

WYROK

z dnia 24 października 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Członkowie: Agnieszka Trojanowska

Renata Tubisz

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 października 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 października 2023 r. przez wykonawcę: SUPERMEDIA Sp. z o.o., ul. Kamionkowska 45, 03-812 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez: Miasto Stołeczne Warszawa w imieniu którego postępowanie prowadzi: Biuro Informatyki Urzędu m.st. Warszawy we współpracy z Biurem Zamówień Publicznych Urzędu m.st. Warszawy, Pl. Bankowy 3/5, 00-950 Warszawa; Adres do korespondencji: Aleje Jerozolimskie 44, 00-024 Warszawa

przy udziale wykonawcy Citimedia.pl Sp. z o.o., Al. Armii Ludowej 28, 0-609 Warszawa zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia: art. 223 ust. 2 pkt 3 Ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605) poprzez zastosowanie tego przepisu oraz poprawienie treści ofert SUPERMEDIA Sp. z o.o., ul. Kamionkowska 45, 03-812 Warszawa i Citimedia.pl Sp. z o.o., Al. Armii Ludowej 28, 0-609 Warszawa oraz Telnap Telecom Sp. z o.o., ul. Modlińska 61, 03-199 Warszawa w poz. 20 formularza oferty, pomimo braku zaistnienia uregulowanych w ww. przepisie warunków do dokonania tej czynności (co naruszało wyrażony w art. 223 ust. 1 Ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605) zakaz prowadzenia między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści), a w konsekwencji naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 11 Ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605) poprzez jego zastosowanie i odrzucenie oferty SUPERMEDIA Sp. z o.o., ul. Kamionkowska 45, 03-812 Warszawa z uwagi na brak zgody SUPERMEDIA Sp. z o.o., ul. Kamionkowska 45, 03-812 Warszawa na poprawienie omyłki oraz art. 255 pkt 6 w zw. z art. 457 ust. 1 pkt 1 ewentualnie art. 255 pkt 6 Ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605) w zw. z art. 58 kodeksu cywilnego lub w związku z art. 70⁵ kodeksu cywilnego oraz w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 Ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605) poprzez brak unieważnienia postępowania pomimo, że jest ono obciążone wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy, ze względu na prowadzenie go w sposób nie zapewniający uczciwej konkurencji i przejrzystości z uwagi na skonstruowanie formularza ofertowego (zdefiniowanego na platformie zakupowej Zamawiającego i niepodlegającego edycji przez wykonawców) niezgodnego z pozostałą treścią Specyfikacji Warunków Zamówienia (w zakresie pozycji 20), w wyniku czego nie jest możliwe zbadanie zgodności treści ofert z warunkami zamówienia a złożone w postępowaniu oferty są nieporównywalne, a w konsekwencji art. 239 ust. 1 Ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605) poprzez wybór oferty Citimedia.pl Sp. z o.o., Al. Armii Ludowej 28, 0-609 Warszawa jako najkorzystniejszej, i nakazuje Zamawiającemu: Miasto Stołeczne Warszawa w imieniu którego postępowanie prowadzi: Biuro Informatyki Urzędu m.st. Warszawy we współpracy z Biurem Zamówień Publicznych Urzędu m.st. Warszawy, Pl. Bankowy 3/5, 00-950 Warszawa; Adres do korespondencji: Aleje Jerozolimskie 44, 00-024 Warszawa unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 26.09.2023 r. w Części 2, a następnie unieważnienie postępowania w Części 2 na podstawie art. 255 pkt 6 w zw. z art. 457 ust. 5 Ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605) w związku z art. 70⁵ kodeksu cywilnego oraz w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 Ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605) jako obciążonego wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża Miasto Stołeczne Warszawa w imieniu którego postępowanie prowadzi: Biuro Informatyki Urzędu m.st. Warszawy we współpracy z Biurem Zamówień Publicznych Urzędu m.st. Warszawy, Pl. Bankowy 3/5, 00-950 Warszawa; Adres do korespondencji: Aleje Jerozolimskie 44, 00-024 Warszawa i
- 2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez SUPERMEDIA Sp. z o.o. ul. Kamionkowska 45, 03-812 Warszawa tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od Miasta Stołecznego Warszawa w imieniu którego postępowanie prowadzi: Biuro Informatyki

Urzędu m.st. Warszawy we współpracy z Biurem Zamówień Publicznych Urzędu m.st. Warszawy, Pl. Bankowy 3/5, 00-950 Warszawa; Adres do korespondencji: Aleje Jerozolimskie 44, 00-024 Warszawa na rzecz **SUPERMEDIA Sp. z o.o., ul. Kamionkowska 45, 03-812 Warszawa** wotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu kosztów wpisu oraz wydatków pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 oraz art. 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605) 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:

.....

Członkowie:

.....

.....

Sygn. akt: KIO 2939/23

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Usługa wynajmu włókien światłowodowych - część II Świadczenie usługi wynajmu włókien światłowodowych w relacjach wymienionych w załączniku nr 3 do Umowy „Lista relacji świadczenia Usługi dla części II”, postępowanie nr ZP/ JZE/ 271/ III-108/ 23, zostało wszczęte ogłoszeniem ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 07.08. 2023 r. pod nr 2023/S 150 -480195 przez Miasto Stołeczne Warszawa w imieniu którego postępowanie prowadzi: Biuro Informatyki Urzędu m.st. Warszawy we współpracy z Biurem Zamówień Publicznych Urzędu m.st. Warszawy, Pl. Bankowy 3/5, 00-950 Warszawa; Adres do korespondencji: Aleje Jerozolimskie 44, 00-024 Warszawa zwanej dalej: „Zamawiającym”. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605), zwana dalej: „NPzp” albo „PZP” albo „ustawy Pzp”.

W dniu 26.09.2023 r. (na platformie zakupowej:) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej dla Zadania 2 – Citimedia.pl Sp. z o. o., Al. Armii Ludowej 28, 0-609 Warszawa zwanego dalej: „Citimedia.pl Sp. z o. o.” albo „Citimedia” albo „Przystępującym”. Drugą pozycję w rankingu złożonych ofert zajęła oferta Telnap Telecom Sp. z o.o., ul. Modlińska 61, 03-199 Warszawa zwanej dalej: „Telnap Telecom Sp. z o.o.” albo „Telnap”. Nadto, odrzucił ofertę SUPERMEDIA Sp. z o.o. ul. Kamionkowska 45, 03-812 Warszawa zwana dalej: „SUPERMEDIA” albo „SUPERMEDIA Sp. z o.o.” albo „Odwołującym”

Dnia 05.10.2023 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) odwołanie względem czynności z 07.09.2023 r. dla Zadania 2 złożyło SUPERMEDIA Sp. z o.o. Zarzucił naruszenie:

1)art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zastosowanie tego przepisu oraz poprawienie treści ofert Odwołującego, Citimedia oraz Telnap w poz. 20 formularza oferty, pomimo braku zaistnienia uregulowanych w ww. przepisie warunków do dokonania tej czynności (co naruszało wyrażony w art. 223 ust. 1 ustawy Pzp zakaz prowadzenia między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści), a w konsekwencji naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp poprzez jego zastosowanie i odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na brak zgody Odwołującego na poprawienie omyłki,

2)art. 255 pkt 6 ustawy Pzp w związku z art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp ewentualnie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp w związku z art. 58 kodeksu cywilnego lub w związku z art. 705 kodeksu cywilnego (dalej: „KC”) oraz w związku z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp poprzez brak unieważnienia postępowania pomimo, że jest ono obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy, ze względu na prowadzenie go w sposób nie zapewniający uczciwej konkurencji i przejrzystości z uwagi na skonstruowanie formularza ofertowego (zdefiniowanego na platformie zakupowej Zamawiającego i niepodlegającego edycji przez wykonawców) niezgodnego z pozostałą treścią SWZ (w zakresie pozycji 20), w wyniku czego nie jest możliwe zbadanie zgodności treści ofert z warunkami zamówienia a złożone w postępowaniu oferty są nieporównywalne,

3)art. 255 pkt 6 ustawy Pzp w związku z art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp ewentualnie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp w związku z art. 58 kodeksu cywilnego lub w związku z art. 705 kodeksu cywilnego oraz w związku z art. 137 ust. 6 ustawy Pzp oraz w związku z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania pomimo, że jest ono obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy, ze względu na dokonanie zmiany treści SWZ w zakresie dodania do formularza ofertowego (zdefiniowanego na platformie zakupowej Zamawiającego i niepodlegającego

edycji przez wykonawców) poz. 73, co miało miejsce w dniu 1.09.2023 roku (w piątek), a więc na 2 dni przed terminem składania ofert, który upływał 4.09.2023 roku (w poniedziałek) - bez obowiązkowego przedłużenia terminu składania ofert, 4)zarzut ewentualny: na wypadek nie uwzględnienia zarzutów wskazanych w pkt 2) i 3) powyżej, odnoszących się do zaniechania unieważnienia postępowania - naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert Citimedia oraz Telnap jako ofert niezgodnych z warunkami zamówienia, co do których nie było podstaw do ich poprawienia w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp;

a w konsekwencji

5)art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór oferty wykonawcy Citimedia jako najkorzystniejszej,

2. Wnosił o uwzględnienie niniejszego odwołania poprzez nakazanie Zamawiającemu:

1)unieważnienia czynności wyboru oferty Citimedia jako najkorzystniejszej;

2)ponowienia czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu;

3)unieważnienia czynności poprawienia treści ofert Odwołującego, Citimedia oraz Telnap w poz. 20 formularza ofertowego oraz unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;

4)unieważnienia postępowania;

5)ewentualnie odrzucenia oferty wykonawcy Citimedia oraz oferty wykonawcy Telnap.

Ponadto Odwołujący wnosił o:

6)zasądzenie od Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego i opłat skarbowych od pełnomocnictw, poniesionych przez Odwołującego.

Zamawiający prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest świadczenie usługi wynajmu włókien światłowodowych w relacjach wymienionych poprzez pasywną infrastrukturę światłowodową. Zamówienie obejmuje udostępnienie Zamawiającemu włókien światłowodowych w relacjach, ich bieżącą konserwację oraz zapewnienie ich poprawnego i nieprzerwanego działania na zasadach określonych w § 5 ust. 6 wzoru umowy. Zamówienie podzielone jest na dwie części:

-część I Świadczenie usługi wynajmu włókien światłowodowych w relacjach wymienionych w załączniku nr 3 do Umowy „Lista relacji świadczenia Usługi dla części I”,

-część II Świadczenie usługi wynajmu włókien światłowodowych w relacjach wymienionych w załączniku nr 3 do Umowy „Lista relacji świadczenia Usługi dla części II”.

Wedle pkt 14.1. SWZ:

„14.1. Oferta składa się z:

a) wypełnionego, zdefiniowanego przez Zamawiającego w systemie. Formularza oferty - zakres danych wypełnianych przez Wykonawcę w systemie został określony w pkt 23 i 25 SWZ.”

W pkt 23 SWZ Zamawiający wskazał, że:

„23. Sposób obliczania ceny oferty

23.1. *Cena ofertowa brutto dla każdej części zamówienia wynika z wypełnionego przez Wykonawcę Formularza oferty, który został zdefiniowany w systemie przez Zamawiającego. W Formularzu oferty Wykonawca podaje cenę jednostkową brutto miesięcznego wynagrodzenia z tytułu świadczenia usługi w danej relacji, z uwzględnieniem postanowień pkt 26 SWZ. System uniemożliwi Wykonawcy samodzielne dokonywanie zmian w Formularzu oferty. Ryzyko konieczności wykonania wszelkich prac towarzyszących, mogących pojawić się w trakcie realizacji zamówienia, ryzyko związane ze zmianami stawki podatku VAT, kursów walut, ceł itp., obciąża Wykonawcę i należy uwzględnić je w ofercie. Łączna wartość brutto z Formularza oferty, jest wartością przyjętą do wyliczenia ceny zamówienia, służącą wyłącznie do porównania ofert oraz ustalenia czy wartość oferty nie przekracza kwoty, którą Zamawiający może przeznaczyć na realizację zamówienia. Rozliczenia za wykonane usługi będą dokonywane w oparciu o rzeczywiście wykonane prace oraz o ceny jednostkowe zaoferowane przez Wykonawcę w Formularzu oferty.*

23.2. *Oferowana cena winna obejmować wszystkie koszty i składniki wraz z narzutami, niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia w zakresie objętym specyfikacją i wzorem umowy. Zamawiający nie zapewnia zwolnienia Wykonawcy z żadnych podatków, opłat, ceł, cen materiałów, transportu itp., których nie przewidziano w SWZ, ani nie będzie zwracał żadnych kar należnych z jakiegokolwiek tytułu, nie będzie też ponosił kosztów wynikających z cen materiałów, transportu, czynności, usług, świadczeń, ubezpieczeń itp., których nie przewidziano w dokumentacji przetargowej.*

Zgodnie z pkt 25 SWZ jedynym kryterium oceny ofert w niniejszym Postępowaniu w ramach Części II była ~~ca~~cena (waga 100%).

Określając zasady oceny oferty według ww. kryterium, Zamawiający wskazał w pkt 26, że:

fasady oceny ofert wg ustalonych kryteriów

Kryterium „cena brutto” KI - waga 100% - maksymalnie 100 pkt.

Ocena ofert dokonywana będzie w kryterium „cena brutto” według następującego wzoru:

$P_1 = (\text{najniższa cena ofertowa brutto}) / (\text{cena brutto oferty badanej}) \times 100$

W zdefiniowanym w systemie Formularzu oferty, Wykonawca podaje ryczałtowe ceny jednostkowe brutto dla

poszczególnych relacji (dla danej Części), po których zobowiązuje się zrealizować całe zamówienie.

Zamawiający wskazuje w poniższej tabeli szacunkowe ilości, które zostaną przyjęte do wyliczenia przez system całkowitej ceny brutto zamówienia:

dla Części II

L.P	Usługa	Ilość
1	miesięczny abonament wynajmu włókien światłowodowych dla relacji: Al. Jerozolimskie 44 - ul. Nowogrodzka 43, Typ I	36 miesięcy
	(...) [tu znajdowały się wiersze obejmujące poz. 2-19 - przypis Odwołującego]	36 miesięcy
20	miesięczny abonament wynajmu włókien światłowodowych dla relacji: ul. Chałubińskiego 8 - ul. Nowogrodzka 43, Typ II	36 miesięcy
	(...) [tu znajdowały się wiersze obejmujące poz. 21-71 - przypis Odwołującego]	36 miesięcy
72	miesięczny abonament wynajmu włókien światłowodowych dla relacji: pl. Bankowy 2 - ul. Sandomierska 12, Typ III	36 miesięcy

Analogiczne zestawienie znajdowało się również w Załączniku nr 3 do umowy.

Jak wynika z powyższego, w ramach niniejszego postępowania Zamawiający nie przygotował jako edytowalnego załącznika do dokumentów zamówienia - wzoru formularza ofertowego, ale odesłał w dokumentach zamówienia i zdefiniował w ramach platformy zakupowej elektroniczny formularz, który wykonawcy zobowiązani byli wypełnić składając ofertę na platformie zakupowej Zamawiającego. Dopóki więc dany wykonawca nie przystąpił do wypełniania oferty, nie miał de facto wiedzy jak przedmiotowy formularz jest skonstruowany i jakie pozycje zawiera.

W dniu 17 sierpnia 2023 r. Zamawiający dokonał zmiany treści SWZ w następujący sposób: „Zamawiający informuje o zmianie treści SWZ:

• zmianie ulega pkt 26,1. SWZ, gdzie Zamawiający wskazuje w tabeli szacunkowe ilości, które zostaną przyjęte do wyliczenia przez system całkowitej ceny brutto zamówienia:

(...)

dla Części II zmianie ulega poz. 20 i dodaje się poz. 73

Lp. Usługa	Ilość	
20	miesięczny abonament wynajmu włókien światłowodowych dla relacji: ul. Chałubińskiego 8 - ul. Młynarska 43/45, Typ I	36 miesięcy
73	miesięczny abonament wynajmu włókien światłowodowych dla relacji: ul. Flisa 6 - ul. Sandomierska 12, TYP I	36 miesięcy

• zmianie ulega załącznik nr 3 do wzoru umowy "Usta relacji światłowodowych":

❖ (...)

❖ dla części II poprzez zmianę w poz. 20 i dodanie poz. 73

• zmianie ulega formularz ofertowy:

*(...)

❖ dla części II poprzez zmianę w poz. 20 i dodanie poz. 73

•(...)

Załącznik:

- zaktualizowane załączniki nr 2 i 3 do wzoru umowy".

Zamawiający wskazał więc pismem z dnia 17 sierpnia 2023 r, że dokonał modyfikacji w formularzu ofertowym dla części II Zamówienia poprzez zmianę zakresu przedmiotu zamówienia w poz. 20 i dodanie poz. 73.

Powyższe stanowisko doprowadziło do wewnętrznej sprzeczności dokumentów zamówienia, gdyż - jak się okazało - Zamawiający w rzeczywistości nie dokonał zmiany zdefiniowanego przez Zamawiającego w systemie Formularza ofertowego, w szczególności nie dostosował go do opisanej wyżej zmiany SWZ. Odwołujący wskazuje, że w dniu 1.09.2023 r., po godzinie 14.00., kiedy to rozpoczął proces składania oferty - w czasie uzupełniania wygenerowanego przez platformę zakupową Zamawiającego formularza, **okazało się, że poz. nr 20 jest niezmieniona, a poz. 73 jest niedodana.**

W dniu 01.09 (piątek) formularz ofertowy zawierał 3 błędy:

1) 72 pozycje zamiast 73.

2) W pozycji nr 20 opis niezgodny ze zmianą SWZ z dnia 17.08.2023 r. w zakresie adresu końca relacji: „miesięczny abonament wynajmu włókien światłowodowych dla relacji: ul. Chałubińskiego 8 - ul. Nowogrodzka 43, Typ II"

3) W pozycji nr 20 opis niezgodny ze zmianą SWZ z dnia 17.08.2023 r. w zakresie typu relacji: „miesięczny abonament wynajmu włókien światłowodowych dla relacji: ul. Chałubińskiego 8 - ul. Nowogrodzka 43, Typ II"

Odwołujący wprowadził więc do formularza ofertowego i zapisał ofertę zawierającą 72 pozycje i zakres poz. 20 nieuwzględniający zmiany SWZ dokonanej w dniu 17 sierpnia 2023 r.: /W tym miejscu stosowny zrzut ze strony internetowej/.

Odwołujący nie złożył jednak ww. oferty i skontaktował się telefonicznie z Zamawiającym, tj. ze wskazaną w SWZ do kontaktów p. J.Ż. i wskazał na ww. wewnętrzną niespójność dokumentów zamówienia.

Jak należy założyć - w wyniku powyższego - w tym samym dniu Zamawiający dokonał zmiany zdefiniowanego przez Zamawiającego w systemie Formularza ofertowego:

O godzinie 14:51, Odwołujący otrzymał wiadomość z systemu zakupowego Zamawiającego: /W tym miejscu stosowny zrzut ze strony internetowej/.

Dodatkowo o wprowadzonych zmianach świadczą dowody z systemu Zamawiającego:

Runda 1 - otwarta w dniu 04-08-2023 o godzinie 16:23 zamknięta w dniu 01-09-2023 o godzinie 14:51 (po zmianie formularza) oraz Runda 2 otwarta w dniu 04-08-2023 o godzinie 16:23 (niezgodna ze stanem faktycznym data, ponieważ Runda 2 została otwarta w dniu 01-09-2023 o godzinie 14:51). /W tym miejscu stosowny zrzut ze strony internetowej/.

Zamawiający wprowadził do systemu formularz ofertowy z dodaną poz. 73, pozostawiając jednakże niezmienną pozycję 20 (co zostało oznaczone przez Zamawiającego jako „Runda 2”), tj.:

1) Pojawiły się 73 pozycje

2) W pozycji nr 20 zmienił się Typ, jednak adres końca relacji pozostał niezmienny: „miesięczny abonament wynajmu włókien światłowodowych dla relacji: ul. Chałubińskiego 8 - ul. Nowogrodzka 43, Typ I”

Powyższa zmiana formularza ofertowego została dokonana z pominięciem regulacji ustawy Pzp dotyczących zmiany treści SWZ (art. 137 ustawy Pzp) - w systemie zamieszczony został zmieniony formularz (w dalszym ciągu częściowo niezgodny z pozostałą częścią SWZ). Powyższe miało miejsce w piątek 1.09 o godzinie 14.51 podczas gdy termin składania ofert upływał w poniedziałek 4.09.2023 r. o godzinie 10.00.

Zgodnie z informacją z otwarcia ofert, w postępowaniu w części III oferty złożyli:

Nr	Nazwa (firma) i adres Wykonawcy	Nazwa kryterium	Wartość
1	SUPERMEDIA Sp zoo Kamionkowska 45. 03-812 Warszawa NIP PL 9570549503	Cena	956 802.24 PLN
2	CITIMEDIA.PL Sp z o.o., Aleja Armii Ludowej 28. 00-609 Warszawa NIP PL 1231215741	Cena	843 976.80 PLN
3	TeM^P.Telecom Sp z o.o., ul Modlińska 61, 03-199 Warszawa NIP PL 5242818190	Cena	1 748 750.04 PLN

Co istotne, każdy z wykonawców, którzy złożyli oferty w Części II postępowania, w poz. nr 20 dokonał wyceny:

20	miesięczny abonament wynajmu włókien światłowodowych dla relacji: ul. Chałubińskiego 8 - ul. Nowogrodzka 43, Typ 1	36 miesięcy
----	--	-------------

(w dalszej części niniejszego Odwołania, dla uproszczenia wywodu Odwołujący będzie nazywał ten zakres przedmiotu zamówienia „pozycja 20 A”)

zamiast:

20	miesięczny abonament wynajmu włókien światłowodowych dla relacji: ul. Chałubińskiego 8 - ul. Młynarska 43/45, Typ 1	36 miesięcy
----	---	-------------

(w dalszej części niniejszego Odwołania, dla uproszczenia wywodu Odwołujący będzie nazywał ten zakres przedmiotu zamówienia „pozycją 20 Z”)

A zatem każdy z wykonawców zaoferował przedmiot zamówienia niezgodny z warunkami zamówienia wynikającymi ze zmiany SWZ z dnia 17.08.2023 r. (pozycja 20 wersja Z), a jednocześnie zgodny z przygotowanym przez Zamawiającego wzorem oferty sensu stricte (pozycja 20 wersja A).

W odniesieniu do Odwołującego, mając na uwadze znaczenie oświadczenia woli, jakim jest oferta (formularz ofertowy - oferta sensu stricte), dokonał on wyceny realizacji przedmiotu zamówienia zgodnie z udostępnionym przez Zamawiającego wzorem formularza ofertowego. Po pierwsze nie było możliwości zmiany w tym zakresie, a po drugie przebieg postępowania, w tym zwłaszcza brak zmiany formularza w zakresie adresu końcowego relacji z poz. 20, mimo wprowadzenia w tym formularzu w dniu 01.09.2023 roku innych zmian, wskazywał na intencję Zamawiającego by oferta obejmowała relację do ulicy Nowogrodzkiej 43, Typ I (pozycja 20 A).

Istotne jest, że zakres przedmiotowy pozycji 20 A i pozycji 20 Z zasadniczo się różni - również w odniesieniu do kosztu realizacji. Odzwierciedla to poniższa mapa: /W tym miejscu odwołania/.

Odnosząc się do każdej relacji z osobna Odwołujący wskazał, że:

Pozycja 20 A: miesięczny abonament wynajmu włókien światłowodowych dla relacji: ul. Chałubińskiego 8 - ul. Nowogrodzka 43, Typ I:

W odniesieniu do Odwołującego się, z uwagi na brak dostępności wolnych włókien w istniejącej infrastrukturze Supermedia, zrealizowanie relacji objętej pozycją 20 A wymaga inwestycji obejmującej budowę dedykowanej linii kablowej

między budynkami lokalizacji ul. Chałubińskiego 8 - ul. Nowogrodzka 43:

- Projekt linii kablowej (Projekt Wykonawczy) - dokument opisujący przebieg trasy, parametry techniczne kabla, planowane do użycia złącza, inne uwarunkowania związane z infrastrukturą, przedkładany do Orange Polska jako dokument techniczny stanowiący podstawę do zawarcia umowy dzierżawy kanalizacji, wymagany przy każdej budowie lub modernizacji okablowania w kanalizacji Orange Polska,
- Budowę sieci - wszelkie prace budowlane związane z zaciągiem kabla światłowodowego wraz z instalacją pozostałej infrastruktury światłowodowej (tj.: złącza, zapas kablowy), usunięciem ewentualnych niedrożności w kanalizacji dzierżawionej od Orange Polska na trasie przebiegu danej relacji,
- Spawanie-łączenie poszczególnych odcinków kabla światłowodowego na trasie danej relacji, może być wiele takich połączeń,
- Dokumentacja (Dokumentacja Powykonawcza) - dokumentacja powykonawcza stanowiąca formalne potwierdzenie obecności okablowania Supermedia w kanalizacji na określonym odcinku, przekazywana do Orange Polska po zakończeniu prac budowlanych.
- Asysty Orange Polska - płatny nadzór nad realizacją budowy sieci (asysty) oraz prace odbiorowe wykonywane przez pracowników Orange Polska.

Powyższe dotyczy następującego odcinka o długości: 2 061m:

/W tym miejscu odwołania mapa/.

Odwolujący dokonał więc wyceny realizacji przedmiotu zamówienia zgodnie z udostępnionym przez Zamawiającego wzorem, uwzględniając opisane wyżej koszt realizacji ww. inwestycji.

Co oczywiste koszt ww. budowy znacząco wpływa na wycenę oferty Supermedia. Wskazał, że Wykonawca (a także pozostali Wykonawcy, którzy złożyli oferty) dokonywali wyceny oferty poprzez wyliczenie ceny za wszystkie relacje i jej równy podział na 73 pozycje (w przypadku Citimedia, z uwzględnieniem różnicy cenowej w relacjach Typu I i II). Tym samym inny zakres przedmiotu zamówienia w pozycji 20 wpływa istotnie na całą cenę zamówienia. W odniesieniu do Odwołującego wycena pozycji 20 o zakresie zgodnym z przygotowanym przez Zamawiającego formularzem ofertowym spowodowała zwiększenie ceny za realizację przedmiotu zamówienia o kilkanaście procent (w stosunku do ceny, jaką oferowałby Odwołujący, gdyby formularz uwzględniał tę pozycję w wersji opisanej poniżej).

Pozycja 20 Z: miesięczny abonament wynajmu włókien światłowodowych dla relacji: ul. Chałubińskiego 8 - ul. Młynarska 43/45, Typ I

Na powyższym odcinku Supermedia posiada dostępną infrastrukturę, a więc realizacja zamówienia o takim zakresie nie wymaga poniesienia nakładów inwestycyjnych. Co oczywiste, zaoferowanie realizacji w poz. 20 niniejszej relacji znacząco wpływa na cenę całości zamówienia (i każdej pozycji osobno, zgodnie z argumentacją powyżej).

Zamawiający pismami z dnia 05.09.2023 r. wezwał wykonawców Citimedia, Supermedia i Telnap do wyrażenia zgody na poprawienie innej omyłki na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, wskazując w wezwaniach m.in. co następuje:

„Biuro Informatyki Urzędu m.st. Warszawy prowadzące współpracę z Biurem Zamówień Publicznych Urzędu m.st. Warszawy wyżej wskazane postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego wzywa Państwa do:

1. wyrażenia zgody na poprawienie w Państwa ofercie innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty.

W związku z opublikowaniem 17.08.2023 r. zmiany do SWZ i brakiem odpowiedniego zaktualizowania formularza oferty Zamawiający informuje o poprawieniu w pozycji 20 w formularzu oferty Wykonawcy nazwy usługi na:

20	miesięczny abonament wynajmu włókien światłowodowych dla relacji: ul. Chałubińskiego 8 - ul. Młynarska 43/45, Typ 1	36 miesięcy
----	---	-------------

W dniu 08.09.2023 r. wykonawca Citimedia wyraził zgodę na poprawienie ww. innej omyłki wskazanej przez Zamawiającego. Analogicznej zgody w dniu 8 września 2023 r. udzielił Wykonawca Telnap.

Z kolei Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do wyrażenia zgody na poprawienie ww. innej omyłki wskazał, że:

„W odpowiedzi na pismo Zamawiającego datowane na dzień 5.09.2023 r. (doręczone Supermedia w dniu 6.09.2023 r.), Supermedia wskazuje, że:

Ad.1 Zamawiający dokonał niewłaściwej klasyfikacji błędu w Formularzu oferty jako „innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty” w rozumieniu art. 223 ust. 2 pkt. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U.2023, poz. 1605) (dalej: „PZP”), podczas gdy poprawienie tego rodzaju błędu w ofercie w zakresie elementów składowych kosztorysu ma istotne znaczenia na kalkulację przedstawioną w ofercie, w tym łączną wartość wyceny, tym samym powoduje istotne zmiany w ofercie, przez co tryb art. 223 ust 2 pkt. 3 nie powinien mieć tu zastosowania.

Supermedia zgodnie z wymaganiami pkt. 14.1 lit a) SWZ złożyła ofertę w ramach Postępowania w oparciu o wypełniony, zdefiniowany przez Zamawiającego w systemie Formularz oferty obejmujący m.in. Listę pozycji (relacji). Wykonawca nie mógł złożyć oferty w oparciu o inny, w tym samodzielnie stworzony formularz ofertowy. Lista pozycji relacji wskazana w systemowym Formularzu oferty zawierała zakres danych nie podlegających edycji, tym samym Zamawiający nie

przewidział możliwości ich modyfikacji. Supermedia przyjęła więc, że Zamawiający świadomie i celowo wymaga od wykonawcy wskazania relacji wymienionej w Liście pozycji pod pkt. 20 jako:

miesięczny abonament wynajmu włókien światłowodowych dla relacji: ul. Chałubińskiego 8 - ul. Nowogrodzka 43, Typ I Szacowanie łącznej ceny realizacji przedmiotu Umowy w ofercie złożonej przez Supermedia odbyło się w oparciu o elementy kosztotwórcze przypisane dla wyżej wskazanej relacji określonej w Formularzu oferty, które zostały w kolejnym etapie uśrednione dla poszczególnych relacji.

Jeżeli, więc Zamawiający wymagał, aby wykonawcy dokonali wyceny dla innej relacji niż ta wskazana w Liście pozycji pkt. 20 to powinien był dokonać zmian w Formularzu Oferty, gdyż zgodnie z wymogami dotyczącymi składania oferty Zamawiający wykonawcy byli zobligowani do zastosowania wyłącznie systemowego Formularza Oferty.

Zastosowanie trybu wynikającego z art. 223 ust. 2 pkt. 3 PZP wymaga, aby zaistniały 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. Należy podkreślić, że zmiana opisu przebiegu relacji obejmująca inne punkty świadczenia usługi niż te wskazane przez Zamawiającego w Formularzu oferty jest istotną zmianą wpływającą zarówno na cenę jednostkową jak i wycenę całości oferty. Zaś kwalifikator „istotnych zmian” należy odnosić do całości treści oferty, a konsekwencję tych zmian należy oceniać, biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia i całość oferty [za wyrokiem KIO z dnia 28 lutego 2023, KIO 423/23]. Co więcej, zmiana dokonana przez Zamawiającego nie powinna być dokonana samodzielnie przez Zamawiającego, albowiem jej wprowadzenie łączy się z koniecznością modyfikacji ceny wskazanej przypisanej do pozycji pkt. 20 Listy pozycji (relacji) jak i łącznej ceny świadczeń. Wynika to z przyjętego przez wykonawcę (Supermedia) procesu kalkulacji ceny, zakładał on bowiem oszacowanie wszystkich niezbędnych kosztów inwestycyjnych (capex) oraz utrzymaniowych w okresie realizacji umowy o zamówienie publiczne (opex) w tym także tzw. kosztów budynkowych dla wszystkich relacji w części II, co uwzględnia ostateczna kwota brutto oferty wykonawcy (Supermedia). Wartości przypisane w Formularzu oferty do każdej pozycji były wynikiem równego podziału wartości ostatecznej kwoty brutto na 73 relacje w okresie trwania umowy tj. przez 36 miesięcy. Stąd w konsekwencji poprawienia omyłki w formularzu ofertowym niezbędne byłoby dokonanie przez wykonawcę nowej wyceny całej części II, zmiana wartości dla wszystkich pozycji, co skutkowałoby zmianą nie tylko wartości dla wszystkich pozycji (relacji), ale również miałoby w efekcie wpływ na cenę łączną zamówienia. Tym samym, zastosowanie trybu art. 223 ust. 2 pkt. 3 PZP nie jest adekwatne dla rodzaju błędu polegającego na zmianie opisu relacji determinującej potrzebę dokonania nowej wyceny (pkt. 20 Listy pozycji) [za wyrokiem KIO z dnia 13 stycznia 2022, KIO 37772/21].

Supermedia złożyła ofertę na wymaganym przez Zamawiającego systemowym Formularzu oferty zgodnie z dyspozycją SWZ. Jeżeli, Zamawiający nie dokonał aktualizacji Formularza oferty, pomimo dokonanej zmiany treści SWZ, to wykonawca (w tym Supermedia) nie powinien ponosić negatywnych konsekwencji takiego zaniechania ze strony Zamawiającego, gdyż to Zamawiający był dysponentem systemu generującego Formularz oferty i wpisanych w nim warunków zamówienia.

Biorąc pod uwagę powyższe, w tym okoliczność, że błędy dokonane przez Zamawiającego nie podlegają konwalidacji, w związku z brakiem możliwości zastosowania trybu z art. 223 ust.2 pkt. 3 PZP, należy stwierdzić, że Postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Tym samym, zachodzi obowiązkowa przesłanka unieważnienia Postępowania, zgodnie z art. 255 pkt. 6 PZP, z której Zamawiający powinien skorzystać. Wskazujemy, że w tym stanie rzeczy nie jest możliwy wybór oferty najkorzystniejszej zgodnie z przepisami ustawy PZP w warunkach przejrzystości, równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji [za wyrokiem KIO z dn. 27.04.2021, KIO 913/21].”

W dniu 26 września 2023 r. Zamawiający poinformował wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Citimedia. Jednocześnie Zamawiający dokonał odrzucenia oferty Odwołującego wskazując, że:

„Uzasadnienie: Zamawiający 17 sierpnia 2023 r. wprowadził modyfikację SWZ dla części U zamówienia, polegającą na zmianie nazwy w poz. 20 na „miesięczny abonament wynajmu włókien światłowodowych dla relacji: ul. Chałubińskiego 8 - ul. Młynarska 43/45, Typ I” i dodaniu poz. 73 „miesięczny abonament wynajmu włókien światłowodowych dla relacji: ul. Flisa 5 — ul. Sandomierska 12, TYPY” w załączniku nr 3 do umowy „Lista relacji świadczenia Usługi dla Części 11”. Informacja o powyższej modyfikacji została opublikowana 17 sierpnia 2023 r. na stronie prowadzonego postępowania. Razem z informacją o modyfikacji SWZ Zamawiający opublikował również zaktualizowany załącznik nr 3 do umowy. Omyłka polegała na braku odpowiedniego zaktualizowania przez Zamawiającego formularza oferty w poz. 20 w związku z opublikowaniem 17 sierpnia 2023 r. zmiany do SWZ. Zamawiający pismem z dnia 05 września 2023 r. (przekazane 06 września 2023 r.) wezwał Wykonawcę do wyrażenia zgody na poprawienie w ofercie innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty, w zakresie poprawy opisu poz. 20 w formularzu ofertowym, zgodnie z treścią zmiany SWZ z 17 sierpnia 2023 r. Wykonawca w odpowiedzi przesłanej 08 września 2023 r. zakwestionował poprawienie w formularzu oferty omyłki, w związku z czym jego oferta podlega odrzuceniu”.

Zarzutu naruszenia art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zastosowanie tego przepisu oraz poprawienie treści ofert Odwołującego, Citimedia oraz Teinap w poz. 20 formularza ofertowego, pomimo braku zaistnienia uregulowanych w ww. przepisie warunków do dokonania tej czynności (co naruszało wyrażony w art. 223 ust. 1 ustawy Pzp zakaz prowadzenia między zamawiającym, a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści), a w konsekwencji naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp poprzez jego zastosowanie i odrzucenie oferty Odwołującego, z uwagi na brak zgody Odwołującego na poprawienie omyłki.

W pierwszej kolejności podkreślił, że wypracowana w orzecznictwie wskazówka zmierzająca do wytyczeni jednoznacznej granicy zastosowania art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp (wcześniej art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp z 2004 r to możliwość samodzielnego poprawienia przez zamawiającego omyłki, bez udziału wykonawcy, co możliwe jest jedynie wówczas, gdy nie ma wątpliwości, co do rzeczywistej treści oświadczenia woli Wykonawcy, jakim jest oferta. Zastosowanie jej w praktyce eliminuje ryzyko naruszenia wynikającego z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp (wcześniej art. 87 ust. 1 ustawy Pzp z 2004 r.) zakazu prowadzenia negocjacji z wykonawcą złożonej oferty i dokonywania jakiegokolwiek zmian jej treści, jak również gwarantuje przestrzeganie zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji (tak np KIO 140/13).

W okolicznościach postępowania z całokształtu złożonych ofert, nie wynika aby w zakresie poz. 20 wykonawcy chcieli zaoferować realizację pozycji 20 w wersji: „miesięczny abonament wynajmu włókien światłowodowych dla relacji: ul. Chałubińskiego 8 - ul. Młynarska 43/45, Typ I" (w niniejszym odwołaniu nazywane poz. 20 Z.), a więc w wersji wynikającej z dokonanej przez Zamawiającego poprawy.

Z treści ofert wynika wyraźnie, że oferty obejmują realizację tej pozycji w wersji: „miesięczny abonament wynajmu włókien światłowodowych dla relacji: ul. Chałubińskiego 8 - ul. Nowogrodzka 43, Typ I". W niniejszym przypadku nie występują w ofertach jakiegokolwiek wewnętrzne sprzeczności, jakis „punkt zaczepienia”, który uzasadniałby podejrzenie omyłki, wskazywał na odmienną intencję wykonawców. Żaden z wykonawców nie złożył wraz z ofertą stosownego oświadczenia, wskazującego na objęcie ofertą zakresu poz. 20 Z (zamiast poz. 20 A), Formularz oferty nie zawierał nawet ogólnego oświadczenia, które w praktyce są często zamieszczane w tego typu dokumentach, o zapoznaniu się, akceptacji SWZ i zgodności oferty z SWZ. Niezależnie od powyższego, dokonanie przez Zamawiającego poprawy relacji, w której mają być świadczone usługi:

z relacji opisanej w poz. 20 A

na relację opisaną w poz. 20 Z,

de facto powodowało, że Zamawiający określał za wykonawcę cenę za realizację usług w relacji opisanej w poz. 20 Z. Nie mając do tego podstaw prawnych, ani faktycznych, tj. jakiegokolwiek wiedzy na temat tego, jaka mogłaby być wycena świadczenia usług w relacji opisanej w poz. 20 Z, przyjmował bowiem, że będzie to cena, którą wykonawca wskazał za realizację usług dla relacji opisanej w poz. 20 A. Tym samym dokonanie przez Zamawiającego poprawy spowodowało wytworzenie przez niego całkowicie nowego oświadczenia wykonawcy, co do realizacji usług w relacji niewskazanej w formularzu ofertowym po cenie zaoferowanej za świadczenie usług wskazanych w formularzu. Cena za realizację usług w tej pozycji mogła zależeć od wielu zmiennych, innych dla każdego wykonawcy. Zamawiający nie jest uprawniony do określania ceny świadczenia usług za wykonawcę. Dokonanie przez Zamawiającego zmiany zakresu zamówienia i faktycznej wyceny zmienionego zakresu zamówienia należy uznać za naruszające zakaz prowadzenia negocjacji z wykonawcą złożonej oferty i dokonywania jakiegokolwiek zmiany jej treści.

W niniejszym przypadku, nie można więc mówić o nieistotnej zmianie treści oferty, skoro Zamawiający musiał dokonać zamiany zakresu przedmiotu zamówienia w jednej z pozycji (relacji) i określenia za wykonawcę ceny za świadczenie usług w tej zmienionej relacji. Ceny za świadczenie usług w zmienionej pozycji 20 Z nie można było wyliczyć na podstawie danych wskazanych w ofercie, czy wynikających z treści oferty lub SWZ. Zamawiający nie może w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp przyjmować wartości składowych ceny oferty, które były wyliczone za inny zakres przedmiotowy usług, jako wartości właściwych dla nowego, realnie niewycenionego w ofercie zakresu usług. Bez znaczenia zdaniem Odwołującego jest, że rzekoma „omyłka” dotyczy na pierwszy rzut oka tylko jednej pozycji spośród 73, bowiem wycena tej pozycji miała znaczący wpływ na cenę całej oferty. Jak już wskazano w pkt I uzasadnienia niniejszego odwołania, realizacja pozycji 20 A wymagała - co najmniej w przypadku Supermedia - realizacji inwestycji, której koszt znacząco wpływał na wycenę oferty Supermedia nie tylko w tej pozycji, ale również wyceny całej oferty w Zadaniu II (wykonawca, dokonywał wyceny oferty poprzez wyliczenie ceny za wszystkie relacje i jej równy podział na 73 pozycje), zmieniając cenę globalną o co najmniej kilkanaście procent. W tym zakresie Odwołujący powołuje się na argumentację i orzecznictwo ujęte w piśmie do Zamawiającego z dnia 8 września 2023 roku (cytowanym w pkt I uzasadnienia Odwołania). Analogicznie, dokonując poprawy Zamawiający nie miał także, bo nie mógł mieć - wiedzy, czy i w jakim zakresie poprawka wpływa na cenę jednostkową i cenę globalną ofert Wykonawców Citimedia oraz Teinap.

Reasumując, fakt, iż w pozycji 20 wykonawcy oferowali realizację relacji „miesięczny abonament wynajmu włókien światłowodowych dla relacji: ul. Chałubińskiego 8 - ul. Młynarska 43/45, Typ I" i to w dodatku za cenę określoną dla relacji ul. Chałubińskiego 8 - ul. Nowogrodzka 43, Typ I, w żaden sposób nie można wywieść z treści żadnej z ofert, podobnie jak błędne jest założenie, że zmiana ma charakter nieistotny. Działanie Zamawiającego stanowiło niewątpliwie

kształtowanie treści ofert, co jest domeną wykonawców (wyjątki w tym zakresie określone ustawą Pzp zawierają istotne, wyżej opisane ograniczenia).

Co więcej, wskazać należy, że regulacja art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp służy do poprawiania niezamierzonych omyłek w treściach ofert, a nie błędów Zamawiającego. Wykonawcy sporządzili oferty na przygotowanym przez Zamawiającego nieedytowalnym formularzu, zgodnie z wymaganiami SWZ, która wskazywała również, że „System uniemożliwi Wykonawcy samodzielne dokonywanie zmian w Formularzu oferty.” (pkt 23.1. SWZ). Z założenia więc wskazany przepis nie jest instrumentem do korygowania przez Zamawiającego błędnie sporządzonej SWZ.

W związku z powyższym Zamawiający nie miał żadnych podstaw do tego by skorzystać z instytucji, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, zarówno w odniesieniu do oferty Odwołującego, jak i ofert wykonawców Citimedia i Telnap.

Powyższe stanowisko Odwołującego znajduje poparcie w orzecznictwie z zakresu zamówień publicznych:

- Podstawowym warunkiem umożliwiającym zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. jest stwierdzenie, że dokonanie poprawy nie spowoduje istotnych zmian treści oferty. W sytuacji nieujęcia przez wykonawcę określonego, istotnego elementu przedmiotu zamówienia nie może ono zostać poprawione w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p., gdyż byłoby to całkowicie niezgodne z podstawowymi zasadami postępowania wyrażonymi w art. 7 ust. 1 p.z.p. (KIO 352/21);

- „Skład Orzekający zwrócił uwagę; iż prawdą jest, że możliwość poprawy drobnych błędów w ofercie na podstawie ww. przepisu, w szczególności błędów pojawiających się w kosztorysach i leżący po stronie zamawiającego obowiązek ich poprawy nie ma charakteru nieograniczonego. W ocenie Izby, nie zachodziły przesłanki do poprawy oferty odwołującego, która we wskazanych wyżej częściach jest sprzeczna z treścią SIWZ, a jej poprawienie spowodowałoby istotną zmianę jej treści, chociażby ze względu na zmianę zakresu rzeczowego robót i zmianę rodzaju materiałów. Izba nie podzieliła poglądów odwołującego, że jedyną przesłankę stosowania normy art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, stanowi „niewielka” różnica cenowa ewentualnej dokonanej korekty”. (KIO 1252/11);

- Art. 223 ust. 2 pkt 3 p.z.p. stanowi, że zamawiający poprawia w ofercie omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Pierwszym warunkiem umożliwiającym dokonanie poprawy jest zatem stwierdzenie, że niezgodność oferty z wymaganiami zamawiającego nastąpiła w sposób niezamierzony przez wykonawcę. (KIO 1559/21).

Konsekwencją naruszenia art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jest - w stosunku do oferty Odwołującego - naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp poprzez jego zastosowanie i odrzucenie oferty Odwołującego. Skoro Zamawiający nie był uprawniony do poprawiania omyłki, to nie mógł oferty odrzucić z powodu braku wyrażenia zgody na tą, wadliwą, czynność Zamawiającego. Wykonawca nie może ponosić konsekwencji błędów Zamawiającego, który doprowadził do wewnętrznej sprzeczności dokumentów zamówienia.

Zarzut naruszenia art. 255 pkt 6 ustawy Pzp w związku z art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp ewentualnie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp w związku z art. 58 KC lub w związku z art. 70 KC oraz w związku z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp poprzez brak unieważnienia postępowania pomimo, że jest ono obciążone wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy, ze względu na prowadzenie go w sposób nie zapewniający uczciwej konkurencji i przejrzystości z uwagi na skonstruowanie formularza ofertowego (zdefiniowanego na platformie zakupowej Zamawiającego i niepodlegającego edycji przez Wykonawców) niezgodnego z pozostałą treścią SWZ (w zakresie pozycji 20), w wyniku czego nie jest możliwe zbadanie zgodności treści ofert z warunkami zamówienia a złożone w postępowaniu oferty są nieporównywalne.

Zgodnie z art. 255 pkt 6 ustawy Pzp Zamawiający zobowiązany jest unieważnić postępowanie, jeżeli: „postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego;”

Zamawiający ma zatem obowiązek unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia ze względu na jego wadę, o ile spełnia ona dwa kryteria. Po pierwsze, musi to być wada niemożliwa do usunięcia po jej stwierdzeniu ze względu na stan zaawansowania postępowania o udzielenie zamówienia. Ponadto chodzi o nieprawidłowości rzutujące bezpośrednio na zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Celem postępowania jest bowiem zawarcie wyłącznie w pełni skutecznej umowy w sprawie zamówienia publicznego. / Por. A. Gawrońska-Baran [w:] E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, A. Gawrońska-Baran, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2023, art. 255. <https://sip.lex.pl/#/commentary/587871145/734347> (dostęp: 2023-09-26 13:44)/.

Po ustaleniu, że na danym etapie postępowania wada jest nieusuwalna (po otwarciu ofert bezsprzecznie nieusuwalne są wszelkie wady, które dotyczą treści dokumentów zamówienia) rozważyć należy, czy określona wada jest na tyle istotna, że uniemożliwia zawarcie ważnej umowy o zamówienie. Podstawowy katalog okoliczności wywołujących taki skutek zawiera art. 457 ust. 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający:

1) z naruszeniem ustawy udzielił zamówienia, zawarł umowę ramową lub ustanowił dynamiczny system zakupów 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;

Zwrócił uwagę, że ze względu na podstawowe zasady udzielania zamówień, na podstawie wykładni systemowej art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, orzecznictwo KIO (KIO 610/23) (Takie stanowisko prezentuje również Prezes UZP w Komentarzu do ustawy Pzp, wskazując, że: „Przepis ten (...) odwołuje się ogólnie do zawarcia umowy z naruszeniem Pzp oraz do zaniechania obowiązków ogłoszeniowych.”) wypracowało stanowisko, zgodnie z którym wskazany przepis prowadzi do unieważnienia umowy o udzielenie zamówienia publicznego w następujących sytuacjach:

1. udzielenie zamówienia nastąpiło z naruszeniem ustawy (przy czym trzeba przyjąć, że chodzi o nie jakiegokolwiek naruszenie, a naruszenie kwalifikowane - takie, które miało wpływ na przygotowanie ofert/wynik postępowania);
2. udzielenie zamówienia, 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.

Jak podkreśla KIO, nie można przyjąć, że treść art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp reguluje przesłankę unieważnienia umowy wyłącznie związaną z nieprawidłowościami w obowiązkowych ogłoszeniach. Trzeba zatem przyjąć, że ustawodawca przewidział dwie podstawy unieważnienia, do których referuje wskazany przepis, tj. do zawarcia umowy z naruszeniem ustawy Pzp oraz do zaniechania obowiązków odnoszących się do ogłoszeń. Choć przepis sformułowany jest mało przejrzysto, to trudno ustalić, że ustawodawca, jako prowadzącą do nieważności umowy, miałby przyjąć jedynie przesłankę związaną z ogłoszeniami, mającymi znaczenie dla sporządzenia ofert, a zakładał ważność umowy przy innych naruszeniach przepisów, które również mają znaczenie dla sporządzenia ofert. Dlatego też w orzecznictwie podkreśla się, że intencją ustawodawcy było wprowadzenie przesłanki nieważności względnej umowy zawartej z kwalifikowanym naruszeniem ustawy, tj. takim, które miało znaczenie dla przygotowania ofert, a więc wpłynęło na wynik postępowania. Na tym tle przykładowo w wyroku KIO 610/23 Izba uznała, że niejasny, nieprecyzyjny opis przedmiotu zamówienia i opis jednego z kryteriów oceny ofert stanowi takie naruszenie przepisów ustawy Pzp, 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 ustawy Pzp (a w konsekwencji zachodzi przesłanka do unieważnienia postępowania uregulowana w art. 255 pkt 6 ustawy Pzp). Takie podejście do interpretacji art. 255 pkt 6 ustawy Pzp w zw. z 457 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp jest widoczne także w orzeczeniach: KIO 913/21, KIO 909/22, KIO 497/23.

Nawet jednak przyjmując, że art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp nie obejmuje innych naruszeń ustawy Pzp mających wpływ na wynik, a jedynie naruszenia związane z ogłoszeniami, Odwołujący podkreśla, że analogiczne, aczkolwiek oparte na innej podstawie prawnej stanowisko, wskazujące na konieczność unieważnienia postępowania, w którym wadliwe są postanowienia SWZ, Izba wywodzi z art. 255 pkt 6 ustawy Pzp w zw. z art. 58 kodeksu cywilnego i art. 189 kodeksu postępowania cywilnego, jak i w zw. z art. 70⁵ kodeksu cywilnego. Jak wynika z orzeczenia KIO 652/23: „skład orzekający stwierdził, że oferty są nieporównywalne, nie można doprowadzić do ich porównywalności z zachowaniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a nieporównywalność ofert wynika z postanowień SWZ. W konsekwencji powyższego, Izba uznała, że wprowadzenie opisu kryterium pozacenowego dotyczącego wartości wynagrodzenia nie pozwala na weryfikację i porównanie ofert. Wobec powyższych okoliczności Izba uznała, że zastosowanie znajdzie przesłanka, wynikająca z art. 255 pkt 6 ustawy Pzp, nakazująca unieważnienie postępowania w przypadku gdy w jego toku wystąpiła niemożliwa do usunięcia wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Spełnione zostały bowiem wszystkie przesłanki uprawniające do zastosowania tego przepisu. Stwierdzić należy, że w postępowaniu doszło do naruszenia przez zamawiającego przepisów regulujących jego prowadzenie (wada postępowania). Wada ta polega na tym, że Zamawiający w sposób nieprecyzyjny i niejednoznaczny określił kryterium pozacenowe (...). Nie ulega również wątpliwości, że naruszenie to stanowi wadę niemożliwą do usunięcia, gdyż na tym etapie postępowania, (...), nie można dokonać zmiany postanowień SWZ (...). Należy też stwierdzić, że owa wada postępowania skutkuje brakiem możliwości zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy. Nieważność taka może zostać stwierdzona zarówno w oparciu o art. 58 kodeksu cywilnego, w trybie art. 189 kodeksu postępowania cywilnego, jak i w oparciu o możliwość przewidzianą w art. 705 kodeksu cywilnego. Jednocześnie nie stoi na przeszkodzie stwierdzenia nieważności umowy w oparciu o ww. przepisy, brak wystąpienia przesłanek zawartych w art. 457 ust. 1 ustawy Pzp w przedmiotowym przypadku. Jak zauważono w Komentarzu do PZP wydanym w 2021 r., pod. red. Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych H. Nowaka (strony 1230-1231) enumeratywne wyliczenie wad powodujących nieważność względną umowy (wzruszalność) art. 457 ust. 1 oraz art. 458 Pzp nie wyklucza natomiast możliwości zaistnienia wad czynności prawnej, powodujących nieważność bezwzględną, w szczególności w świetle art. 58 Kc. Powództwo przewidziane w art. 189 Kpc można wnosić w każdym przypadku, w którym zachodzi nieważność bezwzględna umowy w sprawie zamówienia publicznego. (...) Pojęcie aukcji albo przetargu, o którym mowa w art. 705 kodeksu cywilnego, należy przy tym definiować niezależnie, na podstawie ogólnych uregulowań

Kodeksu cywilnego. Te ostatnie nie wskazują szczegółowych rozwiązań proceduralnych, a wynika z nich jedynie, że aukcja lub przetarg to postępowania otwarte, konkurencyjne, poprzedzone ogłoszeniem. Mając to na uwadze, należy wskazać, że dyspozycja art. 705 kodeksu cywilnego znajduje zastosowanie do umów w sprawie zamówień publicznych zawartych w wyniku jakiegokolwiek postępowania otwartego (poprzedzonego ogłoszeniem) prowadzonego w oparciu o przepisy ustawy Pzp."

Nawet zatem przy przyjęciu odmiennej niż wyżej przedstawiona interpretacji art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp wskazać należy, że w przepisach Pzp istnieje możliwość uznania umowy za nieważną na podstawie art. 457 ust. 5 Pzp, który stanowi, że przepis ust. 1 nie wyłącza możliwości żądania unieważnienia umowy na podstawie art. 705 KC, zgodnie z którym organizator oraz uczestnik aukcji albo przetargu może żądać unieważnienia zawartej umowy, jeżeli strona tej umowy, inny uczestnik lub osoba działająca w porozumieniu z nimi wpłynęła na wynik aukcji albo przetargu w sposób sprzeczny z prawem lub dobrymi obyczajami. Dyspozycja tego przepisu ma zastosowanie do umów w sprawie zamówień publicznych zawartych w wyniku jakiegokolwiek postępowania poprzedzonego ogłoszeniem prowadzonego w oparciu o przepisy ustawy Pzp. Możliwość żądania unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego w oparciu o art. 705⁵ KC jest niezależna od podstaw unieważnienia na podstawie przepisów Pzp. Jednocześnie powyższy przepis może być podstawą unieważnienia umowy wówczas, gdy zamawiający (strona umowy) poprzez niezgodne z ustawą Pzp określenie warunków zamówienia wpływa na wynik postępowania, co w okolicznościach sprawy jest bezspeczne, o czym szerzej poniżej. Wewnętrzna sprzeczność dokumentów zamówienia, powodująca brak możliwości zbadania zgodności treści ofert z SWZ i realną nieporównywalność ofert, których dopuścił się Zamawiający w niniejszym postępowaniu, stanowią ewidentne naruszenie przepisów prawa - ustawy Pzp, w szczególności wymagających od zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia w sposób precyzyjny, dokładny (w tym co do zakresu) i przede wszystkim umożliwiający wykonawcom kalkulację ceny ofertowej, które zdaniem Odwołującego miało, a co najmniej mogło mieć wpływ na jego wynik. Analogiczna sytuacja zachodzi w odniesieniu do art. 58 § 1 KC, zgodnie z którym czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna, chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek, w szczególności ten, iż na miejsce nieważnych postanowień czynności prawnej wchodzi odpowiednie przepisy ustawy.

A zatem za utrwalone uznać należy stanowisko, wskazujące na konieczność podjęcia przez zamawiającego decyzji o unieważnieniu postępowania, jeżeli po terminie składania ofert ustalone zostanie, że dokumenty zamówienia zawierają postanowienia, których zastosowanie prowadzi do naruszenia naczelnych zasad udzielania zamówień publicznych. Inna interpretacja ustawy Pzp prowadziłaby zresztą do wniosku, którego nie da się pogodzić z założeniem o racjonalności ustawodawcy, tj. wniosku, że zamawiający zmuszony jest zawrzeć umowę nawet w wyniku postępowania obciążonego istotnymi błędami, godzącymi w podstawowe zasady udzielania zamówień, bowiem na pewnym etapie nie może już ani swych błędów konwalidować ani postępowania unieważnić.

Mając powyższe na uwadze wskazać należy, że w postępowaniu Zamawiający skonstruował formularz ofertowy (zdefiniowany na platformie zakupowej Zamawiającego i niepodlegający edycji przez wykonawców) niezgodny z pozostałą treścią SWZ (w zakresie pozycji 20). Z jednej więc strony postanowienia SWZ i wzoru umowy wskazywały na obowiązek zapewnienia świadczenia usług w relacji 20 Z, podczas gdy przygotowany przez Zamawiającego Formularz ofertowy udostępniony wykonawcom po jego rzekomych zmianach, wskazywał na obowiązek realizacji usług w relacji 20 A. W tej sytuacji można potencjalnie przyjąć, że część wykonawców wyceniła nieprawidłowy zakres usług (niezgodny z SWZ), lub ujęła w cenie dodatkowe ryzyka związane z niewiadomym zakresem świadczenia. W żaden sposób nie można jednak stwierdzić na pewno, jak finalnie wycenili swoje oferty wykonawcy w niniejszym postępowaniu, gdyż zostali zmuszeni do złożenia oferty w warunkach niepewności co do rzeczywistego zakresu świadczenia na rzecz Zamawiającego. Wynikiem tego błędu jest brak możliwości zbadania zgodności treści ofert z warunkami zamówienia oraz ewidentna nieporównywalność złożonych w postępowaniu ofert.

Jednym z podstawowych obowiązków Zamawiającego jest prawidłowe sporządzenie SWZ, m.in. takie, które nie będzie budziło uzasadnionych wątpliwości co do zakresu przedmiotu zamówienia - obowiązków wykonawcy, który świadczył będzie dane usługi. To między innymi nie budzące wątpliwości ustalenie obowiązków umownych decyduje, czy postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego można uznać za czyniące zadość podstawowym zasadom Pzp, w tym zasadzie przejrzystości postępowania. Warunkiem zachowania zasady przejrzystości postępowania jest między innymi jednoznaczne określenie przedmiotu zamówienia. Chodzi o to, by wykonawcy, mogli zorientować się i wziąć pod uwagę przy przygotowywaniu ofert, jakie są oczekiwania zamawiającego względem ofert składanych w postępowaniu. Niejednoznaczność dokumentów zamówienia stanowi negatywną przesłankę udziału w postępowaniu dla wykonawców (ogranicza konkurencję) i prowadzi do nieporównywalności ofert, stanowiąc wadę takiego postępowania. Takie błędy, zwłaszcza dotyczące zakresu i elementów kosztotwórczych przedmiotu zamówienia nie pozwalają na przeprowadzenie obiektywnego procesu oceny każdej oferty, na porównanie złożonych ofert i wybór najkorzystniejszej. W przedmiotowej sprawie zachodzi ewidentny związek przyczynowo - skutkowy, wskazujący na co najmniej potencjalny wpływ błędu Zamawiającego, polegającego na wewnętrznej sprzeczności dokumentów zamówienia na wynik postępowania. W wyniku działań Zamawiającego postępowanie jest obciążone wadą, niemożliwą do usunięcia, ponieważ powstała od dnia zmiany

SWZ (z pominięciem zmiany formularza ofertowego) i została ujawniona już po upływie terminu składania ofert. To obowiązkiem zamawiającego jest prawidłowe ukształtowanie treści dokumentów zamówienia. Zaniechania w tym zakresie nie mogą obciążać wykonawców, których uprawnieniem jest dążenie do podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego, która będzie ważna i nie objęta sankcją nieważności, której zakres i cena będą oznaczone i niebudzące wątpliwości. Zidentyfikowana i opisana wyżej wada uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, gdyż ta będzie realnie niesprecyzowana co do zakresu przedmiotowego i ceny, czyli elementów stanowiących essentialia negotii.

Zarzutu naruszenia art. 255 pkt 6 ustawy Pzp w związku z art. 457 ust 1 pkt 1 ustawy Pzp ewentualnie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp w związku z art. 58 kodeksu cywilnego lub w związku z art 705 kodeksu cywilnego oraz w związku z art 137 ust. 6 ustawy Pzp oraz w związku z art 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania pomimo, że jest ono obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie n i ep od legającej unieważnieniu umowy, ze względu na dokonanie zmiany treści SWZ w zakresie dodania do formularza ofertowego (zdefiniowanego na platformie zakupowej Zamawiającego i niepodlegającego edycji przez Wykonawców) poz. 73, co miało miejsce w dniu 1.09.2023 roku (w piątek), a więc na 2 dni przed terminem składania ofert, który upływał 4.09.2023 roku (w poniedziałek) - bez obowiązkowego przedłużenia terminu składania ofert.

W odniesieniu do powyższego zarzutu aktualne pozostaje przedstawione przy poprzednim zarzucie uzasadnienie dotyczące interpretacji i zastosowania w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego art. 255 pkt 6 ustawy Pzp w związku z art. 457 ust 1 pkt 1 ustawy Pzp ewentualnie art 255 pkt 6 ustawy Pzp w związku z art. 58 kodeksu cywilnego lub w związku z art. 705 kodeksu cywilnego.

Mając powyższe na uwadze wskazać należy, że w postępowaniu Zamawiający wskazał w SWZ na obowiązek sporządzenia oferty na formularzu ofertowym, który zamieścił na platformie zakupowej, który nie podlegał edycji przez wykonawców (należało go wypełnić w miejscach do tego przeznaczonych - tj. w zakresie cen przyporządkowanych do niemożliwych do zmiany opisów pozycji zawierających określenie relacji, co do których miały być świadczone usługi objęte przedmiotowym zamówieniem). Jak wynika z opisu stanu faktycznego ujętego w odwołaniu Zamawiający dokonał zmiany treści ww. formularza ofertowego dodając do niego poz. 73, co miało miejsce w dniu 1.09.2023 roku (w piątek), o godzinie 14.51, a więc na 2 dni przed terminem składania ofert, który upływał w dniu 4.09.2023 roku (w poniedziałek o godzinie 10.00.).

Jednocześnie stosownie to treści art. 137 ust. 6 ustawy Pzp: w przypadku, gdy zmiany treści SWZ są istotne dla sporządzenia oferty lub wymagają od wykonawców dodatkowego czasu na zapoznanie się ze zmianą SWZ i przygotowanie ofert, zamawiający przedłuża termin składania ofert o czas niezbędny na zapoznanie się ze zmianą SWZ i przygotowanie oferty". Wskazany przepis stanowi jedną z rękojmi zachowania w postępowaniu zasady uczciwej konkurencji, gwarantując wykonawcom czas na sporządzenie oferty (zarówno co do meritum, np. sposobu i ceny wykonania zamówienia, jak i w zakresie „technicznym” jej sporządzenia i zamieszczenia w systemie zakupowym, zgodnie z wymaganiami zamawiającego).

Zmiana, o której mowa w niniejszym zarzucie niewątpliwie jest istotna dla sporządzenia oferty (skoro dotyczy formularza ofertowego, bez którego złożenie oferty w postępowaniu nie było możliwe i pozycji podlegającej wycenie, która wpływała na cenę całkowitą oferty, podczas gdy jedynym kryterium oceny ofert w postępowaniu była cena o wadze 100%). Zdaniem Odwołującego Zamawiający ewidentnie nie zapewnił wykonawcom odpowiedniego czasu na analizę wprowadzonych zmian i dostosowanie do nich składanych ofert, pomimo, że ustawa Pzp przewiduje wprost taki obowiązek. Niewykluczone, że jacyś wykonawcy odstąpili od składania ofert z uwagi na późną modyfikację formularza ofertowego i wcześniejszą niespójność formularza z SWZ w tym zakresie, powodującą niepewność co do tego, czy poz. 73 jest, czy nie jest objęta zamówieniem lub z uwagi na brak możliwości ustalenia cen świadczenia usług dla późno dodanej poz. 73 (wycena wymaga często ustaleń z operatorami, wystąpienia do nich o oferty, dokonania wyceny usług, itp.). Co warte odnotowania proces wyceny w niniejszym postępowaniu obejmował szereg pozycji i wiązał się z ogromnym nakładem pracy i dopełnieniem szeregu formalności, uzyskaniem często ofert od innych podmiotów, itp.

Nawet, gdyby Wykonawcy mieli już gotową wycenę tej pozycji przedłużenie terminu składania ofert było konieczne choćby z powodów organizacyjno - technicznych - dotyczących wypełnienia i złożenia formularza. W warunkach postępowania było to możliwe jedynie od piątku, godz. 14.51 do poniedziałku godz. 10!. W przypadku dokonywania przez Zamawiającego istotnych dla sporządzenia oferty zmian treści SWZ, ustawa Pzp przewiduje bezwzględny obowiązek przedłużenia terminu składania ofert („zamawiający przedłuża termin składania ofert”). Zaniechanie tego przedłużenia stanowi oczywiście naruszenie ww. przepisu, skutkuje naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i stanowi wadę postępowania, w którym do takiego naruszenia doszło, zwłaszcza, gdy w wyniku działania Zamawiającego, przy uwzględnieniu standardowych godzin pracy (wolne soboty i niedziele) zmiana formularza ofertowego miała miejsce na kilka godzin (!) przed upływem terminu składania oferty (zaznaczyć przy tym należy, że wypełnienie formularza, zawierającego 73 pozycje, było czasochłonne). W przedmiotowej sprawie zachodzi ewidentny związek przyczynowo - skutkowy, wskazujący na co najmniej potencjalny wpływ błędu Zamawiającego, na ograniczenie dostępu do Zamówienia i w konsekwencji na wynik postępowania. W wyniku działań Zamawiającego postępowanie jest obarczone wadą,

niemożliwą do usunięcia, ponieważ została ona ujawniona już po upływie terminu składania ofert. Wada ma charakter kwalifikowany, gdyż rzutuje na ważność umowy, bowiem narusza zasadę uczciwej konkurencji, wedle której Wykonawcy muszą mieć zagwarantowany dodatkowy czas na zapoznanie się ze zmianami dokumentów zamówienia. Nie można wykluczyć, że opisana wada wpłynęła na krąg wykonawców zainteresowanych uzyskaniem zamówienia i de facto na to, z kim realnie zostanie zawarta umowa w wyniku rozstrzygnięcia niniejszego postępowania.

Zarzutu ewentualnego naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert Citimedia oraz Telnap jako ofert niezgodnych z warunkami zamówienia, co do których nie było podstaw do ich poprawienia w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp:

Odwołujący stawia niniejszy zarzut jako ewentualny, na wypadek nie uwzględnienia zarzutów wskazanych w pkt 2 i 3 powyżej, odnoszących się do zaniechania unieważnienia postępowania, bowiem w jego ocenie po stwierdzeniu, po terminie składania ofert, wadliwości opisanych w uzasadnieniu zarzutów wskazujących na konieczność jego unieważnienia Zamawiający winien, bez przystępowania do badania i oceny ofert, postępowanie unieważnić.

Przyjmując jednak z ostrożności stanowisko (z którym Odwołujący się nie zgadza), że brak jest podstaw do unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp w związku z art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp ewentualnie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp w związku z art. 58 kodeksu cywilnego lub w związku z art. 70 kodeksu cywilnego a także powołując się na argumentację przywołaną w uzasadnieniu zarzutu 1), zgodnie z którą Zamawiający nie miał podstaw do poprawienia żadnej z ofert, stwierdzić należy, że zarówno oferta Citimedia, jak i oferta Telnap są niezgodne z warunkami zamówienia z wynikającymi ze zmiany SWZ z dnia 17 sierpnia 2023 r. (pozycja 20 wersja Z). Wykonawcy Ci zaferowali w poz. 20 swoich ofert realizację zakresu zamówienia obejmujący „miesięczny abonament wynajmu włókien światłowodowych dla relacji: ul. Chałubińskiego 8 - ul. Nowogrodzka 43, Typ I nie zaś „miesięczny abonament wynajmu włókien światłowodowych dla relacji: ul. Chałubińskiego 8 - ul. Młynarska 43/45, Typ I". Powyższa niezgodność z warunkami zamówienia nie jest sporna, bo stwierdził ją sam Zamawiający w pismach z dnia 5 września 2023 roku (w sprawie poprawienia rzekomych „innych omyłek”). Skutkiem braku możliwości poprawienia tych omyłek musi być natomiast zastosowanie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez odrzucenie ofert Citimedia oraz Telnap jako niezgodnych z warunkami zamówienia.

zarzutu naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór oferty wykonawcy Citimedia jako najkorzystniejszej.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór oferty wykonawcy Citimedia jako najkorzystniejszej, Odwołujący wskazuje, że stanowi on konsekwencję opisanych wyżej niezgodnych z przepisami ustawy Pzp działań i zaniechań Zamawiającego.

Zamawiający w dniu 09.10.2023 r. (na platformie zakupowej: <https://zamowienia.um.warszawa.pl/pn/umw/demand/122500/notice/public/details>) wezwał wraz kopia odwołania, w trybie art. 524 NPzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 12.10.2023 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) Citimedia.pl Sp. z o. o. zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Izba uznała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego: Citimedia.pl Sp. z o. o. Zgłaszający przystąpienie do postępowania kwestionuje w całości zarzuty przedstawione przez Odwołującego, podnosząc jednocześnie brak interesu prawnego Odwołującego do złożenia odwołania. Zgłaszający przystąpienie oświadcza, że każdy z wykonawców biorących udział w postępowaniu, w tym również Odwołujący od dnia 17.08.2023 r. miał pełną wiedzę na temat zmiany formularza ofertowego w zakresie dokonanym przez Zamawiającego. Dowodem potwierdzającym powyższe jest wiadomość wysłana z systemu do Zgłaszającego przystąpienie, którą Odwołujący również otrzymał - co potwierdził na str. 8 odwołania. Zmiana, o której mowa w poprzednim zdaniu dotyczyła modyfikacji ulicy dla relacji opisanej w poz. nr 20 oraz dodania nowej relacji w poz. nr 73 tj. zakresu, który jest przedmiotem odwołania złożonego przez Odwołującego. Odwołujący jako profesjonalny przedsiębiorca biorący udział w postępowaniach, miał zatem ponad 14 dni na skontaktowanie się z Zamawiającym za pomocą środków opisanych w SWZ w module komunikacji cz. I postanowienia ogólne pkt 5 SWZ. Według przekazanych przez Odwołującego informacji wynika, iż dopiero, jak wskazuje na str. 9 odwołania, w dniu 01.09.2023 r. skontaktował się z przedstawicielem Zamawiającego wykorzystując do tego kanał telefoniczny. Zatem, dopuścił się naruszenia w tym zakresie, nie korzystając z systemu dostępnego pod adresem wskazanym w pkt 1. SWZ lub drogi mailowej na adres wskazany również w pkt 1. SWZ jako środków komunikacji między Zamawiającym a wykonawcami. Zgłaszający przystąpienie nie zgadza się argumentacja Odwołującego, jakoby Zamawiający dokonał zmiany formularza ofertowego dopiero w dniu 01.09.2023 r. Zmiana została dokonana w dniu 17 sierpnia 2023 r., zaś omyłka w formularzu ofertowym nosi znamiona innej omyłki w rozumieniu art. 223 ust 2 pkt 3 PZP. Podkreślił, iż Zamawiający dokonał prawidłowej modyfikacji Załącznika nr 3 do umowy, który był dostępny dla wszystkich zainteresowanych na platformie po poinformowaniu ich w dniu 17.08.2023 r. o dokonanej zmianie. Zgłaszający przystąpienie wskazuje nadto, iż prace związane z przygotowaniem oferty prowadził od dnia opublikowania postępowania tj. od 04.08.2023 r. i śledził wszelkie zmiany/korespondencję zamieszczaną na platformie . w

tym zmianę, o której dowiedział się w dniu 17.08.2023 r. Zgłaszający przystąpienie, składając ofertę w dniu 04.09.2023 r., pomimo błędnej nazwy ulicy w poz. nr 20 uwzględnił kalkulację kosztów, biorąc pod uwagę zmianę dokonaną przez Zamawiającego w dniu 17.08.2023 r. Zatem, nieprawdziwe jest stanowisko Odwołującego, jakoby inni uczestnicy w tym Zgłaszający przystąpienie miał jakiegokolwiek wątpliwości związane z wypełnieniem formularza ofertowego w poz. nr 20. Błędna nazwę ulicy w poz. nr 20 Zgłaszający przystąpienie potraktował jako omyłkę, która została przez Zamawiającego skorygowana po uzyskaniu zgody m.in. Zgłaszającego przystąpienie. Wskazał, iż w dniu 05.09.2023 r. Zamawiający wystosował do wszystkich oferentów pismo, w którym zawniaskował o wyrażenie zgody na poprawienie w ich ofercie innej omyłki. Jak wskazał odwołujący, zarówno Zgłaszający przystąpienie, jak również Telnap Telecom Sp. z o. o. w dniu 08.09.2023 r. taką zgodę wyraził, co potwierdza fakt, iż jasnym było, iż oferty tych podmiotów uwzględniały zmiany dokonane przez Zamawiającego w dniu 17.08.2023 r. Działania podejmowane przez Zamawiającego było prawidłowe, zaś poprawienie przez Zamawiającego omyłki w formularzu ofertowym w ocenie Zgłaszającego przystąpienie nie spowodowało istotnej zmiany w treści ofert. Dodatkowo w ocenie Zgłaszającego przystąpienie, odwołujący nie udowodnił jakoby miał interes prawny w złożeniu odwołania, ze względu na fakt, iż argumentacja została stworzona na potrzeby wyłącznie uzasadnienia interesu prawnego, niezbędnego w celu złożenia odwołania. Zgłaszający przystąpienie nie mając wiedzy o zgłoszonym odwołaniu, poczynił czynności mające na celu zabezpieczenie prawidłowego wykonania umowy, w związku z czym jego przystąpienie do postępowania odwoławczego jest jak najbardziej uzasadnione.

W dniu 18.10.2023 r. (e-mailem) Zamawiający wobec wniesienia odwołań do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 521 NPzp, odpowieź na odwołanie, w której oddalił odwołanie w całości. Kopia została przekazana Odwołującemu i Przystępującemu.

Z daleko posuniętej ostrożności Zamawiający zastrzegł, że nie podziela wyrażonej przez Odwołującego oceny, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Specyfikacja Warunków Zamówienia (zwana dalej: SWZ) opublikowana w postępowaniu stanowiła m.in.:
pkt 4.1 Oferta musi być sporządzona zgodnie z wymogami określonymi w niniejszej specyfikacji warunków zamówienia, zwanej dalej specyfikacją lub w skrócie SWZ

pkt 4.3 SKŁADAJĄC OFERTĘ w postępowaniu Wykonawca oświadcza, że AKCEPTUJE WARUNKI REALIZACJI ZAMÓWIENIA OKREŚLONE W NINIEJSZEJ SWZ oraz warunki płatności określone we wzorze umowy.

Powyższe przeczy twierdzeniom Odwołującego zawartym w uzasadnieniu zarzutu nr 1 (str. 17 odwołania), gdzie twierdzi on, że wykonawcy nie składali w ofertach „nawet ogólnego oświadczenia (...) o zapoznaniu się, akceptacji SWZ i zgodności oferty z SWZ”.

W świetle powyższego postanowienia SWZ sam fakt złożenia oferty w postępowaniu stanowił potwierdzenie przyjęcia przez Wykonawcę za wiążące go warunków zamówienia opisanych w dokumentach zamówienia.

pkt 5.3 Po założeniu konta Wykonawca ma możliwość złożenia oferty w postępowaniu. Zasady sporządzania oferty i jej zawartość zostały określone w części IV SWZ.

pkt 6.2 PRZEDMIOT ZAMÓWIENIA W ZAKRESIE SZCZEGÓŁOWYM OKREŚLONY ZOSTAŁ WE WZORZE UMOWY który stanowi załącznik nr 1 do SWZ.

pkt 11 Zamawiający nie dopuszcza składania ofert wariantowych.

pkt 14 Ofertę składa się w systemie dostępnym pod adresem wskazanym w pkt 1. SWZ, w terminie wskazanym w pkt 27 SWZ

pkt 14.1. a Ofertę składa się z wypełnionego, zdefiniowanego przez Zamawiającego w systemie, Formularza oferty - zakres danych wypełnianych przez Wykonawcę w systemie został określony w pkt 23 i 25 SWZ.

pkt 23.1 Cena ofertowa brutto dla każdej części zamówienia wynika z wypełnionego przez Wykonawcę Formularza oferty, który został zdefiniowany w systemie przez Zamawiającego. W Formularzu oferty Wykonawca podaje cenę jednostkową brutto miesięcznego wynagrodzenia z tytułu świadczenia usługi w danej relacji, z uwzględnieniem postanowień pkt 26 SWZ. System uniemożliwi Wykonawcy samodzielne dokonywanie zmian w Formularzu oferty. Ryzyko konieczności wykonania wszelkich prac towarzyszących, mogących pojawić się w trakcie realizacji zamówienia, ryzyko związane ze zmianami stawki podatku VAT, kursów walut, cel itp., obciąża Wykonawcę i należy uwzględnić je w ofercie. Łączna wartość brutto z Formularza oferty, jest wartością przyjętą do wyliczenia ceny zamówienia, służącą wyłącznie do porównania ofert oraz ustalenia czy wartość oferty nie przekracza kwoty, którą Zamawiający może przeznaczyć na realizację zamówienia. Rozliczenia za wykonane usługi będą dokonywane w oparciu o rzeczywiście wykonane prace oraz o ceny jednostkowe zaofertowane przez Wykonawcę w Formularzu oferty.

pkt 23.2 Oferowana cena winna obejmować wszystkie koszty i składniki wraz z narzutami, niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia w zakresie objętym specyfikacją i wzorem umowy. Zamawiający nie zapewnia zwolnienia Wykonawcy z żadnych podatków, opłat, cel, cen materiałów, transportu itp., których nie przewidziano w SWZ, ani nie będzie zwracał żadnych kar należnych z jakiegokolwiek tytułu, nie będzie też ponosił kosztów wynikających z cen materiałów, transportu, czynności, usług, świadczeń, ubezpieczeń itp., których nie przewidziano w dokumentacji przetargowej.

pkt 26.1 Kryterium „cena brutto” K1 - waga 100% - maksymalnie 100 pkt. (...) W ZDEFINIOWANYM W SYSTEMIE FORMULARZU OFERTY, WYKONAWCA PODAJE RYCZAŁTOWE CE JEDNOSTKOWE BRUTTO DLA POSZCZEGÓLNYCH RELACJI (dla danej Części), po których zobowiązuje się zrealizować całe zamówienie. Zamawiający wskazuje w poniższej tabeli szacunkowe ilości, które zostaną przyjęte do wyliczenia przez system całkowitej ceny brutto zamówienia [tu odpowiednie tabele dla części I oraz części II zamówienia].

W załączniku nr 1 do SWZ - Wzorzec umowy (zwanego dalej: Wzór Umowy) wpisano m. in:

§ 1 ust. 1 W ramach przedmiotu Umowy Wykonawca zobowiązuje się, na zasadach określonych w Umowie, do odpłatnego udostępnienia Zamawiającemu włókien światłowodowych w Relacjach, ich bieżącej konserwacji oraz zapewnienia ich poprawnego i nieprzerwanego działania na zasadach określonych w § 5 ust. 6 (dalej „Usługa”).

§ 1 ust. 2 USŁUGA ŚWIADCZONA BĘDZIE ZGODNIE Z OPISEM PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA (dalej „OPZ”) stanowiącą Załącznik nr 2 do Umowy oraz - W ZAKRESIE W JAKIM NIE BĘDZIE TO SPRZECZNE Z POSTANOWIENIAMI UMOWY w tym OPZ - zgodnie z ofertą Wykonawcy z dnia r., (dalej „Oferta”), stanowiącą Załącznik nr 1 do Umowy.

Tytułem dygresji, już w tym miejscu należy podkreślić, że całość twierdzeń zawartych w Odwołaniu skonstruowana jest z pominięciem przywołanego tu postanowienia Wzoru Umowy. Tymczasem TO JEDNO POSTANOWIENIE UMOWNE, nad którym Odwołujący konstruuje stawiane Zamawiającemu zarzuty przeszedł do porządku dziennego, ZDAJE SIĘ PODWAŻAĆ U PODSTAW SŁUSZNOŚĆ ZARZUTÓW I POZWALA KWESTIONOWA ZASADNOŚĆ WSZYSTKICH TWIERDZEŃ ODWOŁANIA.

SWZ WPROWADZA TU JEDNOZNACZNIE ZAPISANĄ NORMĘ KOLIZYJNĄ sformułowaną na wypadek ewentualnej sprzeczności między postanowieniami Umowy a brzmieniem oferty złożonej przez Wykonawcę. W § 1 ust. 2 Wzoru Umowy wpisany został sposób jednoznaczny i niepodważalny prymat postanowień Umowy nad brzmieniem Oferty Wykonawcy.

Podkreślił dodatkowo, że mowa tu o faktycznych, a NIE JEDYNNIE POZORNÝCH, niezgodnościach między treścią powołanych dwóch dokumentów, o jakich de facto pisze Odwołujący.

§ 1 ust. 3.4 RELACJA - miejsce świadczenia Usługi pomiędzy określonymi lokalizacjami, które ma łączyć Usługa, ZGODNIE Z ZAŁĄCZNIKIEM NR 3 DO UMOWY. [tam odpowiednio: Lista relacji świadczenia Usługi dla Części I oraz dla Części II].

§ 5 ust. 3.1 zmiana Relacji dokonana zgodnie z ust. 1 jest bezpłatna, tj. nie może powodować obowiązku zapłaty Wykonawcy jakiegokolwiek dodatkowego wynagrodzenia lub zwrotu kosztów, a Usługa w nowej Relacji będzie świadczona zgodnie z wynagrodzeniem, które przypadło na świadczenie Usługi w Relacji, której dotyczy zmiana.

§ 5 ust. 4 Zmiana lokalizacji (zmiana Relacji), rezygnacja przez Zamawiającego z Relacji lub Usługi (w tym w drodze wypowiedzenia Umowy), jak również odstąpienie przez Zamawiającego od Umowy w zakresie Usługi w danej Relacji dokonane zgodnie z postanowieniami Umowy nie będą powodować powstania po stronie Wykonawcy żadnych roszczeń finansowych, w szczególności dotyczących zwrotu kosztów poniesionych w związku z zawarciem Umowy.

§ 5 ust. 6 Wykonawca gwarantuje rozpoczęcie świadczenia Usług w danych Relacjach każdorazowo w Dniu Uruchomienia Usługi obowiązującym dla danej Relacji zgodnie z postanowieniami Umowy. W przypadku nieterminowego rozpoczęcia świadczenia Usług, Zamawiającemu przysługuje prawo do odstąpienia od Umowy w zakresie Relacji, której dotyczy opóźnienie, lub żądania kar umownych lub odszkodowania. Powyższe oznaczaw szczególności, iż Wykonawca podejmie na własny koszt i ryzyko wszelkie czynności niezbędne do zapewnienia terminowego uruchomienia Usług.

§ 7 ust. 2 Wynagrodzenie za poszczególne okresy rozliczeniowe będzie płatne w postaci Abonamentu. Na kwotę miesięcznego Abonamentu składają się zsumowane KWOTY MIESIĘCZNYCH WYNAGRODZEŃ z tytułu świadczenia Usługi w danej Relacji (zwanymi również dalej każde z osobna „Opłatą za Relację”), WSKAZANE W OFERCIE.

17.08.2023 R. ZAMAWIAJĄCY ZMIENIŁ TREŚĆ SWZ - zmianie uległa treść:

pkt 26.1 w zakresie tabel opisujących przyjęte do wyliczenia przez system całkowitej ceny brutto zamówienia - dla Części II zmianie uległa poz. 20 i dodana została poz. 73

Lp.	Usługa	Ilość
-----	--------	-------

20	miesięczny abonament wynajmu włókien światłowodowych dla relacji: ul. Chałubińskiego 8 - ul. Młynarska 43/45, Typ I	36 miesięcy
----	---	-------------

73	miesięczny abonament wynajmu włókien światłowodowych dla relacji: ul. Flisa 6 - ul. Sandomierska 12, TYP I36	miesiący
----	--	----------

załącznik nr 3 do Wzoru Umowy "Lista relacji światłowodowych" - w zakresie tabeli dla Części II zmianie uległa poz. 20 i dodana została poz. 73

Wtedy też Zamawiający zakomunikował również Wykonawcom odpowiednią zmianę formularza ofertowego.

28.08.2023 r. Zamawiający udzielił wyjaśnień treści SWZ

01.09.2023 r. Zamawiający zaktualizował treść formularza cenowego dla Części II w celu uzyskania jego

zgodności z brzmieniem SWZ ustalonym zmianą opisaną w piśmie z 17.08.2023 r., tj. w zakresie elementu opisu poz. 20 (wskazanie na typ łącząca) oraz dodano pozycję 73, co technicznie umożliwiło Wykonawcom poinformowanie Zamawiającego o dokonanej przez nich na podstawie i w zgodzie z SWZ wycenie Relacji opisanej w SWZ w pozycji 73.

W terminie wskazanym w SWZ trzech Wykonawców (Odwołujący, Przystępujący Telnap) złożyło Zamawiającemu swoje oferty na Część II Zamówienia. Każda z ofert została złożona z wykorzystaniem formularza cenowego zawierającego opis poszczególnych pozycji zaktualizowanej 01.09.2023 r.

Co warte szczególnego podkreślenia, OFERTA ODWOŁUJĄCEGO ZOSTAŁA ZŁOŻONA JESZCZE 01.09.2023 R. O GODZ. 15:29, a tym samym już 38 minut po tym, gdy zgodnie z twierdzeniami samego Odwołującego został mu udostępniony zaktualizowany Formularz cenowy.

05.09.2023 r. Zamawiający wezwał każdego z trzech Wykonawców do wyrażenia zgody na poprawienie omyłki w zakresie opisu poz. 20 (wskazanie na jedną z dwóch ulic granicznych wskazanych w opisie) oraz wyjaśnienie treści ofert, z prośbą o potwierdzenie, czy w cenie oferty zostały uwzględnione koszty skorzystania z infrastruktury, do której odnosiły się wyjaśnienia treści SWZ z 28.08.2023 r.

08.09.2023 r. Przystępujący oraz Telnap oświadczyli, że wyrażają zgodę na poprawienie omyłki oraz wyjaśnili, że uwzględnili koszty skorzystania z infrastruktury, o które pytał Zamawiający.

W tym samym dniu Odwołujący doręczył Zamawiającemu pismo datowane na 07.09.2023 r., w którym wyjaśnił, że uwzględnił koszty skorzystania z infrastruktury, o które pytał Zamawiający. Jednocześnie nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, do czego został wezwany, oświadczając przy tym, że wycenił on i zaoferował realizację Relacji opisanej w pozycji 20 w brzmieniu sprzed zmiany postanowień SWZ z 17.08.2023 r. (w zakresie wskazania na jedną z dwóch ulic granicznych wskazanych w opisie).

26 września 2023 r. Zamawiający przekazał Wykonawcom w ramach Części II Zamówienia zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego.

UNIEWAŻNIENIE POSTĘPOWANIA - ZARZUTY NR 2 i ZARZUT NR 3

Odwołujący w zarzucie nr 2 oraz w zarzucie nr 3 odnosi się do treści SWZ ustalonej ostatecznie zmianą z 17.08.2023 r. i zestawia ją z kształtem formularza ofertowego udostępnionego w Systemie, a zaktualizowanego 01.09.2023 w celu ujednoczenia jego kształtu z treścią SWZ ustaloną 17.08.2023 r. Dodatkowo w zarzucie nr 3 suponuje konieczność przedłużenia terminu składania ofert. W obu zarzutach zawarte jest twierdzenie, jakoby Zamawiający zaniechał unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia. Zamawiający nie zgadza się z tymi twierdzeniami, co do ich istoty - w ocenie Zamawiającego postępowanie nie jest obciążone wadą rodzącą po jego stronie obowiązek unieważnienia postępowania. Nie można jednakże w tym miejscu nie odnieść się do strony formalnej obu zarzutów.

ZARZUTY PO TERMINIE

W ocenie Zamawiającego tak zarzut nr 2, jak i zarzut nr 3, zostały podniesione po upływie terminu określonego w ustawie. Istota obu zarzutów sprowadza się do twierdzenia o zaniechaniu przez Zamawiającego unieważnienia postępowania.

Jak słusznie zauważają to autorzy Komentarza UZP / Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Wydział II. pod redakcją H. Nowaka i M. Winiarza, Urząd Zamówień Publicznych w odniesieniu do zaniechań przez Zamawiającego czynności w postępowaniu, jeżeli Zamawiający był zobowiązany do dokonania tych czynności, zastosowanie powinien znaleźć przepis art. 515 ust. 3 Pzp. Tym samym termin na wniesienie odwołania opartego o zarzut nr 2 i zarzut nr 3, uwzględniając okoliczność, że postępowanie dotyczy zamówienia, którego wartość przekracza progi unijne, powinien wynosić 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. Oba zarzuty oparte są na przekonaniu, że opisywana w nich wada postępowania jest nieodwracalna z uwagi na upływ terminu składania ofert, a tym samym brak formalnej możliwości zmiany postanowień SWZ.

Tak jak wskazano to na stronie 10. Odwołania, termin składania ofert upłynął 04.09.2023 r. o godz. 10:00.

W świetle twierdzeń samego Odwołującego (str. 9 Odwołania) o fakcie zaktualizowania formularza cenowego w celu ujednoczenia jego kształtu z treścią SWZ ustaloną 17.08.2023 r. Odwołujący dowiedział się 01.09.2023 r. o godz. 14:51. Pewność co do tego, że SWZ nie może zostać już zmieniona Odwołujący musiał powziąć wraz z upływem terminu składania ofert /art. 137 ust. 1 Pzp/. Od tego też dnia, w świetle przepisu art. 515 ust. 3 Pzp, liczyć należy termin na zaniechanie przez Zamawiającego czynności, których dokonania oczekuje Odwołujący podnosząc zarzut nr 2 oraz zarzut nr 3. Jakikolwiek podjęte później czynności Zamawiającego nie mogłyby mieć już żadnego wpływu na ukształtowanie podstawy faktycznej postawionych w odwołaniu zarzutów zaniechania unieważnienia postępowania.

Tym samym termin na podniesienie obu zarzutów upłynął bezpowrotnie 14.09.2023 r.

Podkreślił, że nie do obrony wydaje się stanowisko, zgodnie z którym Odwołujący mógłby twierdzić, że dochował terminu na wniesienie obu zarzutów. Analogiczną argumentację, jak zaprezentowana w uzasadnieniu Odwołania sformułował on bowiem już w wyjaśnieniach złożonych Zamawiającemu 08.09.2023 r. Stąd nawet, gdyby liczyć termin na wniesienie odwołania w tym zakresie od przekazania (06.09.2023 r.) Odwołującemu wezwania do złożenia wyjaśnień (co w ocenie Zamawiającego nie byłoby właściwe), to termin ten i tak nie zostałby w przypadku rozpoznawanego obecnie Odwołania dochowany (upłynąłby on bowiem wówczas 18.09.2023 r.).

Za autorami Komentarza UZP należy powtórzyć, że: „Termin do wniesienia odwołania jest terminem zawitym i nie podlega przywróceniu, nie podlega również modyfikacjom (np. nie może być wydłużony na wniosek wykonawcy)” /Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Wydanie II. pod redakcją H. Nowaka i M. Winiarza, Urząd Zamówień Publicznych, <https://ekomentarzpzp.uzp.gov.pl/prawo-zamowien-publicznych/art-528/>.

Mając powyższe na uwadze, Zamawiający wnosił o odrzucenie odwołania w zakresie obu zarzutów, jako wniesionych po upływie terminu określonego w ustawie.

EWENTUALNE ODDALENIE ZARZUTU NR 2 i ZARZUTU NR 3

Kierując się daleko posuniętą ostrożnością, w przypadku gdyby Izba ewentualnie uznała, że odwołanie w zakresie któregośkolwiek z dwóch przywołanych tu zarzutów nie powinno zostać odrzucone, Zamawiający wnoszą o oddalenie w tym zakresie odwołania.

W przekonaniu Zamawiającego W POSTĘPOWANIU NIE ZACHODZIŁA RZECZYWISTA, MAJĄCA WPŁYW NA UKSZTAŁTOWANIE TREŚCI OFERT SKŁADANYCH W POSTĘPOWANIU NIESPÓJNOŚĆ POSTANOWIEŃ SWZ

Jak wynika to z przytoczonych powyżej postanowień SWZ oferta złożona w postępowaniu musiała być sporządzona zgodnie z wymogami SWZ (pkt 4.1 SWZ). Zasady sporządzania oferty zostały określone w IV części SWZ (pkt 5.3 SWZ), a Wykonawca, składając ofertę w postępowaniu, akceptował warunki realizacji zamówienia określone w SWZ (pkt 4.3 SWZ).

W części IV SWZ postanowiono, że ofertę składa się w Systemie udostępnionym Wykonawcom (pkt 14 SWZ), a na sam dokument oferty składać się miał wypełniony, zdefiniowany przez Zamawiającego w Systemie, Formularz oferty - zakres danych wypełnianych przez Wykonawcę w systemie został określony w pkt 23 i 25 SWZ (pkt 14.1 SWZ).

W pkt 23.1 SWZ de facto wyraźnie wskazano, że JEDYNYM ELEMENTEM OFERTY KREOWANYM SAMODZIELNIE PRZEZ WYKONAWCĘ BYŁY POSZCZEGÓLNE JEDNOSTKOWE CENY BRUTTO miesięczne wynagrodzenia z tytułu świadczenia usługi w danej Relacji, ustalone w Formularzu oferty Z UWZGLĘDNIENIEM POSTANOWIEŃ PKT 26 SWZ. Podkreślono tam jednoznacznie, że System uniemożliwi Wykonawcy samodzielne dokonywanie zmian w formularzu oferty.

Jednocześnie, niejako równolegle, SWZ przesądzała, że przedmiot zamówienia w zakresie szczegółowym określony został we wzorze umowy (pkt 6.2 SWZ), a Zamawiający nie dopuszcza ofert wariantowych (pkt 11 SWZ). Zgodnie z § 1 ust. 1 Wzoru umowy w ramach przedmiotu Umowy Wykonawca zobowiązywał się, na zasadach określonych w Umowie, do odpłatnego udostępnienia Zamawiającemu włókien światłowodowych w Relacjach opisanych w załączniku nr 3 do Umowy (por. def. Relacji zawarta w § 1 ust. 3.4 Wzoru umowy). Usługa świadczona ma być zgodnie z OPZ (Załącznikiem nr 2 do Umowy) oraz - W ZAKRESIE W JAKIM NIE BĘDZIE TO SPRZECZNE Z POSTANOWIENIAMI UMOWY, w tym OPZ - zgodnie z ofertą Wykonawcy.

Zestawiając powyższe postanowienia SWZ razem, oczywistym wydaje się, że kształt świadczenia, którego realizacją podejmował się Wykonawca składając ofertę w postępowaniu, określony został w sposób jednoznaczny w SWZ, a w szczególności we Wzorze umowy, a jedynym istotnym dla realizacji przedmiotu zamówienia elementem oferty pozostawionym do wykreowania Wykonawcy, była wartość jednostkowych cen brutto. Wzór umowy przesądzał przy tym, że przedmiot zamówienia ma być świadczony w sposób opisany postanowieniami Umowy i OPZ. Te dokumenty, tak jak cała SWZ, otrzymały swój ostateczny kształt 17.08.2023 r., czego nie kwestionuje w żaden sposób Odwołujący. Tym samym wszyscy Wykonawcy zainteresowani postępowaniem już 17.08.2023 r. posiadali pełnię wiedzy co do ostatecznego brzmienia wszystkich dokumentów opisujących pełen zakres przedmiotu zamówienia. Do ich decyzji pozostawione zostało jedynie to, jakich cen jednostkowych brutto będą oni oczekiwali w zamian za realizację 73 Relacji opisanych w dokumentach zamówienia właściwych dla Części II Zamówienia.

Nie sposób w świetle powyższego uznać, jak stara się to wywodzić Odwołujący na str. 25 Odwołania, że Wykonawcy mogli nie mieć pewności co do tego, czy są zobowiązani do realizacji wszystkich 73 Relacji opisanych w SWZ SWZ (w szczególności § 1 ust. 2 Wzoru Umowy) w brzmieniu z 17 sierpnia 2023 r. jednoznacznie to przesądzała.

Podkreślenia w tym miejscu wymaga raz jeszcze, że zaktualizowanie 01.09.2023 r. udostępnionego w Systemie Formularza oferty z ustaloną wcześniej treścią SWZ sprowadzało się w sferze faktów jedynie do stworzenia Wykonawcom możliwości wpisania do składanego w Postępowaniu Formularza oferty ceny za Relację opisaną w poz. 73. Obowiązek realizacji i wyceny tej Relacji powinien być dla wszystkich zainteresowanych Postępowaniem Wykonawców oczywisty już po zapoznaniu się ze zmianą SWZ z 17.08.2023 r. 01.09.2023 Zamawiający nie zmienił numeracji lub kolejności 72 Relacji opisanych w dotychczas (od czasu opublikowania ogłoszenia o zamówieniu) udostępnionym Formularzu oferty. Nadto, co istotne, już 17.08.2023 r. Zamawiający zakomunikował Wykonawcom, że Formularz ofertowy zostanie zaktualizowany w sposób opisany zmianą SWZ wówczas dokonaną.

W ocenie Zamawiającego udostępniony w Systemie Formularz oferty nie kształtował treści SWZ, a jego jedynym i wyłącznym celem było umożliwienie podania Zamawiającemu informacji jakiego wynagrodzenia oczekuje Wykonawca oferując realizację Usługi w każdej z 73 Relacji opisanych w pkt 26 SWZ oraz załączniku nr 3 do Formularza umowy.

Przyjęte przez Odwołującego założenie prymatu opisu pozycji w zdefiniowanym w Systemie Formularzu ofertowym (co ważne zgodnym z SWZ co do liczby Relacji) nad opublikowaną w sposób prawidłowy (nikt tego nie

kwestionował w toku postępowania) treścią zmiany SWZ, w tym również OPZ, nie znajduje oparcia, nie tylko w postanowieniach SWZ, ale również w przepisach ustawy Pzp.

Co ważne w rozpoznawanym kontekście, ustawa Pzp nie przesądza wyraźnie tego w jakim terminie Zamawiający zobowiązany jest dostosować treść formularza ofertowego do obowiązującej treści SWZ. Nadto spośród wszystkich dokumentów zamówienia ustawa Pzp zdecydowanie najważniejszą rolę przypisuje SWZ (art. 7 pkt 3, art. 133-137), stąd niejako domyślnie można zakładać domniemanie, że to postanowienia SWZ uznać należy za rozstrzygające w przypadku wątpliwości.

Uwzględniając przytoczone wyżej brzmienie SWZ, w szczególności § 1 ust. 2 Wzoru umowy, przyjęć należało w ocenie Zamawiającego, że opis poszczególnych pozycji zawarty w Formularzu oferty miał jedynie charakter pomocniczy dla Wykonawców, albowiem zgodnie z SWZ wyceniając każdą z kolejnych 73 Relacji musieli oni uwzględniać całokształt SWZ, a w szczególności szczegółowe postanowienia Wzoru umowy i OPZ.

OKOLICZNOŚCI TOWARZYSZĄCE ZŁOŻENIU OFERTY PRZEZ ODWOŁUJĄCEGO

Jak wynika z wyводу Odwołującego (Opis stanu faktycznego w Odwołaniu, str. 8.i 9.), do 01.09.2023 r. do co najmniej godziny 14:00, również dla Odwołującego musiało być oczywiste, że obowiązkiem Wykonawcy jest świadczenie usług w 73 Relacjach opisanych SWZ z 17 sierpnia 2023 r. - dopiero bowiem wtedy dla Odwołującego „okazało się, że poz. 20 jest niezmieniona, a poz. 73 jest niedodana”.

Gdy niecałą godzinę później Zamawiający udostępnił Wykonawcom zaktualizowany Formularz oferty który umożliwiał podanie cen dla wszystkich 73 Relacji określonych i wymaganych w SWZ, Odwołujący dopiero wówczas powziął wątpliwości (wbrew literalnemu brzmieniu SWZ), co do zakresu zobowiązania, które wynikać powinno ze składanej przez niego oferty. Nie dostrzegł przy tym jednoznacznie przesądzających to, a przytoczonych powyżej, postanowień SWZ, które opisywały stanowczo jakie dokładnie Relacje powinni wycenić Wykonawcy składając oferty w postępowaniu.

Jak Odwołujący przyznał to wprost tak w wyjaśnieniach złożonych Zamawiającemu 08.09.2023 r., jak i potem w samym odwołaniu, JEGO INTENCJĄ I ZAMIAREM BYŁA WYCENA I ZAOFEROWANIE CENY JEDNOSTKOWI BRUTTO ZA INNĄ RELACJĘ, NIŻ JEDNOZNACZNIE OPISANA W SWZ.

W kontekście całokształtu okoliczności faktycznych można jednak powziąć wątpliwości, czy stanowisko to nie jest jednak jedynie następstwem faktu, że zaoferowana przez Odwołującego cena nie okazała się w postępowaniu najkorzystniejsza.

Źródłem takich wątpliwości może być wynik konfrontacji twierdzeń zawartych - w Odwołaniu z sekwencją zdarzeń mających miejsce w postępowaniu oraz temu postępowaniu towarzyszących.

Z jednej strony Odwołujący kreśli wizję spiętrzonych trudności przy ustaleniu rzeczywistych ilości i zakresu Relacji, powołuje się na posiadanie odpowiedniej infrastruktury wymaganej dla Relacji z poz. 20 znanej mu z dokładnego opisu co najmniej od 17 sierpnia 2023 r. oraz na brak takiej infrastruktury dla Relacji takiej, jaką wywiódł z treści opisu poz. 20 Formularza oferty zaktualizowanego 1 września 2023 r. Opisuje na str. 12 i n. skalę trudności i szereg czynności (oszacowanie kosztów projektu linii, budowy sieci, spawania, dokumentacji powykonawczej i asysty Orange), które musiał podjąć, aby rzetelnie wycenić Relację opisaną w Formularzu oferty.

Z drugiej strony wprost przyznaje, że zaktualizowana treść Formularza oferty (co ważne - źródło wszystkich jego wątpliwości) została mu udostępniona 1 września 2023 r. o godz. 14:51, tymczasem ofertę złożył Zamawiającemu już 38 minut później, co znajduje potwierdzenie w trzecim wersie oferty Odwołującego: „Data złożenia oferty: 01.09.2023 15:29”.

Wysnuć z tego można wniosek, że Odwołujący w trakcie powołanych 38 minut:

- ustalił, że Zamawiający „zmienił” Relację w poz. nr 20,
- ustalił że zakres przedmiotowy pozycji 20A i pozycji 20Z (rozróżnienie Relacji opisanew Odwołaniu) zasadniczo się różni,
- ustalił, że odmiennie niż w przypadku Relacji 20Z realizacja Relacji 20A nie posiada on dostępnych wolnych włókien w swojej infrastrukturze,
- ustalił, że realizacja Relacji 20A wymaga: „inwestycji obejmującej budowę dedykowanej linii kablowej pomiędzy budynkami lokalizacji ul. Chałubińskiego 8 - ul. Nowogrodzka 43:
 - o projekt linii kablowej (Projekt Wykonawczy) - dokument opisujący przebieg trasy, parametry techniczne kabla, planowane do użycia złącza, inne uwarunkowania związane z infrastrukturą, przedkładany do Orange Polska jako dokument techniczny stanowiący podstawę do zawarcia umowy dzierżawy kanalizacji, wymagany przy każdej budowie lub modernizacji okablowania w kanalizacji Orange Polska,
 - o budowę sieci - wszelkie prace budowlane związane z zaciągiem kabla światłowodowego wraz z instalacją pozostałej infrastruktury światłowodowej (tj. złącza, zapas kablowy), usunięciem ewentualnych niedrożności w kanalizacji dzierżawionej od Orange Polska na trasie przebiegu danej relacji,
 - o spawanie - łączenie poszczególnych odcinków kabla światłowodowego na trasie danej relacji, może być wiele takich połączeń,
 - o dokumentacja (Dokumentacja Powykonawcza) - dokumentacja powykonawcza stanowiąca formalne potwierdzenie obecności okablowania Supermedia w kanalizacji na określonym odcinku, przekazywana do Orange Polska po

zakończeniu prac budowlanych

o asysty Orange Polska - płatny nadzór nad realizacją budowy sieci (asysty) oraz prace odbiorowe wykonywane przez pracowników Orange Polska".

•wycenił wartość ww. inwestycji w relacji 20A - jednocześnie Odwołujący w treści odwołania (str.25) wskazywał, że „wycena wymaga często ustaleń z operatorami, wystąpienia do nich o oferty, dokonania wyceny usług itp.", podkreślając, że „proces wyceny w postępowaniu obejmował szereg pozycji i wiązał się z ogromnym nakładem pracy i dopełnieniem szeregu formalności uzyskaniem często ofert od innych podmiotów, itp.". W kontekście tak sformułowanych twierdzeń należałoby założyć, że tak szeroki zakres inwestycji, jak ten opisany przez Odwołującego w Relacji 20A wymagać musiał przeprowadzenia ustaleń i pozyskania ofert od operatorów.

•dokonał wyceny realizacji przedmiotu zamówienia uwzględniając wartość ww. inwestycji,

•zaktualizował ceny jednostkowe 73 pozycji (!),

•podpisał i złożył ofertę.

Dokonawszy tego wszystkiego w tak krótkim czasie, Odwołujący miał nie dostrzegać przy tym faktu, że w treści SWZ po 17.08.2023 r. nie wprowadzono żadnych zmian. Jednocześnie twierdził, że „Zamawiający ewidentnie nie zapewnił Wykonawcom odpowiedniego czasu na analizę wprowadzonych zmian i dostosowanie do nich składanych ofert".

W kontekście kreślonych przez Odwołującego spiętrzonych przed nim trudności w wycenie Relacji określonych w Odwołaniu jako 20A i 20Z nie sposób nie zauważyć, że na podstawie obecnie obowiązującej umowy nr UMIA/CSD/B/X/2/2/3/40/20-23 z 23 kwietnia 2023 r. Odwołujący realizuje dla Zamawiającego wynajem włókien m.in. w dwóch Relacjach:

1.Nowogrodzka 43/45 - Chałubińskiego 8 -1J w cenie 479,70 zł brutto/miesiąc;

2.Młynarska 43/45 - Chałubińskiego 8 - 1J w cenie 479,70 zł brutto/miesiąc;

Co ciekawe i istotne w kontekście argumentacji podnoszonej w odwołaniu, w przypadku wszystkich Relacji objętych tą umową Odwołujący, niezależnie od odległości koniecznej do obsłużenia w ich ramach, zaoferował tę samą cenę jednostkową: 479,70 zł brutto.

Co dodatkowo istotne w kontekście potrzeby wyceny oferty składanej w bieżącym Postępowaniu, Odwołujący w lokalizacji: Chałubińskiego 8 na podstawie powołanej Umowy świadczy obecnie usługi z uwzględnieniem kosztów operatora budynkowego. W aktualnym OPZ jest to również wymagane i znalazło to potwierdzenie w wyjaśnieniach z 28.08.2023 r.

W ofercie złożonej w postępowaniu, Odwołujący wycenił wszystkie Relacje na tę samą kwotę: 364,08 zł brutto na miesiąc. Można przypuszczać, że prawdopodobnie przy najnowszej wycenie wziął pod uwagę już realizowane usługi, w tym również w przywołanych powyżej dwóch Relacjach odpowiadających obu Relacjom określonych w odwołaniu jako 20A i 20Z.

Okoliczność ta pozwala także przyjąć, że Odwołujący może nie mieć potrzeby poniesienia żadnych nakładów w celu uzyskania możliwości świadczenia usługi w obu powołanych Relacjach.

Wyjaśnił, że Zamawiający dopuszcza uruchomienie nowej usługi na obecnie dostarczanej infrastrukturze wykorzystywanej w ramach dotychczas realizowanej przez Wykonawcę Umowy.

Odnosząc się wprost do twierdzeń Odwołującego, podnieść należy, że Odwołujący nie przedstawił żadnych kalkulacji mających udowodnić, że rozróżnienie kosztów realizacji Relacji 20A i 20Z znacząco wpływało na wycenę złożonej przez niego oferty. Nie sposób w tym kontekście nie zauważyć, że ze stanowiska Odwołującego można wywieść, że gdyby zakładał on wycenę Relacji 20Z (ul. Chałubińskiego 8 - ul. Młynarska 43/45, Typ I), która jest znacznie dłuższa od rzekomo przyjętej relacji 20A, to cena oferty mogłaby być niższa. Podkreślić przy tym należy, że Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów na okoliczność, że miałby dzięki temu szansę na uzyskanie zamówienia (różnica pomiędzy ceną oferty Odwołującego, a ceną oferty najkorzystniejszej wynosiła 112 825,44 zł).

Na marginesie jedynie twierdzeń o konieczności szczegółowej kalkulacji ceny odpowiedniej dla każdej z Relacji, dostrzec jeszcze należy, że SWZ przewidywała nieodpłatny tryb zmian Relacji (§ 5 Wzoru umowy), co zobowiązywało Wykonawców do skalkulowania cen jednostkowych już na etapie składania oferty w niejakim oderwaniu od rzeczywistych kosztów realizacji Relacji opisanych w SWZ. Ceny podane w ofercie musiały uwzględniać również ewentualne, oszacowane na podstawie danych udostępnionych w SWZ, koszty realizacji innych, nieokreślonych w SWZ, Relacjach. W tym kontekście dostrzec można, że z argumentacji Odwołującego zdaje się wynikać, że nie dostrzega tego specyficznego obowiązku nałożonego na Wykonawców postanowieniami SWZ, w szczególności Wzoru umowy.

Uwzględniając powyższą argumentację, Zamawiający stoi na stanowisku, że podnoszona przez Odwołującego niespójność między treścią SWZ z 17.08.2023 r. a Formularzem oferty udostępnionym w Systemie była jedynie pozorna i nie mogła oddziaływać na ocenę treści zobowiązania Wykonawców składających oferty w postępowaniu, co czyni zarzut nr 2 bezzasadnym.

Jednocześnie Zamawiający uważa, że nie ciążył na nim obowiązek przedłużenia terminu składania ofert. Jak pokazuje przykład Odwołującego (dostosowanie oferty do nowych, przyjętych przez niego założeń, odmiennych niż wynikające z obowiązujących Wykonawców postanowień SWZ i jej złożenie zajęło mu nie więcej niż 38 minut), a także

fakt złożenia w Części II dwóch kolejnych ofert, Wykonawcy biorący udział w postępowaniu nie potrzebowali dodatkowego czasu na przygotowanie oferty. Podkreślił, że ustalenie obowiązującej Wykonawców treści SWZ dokonano się na podstawie zmiany z 17.08.2023 r. Również wtedy została zakomunikowana Wykonawcom zmiana treści Formularza oferty - późniejsze zaktualizowanie jego treści było faktycznie wykonaniem wcześniej przekazanego Wykonawcom komunikatu. Tym samym zarzut nr 3 również ocenić należy za nie znajdujący podstaw w okolicznościach faktycznych i prawnych towarzyszących postępowaniu.

W świetle powyższego, w ocenie Zamawiającego, brak jest podstaw, aby uznać, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

NIEZGODNE Z USTAWĄ POPRAWIENIE TREŚCI OFERT - ZARZUT NR 1

NIEZGODNOŚĆ Z WARUNKAMI ZAMÓWIENIA OFERT PRZYSTĘPUJĄCEGO ORAZ TELNAP - ZARZUT NR 4

Tak jak to już wskazano powyżej, Zamawiający stoi na stanowisku, że podnoszona przez Odwołującego niespójność między treścią SWZ z 17.08.2023 r. a Formularzem oferty udostępnionym w Systemie była jedynie pozorna i nie mogła oddziaływać na ocenę treści zobowiązania Wykonawców składających oferty w postępowaniu.

W tym świetle dokonana przez Zamawiającego czynność poprawienia omyłki w treści każdej z trzech złożonych mu ofert dokonana została z daleko posuniętej ostrożności, a jej doniosłość pozostaje indyferentna dla oceny działań Zamawiającego z perspektywy ich zgodności z przepisami ustawy. Brak tu zdecydowanie jakichkolwiek podstaw do uznania czynności Zamawiającego za działania, które mogłyby zostać ocenione jako naruszenie przepisów ustawy Pzp, które mogłyby mieć istotny wpływ na wynik postępowania.

W świetle przytoczonych powyżej argumentów czynność poprawienia omyłki jawi się jako dokonana przez Zamawiającego nadmiarowo. Rzeczywista treść ofert, taka, która kształtowała zakres zobowiązania Wykonawców, a jednocześnie taka, na której kształt Wykonawcy ci mieli wpływ, nie pozostawała w niezgodności z dokumentami zamówienia. Pełen zakres świadczenia, w tym dokładny opis każdej z Relacji zawarty był w SWZ (np. pkt 26), a w szczególności we Wzorce umowy oraz załącznikach do niej: OPZ oraz Liście Relacji. Przesądzał o tym jednoznacznie §1 ust. 2 Wzoru umowy. Formularz oferty służył jedynie zaprezentowaniu Zamawiającemu dokonanej przez Wykonawców wyceny kosztów realizacji Usługi w każdej z 73 Relacji opisanych szczegółowo w SWZ. Opisy pozycji zawartów Formularzu ofertowym nie kształtowały zakresu zobowiązania, a były udostępnione Wykonawcom jedynie pomocniczo. Tak oceniając relację rzeczywistej treści ofert do treści dokumentów zamówienia nie sposób uznać, że treść ofert Odwołującego i Telnap jest niezgodna z warunkami zamówienia. Tym samym zarzut nr 1 i zarzut nr 4 można byłoby uznać za niezasadne i odwołanie w ich zakresie oddalić.

WNIOSEK EWENTUALNY NR 1

Z ostrożności Zamawiający wskazał, że podjęte przez niego działania mogłyby zostać ewentualnie ocenione jako faktyczne (aczkolwiek niewłaściwie literalnie sformułowane) wezwanie do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, które to wyjaśnienia służyć by miały rozwianiu (nieuzasadnionych de facto, o czym świadczyć powinna jednoznaczna, a przywołana powyżej wielokrotnie treść SWZ) wątpliwości Zamawiającego, czy każdy z Wykonawców objął swoją ofertą świadczenie Usługi w Relacji 20 w zakresie ustalonym brzmieniem SWZ z 17.08.2023 r. W takim ujęciu oświadczenie o wyrażeniu zgody złożone przez dwóch Wykonawców winno być ocenione jako złożenie oświadczeń potwierdzających odpowiednią konstrukcję treści złożonej oferty.

Nadmienił, że wyjaśnienia tej natury Wykonawcy w postępowaniu również składali - dotyczyły one faktu uwzględnienia kosztów skorzystania z infrastruktury, do której odnosiły się wyjaśnienia treści SWZ z 28.08.2023 r. To wezwanie nie było przez żadnego z trzech Wykonawców kwestionowane i każdy z nich jednoznacznie odpowiedział na zadane mu pytanie.

W takim przypadku omyłkowe przeprowadzenie procedury poprawy omyłki w treści oferty w miejsce standardowej procedury wyjaśnienia treści złożonych ofert, nie powinno zostać uznane za naruszenie, które mogłoby mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Tym samym zarzut nr 1 i zarzut nr 4 można byłoby uznać za niezasadne i odwołanie w ich zakresie oddalić.

WNIOSEK EWENTUALNY NR 2

Na wypadek, gdyby Izba inaczej oceniała doniosłość opisu pozycji w Formularzu oferty udostępnionym w Systemie Wykonawcom, Zamawiający wnosi o przesądzenie, że był on uprawniony do uznania stwierdzonej niezgodności w opisie jednej z pozycji Formularza oferty z dokumentami zamówienia za inną omyłkę, która nie powoduje istotnych zmian w treści oferty oraz zastosowanie ustawowej procedury jej poprawienia. Wbrew twierdzeniom Odwołującego o braku jakiegokolwiek „punktu zaczepienia” do dokonania poprawy tak stwierdzonej omyłki, nie można nie dostrzec szeregu postanowień SWZ, które pozwalają Zamawiającemu na samodzielne przesądzenie o rzeczywistej treści złożonej mu oferty, np. pkt 23.1 SWZ, czy załącznika nr 3 do Formularza umowy (Lista Relacji), gdzie zawarto jednoznaczne opisy każdej z Relacji. Brak w podjętych przez Zamawiającego działaniach jakiegokolwiek niedopuszczonego przepisami ustawy Pzp elementu negocjacji.

W omawianym tu zakresie, Zamawiający nie może zgodzić się z argumentacją Odwołującego zbudowaną r kwestionowaniu doniosłości opublikowanej 17.08.2023 r. zmiany SWZ, w tym OPZ. Zmiana taka została dokonana i je wiążąca dla Wykonawców, którzy złożyli swoje oferty w postępowaniu. W świetle uzasadnienia Odwołania, nawet dl Odwołującego było i jest oczywiste, że została dokonana prawidłowo. W świetle stanowiska Odwołującego, miał c nabrać wątpliwości, co do obowiązującego go kształtu opisu Relacji z poz. 20 dopiero 01.09.2023 r. po godz. 14:51 (str. 6 Odwołania). Zastrzec tu jednak ponownie należy, że stanowisko to, zdaniem Zamawiającego, nie znajduje oparcia w postanowieniach SWZ.

W jednym z postępowań odwoławczych, które toczyły się przed Izbą, skład orzekający w sprawie KIO 385/11 analogiczne działanie Zamawiającego uznał za uzasadnione i zgodne z przepisami ustawy: „Izba zważyła, że zamawiający wprowadził zmieniony okres zgłaszania wad w wyniku wyjaśnień treści siwz, przy czym nie dokonał w tym zakresie zmiany formularza oferty. Jednocześnie w postępowaniu obowiązywał zakaz dokonywania przez wykonawców samodzielnie zmian w treści ww. formularza. Wobec powyższego należało uznać, że niezgodność treści oferty z siwz w powyższym zakresie była wynikiem sprzeczności postanowień zawartych w specyfikacji. W takim przypadku wykonawca w żadnym razie nie może ponosić negatywnych konsekwencji błędnych działań zamawiającego. Uwzględniając istotne znaczenie popełnionych przez siebie błędów, zamawiający słusznie wyjaśnił ten element oferty i dokonał poprawy treści oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 P.z.p.” Kierując się powyższym, Zamawiający wnosił o oddalenie zarzutu nr 1 i zarzutu nr 4.

ZARZUT NR 5 JAKO WYNIKOWY POZOSTAŁYCH ZARZUTÓW

W konsekwencji powyższego, Zamawiający wnosił o oddalenie zarzut nr 5, który Odwołujący podniósł i sformułował jako konsekwencję wcześniej omówionych zarzutów. Mając wszystko powyższe na uwadze Zamawiający uznał, że postawione przez Odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w okolicznościach faktycznych i prawnych sprawy. **Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.**

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

Ustosunkowując się do oceny istnienia interesu po stronie Odwołującego do wniesienia środka ochrony prawnej, to w ocenie Izby taki interes niewątpliwie posiadał. Celem postępowania o udzielenie zamówienia jest zawarcie ważnej umowy. Na gruncie zamówień publicznych ważna umowa może być zawarta wyłącznie z wykonawcą wybranym zgodnie z przepisami ustawy, zaś naczelną zasadą postępowania o udzielenie zamówienia jest zachowanie uczciwej konkurencji i przejrzystości postępowania. W ocenie Izby zatem wykonawca zmierzający do nie dopuszczenia do zawarcia umowy obciążonej wadą, ma interes we wniesieniu odwołania. Dostrzec należy, że w orzecznictwie TSUE pojęcie danego zamówienia publicznego utożsamiane jest z przedmiotem zamówienia, a więc z przedmiotem przyszłej umowy. Dopóki nie dojdzie do jej zawarcia wykonawca ma interes w ubieganiu się o udzielenie zamówienia. Zatem Izba zgodnie ze stanowiskiem orzecznictwa potwierdza, że Odwołujący ma także interes w dążeniu do unieważnienia postępowania, gdyż ten interes należy rozpatrywać nie tylko w kontekście aktualnego postępowania, ale także ewentualnego wszczęcia nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na ten sam przedmiot. W konsekwencji stanowisko Przystępującego co do braku takiego interesu po stronie Odwołującego, gdyż argumentacja została stworzona na potrzeby wyłącznie uzasadnienia interesu prawnego, niezbędnego w celu złożenia odwołania jest błędna. Stanowisko Przystępującego, iż tak relacja z przed 17.08.2023 r., jak i relacja po 17.08.2023 r. są obecnie realizowane przez Odwołującego i jest on praktycznie gotowy do świadczenia w zakresie docelowym przewidzianym zmianą z 17.08.2023 r. nie wpływa na ocenę przez Izbę kwestii istnienia interesu po stronie Odwołującego do wniesienia środka ochrony prawnej. Sama zdolność do realizacji zamówienia nie oznacza, że wykonawca zamówienie uzyska, do chwili ostatecznego wyboru oferty najkorzystniejszej Odwołujący ma interes w ubieganiu się o zamówienie.

Odnośnie wniosku Zamawiającego o odrzucenie zarzutu nr 2 i 3. Izba uznała, że ten wniosek podlega oddaleniu.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, uznając za słuszny pogląd Odwołującego, że w przepisach nie ma podstawy do określenia terminu od jakiego należy liczyć zaniechanie unieważnienia postępowania. Do momentu zakończenia postępowania w jeden z dwóch opisanych w art. 254 Pzp sposobów, nie jest wiadome, czy Zamawiający zaniechał unieważnienia postępowania. Co do argumentu, że zarzuty są spóźnione, bo Odwołujący w rzeczywistości polemizuje z warunkami zamówienia znanymi mu co najmniej od 17.08.2023 r., a najpóźniej od 01.09.2023 r., to nie sposób się z tym stanowiskiem zgodzić. Zamawiający odpowiada za opracowanie dokumentów zamówienia i jeśli wyraźnie nie zakomunikował odmiennej woli, to zmiana z 17.08.2023 r. zmieniła treść dokumentów zamówienia w zakresie poz. 20 i 73, a treść formularza (a więc kolejnego dokumentu zamówienia opracowanego przez Zamawiającego) podtrzymała decyzję zmiany (dodania) poz. 73, ale wprowadziła zmianę do poz. 20 w stosunku do treści tej pozycji wynikającej z modyfikacji SWZ z dnia 17.08.2023 r. Zatem ostatnim obowiązującym dokumentem określającym zobowiązanie ofertowe jakiego oczekiwał Zamawiający był formularz ofertowy z 01.09.2023 r. I Odwołujący nie musiał, a

nawet nie powinien był próbować się domyślać, że ma wycenić inną relację niż opisana w poz. 20 w formularzu ofertowym. To czego Zamawiający nie zakomunikuje wykonawcom wprost i jednoznacznie, nie obowiązuje wykonawców, choćby tylko z uwagi na zasadę pisemności postępowania, natomiast Zamawiający na potrzeby odwołania opiera się na własnym przekonaniu, że wykonawcy zrozumieli opracowane przez niego dokumenty zgodnie z intencjami Zamawiającego. Skoro Odwołujący nie miał świadomości, że Zamawiający omylił się w formularzu, to nie miał czego skarżyć. Dokumenty bowiem nie były ze sobą wewnętrznie sprzeczne, tylko zmiana formularza ofertowego uchyliła modyfikację z 17.08.2023 r. w zakresie poz. 20 i nadała jej nową, choć niezgodną z rzeczywistą wolą Zamawiającego, jak się okazało, treść. Trudno zatem przyjąć, że wykonawca byłby w takim stanie faktycznym wskazać przepis, którego naruszenia miałby się dopatrywać. Izba celowo ustalała czy typ łącza jest skorelowany z relacją, bo jeśli relacja determinowałaby typ łącza i ul. Nowogrodzkiej nie można byłoby przypisać do łącza typu I, a wyłącznie do typu II, to wówczas można byłoby ustalić, że doszło do jakiejś omyłki. Natomiast takiej zależności jak wyjaśnił Odwołujący nie ma. Opis poz. 20 z 01.09.2023 r. odpowiadał relacji pierwotnie istniejącego w SWZ i korygował typ łącza na I. Trudno było w tym stanie faktycznym ustalić, że Zamawiający omyłkowo wpisał przebieg relacji. Tym samym nie sposób się zgodzić ze stanowiskiem Zamawiającego, że odwołanie jest spóźnionym odwołaniem skierowanym wobec treści SWZ w zakresie zarzutu 2 i 3. W dalszej kolejności Izba stoi również na stanowisku, że ewentualne odwołanie wniesione na wezwanie do poprawienia innej omyłki było by przedwczesne, gdyż wykonawca musi czekać do zakończenia przez Zamawiającego postępowania i dopiero od tego momentu może biec termin do wniesienia ośrodka ochrony prawnej. Dopiero od tego momentu jest zaniechanie podjęcia innej decyzji.

Następnie należy wskazać, względem liczenia terminu od wezwania do poprawienia innej omyłki, że termin w tym zakresie nie może być liczony od wezwania, gdyż Zamawiający nie podjął decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego w konsekwencji ewentualne odwołanie było by przedwczesne, bo Odwołującemu nie groził jeszcze uszczerbek w jego interesie w uzyskaniu zamówienia i nie był w stanie wykazać nawet potencjalnej szkody. Do wyboru oferty najkorzystniejszej Zamawiający mógł każdą decyzję podjąć.

Nadto Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oraz na rozprawie de facto wycofał się z tego, iż czynność z 05.09.2023 r. była czynnością wezwania do wyrażenia zgody na poprawianie w ofercie innej omyłki na rzecz tego, iż było to wezwanie do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, które to wyjaśnienia służyć by miały rozwianiu wątpliwości Zamawiającego, czy każdy z Wykonawców objął swoją ofertą świadczenie Usługi w Relacji 20 w zakresie ustalonym brzmieniem SWZ z 17.08.2023 r. Wobec powyższego, skoro nie było to wezwanie do poprawienia innej omyłki, ale wezwanie do wyjaśnień, to takie wezwanie nie mogło naruszać interesu Odwołującego określonego w art. 505 ust. 1 Pzp, gdyż oferty złożone, w tym oferta Odwołującego, byłyby zgodne ze dokumentami zamówienia, które sporządził sam Zamawiający.

Z tych względów Izba uznała, że Odwołujący prawidłowo liczył termin na wniesienie odwołania na podstawie art. 515 ust.1 pkt 1 lit. a Pzp, czyli od czynności wyboru i odrzucenia oferty Odwołującego, a nie na podstawie art. 515 ust. 3 Pzp, który to sposób ma zastosowanie do innego przypadku, niż w ust. 1 i 2 art. 515 Pzp. Izba uznała, że przywołane orzeczenie o sygn. akt: KIO 1824/22 nie ma zastosowania, gdyż zapadło w odmiennym stanie faktycznym.

Skład orzekający Izby dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w postaci elektronicznej, w tym w szczególności postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SWZ”, treści umowy, Opisu Przedmiotu Zamówienia (zał. nr 2 do Umowy), Listy relacji świadczenia Usługidla części II (zał. nr 3 do Umowy), treści formularza cenowego dla Cz. II, zmiany SWZ z 17.08.2023 r. w zakresie zał. nr 2 i 3 do Umowy, wyjaśnień Zamawiającego treści SWZ z 28.08.2023 r., zmiany z 01.09.2023 r. treści formularza cenowego w poz. 20 i dodanie poz. 73, oferty Odwołującego, Przystępującego oraz Telnap Telecom Sp. z o.o., wezwania z 05.09.2023 r. skierowane przez Zamawiającego do Odwołującego, Przystępującego oraz Telnap Telecom Sp. z o.o. o wyrażenie zgody na poprawienie w ofercie tych Wykonawców innej omyłki, wyrażenia zgody na poprawienie przez Przystępującego oraz Telnap Telecom Sp. z o.o., odpowiedzi Odwołującego z 08.09.2023 r. (data 07.09.2023 r.), który odmówił takiej zgody i przedstawił wyjaśnienia w tym zakresie oraz informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej dla Części II z 26.09.2023 r.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę treść odwołania, przystąpienia oraz odpowiedzi na odwołanie, jak i stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się generalnie do podniesionych w treści odwołania zarzutów, stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na częściowe uwzględnienie.

Odwołujący sformułował w odwołaniu zarzuty naruszenia przez Zamawiającego:

1)art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zastosowanie tego przepisu oraz poprawienie treści ofert Odwołującego, Citimedia oraz Telnap w poz. 20 formularza oferty, pomimo braku zaistnienia uregulowanych w ww. przepisie warunków do dokonania tej czynności (co naruszało wyrażony w art. 223 ust. 1 ustawy Pzp zakaz prowadzenia między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści), a w konsekwencji naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp poprzez jego zastosowanie i odrzucenie oferty

Odwołującego z uwagi na brak zgody Odwołującego na poprawienie omyłki,

2)art. 255 pkt 6 ustawy Pzp w związku z art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp ewentualnie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp w związku z art. 58 kodeksu cywilnego lub w związku z art. 705 kodeksu cywilnego (dalej: „KC”) oraz w związku z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp poprzez brak unieważnienia postępowania pomimo, że jest ono obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy, ze względu na prowadzenie go w sposób nie zapewniający uczciwej konkurencji i przejrzystości z uwagi na skonstruowanie formularza ofertowego (zdefiniowanego na platformie zakupowej Zamawiającego i niepodlegającego edycji przez wykonawców) niezgodnego z pozostałą treścią SWZ (w zakresie pozycji 20), w wyniku czego nie jest możliwe zbadanie zgodności treści ofert z warunkami zamówienia a złożone w postępowaniu oferty są nieporównywalne,

3)art. 255 pkt 6 ustawy Pzp w związku z art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp ewentualnie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp w związku z art. 58 kodeksu cywilnego lub w związku z art. 705 kodeksu cywilnego oraz w związku z art. 137 ust. 6 ustawy Pzp oraz w związku z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania pomimo, że jest ono obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy, ze względu na dokonanie zmiany treści SWZ w zakresie dodania do formularza ofertowego (zdefiniowanego na platformie zakupowej Zamawiającego i niepodlegającego edycji przez wykonawców) poz. 73, co miało miejsce w dniu 1.09.2023 roku (w piątek), a więc na 2 dni przed terminem składania ofert, który upływał 4.09.2023 roku (w poniedziałek) - bez obowiązkowego przedłużenia terminu składania ofert,

4)zarzut ewentualny: na wypadek nie uwzględnienia zarzutów wskazanych w pkt 2) i 3) powyżej, odnoszących się do zaniechania unieważnienia postępowania - naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert Citimedia oraz Telnap jako ofert niezgodnych z warunkami zamówienia, co do których nie było podstaw do ich poprawienia w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp;

a w konsekwencji

5)art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór oferty wykonawcy Citimedia jako najkorzystniejszej.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie do przedmiotowego odwołania.

W pierwszej kolejności Izba przywołuje stan faktyczny wynikający z treści odwołania, przystąpienia oraz odpowiedzi na odwołanie. Nie było sporu co do stanu faktycznego, ale jego oceny w kontekście czynności i zaniechań Zamawiającego.

Izba przywołuje wskazane w pismach postanowienia SWZ, w tym Umowy oraz zał. nr 2 i 3 do umowy według stanu z przed 17.08.2023 r., jak i po zmianie z 17.08.2023 r. Dodatkowo, Izba wskazuje na treści formularza cenowego z przed 01.09.2023 r., jak i po zmianie z 01.09.2023 r., tj. dodanie do treści formularza cenowego poz. 73 i zamiana w poz. 20. Poza tym, podkreśla, że wszyscy Wykonawcy, którzy złożyli oferty zrobili to na formularzu cenowym po zmianie z 01.09.2023 r., który nie został ujednoczony w poz. 20 co do opisu pozycji ze zmianą dokonaną w dniu 17.08.2023 r. Nadto, Izba przywołuje wezwanie z 05.09.2023 r. skierowane przez Zamawiającego do Odwołującego, Przystępującego oraz Telnap Telecom Sp. z o.o. o wyrażenie zgody na poprawienie w ofercie tych Wykonawców innej omyłki, wyrażenie zgody na poprawienie przez Przystępującego oraz Telnap Telecom Sp. z o.o. oraz odpowiedź Odwołującego z 08.09.2023 r. (data 07.09.2023 r.), który odmówił takiej zgody i przedstawił wyjaśnienia w tym zakresie.

W pozostałym zakresie Izba odniesie się przy rozpoznawaniu zarzutów.

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

Odnośnie zarzutu pierwszego i drugiego, Izba uznała w/w zarzuty za podlegające uwzględnieniu. Jednocześnie z uwagi na ich charakter Izba odniesie się do nich łącznie.

Izba wskazuje, że w toku rozprawy: „ (...)nie było de facto żadnej omyłki gdyż dokumentacja zamówienia rozstrzygała wszystkie kwestie sporne (...)”, jak i w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający de facto przyznał, że nie było żadnej innej omyłki do poprawienia w ofercie, gdyż wezwanie z 05.09.2023 r. było faktycznym wezwaniem do wyjaśnień. Skoro tak, to pod znakiem zapytania stoi celowość samego wezwania z 05.09.2023 r. do wyrażenia zgody na poprawienie innej omyłki w ofercie.

W tym kontekście na pytanie czy wobec tego stanowiska, jak powyżej nie odpadła przesłanka do odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający stwierdził, że po pierwsze należy rozważyć czy ma to wpływ na wynik, ponieważ oferta Odwołującego miała cenę oferty wyższą, niż cena oferty Przystępującego i jednocześnie z samej informacji od 08.09.2023 r. wynikało to, że zaoferował on coś zupełnie innego, niż oczekiwał tego Zamawiający w pozycji nr. 20. W ocenie Izby niewątpliwie działanie Zamawiającego, a w szczególności jej brak (zaniechanie) miało wpływ na wynik, o czym w dalszej części uzasadnienia.

Jednocześnie, należy zauważyć, że argumentacja Zamawiającego o tym, że powinna być rozstrzygająca treść SWZ względem oceny treści złożonych ofert, w tym stanie faktycznym, można uznać za próbę pozbawienia znaczenia prawnego złożonych ofert. Izba nie zgadza się, że stanowiskiem Zamawiającego, że z uwagi na hierarchie dokumentów, na którą wskazują w odpowiedzi na odwołanie i prymat umowy w tym OPZ wskazany w §1 ust. 2, iż to specyfikacja

określała de facto, którą relacje wycenił w ofercie Odwołujący i pozostali wykonawcy. Nie wolno bowiem zapominać o triadzie zamówień publicznych czyli oferta musi odpowiadać SWZ, a umowa musi odzwierciedlać zobowiązanie przyjęte przez wykonawcę w ofercie. Zważmy, że samo SWZ nie tworzy umowy. Jest to zbiór oczekiwań Zamawiającego, który przyjmuje składając ofertę wykonawca i oferując swój ekwiwalent świadczenia. Dopiero zatem warunki zamówienia uzupełnione ofertą wykonawcy przyjmującą te warunki i oferującą cenę za ich realizację powoduje uzgodnienie wszystkich istotnych elementów umowy. Stanowisko Zamawiającego wywodzone z postanowień umownych prowadziłoby natomiast do niedopuszczalnego na gruncie ustawy założenia, że oferta nie musi w całości odpowiadać warunkom zamówienia, bo w tej części w której zachodziłyby niezgodności z dokumentami zamówienia w czasie realizacji umowy, oferta po prostu nie obowiązuje. Można jedynie retorycznie zapytać jak przy tej koncepcji należałoby rozumieć przepis art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp i nakaz odrzucenia oferty niezgodnej z warunkami zamówienia.

W konsekwencji Izba podzieliła stanowisko Odwołującego z rozprawy i nie zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego odnośnie hierarchii dokumentów przedstawionych przez niego w odpowiedzi na odwołanie.

Nie zgadza się także z tym, iż formularz ofertowy był mniej ważny niż specyfikacja. Formularz ofertowy jest jak każdy dokument zamówienia, wszystkie dokumenty wewnętrznie muszą być spójne. Formularz ofertowy był modyfikowany przez Zamawiającego jako ostatni ostatecznie 01.09.2023 r. zmieniając w tym zakresie jego treść. Zamawiający powinien również działać w tym kierunku aby ujednoclić go ze wcześniejszymi dokumentami postępowania. Okoliczność, że zakres świadczenia był znany wykonawcom od 17.08.2023 r. oraz, że nie mieli oni wpływu na zmianę treści opisów poszczególnych pozycji formularza ofertowego nie tylko nie zmienia wcześniejszego stanowiska Izby, ale wręcz go umacnia, gdyż to obowiązkiem Zamawiającego było zapewnienie spójności wszystkich dokumentów postępowania, a nie rolą wykonawców było domyślanie się rzeczywistej woli Zamawiającego. W szczególności tych które były podstawą wyceny w zakresie poz. 20.

W przedmiotowym stanie faktycznym mamy do czynienia z ewidentną sprzecznością pomiędzy formularzem ofertowym poz. 20, a treścią tej pozycji w innych dokumentach zamówienia określonych czynnością z 17.08.2023 r. Nie można zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego, że formularz ofertowy miał charakter pomocniczy, niewątpliwie zawiera w sobie bowiem treść oświadczenia woli Wykonawcy określającą przedmiot, który ma być realizowany. Ustawa PZP nie przewiduje instytucji aktualizacji formularza ofertowego. Jest to zmiana, która została dokonana 01.09.2023 r. Reguły dot. sposobu realizacji umowy mają zastosowanie tylko na etapie realizacji umowy, a ta jest dopiero zawierana po tym jak Zamawiający rozstrzygnie czy sama oferta jest zgodna z warunkami zamówienia, a w tym wypadku warunki zamówienia były wewnętrznie sprzeczne. Wadą postępowania jest wewnętrzna sprzeczność treści dokumentów zamówienia, która doprowadziła do nieporównywalności ofert. Należy zauważyć, że wykonawcy w różny sposób wyceniali swoje oferty, a Zamawiający nie narzucił jednego sposobu tej wyceny. W przypadku Przystępującego tożsamo szacował on koszty wszystkich relacji tego samego typu, dlatego dla niego lokalizacja relacji nie miała znaczenia przy wycenie, ważne było to, że zarówno 17.08.2023r. miał świadomość, że w poz. 20 musi wycenić typ I łącz. Z kolei Odwołujący przyjął inną strategię konstrukcji ceny, jak bowiem wynika z odwołania i zostało potwierdzone na rozprawie wykonawca oceniał jaką ma w danej relacji dostępność łącz, które może przeznaczyć dla Zamawiającego i czy nie zachodzi potrzeba budowy łącz, aby spełnić wymagania przetargowe. W skutek zmian SWZ pierwotnie miał relację, w której miał dostępne łącze, potem w skutek zmiany z 17.08.2023 r. dowiedział się, że pierwotnej lokalizacji ma nie wyceniać, a wycenić ul. Młynarską, a po 14 dniach dowiedział się że znowu ma wycenić relację pierwotną, dla której jak oświadczył, zestawiał już dostępne łącza dla innego klienta. Zatem w jego przypadku zmiana relacji wpływała na wycenę. Inny bowiem koszt uśredniony przedstawiłby, gdyby wycenił poz. 20 wg relacji z 17.08.2023 r., a inny koszt zaferował wyceniając poz. 20 w brzmieniu wynikającym z formularza ofertowego z 01.09.2023 r. To mogło mieć wpływ na wynik postępowania, gdyż inna mogłaby być pozycja Odwołującego, gdyby wycenił relację zgodną z poz. 20 z dnia 17.08.2023 r. Nie stawiał się drugi z Wykonawców, który w podobny sposób jak Odwołujący przedstawił wycenę poszczególnych pozycji to jest przyjmując uśrednione wartości.

Jak wynika z przeprowadzonego przez Zamawiającego postępowania mającego na celu poprawę omyłki obaj Wykonawcy wycenili inną relację niż Odwołujący, a w konsekwencji zaferowane przez nich świadczenia nie są przedmiotowo tożsame, co powoduje, że są to oferty nieporównywalne.

W ocenie Izby, zaniechanie unieważnienia postępowania z uwagi na wystąpienie kwalifikowanej wady skutkującej unieważnieniem postępowania w tym stanie faktycznym zaistniało, gdyż ta wada ma wpływ na przygotowanie, treść oraz nieporównywalność ofert. Zamawiający nie miał żadnych danych na podstawie, których mógłby przyjąć, że wycena relacji przed zmianą jest taka sama jak po zmianie. Zamawiający de facto za wykonawcę określił cenę jaka powinna być w pozycji nr 20, a powszechnie przyjęta jest możliwość poprawienia innej omyłki jeśli Zamawiający jest w stanie wywieźć jej treść z treści oferty.

Zmieniona nazwa relacji de facto powodowała zmiany ceny jednostkowej, gdyż gdyby była właściwa nazwa relacji taka jak wskazana przy zmianie z 17.08.2023 r. to Odwołujący zaferowałby inną cenę. W tym zakresie, Izba wzięła pod uwagę, że Odwołujący wyjaśnił na rozprawę w odpowiedzi na pytanie o sposób wyceny poszczególnych pozycji u Odwołującego, gdy każda z tych pozycji opiewa na te sama cenę jednostkową, iż każda pozycja była wyceniania oddzielnie, następnie zostały one zsumowane i podzielone na wszystkie pozycje. Wskazał też, że znana mu była

konieczność uwzględnienia w kosztach tzw. zmiany relacji. Nadto, że dotyczy to 10 pozycji po 12 miesiącach obowiązywania umowy, a ryzyko z tych powodów zostało rozłożone równomiernie na różne pozycje. Inaczej mówiąc zmiana lokalizacji miała znaczenie, gdyż powodowała by konieczność zmiany ceny, a to wpływałoby na uśrednioną cenę. W konsekwencji mamy tutaj do czynienia w poz. 20 formularza ofertowego z istotną wadą postępowania. Odwołujący, jak i trzeci (nieobecny) Wykonawca (co wynika z jego formularza ofertowego) dokonali wyliczenia ceny jako uśrednionej ceny z wszystkich łączy, zaś Przystępujący każdą z pozycji wycenił w sposób odrębny (jak oświadczył na rozprawie), ale podkreślił że istotnym elementem jest typ usługi, który jest uzależniony od kosztu utrzymania. Nadto, Przystępujący na pytanie czy lokalizacja powiązana jest z typem łączy zaprzeczył temu, tym bardziej iż pierwotnie był to typ II później typ I (określa on jedynie typ włókien). Stwierdził, że na podstawie typu włókna nie można stwierdzić omyłki w lokalizacji. Nadto, odnośnie wyceny Przystępujący stwierdził, że, dokonywał jej z uwzględnieniem danych typów i w ramach tych typów dzielił je na równo.

Dodatkowo Odwołujący podkreślał w odwołaniu oraz na rozprawie, że gdyby była właściwa nazwa relacji taka jak wskazana przy zmianie z 17.08.2023 r. to Odwołujący zaoferował by cenę znacznie niższą, gdyż była po jego stronie dostępność wolnych włókien dla lokalizacji – ul. Młynarska 43/45, w odróżnieniu od ul. Nowogrodzkiej 43, którą ostatecznie wycenił na skutek braku zmiany poz. 20 czynnością z 01.09.2023 r.

W konsekwencji w ocenie Izby brak było podstaw do poprawienia oferty Odwołującego, jak i dwóch pozostałych Wykonawców (w tym Przystępującego) oraz wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej. Niewątpliwie oświadczenie woli obu wykonawców było inne w formularzu ofertowym, niż to które jakoby miało być i zostało poprawione przez Zamawiającego (inne części miasta). Należy zgodzić się z Odwołującym, że błędy Zamawiającego nie są podstawą do tego aby były one korygowane poprzez poprawienie innej omyłki stwierdzonej w ofercie wykonawcy.

W efekcie Izba uznała na skutek przywołanych okoliczności (wada ma charakter istotny, wpływ na przygotowanie, treść oraz nieporównywalność ofert, czyli wpływ na wynik postępowania), że umowy jest (byłaby) nieważną na podstawie art. 457 ust. 5 Pzp, który stanowi, że przepis ust. 1 nie wyłącza możliwości żądania unieważnienia umowy na podstawie art. 70⁵ KC, zgodnie z którym organizator oraz uczestnik aukcji albo przetargu może żądać unieważnienia zawartej umowy, jeżeli strona tej umowy, inny uczestnik lub osoba działająca w porozumieniu z nimi wpłynęła na wynik aukcji albo przetargu w sposób sprzeczny z prawem lub dobrymi obyczajami. Dyspozycja tego przepisu ma zastosowanie do umów w sprawie zamówień publicznych zawartych w wyniku jakiegokolwiek postępowania poprzedzonego ogłoszeniem prowadzonego w oparciu o przepisy ustawy Pzp. Możliwość żądania unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego w oparciu o art. 70⁵ KC jest niezależna od podstaw unieważnienia na podstawie przepisów Pzp. Jednocześnie powyższy przepis może być podstawą unieważnienia umowy wówczas, gdy Zamawiający (strona umowy) poprzez niezgodne z ustawą Pzp określenie warunków zamówienia wpływa na wynik postępowania, co w niniejszych okolicznościach miało miejsce (Brak skorelowania formularza ofertowego w poz. 20 ze zmianą z 17.08.2023 r., co wpłynęło na wycenę w tej pozycji, a w konsekwencji z uwagi na przyjęty sposób wyceny przez Odwołującego na wycenę całej oferty, a zarazem skutkowało nieporównywalnością ofert, inni Wykonawcy wycenili w poz. 20 inną relacje. Nadto, brak podstaw do poprawienia oferty Odwołującego, jak i dwóch pozostałych wykonawców oraz wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej). Wewnętrzna sprzeczność dokumentów zamówienia, powodująca brak możliwości zbadania zgodności treści ofert z SWZ i realną nieporównywalność ofert, których dopuścił się Zamawiający w niniejszym postępowaniu, stanowią ewidentne naruszenie przepisów prawa - ustawy Pzp, w szczególności wymagających od Zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia w sposób precyzyjny, dokładny (w tym co do zakresu w formularzu ofert) i przede wszystkim umożliwiający wykonawcom kalkulację ceny ofertowej, które miało wpływ na jego wynik.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnośnie zarzutu 3, Izba uznała ten zarzut za podlegający oddaleniu

W zakresie tego zarzutu należy zauważyć, że Odwołujący w treści odwołania odnosił ten zarzut co do poz. 73, a nie do poz. 20, tak jak w zarzucie 2. W ocenie Izby, w tym wypadku, biorąc pod uwagę wskazaną wyżej okoliczność, tzn. że dotyczy poz. 73, zarzut się nie potwierdził. Należy bowiem uznać, że Zamawiający w dniu 01.09.2023 r. dokonał dodania poz. 73 do formularza ofertowego, a Odwołujący miał czas uwzględniając zgodność z czynnością z 17.08.2023 r. na dokonanie stosownej wyceny. W konsekwencji nie było konieczności przedłużenia terminu składania ofert, gdyż Odwołujący miał wystarczający czas na przygotowanie stosownej wyceny. Inna była sytuacja w zakresie poz. 20 co jednak nie jest przedmiotem tego zarzutu, a poprzednich.

Odnośnie zarzutu 4, Izba wskazuje na jego ewentualny charakter i uwzględnienie zarzutu 2 skutkujące unieważnieniem postępowania. W konsekwencji, Izba tego zarzutu nie rozpatrywała.

Odnośnie zarzutu 5, Izba uznała za zarzut podlegający uwzględnieniu.

Ten zarzut ma charakter wynikowy względem wcześniejszych zarzutów i wobec uwzględnienia zarzutu 1 i 2 skutkuje to uwzględnieniem także tego zarzutu.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 553 zdanie pierwsze, 554 ust. 1 pkt 1 i ust. 3

pkt 1 lit. a) b) Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

Jednocześnie obciążając kosztami Zamawiającego i zasądzając od niego na rzecz Odwołującego kwotę 15 000,00 zł tytułem zwrotu kosztów wpisu oraz kwotę 3 600,00 zł tytułem zwrotu wydatków pełnomocnika, czyli łącznie 18 600 zł 00 gr - na podstawie dowodu uiszczenia wpisu i złożonego rachunku.

Jednocześnie Izba odstąpiła od stosunkowego rozdzielenia kosztów w oparciu o § 7 ust. 5 wskazanego niżej rozporządzenia. Uznając, że przemawia za tym rodzaj uwzględnionych zarzutu, jego waga, jak i sytuacja procesowa, która zaistniała w przedmiotowym postępowaniu. W wyniku bowiem uwzględnienia postępowanie w części II zostanie unieważnione.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 Pzp oraz art. 575 Pzp oraz § 7 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....