Sygn. akt: KIO 2939/22

WYROK

z dnia 25 listopada 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Patyk

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 listopada 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 listopada 2022 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Euvic Media Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Agencja Reklamowa DSK Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Kancelarię Prezesa Rady Ministrów w Warszawie
przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia P. P. oraz I.

S. prowadzący działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej Fabryka Komunikacji Społecznej P. P., I. S. s.c. w Warszawie zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr

(słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późń. zm.) 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:

Sygn. akt: KIO 2939/22

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający - Kancelaria Prezesa Rady Ministrów w Warszawie [dalej „Zamawiający"] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na realizację kampanii edukacyjno - informacyjnych na rzecz

upowszechniania korzyści z technologii cyfrowych (znak postępowania: PN-26/2022).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii

Europejskiej w dniu 20 lipca 2022 r. pod numerem nr 2022/S 138 - 394849.

W dniu 7 listopada 2022 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Euvic Media Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Agencja Reklamowa DSK Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie [dalej „Odwołujący" lub „Konsorcjum Euvic"] wnieśli odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp poprzez bezzasadne odrzucenie oferty Konsorcjum Euvic jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny w zakresie pozycji 9.23-9.28 cen jednostkowych Formularza cenowego, mimo iż ceny te zostały określone w sposób prawidłowy i zgodny z wymaganiami;

2. ewentualnie art. 223 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie poprawienia w ofercie Odwołującego innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją warunków zamówienia, niepowodującej istotnych zmian treści oferty w odniesieniu do pozycji 9.23-9.28 Formularza cenowego, a w konsekwencji art. 223 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie poprawienia w Formularzu cenowym oczywistej omyłki rachunkowej (w wyniku zastosowania art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp).

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wnieśli o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem zarzutów postawionych w odwołaniu;

3. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Konsorcjum Euvic;

4. ewentualnie poprawienia omyłki występującej w ofercie Odwołującego poprzez:

a) przeliczenie poz. 9.23 Formularza cenowego w ten sposób, że podana cena jednostkowa brutto zostanie przemnożona przez 4 odsłony na godzinę, 12 godzin dziennie oraz 14 dni;

b) przeliczenie poz. 9.24 Formularza cenowego w ten sposób, że podana cena jednostkowa brutto zostanie przemnożona przez 4 odsłony na godzinę, 12 godzin dziennie oraz 30 dni;

c) przeliczenie poz. 9.25 Formularza cenowego w ten sposób, że podana cena jednostkowa brutto zostanie przemnożona przez 4 odsłony na godzinę, 12 godzin dziennie oraz 14 dni;

d) przeliczenie poz. 9.26 Formularza cenowego w ten sposób, że podana cena jednostkowa

brutto zostanie przemnożona przez 4 odsłony na godzinę, 12 godzin dziennie oraz 30 dni;

e) przeliczenie poz. 9.27 Formularza cenowego ten sposób, że podana cena jednostkowa brutto zostanie przemnożona przez 4 odsłony na godzinę, 12 godzin dziennie oraz 14 dni;

f) przeliczenie poz. 9.28 Formularza cenowego w ten sposób, że podana cena jednostkowa brutto zostanie przemnożona przez 4 odsłony na godzinę, 12 godzin dziennie oraz 30 dni;

a w konsekwencji, dokonanie poprawienia w Formularzu cenowym Odwołującego oczywistych omyłek rachunkowych uwzględniających ww. działania;

5. dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący przedstawił stan faktyczny sprawy.

Uzasadniał, że czynność Zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty Konsorcjum Euvic z uwagi na błąd w obliczeniu ceny była nieprawidłowa, gdyż pozycje 9.23-9.28 Formularza cenowego były obliczone zgodnie z wymaganiami. W odniesieniu do każdej z tych pozycji Zamawiający wskazał, że wykonawca powinien podać cenę jednostkową za emisję pojedynczej reklamy. Wykonawca uznał zatem, że intencją Zamawiającego było, aby w formularzu ofertowym zostały wskazane ceny jednostkowe emisji jednej reklamy - pojedynczej odsłony. Cena jednostkowa podana przez Odwołującego uwzględnia elementy

określone przez Zamawiającego w poszczególnych pozycjach tabeli w tym: emisje 10-15” reklamy video lub statycznej, pojedynczy nośnik o przekątnej pomiędzy 55” a 75”, emisja minimum 12 godzin w ciągu doby w przedziale godzinowym 8 - 20, minimum 4 odsłony na godzinę, przez odpowiednią ilość dni - tylko, że została podana jako cena za jedną odsłonę/ wyświetlenie pojedynczej reklamy. Nie sposób uznać, że w takim przypadku mamy do czynienia z błędem w obliczeniu ceny ofertowej. O błędzie w obliczeniu ceny można byłoby mówić, gdyby wykonawca wycenił np. błędną ilość dni lub inny niż wymagany nośnik reklamy taka sytuacja nie ma miejsca w przedmiotowym stanie faktycznym, gdyż Odwołujący dostosował się do wymagań i w kolumnie C ww. pozycji tabeli podał cenę jednostkową pojedynczej reklamy przy uwzględnieniu zakresu świadczenia opisanego w opisie pozycji.

Odwołujący wskazał, że gdyby wycena miała obejmować całość emisji reklam w ramach określonego nośnika to nie ulega wątpliwości fakt, że nie zostałoby wskazane w treści każdej z pozycji 9.23-9.28 Formularza cenowego, iż koszt ma obejmować pojedynczą reklamę. W takim przypadku Zamawiający posłużyłby się raczej liczbą mnogą. Z literalnego brzmienia dokumentacji postępowania wynika natomiast, że obowiązkiem wykonawcy było podanie kosztu emisji poszczególnych reklam, tj. „pojedynczych” reklam, czyli wyceny emisji jednego elementu. Analogiczne wnioski wynikają z opinii językoznawcy

dołączonej do wyjaśnień ceny z dnia 7 września 2022 r.

Interpretacja przyjęta przez Odwołującego ma zatem uzasadnienie w językowej wykładki poz. 9.23-9.28 Formularza cenowego. Nawet w przypadku, gdy Zamawiający dokonuje innej wykładni opisu ww. pozycji Formularza cenowego, to niejasność postanowień dokumentacji przetargowej nie powinna obciążać wykonawcy. Powyższe znajduje uzasadnienie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący wskazał, iż nawet w przypadku uznania, że doszło do popełnienia przez wykonawcę niezgodnej z wymaganiami wyceny poz. 9.23-9.28 Formularza cenowego, to wbrew stanowisku Zamawiającego zawartym w informacji o odrzuceniu oferty z dnia 28 października 2022 r. przedmiotowa niezgodność w ofercie Konsorcjum Euvic spełnia wszystkie przesłanki do zastosowania art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, tj. poprawienia jej jako innej omyłki polegającej a niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty. Omyłka występująca w ofercie Konsorcjum Euvic spełnia wszystkie w/w przesłanki do poprawienia jej w . trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Przyjmując, iż doszło do popełnienia omyłki w poz. 9.23-9.28 Formularza cenowego należy stwierdzić, że nie jest to ani oczywista omyłka pisarska ani oczywista omyłka rachunkowa (okoliczność bezsporna). Konsorcjum Euvic dążyło do wyceny zgodnej z postanowieniami dokumentacji postępowania, co potwierdzają złożone w dnu 7 września 2022 r. wyjaśnienia ceny, jednak postanowienia SWZ mogły być rozumiane w dwojaki sposób. Wykonawca chcąc złożyć ofertę zgodną z wymaganiami w trakcie przygotowywania oferty omyłkowo przyjął błędną interpretację opisu pozycji tabeli i podał cenę jednostkową odsłony pojedynczej reklamy, podczas gdy Zamawiający wymagał podania w poszczególnych pozycjach całości emisji reklam.

Poprawienie omyłki w sposób w jakim domaga się tego Odwołujący nie prowadzi do istotnych zmian w treści oświadczenia woli Konsorcjum Euvic. Jak było wskazane powyżej, poprawienie omyłek w poz. 9.23-9.28 Formularza cenowego spowoduje łączną zmianę ceny ofertowej o kwotę niestanowiącą nawet 1% jej ogólnej wartości. Powyższe nie wpłynie na ranking cenowy ofert. W wyniku poprawienia omyłki nie doszłoby również do zmiany oświadczenia woli wykonawcy, co do zaoferowanego sposobu spełnienia świadczenia - wykonawca uwzględnił w wycenie dokonanie emisji reklam zgodnie z wymaganiami, błędnie natomiast zinterpretowano, że w Formularzu cenowym należy podać cenę emisji pojedynczej reklamy. Przedmiot świadczenia, który otrzyma Zamawiający jest wciąż ten sam; zmianie ulegnie nieznacznie cena.

Wskazał, iż art. 454 ust. 2 ustawy Pzp zawiera katalog zmian umowy, które należy uznać za istotne. Przepis ten można traktować jako wskazówkę interpretacyjną również przy dokonywaniu oceny istotności omyłki znajdującej się w ofercie. W świetle wymienionych w tym przepisie przypadków, omyłkę w treści oferty Odwołującego należy uznać za nieistotną.

Omyłka występująca w ofercie Odwołującego nadaje się również do poprawienia przez Zamawiającego. Każda z pozycji 9.23-9.28 Formularza cenowego została przez Odwołującego wyceniona z uwzględnieniem treści wymagań SWZ. Powyższe wynika również ze złożonych w dniu 7 września 2022 r. wyjaśnień ceny. Tym samym, w celu dokonania poprawienia omyłek wystarczy podane ceny jednostkowe stanowiące koszt pojedynczej emisji reklamy przemnożyć przez wartości podane przez Zamawiającego w opisie każdej z poz. 9.23-9.28 Formularza cenowego: odpowiednią ilość dni (14 lub 30 -

w zależności od pozycji), ilość odsłon na godzinę (4) oraz ilość godzin dziennie (12h). Otrzymany w wyniku ww. prostego działania wynik byłby ceną za łączną emisję reklam w kolumnie C dla poszczególnych poz. 9.23-9.28 Formularza cenowego. Wyliczenie każdej z pozycji 9.23-9.28 Formularza cenowego znajduje się w aktach sprawy tj. zostało przedstawione w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny z dnia 7 września 2022 r. jednak z uwagi na objęcie tajemnicą . przedsiębiorstwa zarówno Formularza cenowego, jak i wyjaśnień ceny nie zostało powielone w odwołaniu. Poprawienie przedmiotowej omyłki nie spowoduje znaczącej zmiany treści oferty, a sam sposób jej poprawienia również jest jasny.
Z uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego wynika natomiast, że Zamawiający bez szczegółowego zbadania zasadności podstaw odrzucenia dokonał niejako z automatu odrzucenia oferty Konsorcjum Euvic twierdząc, iż nie może dokonać ingerencji w treść oświadczenia woli wykonawcy. Podkreślenia jednak wymaga, że czynność odrzucenia jest ostatecznością i w sytuacji, gdy występują przesłanki do zastosowania art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp Zamawiający powinien dokonać poprawienia omyłki. Powyższy przepis nie wskazuje, że w przypadku Formularza cenowego nie jest możliwe jego zastosowanie.

W odniesieniu do argumentacji powołanej w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego wskazał, że poprawienie każdej omyłki jest de facto ingerencją w treść oświadczenia woli wykonawcy (por. wyrok KIO z dnia 20 lipca 2021 r. KIO 1537/21). Granicą zastosowania art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jest to, aby poprawienie omyłki nie powodowało istotnej zmiany treści oferty. Uwzględnienie ceny jednostkowej podanej przez Odwołującego w Formularzu cenowym oraz przemnożenie tej ceny przez wartości wskazane wprost w dokumentacji postępowania prowadzi do poprawienia omyłki z zastosowaniem informacji wynikających wyłącznie z treści oferty. Nie stanowi zatem uzupełnienia oferty o elementy w niej niezawarte jak również nie może być uznane za niedopuszczalne negocjacje oferty. Nie przeczy temu fakt, iż Zamawiający wezwał Odwołującego do udzielenia wyjaśnień ceny, a w złożonych wyjaśnieniach Konsorcjum Euvic wskazało, że podane w poz. 9.23-9.28 Formularza cenowego ceny dotyczą emisji pojedynczej reklamy. Potwierdzenie tej okoliczności w wyjaśnieniach powinno prowadzić do podjęcia działań i zastosowania art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Dokonanie poprawienia omyłki poprzedzone wyjaśnieniami Odwołującego jest zgodne z Pzp.

W konsekwencji poprawienia omyłki w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp zasadne i koniecznie jest również dokonanie poprawienia w ofercie Odwołującego oczywistej omyłki rachunkowej na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Zastosowanie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp spowoduje, iż niezbędne będzie zweryfikowanie na podstawie działań arytmetycznych kwot wskazanych w Formularzu Cenowym Odwołującego. Nie ulega wątpliwości fakt, że przeprowadzenie działań matematycznych po dokonaniu poprawienia omyłki w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp będzie konieczne i zasadne w kontekście art. 223 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania.

Uzasadniał, że w Szczegółowym Opisie Przedmiotu Zamówienia (Załącznik nr 1 do SWZ) jednoznacznie określił sposób zakupu powierzchni reklamowych dla formatu typu digital citylight, który był wyceniany w pozycjach 9.23-9.28 Formularza cenowego. Zamawiający jednoznacznie wskazał, że:

- Zakup powierzchni reklamowych w formacie typu digital citylight dotyczy nośników oraz obejmuje zapewnienie przez Wykonawcę zakupu nośnika reklamowego;

- Zamawiający zlecając Wykonawcy przygotowanie planu zakupu powierzchni reklamowych, wskazuje rodzaj i ilość nośników;

- W razie braku możliwości naprawy nośnika lub zmiany warunków otoczenia wpływających na ograniczenie jego widoczności, Wykonawca ma obowiązek znalezienia równorzędnego cenowo nośnika zastępczego, a w przypadku braku możliwości znalezienia nośnika zastępczego, Wykonawca otrzyma tylko część wynagrodzenia proporcjonalnie do czasu efektywnej emisji materiału reklamowego.

Zatem wymagania zawarte w SOPZ jednoznacznie i wprost wskazują, że zakup powierzchni reklamowych w formacie typu digital citylight jest realizowany w modelu, w którym prace są zlecane i rozliczane na podstawie liczby nośników reklamowych, a nie liczby odsłon/wyświetleń reklamy. W takim modelu ceną rozliczeniową jest koszt emisji materiałów reklamowych na pojedynczym nośniku reklamowym, a nie koszt pojedynczej odsłony/wyświetlenia reklamy. A w przypadku uszkodzenia nośnika reklamowego wynagrodzenie należy się tylko proporcjonalnie do czasu efektywnej emisji materiału reklamowego, a nie proporcjonalnie do liczby odsłon/wyświetleń reklamy. W SOPZ w specyfikacji dotyczącej realizacji tego działania nie ma żadnych informacji o zakupie pojedynczych odsłon czy też pojedynczych wyświetleń reklamy, ani żadnych informacji

wskazujących na taki model zakupu emisji reklamy.

Zamawiający wskazał, iż w SWZ miał spójne podejście w zakresie sposobu zakupu i wyceny wszystkich rodzajów reklam billboardowych przewidzianych w ramach zamówienia. Zamawiający wymagał w Formularzu cenowym przedstawienia kosztów emisji reklamy na pojedynczym nośniku reklamowym dla wszystkich rodzajów reklam billboardowych, czyli

formatów:

- typu billboard (pozycje 9.16-9.20, 9.29, 9.35 Formularza cenowego)

- typy citylight (pozycje 9.21-9.22 Formularza cenowego)

- typu digital citylight (pozycje 9.23-9.28 Formularza cenowego) - właśnie w tych pozycjach Odwołujący dokonał wyceny niespełniającej wymagań Zamawiającego.

Takie spójne podejście co do sposobu zakupu reklam billboardowych ma swoje odzwierciedlenie także w SOPZ (Zadanie 10. Działania uzupełniające - działanie nieobligatoryjne, str. 42-43 SOPZ), w którym zlecenia zakupu powierzchni reklamowej opierają się o zaplanowanie liczby nośników reklamowych.

Zamawiający zwracał uwagę na fakt, że Odwołujący zarówno w wyjaśnieniach dotyczących rażąco niskiej ceny przesłanych w dniu 07.09.2022, jak i w odwołaniu złożonym do KIO, całkowicie pominął wymagania dotyczące emisji reklamy w formacie typu digital citylight, które zostały zawarte w SOPZ. Podczas, gdy wymagania określone w SOPZ jednoznacznie wskazują na model zakupu emisji tego typu reklamy jakiego wymagał Zamawiający. A przyjęta przez Odwołującego interpretacja wymagań dotyczących wyceny emisji reklamy w formacie typu digital citylight jest niezgodna z wymogami określonymi w SOPZ, który stanowi integralną część SWZ.

Zamawiający wskazał, że analiza Formularzy cenowych wszystkich 6 oferentów w zamówieniu publicznym wskazuje, że jedynie Odwołujący przyjął odmienną i niezgodną z wymaganiami SWZ interpretację sposobu wyceny emisji materiałów reklamowych na nośnikach typu digital citylight.

Na uwagę zdaniem Zamawiającego zasługiwał fakt, że w przypadku wymagania przedstawienia w Formularzu cenowym kosztu za pojedyncze wyświetlenie reklamy, Zamawiający każdorazowo jednoznacznie sprecyzował takie wymaganie w SOPZ i Formularzu cenowym. Jako przykład stanowią pozycje 4.12, 4.14, 4.16 Formularza cenowego, które zostały poprawnie zrozumiane przez wszystkich oferentów.

Zamawiający wskazał, że w trakcie składania ofert żaden oferent nie zgłosił pytań czy wniosków o doprecyzowanie SWZ w zakresie sposobu realizacji czy sposobu wyceny emisji reklamy na nośnikach typu digital citylight. Zamawiający odpowiedział w trakcie procedury ofertowania na wszystkie otrzymane pytania, także pytania otrzymane po terminie na obowiązkową odpowiedź. Zatem Zamawiający nie miał wiedzy i nie mógł mieć wiedzy o przyjętej przez Odwołującego odmiennej interpretacji wymogów SWZ, na etapie, w którym mógł zareagować na przyjętą przez Odwołującego interpretację dotyczącą sposobu wyceny w pozycjach 9.23-9.28. Wskazał, że obowiązkiem Wykonawcy jest złożenie Zamawiającemu oferty, która zawiera wszelkie wymagane elementy oznaczone w SWZ. W sytuacji gdy Wykonawca nie ma pewności co do wymagań zawartych w SWZ, powinien zwrócić się do Zamawiającego o wyjaśnienie owych nieścisłości. Jeśli wykonawca nie wystąpił o wyjaśnienia SWZ mimo wątpliwości co do jej treści, nie może potem bronić się zasadą interpretowania zapisów SWZ na jego korzyść. Jeżeli wykonawca nie jest pewny co do interpretacji zapisów SWZ, ustawodawca daje możliwość zwrócenie się do zamawiającego, na mocy art. 135 ustawy Pzp z wnioskiem o odpowiednie objaśnienia. Wnioskowanie o wyjaśnienie treści SWZ niejednokrotnie w orzecznictwie postrzegane jest nie tylko jako uprawnienie, ale i jako obowiązek wykonawców. Wykonawcy, jako profesjonaliści, powinni dążyć do złożenia prawidłowej oferty. Dlatego też wykonawcom nie wolno powoływać się na braki w treści SWZ czy też jakiekolwiek niejasności, gdy z łatwością mogli ustalić błędy w SWZ i zwrócić na nie uwagę zamawiającego.

Zamawiający podkreślał, że Odwołujący jako podmiot profesjonalnie zajmujący się realizacją przedmiotu zamówienia tego typu doskonale zdaje sobie sprawę, że pojedyncza emisja (1 odsłona) reklamy na pojedynczym nośniku typu digital citylight przez odpowiednio 14 lub 30 dni nie przyniesie jakiegokolwiek efektu reklamowego. A zaoferowana przez Odwołującego pojedyncza odsłona reklamy trwająca 10-15 sekund nie spełnia w żaden sposób podstawowego wymagania określonego w Formularzu cenowym dotyczącego okresu emisji reklamy odpowiednio przez 14 lub 30 dni na pojedynczym nośniku typu digital citylight. Wymaganie dotyczące okresu emisji reklamy zawarte w Formularzu cenowym jest jednoznacznie sformułowane. Zamawiający wymagał przedstawienia kosztu emisji reklamy na pojedynczym nośniku reklamowym przez okres odpowiednio 14 lub 30 dni, przy

określonej w Formularzu cenowym minimalnej częstotliwości odsłon reklamy video lub statycznej. I jedynie wycena tej pozycji kosztowej obejmująca wszystkie wymagania dotyczące częstotliwości odsłon reklamy na pojedynczym nośniku, określone w Formularzu cenowym pozwala na jej emisję przez odpowiednio 14 lub 30 dni. Dlatego nie można było zakładać, że Zamawiający żądał realizacji działania reklamowego obejmującego 1 emisję=1 odsłonę reklamy przez okres odpowiednio 14 lub 30 dni na pojedynczym nośniku typu digital citylight. Takie założenie jest niezgodnie z wymaganiami określonymi w SOPZ i w Formularzu ofertowym oraz nielogiczne. Tym bardziej, że Zamawiający nie wskazał literalnie, ani w SOPZ, ani w Formularzu cenowym w pozycjach nr 9.23 - 9.28, że wymagał przedstawienia kosztu 1 odsłony reklamy czy też 1 wyświetlenia reklamy.

Zatem przyjęty przez Odwołującego sposób wyceny opiera się na jego indywidualnej interpretacji wybranego fragmentu specyfikacji (słowa: „pojedynczy") w Formularzu ofertowym dotyczącego emisji pojedynczej reklamy typu digital citylight. W oderwaniu od SWZ oraz faktu, że Zamawiający jasno sprecyzował w Formularzu ofertowym co obejmuje wycena w pozycji kosztowej, czyli: (pojedynczy nośnik o przekątnej pomiędzy 55" a 75",

emisja minimum 12 godzin w ciągu doby w przedziale godzinowym 8 - 20, minimum 4 odsłony na godzinę).

Z powyższego wynika, wbrew temu co twierdzi Odwołujący, że ceny podane przez niego w ofercie nie zostały określone w sposób prawidłowy i zgodny z wymaganiami. Zamawiający nie wymagał bowiem przedstawienia w Formularzu cenowym, w pozycjach 9.23-9.28 kosztu emisji reklamy typu digital citylight rozumianego jako koszt 1 odsłony czy koszt 1 wyświetlenia reklamy, jako to uczynił Odwołujący i potwierdził w wyjaśnieniach z 7.09.2022 r.

Powyższy błąd Odwołującego należy zatem traktować jako błąd w wyliczeniu ceny. Zamawiający wskazał, iż w okolicznościach sprawy Odwołujący nieprawidłowo ustalił stan faktyczny, dokonując błędnej interpretacji treści dokumentacji zamówienia w zakresie kilku pozycji przedmiotu zamówienia (pozycje 9.23 - 9.28 Formularza cenowego), i w związku z tym popełnił błędy w wyliczeniu elementów kształtujących cenę. Błędna wycena ww. pozycji nie odpowiada opisowi przedmiotu zamówienia, a więc temu, czego oczekuje Zamawiający. Z uwagi na zaistniały błąd konieczne było odrzucenie oferty Odwołującego, w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp.

Odnosząc się do kwestii zaniechania poprawy omyłki w oparciu o art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp Zamawiający wskazał w szczególności, że Odwołujący przed złożeniem Zamawiającemu wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, wystąpił do Zamawiającego o dostęp do formularzy cenowych wszystkich pozostałych oferentów. Z treści formularzy cenowych innych wykonawców, którzy ich nie zastrzegli jako tajemnica przedsiębiorstwa Odwołujący mógł wprost odczytać, że dokonał błędnej wyceny kosztów emisji reklamy typu digital citylight w pozycjach 9.23-9.28 w Formularzu cenowym.

Następnie w wyjaśnieniach złożonych w dniu 07.09.2022 r., przedstawił

Zamawiającemu metodologię liczenia kosztu emisji pojedynczej w oparciu o wzór, którego Zamawiający nie zawarł w SWZ, ani którego nie można wywieść z SWZ. Zamawiający bowiem nie zawarł w Formularzu cenowym (w pozycjach 9.23-9.28): 1. ani wymagania przedstawienia kosztu pojedynczej odsłony czy pojedynczego wyświetlenia reklamy;

2. ani wzoru na obliczenie kosztu emisji na pojedynczym nośniku reklamowym w oparciu o koszt 1 odsłony / 1 wyświetlenia.

Zatem dopiero w odpowiedzi, po analizie innych ofert Odwołujący, zauważając swój błąd, zaproponował sposób wyliczenia co potwierdza, że to nie jest omyłka, którą mógł sam poprawić Zamawiający.

Okoliczności wskazane w art. 223 ust. 2 pkt 3 p.z.p., jako odstępstwo od zasady, należy interpretować ściśle. Celem regulacji art. 223 ust. 2 p.z.p., nie jest natomiast poprawianie wszystkich braków, czy też błędów kosztorysowych, a jedynie umożliwienie zamawiającemu poprawienie niektórych omyłek w treści oferty, czy to pisarskich, rachunkowych, czy też innych polegających na niezgodności treści oferty z SWZ. Nie jest dopuszczalne uznanie w niniejszej sprawie za omyłkę w treści oferty będącej oświadczeniem woli wykonawcy, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3 p.z.p., wyceny dokonanej przez Odwołującego zgodnie z którą przedstawił „koszt 1 emisji = 1 odsłony" reklamy. Zawartych w Formularzu cenowym wymagań co do minimalnej częstotliwości odsłon reklamy na pojedynczym nośniku reklamowym nie można w żaden sposób traktować jako wzoru do obliczenia kosztu realizacji tego działania w oparciu o wycenę 1 wyświetlenia/odsłony reklamy. Ponieważ są to minimalne wymagania co do częstotliwości odsłon reklamy na pojedynczym nośniku reklamowym. Zatem wzór przedstawiony przez Odwołującego już na

etapie wyjaśnień (złożonych 7.09.2022 r.) do obliczenia ceny za emisję reklamy na pojedynczym nośniku przez 14 lub 30 dni (w zależności od pozycji w kosztorysie) mógłby być inny niż przyjął Odwołujący i prowadzić do wyliczenia innej ceny w pozycjach kosztowych 9.23-9.28.

Jasno wynika z przywołanej specyfikacji, że wymagania dotyczące minimalnej częstotliwości odsłon reklamy nie mogą zostać sprowadzone do wzoru matematycznego, ponieważ zawierają w dwóch składnikach minimalne wartości liczbowe (co do liczby godzin emisji w ciągu doby oraz co do liczby odsłon na godzinę). Zatem nie można z tak sformułowanych wymagań wyprowadzić żadnego wzoru matematycznego prowadzącego do jednoznacznego wyniku matematycznego. Z tego względu ani Zamawiający, ani Odwołujący nie mają podstaw do traktowania wymagań dotyczących minimalnej częstotliwości odsłon reklamy na pojedynczym nośniku reklamowym, jako wzoru do obliczenia ceny w oparciu o cenę pojedynczej odsłony/wyświetlenia reklamy, jaką Odwołujący zawarł w swojej ofercie. Poza tym w wyjaśnieniach złożonych w dniu 07.09.2022 r. Odwołujący wniósł o poprawienie cen w Formularzu cenowym u wszystkich pozostałych 5 oferentów w pozycjach 9.23-9.28 wg. zaproponowanego przez siebie wzoru, a w odwołaniu wniósł o poprawienie cen wyłącznie w swojej ofercie wg. zaproponowanego przez siebie wzoru. Zatem Odwołujący proponuje różne sposoby poprawienia omyłek, w zależności od aktualnej strategii wyjaśnienia swojego błędu.

Akceptacja takiego podejścia prowadziłaby do niebezpiecznego precedensu, tj. dopuszczenia przeliczania wartości jednego rodzaju świadczenia na inny wg swobodnie dobranych wzorów matematycznych przedstawianych przez oferentów po terminie składania ofert. Takie działanie sprzeciwiałoby się przede wszystkim treści art. 223 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp, w którym ustawodawca wyraźnie zakazał dokonywania zmiany oferty, a uzupełnianie oferty o treści, które nie były w niej wcześniej zawarte, stanowi zmianę oferty.

Retoryka prezentowana przez Odwołującego wydaje się sprowadzać do wykazania, że Zamawiający chciał zamówić nie to co zostało zawarte w SOPZ i Formularzu Cenowym, ale to co Odwołujący zawarł w swojej ofercie. Jakiekolwiek zatem poprawy zgodnie z propozycjami zgłaszanymi przez Odwołującego byłyby zarówno niezgodne ze specyfikacją, jak również z intencją Zamawiającego, który nie domagał przedstawienia kosztu 1 odsłony reklamy czy też 1 wyświetlenia reklamy.

Zamawiający zgłosił także generalną uwagę do argumentacji Oferenta przedstawionej zarówno w wyjaśnieniach z 07.09.2022 r., jak i w odwołaniu. W opinii Zamawiającego, Oferent stosuje selektywne podejście w dokonywaniu literalnej interpretacji brzmienia dokumentacji postępowania, wybierając fragmenty specyfikacji lub wybrane sformułowania pasujące do preferowanej przez niego argumentacji.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestnika, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 9 listopada 2022 r. powiadomił wykonawców o wniesionym odwołaniu.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia P. P. oraz I. S. prowadzący działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej Fabryka Komunikacji Społecznej P. P., I. S. s.c. w Warszawie zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego w dniu 14 listopada 2022 r. po stronie Zamawiającego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, specyfikację warunków zamówienia wraz z załącznikami oraz wyjaśnieniami i modyfikacjami, ofertę Odwołującego wraz z wyjaśnieniami, wezwania kierowane do Odwołującego oraz zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej oferty

i odrzuceniu oferty Odwołującego.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestnika złożone pisemnie oraz ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 22 listopada 2022 r., w tym odpowiedź na odwołanie i pismo procesowe Przystępującego z dnia 22 listopada 2022 r.

Izba zaliczyła w poczet materiału sprawy dowody złożone przez Przystępującego, tj. korespondencję elektroniczną z dnia 21 i 22 listopada 2022 r. zawierającą oferty dostawców nośników reklamowych.

Izba ustaliła, co następuje:

Załącznik nr 1 do SWZ stanowił Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia [dalej „SOPZ"].

W załączniku nr 1 do SWZ Zamawiający określił m.in.:

Zakup powierzchni reklamowych - format typu digital citylight:

1. Zakup powierzchni reklamowych typu DOOH dotyczyć będzie następujących nośników o proporcjach 9 x 16, nośnik o przekątnej ekranu pomiędzy 55" a 75".

2. Na powierzchniach reklamowych typu (DOOH) emitowane będą materiały reklamowe w formie animacji lub spotów lub reklamy statycznej o długości od 10 do 15 s.

3. Wykonawca w ramach umowy zapewnia:

a) zakup nośnika reklamowego,

b) emisję materiału reklamowego,

c) serwis nośnika reklamowego w stopniu gwarantujący efektywną ekspozycję materiału reklamowego.

4. Wykonawca zobowiązany jest do monitoringu nośników w celu kontroli prawidłowej emisji materiałów reklamowych i stanu technicznego nośników. W przypadku uszkodzenia nośnika, wykonawca zobowiązany jest do naprawy ekspozycji na własny koszt w ciągu 4 dni roboczych od wykrycia uszkodzenia.

5. W razie braku możliwości naprawy nośnika lub zmiany warunków otoczenia wpływających na ograniczenie jego widoczności, Wykonawca ma obowiązek znalezienia równorzędnego cenowo nośnika zastępczego i niezwłocznego poinformowania o tym zamawiającego. W przypadku braku możliwości znalezienia nośnika zastępczego, Wykonawca otrzyma tylko część wynagrodzenia proporcjonalnie do czasu efektywnej emisji materiału reklamowego.

Zakup powierzchni reklamowych (billboard, citylighty, format typu digital citylight) - tryb współpracy:

1. Zamawiający zleca Wykonawcy przygotowanie planu zakupu powierzchni reklamowych, wskazując rodzaj i ilość nośników oraz czas trwania emisji materiałów reklamowych, uwzględniając szczegóły danych powierzchni.

2. Po otrzymaniu zlecenia od Zamawiającego w terminie do 3 dni roboczych od momentu otrzymania zlecenia, Wykonawca przygotowuje szczegółowy plan zakupu powierzchni reklamowych, uwzględniający parametry wskazane przez Zamawiającego oraz wskazując dokładną ich lokalizację. Zamawiający zastrzega sobie prawo do wprowadzania wszelkich uzasadnionych poprawek do planu zakupu reklam, natomiast Wykonawca jest zobowiązany do ich uwzględnienia.

3. Po zaakceptowaniu przez Zamawiającego planu zakupu powierzchni reklamowych Wykonawca dokona zakupu powierzchni reklamowych, zgodnie z przedstawioną Ofertą oraz zaakceptowanym przez Zamawiającego planem zakupu powierzchni reklamowych.

Zgodnie z rozdziałem XI SWZ Sposób obliczenia ceny oferty:

1. Cena całkowita brutto podana w poz. 1 Formularza oferty (załącznik nr 3 do SWZ) musi

być wyliczona w oparciu o Formularz cenowy (załącznik nr 1 do Formularza oferty) i musi wynikać z sumy wartości brutto wszystkich jego pozycji.

2. Całkowita cena oferty brutto określona w Formularzu oferty, nie stanowi wartości wynagrodzenia brutto Wykonawcy, lecz służy porównaniu ofert złożonych w postępowaniu i dokonaniu przez Zamawiającego wyboru najkorzystniejszej oferty. Zamawiający zawrze umowę na maksymalną wartość, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

3. Rozliczenie pomiędzy Zamawiający a Wykonawcą nastąpi na podstawie faktycznie zrealizowanych zleceń oraz na podstawie cen jednostkowych brutto wskazanych w Formularzu cenowym Wykonawcy.

4. Ceny jednostkowe brutto wskazane w Formularzu cenowym oraz prowizje wskazane w Formularzu oferty są ostateczne, nie podlegają negocjacjom i obowiązują przez cały okres obowiązywania umowy.

Zgodnie z załącznikiem nr 1 do Formularza oferty stanowiącym Formularz cenowy Zamawiający wymagał wyceny:

- poz. 9.23. - Emisja 10-15" reklamy video lub statycznej przez 14 dni pojedynczej reklamy typu digital citylight z widownią powyżej 30 000 osób na miesiąc (pojedynczy nośnik o przekątnej pomiędzy 55” a 75”, emisja minimum 12 godzin w ciągu doby w przedziale godzinowym 8 - 20, minimum 4 odsłony na godzinę), emisja w miejscowościach powyżej 250 000 mieszkańców,

- 9.24. - Emisja 10-15" reklamy video lub stycznej przez 30 dni pojedynczej reklamy typu digital citylight z widownią powyżej 30 000 osób na miesiąc (pojedynczy nośnik o przekątnej pomiędzy 55” a 75”, emisja minimum 12 godzin w ciągu doby w przedziale godzinowym 8 - 20, minimum 4 odsłony na godzinę), emisja w miejscowościach powyżej 250 000 mieszkańców,

- 9.25. - Emisja 10-15" reklamy video lub statyczne przez 14 dni pojedynczej reklamy typu digital citylight w galeriach handlowych z widownią powyżej 10 000 osób na miesiąc (pojedynczy nośnik o przekątnej pomiędzy 55” a 75”, emisja minimum 12 godzin w ciągu doby w przedziale godzinowym 8 - 20, minimum 4 odsłony na godzinę),

9.26. - Emisja 10-15" reklamy video lub statyczne przez 30 dni pojedynczej reklamy typu digital citylight w galeriach handlowych z widownią powyżej 10 000 osób na miesiąc (pojedynczy nośnik o przekątnej pomiędzy 55” a 75”, emisja minimum 12 godzin w ciągu doby w przedziale godzinowym 8 - 20, minimum 4 odsłony na godzinę,

9.27. - Emisja 10-15" reklamy video przez 14 dni pojedynczej reklamy typu digital citylight na lotniskach z widownią powyżej 10 000 osób na miesiąc (pojedynczy nośnik o przekątnej pomiędzy 55” a 75”, emisja minimum 12 godzin w ciągu doby w przedziale godzinowym 8 - 20, minimum 4 odsłony na godzinę),

9.28. - Emisja 10-15" reklamy video przez 30 dni pojedynczej reklamy typu digital citylight na lotniskach z widownią powyżej 10 000 osób na miesiąc (pojedynczy nośnik o przekątnej pomiędzy 55” a 75”, emisja minimum 12 godzin w ciągu doby w przedziale godzinowym 8 - 20, minimum 4 odsłony na godzinę).

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia oferty złożyło 6 wykonawców.

Zamawiający wezwał Odwołującego do udzielenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny w zakresie sposobu kalkulacji ceny ofertowej w odniesieniu do poz. 9.23 - 9.28 Formularza cenowego.

Pismem z dnia 7 września 2022 r. Odwołujący złożył wyjaśnienia poziomu ceny wraz z opinią biegłego sądowego w zakresie językoznawstwa i komunikacji społecznej, które objęte zostały tajemnicą przedsiębiorstwa i nieodtajnione przez Zamawiającego.

W dniu 28 października 2022 r. Zamawiający za najkorzystniejszą uznał ofertę wykonawcy Fabryka Komunikacji Społecznej s.c. P. P., I. S. w Warszawie, która otrzymała 74,21 p.

Jednocześnie Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp wskazując w uzasadnieniu faktycznym, że z wyjaśnień złożonych na wezwanie Zamawiającego przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Euvic Media Sp. z o.o. i Agencja reklamowa dsk Sp. z o.o. w zakresie wysokości zaoferowanych w Formularzu cenowym w pozycjach 9.23-9.28 cen jednostkowych brutto wynika, że w kol. C Formularza cenowego w ww. wskazanych

pozycjach, jako cena jednostkowa w zł brutto podany został błędnie „koszt 1 emisji = 1 odsłony" reklamy, a nie koszt emisji przez 14 dni lub 30 dni (odpowiednio do pozycji w Formularzu cenowym) pojedynczej reklamy typu digital citylight, obejmujący koszt pojedynczego nośnika, emisję przez minimum 12 godzin w ciągu doby w przedziale godzinowym 8 - 20 oraz minimum 4 odsłony na godzinę. Potwierdza to przedstawiona przez Wykonawcę „metodologia liczenia kosztu pojedynczej reklamy".

Zamawiający wskazał, że w pozycjach nr 9.23, 9.25, 9.27 Formularza cenowego, podał, że koszt emisji przez 14 dni pojedynczej reklamy typu digital citylight obejmuje: „(pojedynczy nośnik o przekątnej pomiędzy 55" a 75", emisja minimum 12 godzin w ciągu doby w przedziale godzinowym 8 - 20, minimum 4 odsłony na godzinę)".

W pozycjach nr 9.24, 9.26, 9.28 Formularza cenowego, Zamawiający wskazał, że koszt emisji przez 30 dni pojedynczej reklamy typu digital citylight obejmuje: „(pojedynczy

nośnik o przekątnej pomiędzy 55" a 75", emisja minimum 12 godzin w ciągu doby w przedziale godzinowym 8 - 20, minimum 4 odsłony na godzinę)".

Błąd Wykonawcy w wyliczeniu dotyczy wszystkich 6 pozycji od 9.23-9.28, o których wyjaśnienie prosił Zamawiający.

Zamawiający wskazał, iż mamy tu do czynienia z błędami w obliczeniu ceny w rozumieniu przepisu art. 226 ust. 1 pkt 10) ustawy Pzp, gdyż Wykonawca nieprawidłowo ustalił stan faktyczny i w związku z tym popełnił błędy w wyliczeniu elementów kształtujących cenę, wynikające z błędnej interpretacji treści dokumentacji zamówienia w zakresie kilku pozycji przedmiotu zamówienia. Błędna wycena ww. pozycji nie odpowiada opisowi przedmiotu zamówienia, a więc temu, czego oczekuje Zamawiający. Błąd ten należy rozpatrywać jako wadę oświadczenia woli Wykonawcy.

Oznacza to, że Wykonawca przyjął przy wycenie pozycji 9.23-9.28 mylne założenia, bowiem punktem wyjścia do skalkulowania przez niego ceny jest inny stan faktyczny niż ten wynikający z SWZ. Wykonawca w sposób błędny kalkulował cenę oferty, przyjmując w poz. 9.23 - 9.28 jako bazowy „koszt 1 emisji = 1 odsłony" reklamy (jak się okazało w wyniku wyjasnień), a więc odmiennie od założeń SWZ w tym zakresie, z których wynika, że Zamawiający żądał podania kosztu za pojedynczą reklamę typu digital citylight obejmującego: „(pojedynczy nośnik o przekątnej pomiędzy 55" a 75", emisja minimum 12 godzin w ciągu doby w przedziale godzinowym 8 - 20, minimum 4 odsłony na godzinę)".

Zamawiający powyższy stan faktyczny poddał analizie pod kątem możliwości poprawienia w ofercie Wykonawcy błędu na podstawie art. 223 ust. 2 ustawy Pzp. Nie ma możliwości, aby na podstawie złożonej odpowiedzi na wezwanie i zawartego w nich uzasadnienia Zmawiający mógł poprawić błąd w ofercie Wykonawcy na podstawie: 1) art. 223 ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp jako oczywistą omyłkę rachunkową, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek, 2) art. 223 ust. 2 pkt 2) ustawy Pzp jako oczywistą omyłkę pisarską oraz 3) art. 223 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp jako inną omyłkę polegającą na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

W zakresie omyłki, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wskazał, że odniesienie do „istotności zmian" wyraża zasadę, że skoro to Zamawiający ma dokonać weryfikacji oferty, to poprawki muszą mieścić się w ramach korekty możliwej dla Zamawiającego. Tym samym Zamawiający ofertę może „poprawiać", ale nie może zastępować wykonawcy w jej tworzeniu. W tym przypadku wskazanie nieprawidłowej ceny jednostkowej brutto w kol. C w poz. 9.23-9.28 powoduje, że Zamawiający nie jest w stanie ustalić prawidłowej treści oświadczenia woli. W takim przypadku konieczne byłoby uzupełnienie treści oferty po upływie terminu do jej złożenia przez wskazanie prawidłowej ceny jednostkowej i oznaczałoby prowadzenie niedozwolonych negocjacji z Wykonawcą. Celem regulacji art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie jest poprawianie wszystkich braków czy też błędów kosztorysowych, a jedynie umożliwienie Zamawiającemu poprawienia niektórych omyłek w treści oferty. Wskazanie błędnej ceny jednostkowej, niezależnie od jej wysokości, nie jest omyłką, lecz błędnym oświadczenia, którego poprawienia ustawodawca nie dopuścił. Podobnie jak w przypadku omyłek rachunkowych i pisarskich, inne omyłki muszą mieć charakter przypadkowych, niezamierzonych błędów. W żadnym wypadku za inną omyłkę nie można przyjąć świadomego i celowego działania wykonawcy. Jak wynika natomiast z udzielonych wyjaśnień ceny jednostkowe zostały podane w takiej wysokości w pełni świadomie i celowo. Powyższe okoliczności wskazują, iż błędu w ofercie Wykonawcy nie można zakwalifikować jako omyłki, o których mowa w art. 223 ust. 2 ustawy Pzp, co skutkuje brakiem możliwości poprawienia jej w trybie ww. art. ustawy Pzp.

Nie budzi wątpliwości Zamawiającego, że w złożonym przez Wykonawcę Formularzu cenowym w poz. 9.23-9.28 wycenione zostały działania innego typu niż wymagał

Zamawiający. Niezgodności te stanowią błąd w obliczeniu ceny. Błąd w obliczeniu ceny nie jest, w odróżnieniu od omyki rachunkowej, błędnym wynikiem działania arytmetycznego, lecz przede wszystkim przyjęciem nieprawidłowego założenia. Ustawa nie definiuje przy tym pojęcia "błąd w obliczeniu ceny". Niemniej jednak zgodnie z orzecznictwem KIO przyjmuje się, iż błędem w obliczeniu ceny jest błąd polegający na przyjęciu niewłaściwych danych do jej obliczenia, wynikający np. z nieprawidłowego ustalenia stanu faktycznego. Tak więc błąd w obliczeniu ceny oferty ma miejsce wówczas gdy wykonawca oblicza cenę oferty inaczej, niż zostało to ustalone przez zamawiającego. W niniejszej sprawie Wykonawca niewłaściwie zrozumiał zapis słowny odnoszący się do ww. pozycji i zamiast kosztu emisji przez 14 dni lub 30 dni (odpowiednio do pozycji w Formularzu cenowym) pojedynczej reklamy typu digital citylight, obejmującego koszt pojedynczego nośnika, emisję przez minimum 12 godzin w ciągu doby w przedziale godzinowym 8 - 20 oraz minimum 4 odsłony na godzinę, wycenił „koszt 1 emisji = 1 osłony” reklamy.

Dodatkowo przed złożeniem wyjaśnień przez Wykonawcę Zamawiający nie miał wiedzy o sposobie wyliczenia ceny jednostkowej brutto we wskazanych wyżej pozycjach przez Wykonawcę, a cena nie może zostać ustalona przez Zamawiającego dowolnie i bez oparcia w treści oferty. Niedopuszczalnym jest, aby Zamawiający stosując art. 223 ust. 2 ustawy Pzp przyporządkował kwoty brutto będące wynikiem wyliczeń przedstawionych przez Wykonawcę na podstawie „metodologii liczenia kosztu pojedynczej reklamy” do kolumny C Formularza cenowego jako „cena jednostkowa w zł brutto”.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Nie zasługiwał na uwzględnienie zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp przez bezzasadne odrzucenie oferty Konsorcjum Euvic jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny w zakresie pozycji 9.23-9.28 cen jednostkowych Formularza cenowego, mimo iż ceny te zostały określone w sposób prawidłowy i zgodny z wymaganiami. Nie potwierdził się także zarzut ewentualny dotyczący naruszenia art. 223 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp przez zaniechanie poprawienia w ofercie Odwołującego innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją warunków zamówienia, niepowodującej istotnych zmian treści oferty w odniesieniu do pozycji 9.23-9.28 Formularza cenowego, a w konsekwencji art. 223 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie poprawienia w Formularzu cenowym oczywistej omyłki rachunkowej (w wyniku zastosowania art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp).

Izba wskazuje, iż osią sporu między Stronami postępowania odwoławczego była kwestia interpretacji postanowień SWZ dotyczących poz. 9.23 - 9.28 Formularza cenowego i sposobu ich wyceny. Odwołujący stał na stanowisku, że prawidłowo zinterpretował postanowienia SWZ, a w konsekwencji prawidłowo dokonał wyceny ww. pozycji Formularza cenowego. Zdaniem Odwołującego w ww. pozycjach Formularza cenowego należało podać cenę jednostkową za emisję pojedynczej reklamy - pojedynczej odsłony, na co wskazywała użyta liczba pojedyncza. Ponadto rozstrzygnięcia wymagało, czy ewentualna niezgodność w ofercie Konsorcjum Euvic dotycząca wyceny ww. pozycji Formularza cenowego podlegała poprawie zgodnie z art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Poza sporem było, że w okolicznościach sprawy nie mamy do czynienia z oczywistą omyłką pisarską oraz rachunkową.

W ocenie Izby w realiach niniejszej sprawy czynność Zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty Odwołującego z uwagi na błąd w obliczeniu ceny była prawidłowa.

Stosownie do art. 16 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, przejrzysty i proporcjonalny.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu. Dla zastosowania ww. podstawy odrzucenia oferty konieczne jest stwierdzenie, że doszło do popełnienia przez wykonawcę tego rodzaju błędu, który skutkuje tym, iż cena podana w ofercie jest ceną nieprawidłową. Wymaga to zatem stwierdzenia, iż odmienność sposobu obliczenia ceny przez wykonawcę skutkowałaby tym, iż cena oferty byłaby inna, gdyby wykonawca ściśle zastosował się do sposobu obliczenia ceny wskazanego w specyfikacji warunków zamówienia. Z błędem w obliczeniu ceny będziemy mieć zatem do czynienia w sytuacji przyjęcia przez wykonawcę niewłaściwych danych, wynikających przykładowo z nieprawidłowego ustalenia stanu faktycznego, będących podstawą dokonywanej kalkulacji w świetle dokumentów zamówienia.

Odnosząc się do kwestii interpretacji postanowień SWZ Izba wskazuje, że podzieliła argumentację Zamawiającego dotyczącą rozumienia zapisów Formularza cenowego - poz. 9.23 - 9.28. Zdaniem Izby Odwołujący błędnie rozumiał znacznie pojęcia emisja pojedynczej reklamy typu digital citylight utożsamiając je z pojedynczym wyświetleniem czy odsłoną. Za odmową przyjęcia rozumienia specyfikacji prezentowanego przez Odwołującego przemawiała globalna analiza spornych postanowień Formularza cenowego wskazująca, iż przedmiotem wyceny miała być emisja pojedynczej reklamy typu digital citylight przez 14 lub 30 dni, przez minimum 12 godzin na dobę, minimum 4 odsłony na godzinę, na nośniku reklamowym. Zamawiający nie wymagał w SWZ ani w Formularzu cenowym przedstawienia kosztu jednej odsłony reklamy czy też jednego wyświetlenia reklamy, jak przyjął Odwołujący. Zauważyć należy, iż zwrot „Emisja 10-15" reklamy video lub statycznej przez 14 dni pojedynczej reklamy typu digital citylight" został uszczegółowiony w nawiasie jako „(pojedynczy nośnik o przekątnej pomiędzy 55" a 75", emisja minimum 12 godzin w ciągu doby w przedziale godzinowym 8 - 20, minimum 4 odsłony na godzinę)". Tym samym z postanowień specyfikacji jasno wynikało, że obowiązkiem wykonawcy była wycena 14-dniowej albo odpowiednio 30-dniowej (w zależności od pozycji Formularza cenowego) emisji pojedynczej reklamy rozumianej jako pojedynczy nośnik spełniający określone w specyfikacji parametry dotyczące sposobu i czasu emisji. Kalkulując zatem pozycje 9.23-9.28 Formularza cenowego obowiązkiem wykonawcy była wycena całego rodzajowo określonego w tych pozycjach świadczenia, nie zaś wycena jednego elementu tego świadczenia, tj. jednej odsłony czy wyświetlenia reklamy. Dodać należy, iż analiza Formularzy cenowych sześciu ofert złożonych w niniejszym postępowaniu wskazuje, że jedynie Odwołujący przyjął odmienną i niezgodną z wymaganiami SWZ interpretację sposobu wyceny emisji pojedynczej reklamy typu digital citylight.

Powyższe rozważania pozostają zgodne i spójne z innymi postanowieniami SOPZ dotyczącymi zakup powierzchni reklamowych dla formatu typu digital citylight. Jak wynika z SOPZ zakup powierzchni reklamowych w formacie typu digital citylight ma dotyczyć nośników oraz obejmuje zakup nośnika reklamowego. Ponadto Zamawiający zlecając Wykonawcy przygotowanie planu zakupu powierzchni reklamowych wskazuje m.in. rodzaj i ilość nośników. Jednocześnie w sytuacji braku możliwości naprawy nośnika lub zmiany warunków otoczenia wpływających na ograniczenie jego widoczności, Wykonawca ma obowiązek znalezienia równorzędnego cenowo nośnika zastępczego, a w przypadku braku możliwości znalezienia nośnika zastępczego, Wykonawca otrzyma tylko część wynagrodzenia proporcjonalnie do czasu efektywnej emisji materiału reklamowego.

Powyższe wskazuje zatem, iż zakup powierzchni reklamowych w formacie typu digital citylight jest realizowany w modelu, w którym prace są zlecane i rozliczane na podstawie liczby nośników reklamowych, a nie liczby odsłon/wyświetleń reklamy. W takim modelu ceną rozliczeniową jest koszt emisji materiałów reklamowych na pojedynczym nośniku reklamowym, a nie koszt pojedynczej odsłony/wyświetlenia reklamy. Z kolei w przypadku uszkodzenia nośnika reklamowego wynagrodzenie należy się tylko proporcjonalnie do czasu efektywnej emisji materiału reklamowego, a nie proporcjonalnie do liczby odsłon/wyświetleń reklamy. W szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia w zakresie realizacji tego działania nie ma żadnych informacji o zakupie pojedynczych odsłon czy też pojedynczych wyświetleń reklamy, ani żadnych informacji wskazujących na taki model zakupu emisji reklamy.

Ponadto Zamawiający wyjaśnił, że w opisie przedmiotu zamówienia przyjął spójne podejście w zakresie sposobu zakupu i wyceny wszystkich rodzajów reklam billboardowych przewidzianych w ramach zamówienia. Zamawiający wymagał w Formularzu cenowym przedstawienia kosztów emisji reklamy na pojedynczym nośniku reklamowym dla wszystkich rodzajów reklam billboardowych, czyli formatów: typu billboard (pozycje 9.16-9.20, 9.29, 9.35 Formularza cenowego), citylight (pozycje 9.21-9.22 Formularza cenowego) oraz digital citylight (pozycje 9.23-9.28).

Za Zamawiającym Izba wskazuje, że w przypadku wymagania przedstawienia w Formularzu cenowym kosztu za pojedyncze wyświetlenie reklamy, Zamawiający każdorazowo precyzował takie wymaganie w SOPZ i Formularzu cenowym. Jako przykład należy wskazać pozycje 4.12, 4.14, 4.16 Formularza cenowego, które zostały poprawnie zrozumiane przez wszystkich oferentów.

W tym miejscu podkreślenia wymaga, iż Odwołujący nie polemizował ze stanowiskiem Zamawiającego w przedmiocie wymagań dotyczących emisji reklamy w formacie typu digital citylight wynikających z SOPZ (str. 42 - 43 załącznika nr 1 do SWZ), lecz poprzestał przy własnym rozumieniu specyfikacji.

Odnosząc się z kolei do podniesionej przez Odwołującego zasady In dubio contra proferentem, za stanowiskiem Sądu Najwyższego, zachowującym swoją aktualność na gruncie obecnie obowiązujących przepisów podnieść należy, iż ZamPublU stanowi w związku zKC nie tylko uprawnienie, ale także obowiązek wykonawcy zwrócenia się do zamawiającego o wyjaśnienie treści SIWZ; zaniechanie tej powinności

może być podstawą zarzucenia wykonawcy niedochowania należytej staranności wymaganej od przedsiębiorcy przezKC." (tak SN w wyroku z dnia 5 czerwca 2014 r. sygn. akt IV CSK 626/2013). W okolicznościach przedmiotowej sprawy Odwołujący nie dołożył należytej staranności i nie wystąpił do Zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie treści specyfikacji dotyczącym sposobu wyceny spornych pozycji Formularza cenowego, a popełnionego w tym zakresie błędu w obliczeniu ceny, nie usprawiedliwia podnoszona przez Odwołującego nieprecyzyjność wymogów specyfikacji, która jak wskazano powyżej nie miała miejsca. W ocenie Izby Odwołujący w istocie oparł się na własnej, wyrywkowej interpretacji postanowień specyfikacji, akcentując w pozycjach 9.23-9.28 Formularza cenowego wybrane słowa, tj. „emisja" oraz „pojedynczej reklamy" usiłując wywrzeć wrażenie, że w ww. pozycjach należało wycenić pojedynczą odsłonę czy wyświetlenie reklamy, choć całościowa analiza pozycji 9.23-9.28 Formularza cenowego oraz opis przedmiotu zamówienia nie dają ku temu żadnych podstaw. Podnieść trzeba, iż interpretacji określonych słów nie należy dokonywać w oderwaniu od kontekstu w jakich są one używane. Dlatego też oceny Izby nie zmieniła załączona do wyjaśnień z dnia 7 września 2022 r. opinia prywatna biegłego z zakresu językoznawstwa i komunikacji społecznej potwierdzająca prawidłowość sposobu rozumienia ww. pozycji przez Wykonawcę. Wskazać należy, iż z treści opinii nie wynika, by uwzględniała ona przedmiot zamawianego świadczenia, wymagania Zamawiającego zawarte w specyfikacji dotyczące reklam typu digital citylight, jak również specyfikę wyceny tego typu usług na rynku. Ponadto opinia nie stanowi kompleksowej interpretacji poz. 9.23-9.28 Formularza cenowego.

Konkludując powyższe Izba stwierdziła, że w okolicznościach niniejszej sprawy mamy do czynienia z błędem w obliczeniu ceny polegającym na przyjęciu błędnych założeń faktycznych stanowiących podstawę kalkulacji oferty Odwołującego w zakresie pozycji 9.23-9.28 Formularza cenowego. Odwołujący w zakresie ww. pozycji Formularza cenowego nieprawidłowo przyjął, że wycenie podlegała jedna odsłona czy też jedno wyświetlenie reklamy typu digital citylight, podczas gdy przedmiotem wyceny należało objąć 14-dniową albo 30-dniową emisję pojedynczej reklamy rozumianej jako pojedynczy nośnik spełniający określone w specyfikacji parametry i wymogi. Tym samym dokonana przez Odwołującego wycena ww. pozycji Formularza cenowego nie obejmował wszystkich kosztów, które należało w tych pozycjach uwzględnić.

Jednocześnie błąd w obliczeniu ceny popełniony przez Odwołującego zdaniem Izby nie mógł zostać konwalidowany za pomocą dyspozycji art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Wskazać należy, iż zgodnie z art. 223 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający poprawia w ofercie oczywiste omyłki pisarskie, oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek oraz inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty - niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. Tym samym w sytuacji wystąpienia jednej z ww. omyłek w ofercie wykonawcy, obowiązkiem zamawiającego jest jej poprawienie oraz zawiadomienie wykonawcy, którego oferta została poprawiona. Podkreślić należy, iż intencją ustawodawcy na gruncie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp (daw. art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp) było uczynienie dopuszczalnym poprawianie wszelkiego rodzaju błędów, omyłek, nieścisłości i innych niedoskonałości oferty, o ile tylko nie spowodują one zniekształcenia woli wykonawcy w istotnym zakresie. O istotności zmiany treści oferty każdorazowo będą decydowały okoliczności konkretnej sprawy, tj. na ile zmiana oddaje pierwotny sens i znaczenie treści oferty, a na ile stanowi wytworzenie całkowicie nowego oświadczenia, odmiennego od złożonego przez wykonawcę w stopniu nakazującym uznać, że wykonawca nie złożyłby takiego oświadczenia, bowiem nie odzwierciedla ono jego intencji wyrażonych w poddawanej poprawie ofercie. Podkreśla się również, i Izba podziela ten pogląd, że poprawienie omyłek w trybie przepisu art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie może prowadzić do dostosowania treści oferty do wymagań zamawiającego, wyartykułowanych w treści SWZ, czyli do rekonstrukcji oświadczenia woli wykonawcy na postawie wymogów zamawiającego, choć oświadczenie woli zawarte w ofercie nie daje takich podstaw.

W ocenie Izby w okolicznościach przedmiotowej sprawy brak jest podstaw do przyjęcia, że mamy do czynienia z omyłką, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, bowiem Odwołujący w sposób świadomy wycenił pozycje 9.23-9.28 Formularza cenowego, opierając się na własnej, błędnej interpretacji postanowień SWZ. Nie sposób zatem uznać, że sprzeczność oferty Odwołującego z treścią specyfikacji nastąpiła w sposób niezamierzony czy omyłkowy. Gdyby nawet przyjąć, że z omyłką mamy do czynienia również w sytuacji, gdy wykonawca pozostaje w błędnej świadomości co do faktu i związanego z tym przekonania, że działa zgodnie z wymogami zamawiającego, to podkreślić należy, iż w niniejszej sprawie brak jest podstaw do uznania, że Odwołujący złożyłby oświadczenie o treści zgodnej z żądaniem odwołania zawartym w punkcie IV.4 lit. a-f, gdyby prawidłowo zrozumiał postanowienia specyfikacji. W kontekście powyższego Izba miała w szczególności na uwadze wymogi specyfikacji wskazujące na konieczność wyceny emisji pojedynczej reklamy rozumianej jako nośnik reklamowy, co oznacza że punktem wyjścia do sporządzenia kalkulacji była wycena pojedynczego nośnika a nie jednej odsłony reklamy. Powyższe z kolei pozostawało spójne z podnoszonymi przez Przystępującego regułami dotyczącymi sposobu

wyceny usług tego typu obowiązującymi na rynku, które nie zostały przez Odwołującego podważone. Jak wyjaśnił w piśmie procesowym z dnia 22 listopada 2022 r. Przystępujący „w praktyce ww. formaty nabywane są jako pakiety, nie jako pojedyncze wyświetlenie. Pakiety te nie są „szyte na miarę" tzn. właścicieli nośnika digital cityligth lub podmiot nim zarządzający nie oferują sprzedaży tych formatów w pakietach opisanych przez klienta, ale w pakietach oferowanych standardowo przez właściciela / zarządcę." Ponadto Przystępujący wskazał, że „Reklamy emitowane na tych nośnikach są nagrywane jako bloki i odtwarzane jako bloki. Innymi słowy właściciel / zarządca nagrywa godzinny blok reklam, który jest następnie odtwarzany w pętli non stop przez czas określony przez dostawcę / zarządcę. Jest to związane ze specyfiką tej formy tej formy reklamy, której efektywność można osiągnąć poprzez emisję reklam przez określony czas z odpowiednią częstotliwością. W związku z tym liczba odsłon reklamy w ciągu godziny na danym nośniku zależy od właściciela

nośnika a nie od wykonawcy." Powyższe potwierdzały dowody złożone przez Przystępującego w postaci ofert czterech wiodących na rynku dostawców nośników, z których każdy oferował kampanie reklamowe na innych warunkach, tj. np. w różnych pakietach, różna liczba emisji w godzinie/dziennie. Podkreślenie wymaga, że Odwołujący co do zasady nie kwestionował prezentowanej przez Przystępującego praktyki rynkowej dotyczącej zakupu ww. usług. Odwołujący nie wykazał również, aby dysponował ofertą „uszytą na miarę" - wyłącznie na potrzeby niniejszego postępowania, tj. obejmującą łącznie 48 odsłon dziennie (min. 4 odsłony na godzinę x min. 12 godzin w ciągu doby) odpowiednio dla 14 albo 30 dni.

Jednocześnie dostrzec należy, iż założenia zawarte w ww. pozycjach Formularza cenowego obejmowały dwa składniki stanowiące minimalne wartości liczbowe dotyczące liczby godzin emisji w ciągu doby oraz co do liczby odsłon na godzinę. Z kolei funkcjonujący na rynku sposób zakupu usług tego typu - niepodważony przez Odwołującego - powoduje, że faktyczny czas emisji reklamy i liczba odsłon na godzinę będzie zależała od dostawcy / zarządcy danego nośnika. Zamawiający nie dysponuje danymi w powyższym zakresie. Nie ma wiedzy jakie założenia na moment kalkulacji ceny przyjął Odwołujący, w szczególności kto jest dostawcą danego nośnika, z jaką częstotliwością i przez ile godzin na dobę emituje reklamę, co z kolei uniemożliwia poprawienie oferty Odwołującego w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Przyjęcie sposobu poprawy oferty proponowanego przez Wykonawcę prowadziłoby do nieporównywalności złożonych ofert, w sytuacji gdy pozostali wykonawcy prawidłowo odkodowali zapisy SWZ i wycenili rzeczywiste koszty zakupu nośnika reklamowego z uwzględnieniem wytycznych Zamawiającego. Postanowienia specyfikacji warunków zamówienia oraz realia rynkowe dotyczące zakupu usług objętych zamówieniem, oparte na różnych założeniach emisji reklam typu digital citylight uzależnionych od właściciela czy zarządcy nośnika, nie pozwalają przyjąć do kalkulacji poz. 9.23-9.28 Formularza cenowego wzoru matematycznego proponowanego przez Odwołującego. Zamawiający nie zawarł bowiem w specyfikacji ani wymagania przedstawienia kosztu pojedynczej odsłony czy pojedynczego wyświetlenia reklamy ani wzoru na obliczenie kosztu emisji na pojedynczym nośniku reklamowym w oparciu o koszt jednej odsłony czy jednego wyświetlenia. Poprawa oferty Wykonawcy jako innej omyłki nie może sprowadzać się do działania matematycznego, celem doprowadzenia oferty Wykonawcy do zgodności wymogami specyfikacji, którego wynik w okolicznościach niniejszej sprawy byłby niemiarodajny dla ustalenia rzeczywistej wyceny tej części zamówienia przy prawidłowym rozumieniu SWZ.

Wobec powyższego Izba doszła do przekonania, iż w niniejszym przypadku przeliczenie pozycji 9.23-9.28 Formularza cenowego w sposób proponowany przez Odwołującego jest niemożliwe.

W świetle powyższego zarzuty naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 16 ustawy Pzp oraz art. 223 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 16 ustawy Pzp nie mogły zostać uwzględnione.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 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).

Izba wskazuje, że Zamawiający nie złożył do akt sprawy rachunków lub spisu kosztów postępowania odwoławczego, w tym z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika. Tym samym zgłoszony do protokołu rozprawy wniosek o zasądzenie kosztów zastępstwa

pełnomocnika nie mógł zostać przez Izbę uwzględniony w świetle § 5 pkt 2 ww. rozporządzenia.

Przewodniczący: .....