczne określenie terminu trwania usługi) po terminie składania ofert przez Zamawiającego byłoby naruszeniem ww. przepisu. Odpowiedzi Wykonawców na wezwanie do wyjaśnień treści oferty na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp wskazywały różne terminy
świadczenia usługi Serwisu Utrzymaniowego. Dalsze kontynuowanie wyjaśnień wg Zamawiającego stało się bezcelowe i doprowadziłoby do wskazanej w art. 223 ust. 1 ustawy Pzp negocjacji treści złożonych ofert.
Odwołujący stoi na stanowisku, że Zamawiający mógł dokonać korekty wszystkich ofert
na podstawie art. 223 ust. 1 pkt 2) lub 3). Warto jednak zwrócić uwagę na stanowisko prezentowane w doktrynie i orzecznictwie, dotyczące zakresu poprawiania omyłek w oparciu
o treść art. 223 ust. 1 pkt 2 lub 3, zgodnie z którym: „Oczywiste omyłki rachunkowe są przede
wszystkim wynikiem niepoprawnie przeprowadzonych działań arytmetycznych, które naruszają stosowanie reguł matematycznych. Omyłka rachunkowa polega najczęściej
na uzyskaniu błędnego wyniku wyliczeń na podstawie przyjętego przez zamawiającego wzoru. Stwierdzenie omyłki może mieć miejsce w sytuacji, w której przebieg działania matematycznego może być prześledzony na podstawie reguł rządzących tym działaniem, wynikających ze sposobu obliczenia ceny oferty, zgodnie z którymi możliwe jest stwierdzenie błędu w jego wykonaniu. Oczywistą omyłkę rachunkową stanowi błąd w obliczeniach popełniony przez wykonawcę, który da się poprawić wyłącznie w jeden sposób, niebudzący żadnych wątpliwości. W praktyce oczywista omyłka rachunkowa polega na błędnym zsumowaniu, odjęciu, pomnożeniu lub podzieleniu poszczególnych pozycji.” (tak: A. Gawrońska-Baran [w:] E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, A. Gawrońska-Baran, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2024, art. 223). „W ust. 2 pkt 3 komentowanego przepisu nakazuje się zamawiającemu poprawienie w ofercie innych omyłek, niebędących oczywistymi omyłkami pisarskimi lub niebędących

oczywistymi omyłkami rachunkowymi, lecz polegających na niezgodności treści oferty z dokumentami zamówienia i niepowodujących istotnych zmian w treści oferty. Muszą zostać spełnione zatem następujące przesłanki: omyłka nie może być wynikiem świadomego, zamierzonego działania wykonawcy, wystąpienie omyłki powoduje niezgodność oferty z dokumentami zamówienia, a poprawienie takiej omyłki nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. Poprawa omyłki w trybie ust. 2
pkt 3 jest wyjątkiem od ogólnej zasady niezmienialności treści oferty po jej złożeniu, wynikającej z art. 223 ust. 1 p.z.p., a także z zasady równego traktowania wykonawców
i uczciwej konkurencji, o której mowa w art. 16 p.z.p." (tak: A. Gawrońska-Baran [w:]
E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, A. Gawrońska-Baran, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2024, art. 223). Nie można zgodzić się z Odwołującym, że sugerowana poprawka ma jedynie charakter techniczny, gdyż nie dotyczy wartości świadczonego Serwisu Utrzymaniowego. Należy jeszcze raz powtórzyć, iż termin świadczenia usługi stanowi elementy przedmiotowo istotne. Zatem istotne jest czy Wykonawca przyjął obowiązek świadczenia usługi przez czas pożądany przez Zamawiającego, czy też inny i jak wycenił świadczenie takiej usługi za minimalną jednostkę czasu.
W przedmiotowej sprawie, mając na względzie treść złożonych ofert, jak i wyjaśnień, nie sposób mówić o oczywistych omyłkach rachunkowych, czy też innych omyłkach.
Dokonanie poprawek przez Zamawiającego mogłoby doprowadzić do zniekształcenia rzeczywistego oświadczenia woli potencjalnych Wykonawców.
Należy zwrócić uwagę, że Odwołujący sam nie jest w stanie zakwalifikować, na jakiej podstawie prawnej Zamawiający powinien dokonać poprawienia złożonych ofert, co według Zamawiającego potwierdza, iż nie zachodzą żadne przesłanki pozwalające na dokonanie tych
czynności.
2) Ww. wada uniemożliwiała zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie
zamówienia publicznego.
Zgodnie z treścią art. 99 ust. 1 ustawy Pzp przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.
„Zamawiający, sporządzając opis przedmiotu, zobligowany jest posługiwać się pojęciami jednoznacznymi, zrozumiałymi dla wykonawców, które nie będą wprowadzały w błąd co do rzeczywistych oczekiwań odnośnie do realizacji przedmiotu zamówienia. Sporządzony opis nie powinien pozostawiać żadnych wątpliwości bądź też możliwości dowolnej jego interpretacji. Opis winien obejmować wszelkie aspekty i czynności, jakich wykonania oczekuje
zamawiający od przyszłego wykonawcy, w taki sposób, aby umożliwić mu rzetelne oszacowanie kosztów wykonania tego zamówienia, a co za tym idzie złożenie prawidłowej, obejmującej wykonanie całego wymaganego zakresu oferty." (tak: E. Wiktorowska [w:]
A. Gawrońska-Baran, A. Wiktorowski, P. Wójcik, E. Wiktorowska, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2024, art. 99.) W wyroku z 9.01.2023 r., KIO 3439/22, LEX nr 3509570 Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła: „W odniesieniu do dyspozycji art. 99 ust. 1 ustawy, należy zaznaczyć, że podstawowym obowiązkiem Zamawiającego jest dokonanie opisu w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, a więc taki, który zapewnia,
że wykonawcy będą w stanie, bez dokonywania dodatkowych interpretacji, zidentyfikować,
co jest przedmiotem zamówienia i że wszystkie elementy istotne dla wykonania zamówienia będą w nim uwzględnione oraz również jednoznacznie podane. Pamiętać bowiem należy,
że to opis przedmiotu zamówienia powinien pozwolić wykonawcom, którzy zamierzają złożyć w postępowaniu oferty, na przygotowanie oferty i obliczenie ceny z uwzględnieniem wszystkich czynników wpływających na nią. Tym samym wykonawcy muszą mieć wiedzę na temat wszystkich czynników wpływających na kalkulację ceny oferty i nie mogą ich się domyślać czy też wyinterpretowywać, ewentualnie czynić jakiś hipotetycznych założeń co do przedmiotu zamówienia. Ustawa podaje także, że opisu należy dokonać za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń oraz uwzględniając wszystkie wymagania
i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zwroty użyte do określenia przedmiotu zamówienia winny być konkretne, jednoznaczne i niebudzące wątpliwości,
a zagadnienie winno być przedstawione wszechstronnie, dogłębnie i szczegółowo".
Zamawiający zdaje sobie sprawę z wyjątkowego charakteru przepisu art. 255 ustawy Pzp. Jednak w wyroku KIO z 21.03.2023 r., KIO 610/23, LEX nr 3511247, wskazano, że niejasny, nieprecyzyjny opis przedmiotu zamówienia i opis jednego z kryteriów oceny ofert stanowi takie naruszenie przepisów Prawa zamówień publicznych, które ma oczywiste i zasadnicze znaczenie dla oceny ofert, a więc umowa zawarta w wyniku takiego postępowania podlegałaby unieważnieniu na podstawie art. 457 ust. 1 pkt 1 p.z.p. Skoro tak, to nie można po przeprowadzeniu postępowania o

udzielenie zamówienia publicznego zawrzeć umowy niepodlegającej unieważnieniu, a zatem zachodzi przesłanka do unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 p.z.p. W uzasadnieniu rozstrzygnięcia KIO wskazała: „W ocenie składu orzekającego, z brzmienia art. 457 ust. 1 pkt 1 Prawa zamówień publicznych, biorąc pod uwagę wykładnię systemową, ze względu na podstawowe zasady udzielania zamówień, należy wyinterpretować normę, prowadzącą do unieważnienia umowy o udzielenie zamówienia publicznego w następujących sytuacjach:
1) udzielenie zamówienia, zawarcie umowy ramowej lub ustanowienie dynamicznego systemu zakupów nastąpiło z naruszeniem ustawy (przy czym trzeba przyjąć, że chodzi o nie jakiekolwiek naruszenie, a naruszenie kwalifikowane - takie, które miało wpływ
na przygotowanie ofert/wynik postępowania); 2) udzielenie zamówienia, zawarcie umowy ramowej lub ustanowienie dynamicznego systemu zakupów nastąpiło bez uprzedniego zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych albo przekazania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenia wszczynającego postępowanie lub bez wymaganego ogłoszenia zmieniającego ogłoszenie wszczynające postępowanie, jeżeli zmiany miały znaczenie dla sporządzenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert.(…) Rację też ma Zamawiający, że brak określenia zakresu świadczenia dla II etapu realizacji przedmiotu zamówienia to brak istotnych przedmiotowych elementów (esentialia negotii) przyszłej umowy.” W wyroku z 18.07.2022 r., KIO 1623/22, LEX nr 3452725 Krajowa Izba Odwoławcza podała: „Wobec tego, że wady OPZ po upływie terminu składania ofert nie mogą podlegać usunięciu, a Zamawiający przed upływem tego terminu nie skorygował postanowień OPZ
w zakresie konieczności odpłatnego pozyskania protokołów komunikacyjnych,
w okolicznościach faktycznych rozpoznawanej sprawy ZDW zasadnie przyjął, iż należało unieważnić postępowanie i umożliwić wykonawcom równe szanse na uzyskanie zamówienia w ramach kolejnego postępowania. Należy bowiem wskazać, że Zamawiający podkreślił,
iż doszedł do przekonania o nieprawidłowości sporządzenia OPZ dopiero po ponownej analizie dokumentacji, której dokonał po terminie składania ofert. Mając na uwadze powyższe ustalenia stwierdzić należało, że stanowisko Odwołującego nie zasługiwało na uwzględnienie,
a Zamawiający postąpił zgodnie z przepisami ustawy Pzp dokonując unieważnienia Postępowania. W okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy wobec niejednoznacznych
i niewyczerpujących postanowień OPZ, które budziły wątpliwości potencjalnych wykonawców co do zakresu i sposobu realizacji przedmiotu zamówienia, Zamawiający słusznie przyjął,
że OPZ jest obarczony wadą polegającą na sporządzeniu go z naruszeniem art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Pzp, co mogło utrudnić uczciwą konkurencję w Postępowaniu, czego potwierdzeniem jest fakt złożenia tylko jednej oferty, pomimo że krąg wykonawców zainteresowanych uzyskaniem zamówienia był większy”
Odwołujący w pkt VIII ppkt 7 zarzuca Zamawiającemu iż, pominął okoliczności wskazane przez niego w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień złożone w dniu 11.12.2023 r. (wyjaśnienia stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa). Zamawiający informuje, że nie pominął ww. wyjaśnień. Ewentualne przyjęcie przez Zamawiającego wyjaśnień odwołującego
za prawidłowe nie zmienia faktu, że pozostali uczestnicy postępowania oraz podmioty, które ewentualnie mogłyby startować w postępowaniu mogłyby zrozumieć zapisy SWZ w sposób odmienny, co potwierdzają wyjaśnienia pozostałych Wykonawców. Ponadto, Zamawiający stwierdził, że nie istnieje możliwość poprawy omyłek w ofertach Wykonawców na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 1) i 2). Zamawiający nie widzi w złożonych ofertach oczywistych
(tj. jednoznacznych) omyłek pisarskich i rachunkowych. Odpowiedzi Wykonawców
na wezwania do złożenia wyjaśnień w sposób jednoznaczny wskazują, że zapisy w zakresie terminu świadczenia zaoferowanej usługi Serwisu Utrzymaniowego są niejednoznaczne
i uniemożliwiają utrzymanie zasady uczciwej konkurencji, o której mowa w art. 16 ust. 1 ustawy Pzp.
Dotyczy zarzutu 2. naruszenia przepisu art. 16 ust.1 Pzp w zw. z art. 254 pkt 1 oraz w zw.
z art. 255 ust. 6 Pzp.
Zamawiający uznaje zarzut Odwołującego za bezzasadny. Poza argumentacją wskazaną wyżej, dodatkowo należy zwrócić uwagę, że Zamawiający dopiero na etapie po otwarciu ofert, w trakcie ich analizy oraz po otrzymaniu wyjaśnień od Wykonawców doszedł do przekonania, że w dokumentacji postępowania znajdują się zapisy skutkujące koniecznością unieważnia postępowania na podstawie art. 255 ust. 6 ustawy Pzp. Zamawiający stoi na stanowisku,
że ujawnienie okoliczności wskazanych w odpowiedzi na zarzut nr 1 na etapie analizy złożonych ofert po upływie terminu na ich składanie w żaden sposób nie narusza zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz proporcjonalności, a wręcz przeciwnie, sprzyja ich zachowaniu.”.

Izba podziela stanowisko Zamawiającego w przedmiocie niezasadności zarzutów odwołania. Bezsporny w sprawie był fakt sprzecznych postanowień SWZ w zakresie terminu Serwisu Utrzymaniowego (w szczególności w rozdziale 2 pkt 2.3 w zw. z pkt 2.4. OPZ - termin 28 miesięcy wymagany przez Zamawiającego nie został jasno wskazany i § 10 ust. 1 PPU – termin 18 miesięcy).

Niezasadne jest stanowisko Odwołującego, polegające na przyjęciu, iż błąd SWZ w powyższym zakresie nie ma znaczenia, bowiem może Zamawiający poprawić oferty w zakresie zaoferowanych terminów Serwisu Utrzymaniowego na zasadzie art. 223 ust. 2 pkt 2 lub 3 ustawy Pzp poprzez poprawienie oczywistych błędów rachunkowych czy innych błędów w ofertach. Tak przedstawione stanowisko Odwołującego nie uwzględnia podstawowych zasad, jakie stosować winien Zamawiający w procedurze udzielania zamówień publicznych. Każda czynność Zamawiającego jest weryfikowalna poprzez pryzmat kluczowych zasad, wyrażonych w art. 16 ustawy Pzp. Nie może zatem Zamawiający ograniczać swoje czynności poprzestając na kierowaniu się dobrem wykonawców, którzy złożyli w danym postępowaniu oferty, a nie biorąc pod uwagę skutków swoich czynności w odniesieniu do potencjalnych wykonawców zainteresowanych danym zamówieniem. Błędy SWZ mają skutek szerszy niż w odniesieniu do już złożonych ofert. W ocenie Izby Zamawiający zgodnie z ustawą Pzp, po powzięciu wiadomości co do błędu w dokumentacji przetargowej, unieważnił postępowanie z uwagi na te błędy, mające dalekosiężny skutek w obszarze zamówień publicznych. Błędów SWZ nie mógł naprawić Zamawiający inaczej niż poprzez unieważnienie postępowania, gdyż po terminie składania ofert nie mógł dokonać zmiany SWZ w sposób eliminujący sprzeczne postanowienia w jej treści. Nie jest tak jak przedstawiał to w toku postępowania odwoławczego Odwołujący, że skoro zapisy SWZ są sztywne co do wartości wynagrodzenia za Serwis Utrzymaniowy (15% całości wynagrodzenia), to Zamawiający może dokonać poprawienia treści oferty co do liczby miesięcy w ofertach, wartości Serwisu Utrzymaniowego za 1 miesiąc. Odwołującemu umyka fakt, że każdy z wykonawców złożył ofertę o określonej treści, każdy przyjął określoną liczbę miesięcy świadczenia Serwisu Utrzymaniowego, i nie może Zamawiający następnie zmienić istotnej treści oferty (w istocie liczby miesięcy Serwisu Utrzymaniowego poprzez przyjęcie 28 miesięcy i odpowiednią zmianę w ofertach ceny usługi Serwisu Utrzymaniowego za 1 miesiąc jego świadczenia), a taka zmiana by nastąpiła biorąc pod uwagę, że łączne wynagrodzenie za Serwis Utrzymaniowy dzieli się następnie przez liczbę zaoferowanych miesięcy, nie zaś tych, których chciał wymagać, a na skutek błędu w SWZ nie wymagał w sposób jasny Zamawiający. Ponadto nie można wykluczyć, że z powodu błędów w SWZ potencjalni wykonawcy nie zdecydowali się na złożenie ofert w postępowaniu. Zatem takie sprzeczne postanowienia SWZ stoją w sprzeczności z podstawowymi zasadami udzielania zamówień, jak zasadą zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Nie można przy tym także stwierdzić jednoznacznie analizując samą treść SWZ, jakiego rzeczywiście terminu Serwisu Utrzymaniowego wymagał Zamawiający, którym postanowieniom SWZ nadać walor poprawności, a którym nie, gdy są ze sobą sprzeczne.

Izba podziela stanowisko wyrażone przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia12.04.2023 r., sygn. akt KIO 847/23: „W przekonaniu Izby - istotne wady w dokumentach zamówienia nie podlegają konwalidacji, a także nie mogą powodować interpretacji treści ofert w ten sposób, że oświadczenie woli wykonawców byłoby dostosowywane przez Zamawiającego i danego wykonawcę do okoliczności sprawy.”.

Wystąpienie powyższych wad postępowania potwierdziły różnice w ofertach wszystkich wykonawców w wyniku wyjaśnienia treści oferty odpowiednio w pismach z dnia 25 i 26.10.2023 r. co do zadeklarowanego terminu Serwisu Utrzymaniowego, co oznaczało, że sposób i zakres wyceny poszczególnych ofert wykonawców, nie były oparte na tych samych założeniach, co wynikało ze sprzecznych i niejasnych postanowień SWZ. W ocenie Izby nie ma znaczenia dla rozpatrzenia niniejszej sprawy treść złożonych dalszych wyjaśnień przez Odwołującego z uwagi na fakt sprzecznych i niejasnych postanowień SWZ, stanowiących wadę postępowania o udzielenie zamówienia.

Zamawiający mógł zatem przyjąć, że złożone oferty były nieporównywalne wskutek odmiennego rozumienia przez wykonawców treści SWZ, spowodowanej wadliwym opisem przedmiotu zamówienia.

Przechodząc do oceny kolejnej przesłanki związanej z oceną powyższej wady konieczne jest wykazanie, że uniemożliwia ona zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Umowa w sprawie zamówienia publicznego nie powinna być zawarta w warunkach opisanych między innymi w ustawie Pzp. W takiej sytuacji może mieć zastosowanie przepis art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, który stanowi, że umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający z naruszeniem ustawy udzielił zamówienia (...).

Zdaniem Izby - omawiane wady w opisie przedmiotu zamówienia wskazują, że doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 16 ustawy Pzp i art. 99 ust. 1 ustawy Pzp.

Stosownie do art. 99 ust. 1 ustawy Pzp przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Jednocześnie w myśl przepisu art. 16 ustawy Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
2) przejrzysty;
3) proporcjonalny.

Tak się nie stało w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia, a zatem zarzuty odwołania są niezasadne.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, na podstawie art. 553 ustawy Pzp Izba oddaliła odwołanie #x200ew zakresie zarzutów 1 i 2 odwołania, umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu 3 odwołania, który został uwzględniony przez Zamawiającego, oraz orzekła jak w sentencji. O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie , art. 574 i ustawy Pzp oraz w oparciu

o przepisy ust. 2 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.). Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego w wysokości

15 000,00 zł. Wobec oddalenia odwołania w całości, koszty ponosi Odwołujący.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca:……..…