

Sygn. akt: KIO 3402/23

**WYROK**  
z dnia 29 listopada 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff**

**Protokolant: Aldona Karpińska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 listopada 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 listopada 2023 r. przez wykonawcę **Pracownie Konserwacji Zabytków "ARKONA" Sp. z o.o., Pl. Sikorskiego 3/8, 31115 Kraków** w postępowaniu prowadzonym przez: **Państwowe Muzeum Auschwitz Birkenau w Oświęcimiu, ul. Więźniów Oświęcimia 20, 32600 Oświęcim**

orzeka:

**1. Oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża **Pracownie Konserwacji Zabytków "ARKONA" Sp. z o.o., Pl. Sikorskiego 3/8, 31115 Kraków** i:

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Pracownie Konserwacji Zabytków "ARKONA" Sp. z o.o., Pl. Sikorskiego 3/8, 31115 Kraków** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy **Pracowni Konserwacji Zabytków "ARKONA" Sp. z o.o., Pl. Sikorskiego 3/8, 31115 Kraków** na rzecz **Państwowego Muzeum Auschwitz Birkenau w Oświęcimiu, ul. Więźniów Oświęcimia 20, 32600 Oświęcim** kwotę **3 973 zł 43 gr** (słownie: trzy tysiące dziewięćset siedemdziesiąt trzy złote czterdzieści trzy grosze) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wydatków pełnomocnika oraz dojazdu na rozprawę.

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:**

.....

Sygn. akt: KIO 3402/23

**Uzasadnienie**

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „OPRACOWANIE DOKUMENTACJI PROJEKTOWEJ RZEBUDOWY I PRAC KONSERWATORSKICH ZABYTKOWYCH BLOKÓW O NUMERACH INWENTARYZACYJNY A-6 I A-7 NA TERENIE PAŃSTWOWEGO MUZEUM AUSCHWITZ-BIRKENAU W OŚWIĘCIMIU ORAZ OPRACOWANIE PROJEKTU OBEJMUJĄCEGO ELEMENTY PRZESTRZENI WYSTAWY W TYCH BLOKACH WRAZ Z PROWADZENIEM NADZORU AUTORSKIEGO ORAZ ZE WSPARCIEM ZAMAWIAJĄCEGO NA ETAPIE WYBORU WYKONAWCY POTRZEBY NOWEJ WYSTAWY GŁÓWNEJ” - Numer referencyjny postępowania: 29/2023/S 183-572024/NW zostało wszczęte ogłoszeniem w ogłoszeniu opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 22.09.2023 r. pod nr 2023/S 183 - 572024 przez **Państwowe Muzeum Auschwitz Birkenau w Oświęcimiu** ul. Więźniów Oświęcimia 20, 32600 Oświęcim 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 „Pzp” albo „p.z.p.”.

W dniu 03.11.2023 r. (za pomocą platformy e-zamówienia przy użyciu formularzy do komunikacji) Zamawiający poinformował o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 255 pkt 2 Pzp, jak i odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp oferty Pracowni Konserwacji Zabytków "ARKONA" Sp. z o.o. Pl. Sikorskiego 3/8, 31115 Kraków zwanej dalej: „Pracownią Konserwacji Zabytków "ARKONA" Sp. z o.o.” albo „Odwołującym”. Stwierdził, że: „W postępowaniu, w wymaganym terminie, wpłynęła tylko jedna oferta firmy Pracownia Konserwacji Zabytków „Arkona” Sp. z o.o. Zamawiający wymagał aby oferta była złożona zgodnie z dokumentami określonymi w Specyfikacji Warunków Zamówienia. Zamawiający wymagał aby wraz z formularzem oferty cenowej nr P1 Wykonawca złożył załącznik nr P1a - Formularz ofertowy dot. bloku o nr. inw. A-6, a także załącznik nr P1b - Formularz ofertowy dot. bloku o nr. inw. A-7. Link do dokumentów jakie należało złożyć wraz z ofertą został udostępniony na stronie internetowej prowadzonego postępowania. Zarówno załącznik nr P1a i P1b zawierały po 6 sekcji/wierszy oznaczonych cyframi rzymskimi, gdzie wykonawca miał wpisać kwoty netto, VAT, kwoty brutto za określone tam prace. Wymaganie uzupełnienia załączników nr P1a i P1b było istotne dla Zamawiającego ponieważ w ten

sposób chciał uzyskać wiedzę na temat szczegółowego podziału wynagrodzenia – informacja o tym została zawarta w formularzu ofertowym nr P1. Wykonawca Pracownia Konserwacji Zabytków „Arkona” Sp. z o.o. w swojej ofercie nie załączył formularzy P1a i P1b w formie wskazanej przez Zamawiającego tj. zamiast formularzy zawierających po 6 wierszy/sekcji złożył w każdym przypadku formularze, które zawierają po 3 wiersze/sekcje i są bez wymaganej kwoty brutto. 2 Treść oferty to treść zobowiązania Wykonawcy do zgodnego z żądaniami Zamawiającego wykonania przedmiotu zamówienia publicznego. Na tak rozumianą treść oferty składa się formularz ofertowy oraz wszystkie dokumenty dookreślające i precyzujące zobowiązanie wykonawcy dotyczące przedmiotu oraz zakresu lub wielkości zamówienia, składane wraz z formularzem ofertowym. Wskazany brak w ofercie Wykonawcy nie może być kwalifikowany jako oczywista omyłka pisarska lub omyłka rachunkowa albo inna omyłka, którą Zamawiający mógłby poprawić w ofercie. Poprzez brak złożenia poprawnych formularzy P1a i P1b nie da się w sposób poprawny ustalić ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia, ponieważ nie da się skalkulować zawartych w niej czynności, i tym samym ustalić czy są lub nie są objęte przedmiotem zamówienia, lub też zostały nie zostały uwzględnione we wskazanej kwocie elementy, które powinny być ujęte. Dlatego treść oferty Wykonawcy „Arkona” Sp. z o.o. jest niezgodna z warunkami zamówienia tj. art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp. i tym samym Zamawiający unieważnia postępowanie na podstawie art. 255 pkt 2 Pzp, ponieważ jedyna oferta w tym postępowaniu podlega odrzuceniu.”

Dnia 13.11.2023 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) odwołanie względem czynności z 03.11.2023 r. złożyła Pracownia Konserwacji Zabytków "ARKONA" Sp. z o.o. Zarzucił naruszenie:

1. art. 223 ust. 1 i art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez brak wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień oraz poprawienia innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującej istotnej zmiany w treści oferty, art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez uznanie, iż oferta Odwołującego jest niezgodna z warunkami zamówienia i w związku z tym odrzucenie oferty Odwołującego, a w konsekwencji naruszenie art. 255 pkt 2) Pzp poprzez unieważnienie postępowania na skutek wadliwego przyjęcia, iż jedyna oferta w tym postępowaniu podlega odrzuceniu.

2. art. 239 ust. 1 i 2 Pzp poprzez niedokonanie wyboru oferty Odwołującego, pomimo faktu, iż oferta ta była najkorzystniejsza.

Zamawiający uznał, iż oferta Odwołującego jest niezgodna z warunkami zamówienia, w związku z czym podlegać powinna odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp. Złożona oferta miała nie zawierać formularzy P1a i P1b w formie wskazanej przez Zamawiającego, tj. zamiast formularzy zawierających po 6 wierszy/sekcji Odwołujący złożył formularze zawierające po 3 wiersze/sekcje bez wskazania wymaganej kwoty brutto. Na tej podstawie Zamawiający unieważnił postępowanie, powołując się na przesłankę z art. 255 pkt 2 Pzp w związku z odrzuceniem jednej oferty w postępowaniu.

Z rozstrzygnięciem takim nie sposób się zgodzić, z uwagi na fakt, iż ww. uchybienie wynikało z przyczyn technicznych niezależnych od Odwołującego, a leżących po stronie Zamawiającego. To Zamawiający udostępnił w toku postępowania skonstruowany w wadliwy sposób formularz, uniemożliwiający jego prawidłowe zapisanie w postaci pliku PDF, czyli w formie wymaganej do prawidłowego złożenia podpisu elektronicznego. Niemniej jednak, pomimo wadliwości formularza wymagane było, w pierwszej kolejności, wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 223 ust. 1 Pzp oraz kolejno samodzielne uzupełnienie brakujących danych przez Zamawiającego, a co za tym idzie poprawienie oczywistej omyłki w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp. Zamawiający winien był wezwać Odwołującego do złożenia wyjaśnień, skoro złożona przez niego oferta cechować się miała brakami leżącymi wyłącznie po stronie technicznej jej sporządzenia (co ważne – na udostępnionym przez Zamawiającego formularzu), lecz umożliwiającymi odczytanie jej pełnej treści. W tym miejscu zwrócił uwagę na następujące kwestie:

I. Cena wykonania zamówienia jest określona wprost w formularzu oferty (który stanowi załącznik do odwołania) jako cena za całość opracowań (oba bloki 6 i 7) z wyszczególnieniem kwoty brutto, netto, podatku VAT, a także w tym z wyszczególnieniem kwoty za przeniesienie praw autorskich brutto, netto i podatku VAT.

II. Podobnie szczegółowo zostały określone ceny za poszczególne Bloki (6 i 7). Kwoty za poszczególne Bloki były identyczne.

III. Formularz ofertowy zawierał następujące oświadczenie: „oferuję/oferujemy wykonanie tego przedmiotu zamówienia: 1. w pełnym zakresie rzeczowym objętym SWZ za kwotę całkowitą brutto (wynagrodzenie całkowite dotyczące obu Bloków A-6 i A-7 - suma wynagrodzeń całkowitych wskazanych w Formularzu P1a i P1b)”

IV. Jednocześnie Zamawiający określił w Formularzu P1a (dla Bloku A-6) i P1b (dla Bloku A-7) maksymalne kwoty za wykonanie:

- Etapu I (za OPRACOWANIA WYKONAWCY (Etapie I) dot. Bloku A-6 (A-7)- w wysokości(nie więcej niż 20%)
- Etapu II (za WYKONANIE PROJEKTU WSTĘPNÉGO (Etapie II) dot. Bloku A-6 (A-7) - w wysokości(nie więcej niż 10%)
- Etapu V (za PEŁNIENIE USŁUGI WSPARCIA (w Etapie V) dot. Bloku A-6 (A-7)- świadczenie usług wsparcia) - w wysokości(nie więcej niż 0,5%)
- Etapu VI zamówienia (za PEŁNIENIE NADZORU AUTORSKIEGO (w Etapie VI) dot. Bloku A-6 (A-7)) - w wysokości (nie więcej niż 4%)

Biorąc pod uwagę informacje podane w formularzu ofertowym, w wygenerowanych i wydrukowanych w wadliwej postaci plików pdf, w niekompletnych formularzach P1a i P1b oraz wprowadzone ograniczenia co do kwot maksymalnych za Etap V i VI, Zamawiający mógł (bez formalnego uzupełniania oferty o brakujące części formularzy P1a i P1b), poprzez zapytanie o wyjaśnienie treści oferty stwierdzić, jak zostały skalkulowane ceny za wykonanie poszczególnych etapów. I tak:

1. Uzupełnienie brakujących danych w istocie podlegałoby na obliczeniu prostego działania matematycznego: 112 880,00 zł (kwota netto za przeniesienie całości praw autorskich do jednego Bloku) - 82 600,00 zł (suma kwot za przeniesienie praw autorskich dla Etapów I-III wg formularzy P1a i P1b) = 30 280,00 zł netto.

Z powyższego wynika, iż taka kwota netto została przez oferenta przyjęta za przeniesienie praw autorskich dla Etapu IV, ponieważ Etap V i VI nie zawiera pozycji "za przeniesienie praw autorskich".

Z dołączonych do oferty w postaci plików pdf formularzy P1a i P1b wynika, że dla Etapów od I-III koszty za przeniesienie praw autorskich były kalkulowane w wysokości 10% wartości każdego z Etapów. W związku z tym Zamawiający miał możliwość wystąpienia do Odwołującego o wyjaśnienie, czy koszt za przeniesienie praw autorskich dla prac w Etapie IV (wykonanie projektów wykonawczych przebudowy budynków, STWiORB, przedmiarówi kosztorysów, harmonogramu rzeczowo-finansowego i prac konserwatorskich oraz wykazu środków trwałych (Etapie IV dot. Bloku A-6), jest także kalkulowany w identycznej wysokości jak dla Etapów I - III. Pozwoliłoby to ustalić cenę IV Etapu, ponieważ Etap V i VI, co wskazano wyżej, nie zawiera pozycji "za przeniesienie praw autorskich".

2. W związku z powyższym po uzyskaniu odpowiedzi od Odwołującego, że koszt przeniesienia praw autorskich był tak samo skalkulowany, w wyniku kolejnego prostego działania można ustalić koszt wykonania Etapu IV:

30 280,00 zł netto = 10% wartości Etapu IV.

Założenie to pozwoliłoby ustalić Zamawiającemu cenę IV Etapu, ponieważ Etap V i VI nie zawiera pozycji „za przeniesienie praw autorskich”, która według tego założenia powinna wynosić 302 800,00 zł netto.

3. Po ustaleniu w ten sposób wartości Etapu IV w wyniku kolejnego działania można stwierdzić, że koszt Etapów V i VI wynosi łącznie 51 200,00 zł netto: 1 180 000,00 zł netto (koszt projektu dla jednego Bloku) - 236 000,00 zł (Etap I) - 118 000,00 zł netto (Etap II) - 472 000,00 zł netto (Etap III) - 302 800,00 zł netto (Etap IV) = 51 200,00 zł netto.

51 200,00 zł = 4,34 % całości kwoty za projekt jednego Bloku, czyli wartość ta mieści się w założonych maksymalnym pułapie dla tych Etapów w wysokości 4,5% (kwota 51 200,00 zł stanowi 4,34 % kosztu całego bloku, tj. kwoty 1 180 000,00 zł).

Przy ustaleniu w ten sposób podstawowych danych dla wypełnienia Formularzy P1a (dla Bloku A-6) i P1b (dla Bloku A-7) Zamawiający miał możliwość oraz powinność zwrócenia się do Odwołującego z prośbą o dodatkowe wyjaśnienia. Odpowiedzi Odwołującego pozwoliłyby Zamawiającemu samodzielnie uzupełnić dane w Formularzach P1a (dla Bloku A-6) i P1b (dla Bloku A-7), które mają znaczenie dla wprowadzenia szczegółowych danych przewidzianych we wzorze umowy na str. 34 i 35, a dotyczących kwot za usługi wsparcia, aktualizację kosztorysów, dodatkowych wizyt na budowie w ramach nadzoru autorskiego.

Pewne informacje Zamawiający mógł odczytać samodzielnie, nawet bez wyjaśnień ze strony Odwołującego. W ten sposób możliwe było odczytanie chociażby ceny brutto wskazanej w formularzu P1a i P1b skoro w formularzu wskazano cenę netto oraz wysokość podatku VAT.

Pytania, jakie powinny zostać zadane Odwołującemu winny być następujące:

1. Czy prawidłowe jest założenie, że oferent cenę za przeniesienie praw autorskich do Etapu IV w stosunku do wartości całego Etapu IV, kalkulował analogicznie jak cenę praw autorskich do etapów I i II, czyli w wysokości 10%?

2. W jakiej wysokości oferent kalkulował koszt jednostkowy aktualizacji kosztorysu inwestorskiego i udzielania odpowiedzi oferentom w ramach usługi wsparcia?

3. W jakiej wysokości oferent kalkulował koszt jednostkowy nadzoru autorskiego? Zamawiający mógłby dodatkowo zadać pytania dotyczące uszczegółowienia poszczególnych pozycji w Etapie IV, przy czym należy wskazać, iż uzyskanie w tym zakresie dodatkowych danych nie ma żadnego znaczenia dla zawarcia umowy, ze względu na warunki płatności przewidujące rozliczenie za cały wykonany etap, a wartość za przeniesienie praw autorskich do tego etapu jest jednoznacznie ustalona.

Mając na względzie powyższe, w przypadku w którym Zamawiający wezwałby Odwołującego do złożenia wyjaśnień możliwe byłoby poprawienie treści oferty, a co za tym idzie rozstrzygnięcie postępowania w inny sposób aniżeli jego unieważnienie. Wobec braku wpływu ww. wadliwości złożonego formularza na treść merytoryczną oferty (a jedynie na sferę techniczną oferty – niezależną od Odwołującego), w tym zwłaszcza braku wpływu na kwotę całkowitą i jej części składowe przedstawione w ofercie, wadliwość ta powinna zostać uznana za błąd niemający istotnego znaczenia dla treści oferty, w tym niepowodujący istotnych zmian w jej treści. Znamienne znaczenie ma okoliczność, iż wadliwe wygenerowanie formularza nie wpływało na całościowy zakres i wartość prac. Zamawiający jednakże nie poczynił jakichkolwiek działań w tym zakresie, odrzucając arbitralnie jednocześnie ofertę Odwołującego, bez wzywania go do złożenia jakichkolwiek wyjaśnień.

Stanowisko Odwołującego znajduje potwierdzenie w doktrynie: „Zasadniczo w orzecznictwie przyjmuje się, że o

tym, czy poprawienie omyłki powoduje istotne zmiany w treści oferty, decyduje nie fakt, czy omyłka dotyczy istotnych elementów zamówienia, ale to, czy w istotny sposób zmienia się oświadczenie woli wykonawcy zawarte w ofercie. Tym samym możliwe jest poprawienie omyłek skutkujących zmianą ceny oferty czy wpływających bezpośrednio na wybór oferty najkorzystniejszej, jeśli tylko czynność ta przywraca zniekształconą na skutek omyłki treść zamierzonego oświadczenia woli wykonawcy” (tak J. Jarnicka [w:] Prawo zamówień publicznych. Komentarz, 2021, komentarz do art. 223). Na gruncie niniejszej sprawy niewątpliwie poprawienie treści oferty nie prowadziło do istotnej zmiany jej treści, skoro nie ulegała modyfikacji wartość oferty.

W tym miejscu przytoczyć pogląd, zgodnie z którym: „Wyjaśnienia treści oferty prowadzone są z inicjatywy zamawiającego, bowiem to powzięte przez niego wątpliwości są podstawą wezwania. Ustawa nie przewiduje możliwości samodzielnego wyjaśnienia przez wykonawcę elementów oferty bez uprzedniego wezwania przez zamawiającego” (tak J. Jarnicka [w:] Prawo zamówień publicznych. Komentarz, 2021, komentarz do art. 223). Tak więc na Zamawiającym spoczywała powinność wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień.

Znamienne znaczenie na gruncie niniejszej sprawy ma orzeczenie KIO z 30.05.2011 r., sygn. akt KIO 1066/11: „Zamieszczone w art. 87 ust. 2 pkt 3 PrZamPubl2004 [uw. aut. – obecnie art. 223 ust. 2 pkt 3], pojęcie „innej omyłki” nie powinno być interpretowane zawężająco, tj. jedynie jako techniczny błąd w sposobie sporządzenia oferty, pominięcia lub pomylenia określonych wyrażeń czy wartości, czy wszelkich innych powstających bez świadomości ich wystąpienia przeoczeń i braków prowadzących do niezgodności oferty z SIWZ [uw. aut. – obecnie SWZ]”. Celowa jest zatem szeroka interpretacja ww. pojęcia.

Co znajduje potwierdzenie w doktrynie, odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust 1 pkt 5) ustawy Prawo zamówień publicznych powinno być krokiem ostatecznym, w przypadku, gdy brak jest możliwości usunięcia nieprawidłowości w ofercie: „Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia może mieć miejsce wyłącznie w przypadku, kiedy stwierdzona niezgodność ma charakter zasadniczy i nieusuwalny. W przypadku stwierdzenia innych omyłek polegających na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, zamawiający ma obowiązek ich poprawienia na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 PZP, jeśli nie spowoduje to istotnych zmian w treści oferty. Przepis art. 223 ust. 2 pkt 3 pozwala na poprawienie innych omyłek w ofertach, jeśli tylko w konsekwencji dokonania tej czynności nie zmieni się zasadniczo treść zobowiązania wykonawcy (por. wyr. KIO z 18.2.2020 r., KIO 222/20, Legalis). Zamawiający przed podjęciem decyzji o odrzuceniu oferty na podstawie komentowanego przepisu, ma również obowiązek poprawienia oczywistych omyłek pisarskich i rachunkowych, o których mowa w art. 223 ust. 2 pkt 1 i 2 PZP, pod warunkiem, że wystąpiły przesłanki pozwalające na dokonanie takich poprawek” (tak M. Jaworska [w:] Prawo zamówień publicznych. Komentarz, 2021, komentarz do art. 226).

Tym samym, wobec możliwości usunięcia omyłki z uwagi na jej nieistotność, brak było podstaw dla automatycznego odrzucenia oferty Zamawiającego przez wzgląd na okoliczności sprawy i charakter omyłki.

Bezpodstawny jest zatem argument Zamawiającego, jakoby brak było możliwości ustalenia parametrów oferty, z uwagi na braki techniczne formularza ofertowego. Stanowisko Zamawiającego w tym zakresie jest błędne, a co za tym idzie niezasadne i jako takie nie może stanowić uzasadnionej podstawy dla odrzucenia oferty.

Dokonanie ww. wycień stanowi proste działanie matematyczne, stąd tym bardziej chybionym jest stanowisko zarzucające brak możliwości uzupełnienia ww. oferty w tym zakresie. Należy zarazem wskazać, iż skoro Zamawiający dostrzegał niejasność co do treści oferty w zakresie ceny, to powinien on wystąpić w stosunku do oferenta z żądaniem złożenia wyjaśnień w tej kwestii. Tym bardziej bezpodstawnym było odrzucenie oferty przez Zamawiającego z powołaniem się na treść art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp – z uwagi na niezgodność oferty z warunkami zamówienia.

Z powyższego wynika, iż opisana oczywista omyłka z uwagi na brak jej wpływu na kwotę całkowitą przedstawioną w ofercie, uznana winna zostać za błąd niemający istotnego znaczenia dla treści oferty, w tym niepowodujący istotnych zmian w jej treści. Nie może ona również zostać uznana za takiego rodzaju „niezgodność z warunkami zamówienia”, który skutkowałby obowiązkiem odrzucenia oferty. Przedmiotowy błąd wynikał jedynie ze źle skonstruowanego formularza w postaci pliku w programie Excel, co spowodowało jego wadliwe wygenerowanie do postaci pliku pdf. Co najważniejsze formularz ten, skutkujący przy przekształceniu do pliku pdf ograniczeniem pola wydruku, został przygotowany i udostępniony przez Zamawiającego.

Podsumowując, na gruncie niniejszej sprawy brak było podstaw dla odrzucenia oferty, a co za tym idzie powinna ona podlegać ocenie i zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Skutkiem wadliwego odrzucenia oferty było unieważnienie postępowania. Tym samym należy uznać, iż opisane wyżej działania oraz zaniechania Zamawiającego nie były prawidłowe, co skutkowało wydaniem nieprawidłowego rozstrzygnięcia postępowania.

Wobec powyższego, z uwagi na naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 223 ust.1 oraz art. 223 ust. 2 pkt 3, art. 239 ust. 1 oraz 2, art. 255 pkt 2) Pzp konieczna jest powtórna ocena ofert, w tym oferty Odwołującego, skutkująca wyborem oferty Odwołującego.

Zamawiający odwołania nie przekazywał innym uczestnikom ponieważ Pracownia Konserwacji Zabytków "ARKONA" Sp. z o.o. jest jedynym Wykonawcą i uczestnikiem w tym postępowaniu.

W dniu 27.11.2023 r. (e-mailem) Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w

trybie art. 521 NPzp, odpowiedź na odwołanie, w której wnosilo oddalenie zarzutów odwołania w całości. Nadto, wnosil o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentów tj.

2.1.dwóch wydruków: załącznik P1 a - Formularz cenowy dot. Bloku o nr inw. A-6 oraz załącznik P1b - Formularz cenowy dot. Bloku o nr inw. A-7 wraz z dwoma zrzutami ekranu z widocznym formatem PDF;

2.2.wydruku zrzutu ekranu z zmianą formatu z pliku Excel na format PDF;

wszystkich powyższych celem wykazania faktu: właściwego sformatowania i przygotowania załączników do postępowania przetargowego przez Zamawiającego, możliwości zapisu plików w formacie PDF;

3.zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego zwrotu poniesionych kosztów postępowania odwoławczego z tytułu zastępstwa przez pełnomocnika, zgodnie z fakturą, która zostanie złożona na rozprawie.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Opracowanie dokumentacji projektowej przebudowy i prac konserwatorskich zabytkowych bloków o numerach inwentaryzacyjnych A-6 i A-7 na terenie Państwowego Muzeum Auschwitz-Birkenau w Oświęcimiu oraz opracowanie projektu obejmującego Elementy Przestrzeni Wystawy w tych blokach wraz z prowadzeniem nadzoru autorskiego oraz ze wsparciem Zamawiającego na etapie wyboru wykonawcy na potrzeby Nowej Wystawy Głównej”. Zgodnie z informacją z otwarcia ofert z dnia 31 października 2023 r. w odpowiedzi na ogłoszenie dotyczące toczącego się postępowania wypłynęła wyłącznie jedna oferta, złożona przez Odwołującego.

Oferta Odwołującego złożona została w sposób wadliwy tj. Wykonawca w swojej ofercie nie załączył formularzy P1a i P1b w formie wskazanej przez Zamawiającego tj. zamiast formularzy zawierających po 6 sekcji odpowiadających Etapom zadania złożył w każdym przypadku formularze, które zawierają po 3 sekcje odpowiadające Etapom zadania, które dodatkowo nie zawierają ostatniej kolumny, a przez to pozbawione są wymaganej kwoty brutto. Wobec okoliczności, że względem tej oferty zaistniały podstawy do jej odrzucenia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 5 p.z.p., a w konsekwencji, że oferta ta była jedyną jaka złożona została w toku postępowania, Zamawiający zmuszony został unieważnić niniejsze postępowanie na podstawie art. 255 pkt 2 p.z.p. Odwołujący wnosząc odwołanie zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 223 ust. 1 i art. 223 ust. 2 pkt. 3 p.z.p., a także art. 226 ust. 1 pkt. 5 p.z.p. i w konsekwencji art. 255 pkt 2 p.z.p. Dodatkowo względem wyboru oferty najkorzystniejszej, Wykonawca zarzucił naruszenia art. 239 ust. 1 i 2 p.z.p. Z przedmiotowymi zarzutami nie sposób się zgodzić.

[niezasadność zarzutów podniesionych przez Odwołującego

Odwołujący źródła wadliwości złożonej przez siebie oferty upatruje w rzekomo wadliwie skonstruowanych przez Zamawiającego załączniku P1 a - Formularz cenowy dot. Bloku o nr inw. A-6 oraz załączniku P1b - Formularz cenowy dot. Bloku o nr inw. A-7. To brak, jak twierdzi Odwołujący, możliwości poprawnego pobrania i zapisania plików w formacie PDF (niezbędnych do złożenia podpisów elektronicznych) uniemożliwiło złożenie ich w formie oczekiwanej przez Zamawiającego. Twierdzenia Odwołującego są jednak nieprawdziwe. Zamawiający ponownie dokonał weryfikacji formatu i funkcjonalności przygotowanych przez niego dokumentów. W tym celu pobrał dokumenty, które zapisane są w pliku Excel, a następnie celem otrzymania pliku w formacie PDF skorzystał z możliwości dostępnych w wariantach drukowania wybierając opcję „Microsoft Print to PDF”. Poniższy zrzut ekranu obrazuje widok, jaki widoczny jest przy wykonaniu tej czynności, a tym samym stanowi potwierdzenie dla widoczności pliku z wszystkimi jego wersjami, zawierającymi wszystkie 6 sekcji dokumentu. Potwierdzenie możliwości poprawnego zapisania i wydruku z formatu pliku PDF stanowią także dwa wydruki załączone przez Zamawiającego do niniejszej odpowiedzi na odwołanie. Dowód: - dwa wydruki: załącznik P1a - Formularz cenowy doi. Bloku o nr inw. A-6 oraz załącznik P1b - Formularz cenowy doi. Bloku o nr inw. A-7. W tym miejscu pisma dodatkowo zrzut ekranu.

Zamawiający na marginesie podnosił, że wyżej wskazany sposób zapisywania plików w formacie PDF nie jest żadną nadzwyczajną i niespotykaną techniką, wręcz przeciwnie jest to powszechnie dostępne narzędzie stosowane w zwykłej praktyce chociażby prac biurowych. Jej zastosowanie potwierdza, że Wykonawca nie powinien mieć żadnych trudności w zapisie pliku w formacie PDF, tak by możliwym stało się w kolejnym kroku podpisanie tego dokumentu. Jednocześnie wskazał, że jeżeli Wykonawca natrafiłby na jakiegokolwiek trudności w poprawnym zapisaniu pliku, a przez to niepełnej widoczności, to w pierwszej kolejności jako profesjonalista winien te okoliczności dostrzec. Zapoznając się z przedstawionym przez niego załącznikiem P1a - Formularz cenowy dot. Bloku o nr inw. A-6 oraz P1b - Formularz cenowy dot. Bloku o nr inw. A-7, nie sposób nie dostrzec niepełności złożonego dokumentu. W załączonym pliku nie tylko brakuje 3 z 6 sekcji uwzględnionych w dokumencie przygotowanym przez Zamawiającego, ale także brak jest uwzględnienia ostatniej kolumny, w której winny być uwzględnione kwoty brutto w zakresie każdej z pozycji. Trudno sobie wyobrazić jak Wykonawca mógł pominąć tak oczywiste braki złożonego przez siebie dokumentu, w szczególności uwzględniając, że nawet opis składanego załącznika jest niepełny, bowiem zostały w nim ucięte poszczególne słowa. Zauważył, że podobną procedurę dot. wypełnienia pliku Excel i wygenerowania PDF Odwołujący musiał wykonać w celu złożenia i podpisania załączników P3 i P4. I w tym przypadku Odwołujący wykonał czynności prawidłowo, generując plik PDF zawierający wszystkie informacje zawarte w pliku Excel. W konsekwencji powyższego w ocenie Zamawiającego brak złożenia przez Odwołującego poprawnych dokumentów wynika wyłącznie z jego niedokładności i braku uwagi jakie dokumenty wypełnia i podpisuje, a nie rzekomej wadliwości formatu pliku udostępnionego przez Zamawiającego. Tym samym w niniejszej sytuacji nie zaistniało żadne zawinięcie ze strony Zamawiającego, a jedynym odpowiedzialnym za złożenie dokumentów w

takiej, a nie innej postaci jest sam Wykonawca. Nieuważność Odwołującego jest tym bardziej niezrozumiała, że w wadliwie sformatowanym przez niego pliku brak jest nawet widocznej sumarycznej kwoty, za jaką zamierzał zrealizować całość przedmiotu umowy. Jak widać, ilość okoliczności świadczących o wadliwie przygotowanych przez niego załącznikach jest znaczna, a brak ich dostrzeżenia jest winą wyłącznie nieuważności Wykonawcy, którą próbuje aktualnie naprawić w toku niniejszego postępowania.

[niezasadność zastosowania wezwania z art. 233 ust. 1 p.z.p. oraz poprawienia oferty zgodnie z art. 233 ust. 2 pkt. 3 p.z.p.]

W ocenie Zamawiającego w niniejszej sprawie nie znajduje zastosowania regulacja art. 223 ust. 1 p.z.p. w zakresie wystosowania wezwania do złożenia wyjaśnień przez Wykonawcę treści złożonej oferty, a także brak było przesłanek do samodzielnego poprawienia przez Zamawiającego omyłek znajdujących się w złożonych przez Odwołującego formularzach. Brak możliwości wystosowania przez Zamawiającego takiego wezwania w jego ocenie wynika z ograniczonego stosowania procedury opisanej w art. 223 ust. 1 p.z.p. i zakazu dokonywania w jej ramach zmian w pierwotnie złożonej ofercie, a ryzyko ich zaistnienia w niniejszej sprawie jest wysokie. W treści wniesionego odwołania Wykonawca podnosi, że Zamawiający mógł dokonać samodzielnej poprawy oferty złożonej przez Odwołującego wykonując proste działania matematyczne i w ten sposób otrzymując wynik wyceny przeniesienia praw autorskich do dokumentacji uwzględnionej w Etapie IV. O ile takie działanie jestw rzeczywistości możliwe to dalsze wyliczenia proponowane przez Wykonawcę oparte są na licznych założeniach, do których zastosowania Zamawiający nie jest uprawniony. W ocenie Zamawiającego, wykluczone jest podchodzenie do ofert wykonawców w tak swobodny i dowolny sposób, właściwie oderwany od sformalizowanych procedur obowiązujących w systemie prawa zamówień publicznych.

Odwołujący proponuje np. by Zamawiający, w porównaniu do sposobu wyceny ujętej w 3 pierwszych etapach inwestycji, poczynił założenie, że skoro w odniesieniu od tamtych etapów wynagrodzenie za przeniesienie praw autorskich kalkulowane było na poziomie 10% wartości danego etapu, to zależność ta zaistniała także w kontekście etapu IV. Tym sposobem Zamawiający mógłby otrzymać wartość całego etapu IV w oparciu o znaną wycenę przeniesienia praw autorskich w nim uwzględnioną. Kluczowym jednak pozostaje, że Zamawiający miałby dokonywać tych wyliczeń w oparciu o poczynione założenie, do czego nie jest w żadnym stopniu uprawniony. Tak naprawdę, nawet przy dobrej woli Zamawiającego nie mógłby on wykonać zaproponowanego działania matematycznego albowiem nie można było ustalić sumy etapu IV bez wcześniejszych wyliczeń i założeń polegających na:

- odjęciu od wskazanej kwoty całkowitej netto dla Bloku wartości netto Etapów I do III pomniejszonych następnie o przyjęte max wskaźnikowe wartości Etapów V, VI by uzyskać wartość netto Etapu IV
- dopiero tak wyliczona wartość netto Etapu IV dałaby podstawę do przyjęcia wartości 10% netto wynagrodzenia za przeniesienie praw autorskich dla tego Etapu, bez możliwości określenia wartości poszczególnych składowych Etapu IV.

Zamawiający w rzeczywistości mógłby wykonać tylko jedno wyliczenie (obliczenie wartości etapu IV), które może zostać wykonane przy dokonaniu pewnych założeń, co oznacza, że mogłoby być obarczone błędem. Natomiast dalsze propozycje Odwołującego w przedmiocie uzupełnienia wadliwie złożonego przez niego formularza ofertowego, nie są możliwe do wykonania. Na uwagę zasługuje także fakt, że wskazana przez Odwołującego reguła przyjęcia 10% wartości dla przeniesienia praw autorskich dla danego Etapu polega na przyjęciu 10% z sumy za wykonanie danej pozycji z Etapu i wartości przeniesienia praw autorskich. Przykładowo  $79\ 200,00\ \text{zł} + 8\ 800,00\ \text{zł} = 88\ 000,00\ \text{zł}$ . Jak widać przyjęte 10% nie jest liczone z wartości wykonania danej pozycji, tylko z sumy pozycji oraz wartości przeniesienia praw autorskich. Jest to sprzeczne z ogólnie przyjętym sposobem liczenia udziału procentowego praw autorskich od wartości wykonania danego zakresu projektowego.

Zamawiający dodatkowo wskazał, że w doktrynie wyrażony został pogląd, zgodnie z którym, co do zasady nie podlega poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. (aktualnie art. 223 ust. 2 pkt. 3 p.z.p.) brak wyceny poszczególnych pozycji kosztorysowych w sytuacji, w której zamawiający przyjął kosztorysową formę wynagrodzenia. Wniosek taki wypływa z wyroku KIO w sprawie toczącej się pod sygn. akt KIO/UZP 1833/09, w którym dopuszczono dokonanie korekty oferty wykonawcy w przypadku, gdy „kosztorys ofertowy w tych pozycjach zawiera zarówno ilość, jak i ceny jednostkowe kabla, jako przedmiotowa istotne elementy pozwalające na wyliczenie kosztu robót w wymienionych pozycjach. Zatem bez ingerencji w treść oferty, można dokonać poprawy w drodze przemnożenia ilości metrów tego rodzaju kabla podanych w kosztorysie i podanej również ceny jednostkowej, oraz powiększyć cenę ofertową netto o dany element kosztów materiałów (kabla) w kwestionowanych pozycjach. Bowiem przy cenie kosztorysowej istotne znaczenie jako treść oferty mają ceny jednostkowe, jako służące do faktycznych rozliczeń z uwzględnieniem ilości ustalonej obmiarem powykonawczym robót”. Analogiczna sytuacja nie ma odzwierciedlenia w stanie faktycznym niniejszej sprawy, a wobec postanowień umownych, w szczególności § 38 Umowy, należy podkreślić, że część wynagrodzenia należnego wykonawcy, w tym usługi wsparcia x3 (udzielanie odpowiedzi oferentom w etapie V) czy też, aktualizacja kosztorysu x3 (w etapie V), ma charakter wynagrodzenia kosztorysowego. Podobnie charakter wynagrodzenia kosztorysowego mają wizyty dodatkowe w ramach pełnienia nadzoru autorskiego x20 (Etap VI). W konsekwencji czego brak jest możliwości wprowadzenia w treści oferty Odwołującego zmian jakich się domaga.

Wobec powyższego, nie jest możliwe w oparciu o szcztąkowo wypełniony załącznik nr P1a czy też załącznik P1b

wypełnienie danych w zakresie sekcji IV, V i VI załącznika. Jednocześnie wadliwe pozostaje założenie prezentowane przez Wykonawcę, że jeżeli w oparciu o dokonane przez niego wyliczenia pozostała wartość wynagrodzenia przypadająca na sekcję V i VI załącznika P1a czy też załącznika P1b mieści się w maksymalnym pułapie przewidzianym na te etapy (0,5% w zakresie sekcji V, i 4% w zakresie sekcji VI) to automatycznie oznacza to spełnienie przez Wykonawcę warunków przed nim stawianych co do właściwej wyceny złożonej oferty. Wskazać bowiem należy, że o ile założona przez Odwołującego globalna wartość sumy obu części mieściłaby się w oznaczonych limitach, to Zamawiający nie ma wiedzy jaki konkretnie procent wynagrodzenia przypada na poszczególną z sekcji i nie sposób ocenić, czy od początku oferta Odwołującego mieściła się w wyznaczonych ramach określonych w formularzu. W konsekwencji w ocenie Zamawiającego także ta okoliczność przeważa, za brakiem możliwości zastosowania w stanie faktycznym niniejszej sprawy wezwania z art. 233 ust. 1 p.z.p. bowiem brak możliwości porównania pierwotnie prezentowanych wyliczeń z tymi przedstawionymi na skutek wystosowanego wezwania uniemożliwia jednoznaczne stwierdzenie, że nie doszło do modyfikacji pierwotnej oferty. Wobec tego brak jest możliwości weryfikacji czy, nie doszło do zmiany treści złożonej oferty, a wystosowanie wezwania przez Zamawiającego przy takich okolicznościach sprawy mogłoby być interpretowane jako podjęcie z Wykonawcą niedozwolonych negocjacji. Wskazać jednocześnie należy, że wobec wyraźnej definicji formularza oferty w treści specyfikacji warunków zamówienia w następujący sposób: Formularz oferty (wzór formularza wraz z formularzami cenowymi - Załącznik nr P1, P1a i P1b) (strona 25 SWZ), ocenić należy, że każdorazowa ingerencja w treść tych dokumentów, bez kontroli porównawczej Zamawiającego względem pierwotnej treści tych dokumentów winna być definiowana jako zmiana oferty, niedozwolona w ramach reżimu ustawy p.z.p.

W treści złożonego odwołania Wykonawca podnosił, że „Zamawiający mógłby dodatkowo zadać pytania dotyczące uszczegółowienia poszczególnych pozycji w Etapie IV, przy czym należy wskazać, iż uzyskanie w tym zakresie dodatkowych danych nie ma żadnego znaczenia dla zawarcia umowy, ze względu na warunki płatności przewidujące rozliczenie za cały wykonany etap, a wartość za poniesienie praw autorskich do tego etapu jest jednoznacznie ustalona. Wykonawca pomija jednak okoliczność, że wartość realizacji Etapu V i VI jest Zamawiającemu nieznana, a ewentualne jej uzupełnienie po wystosowanym wezwaniu jest poza kontrolą wprowadzonych zmian, w tym samym świetle zapisów umownych taka zmiana jest istotna. Wskazać bowiem należy, że w § 6 Umowy wynagrodzenie za każdy z etapów jest oddzielnie wyodrębnione w treści postanowień umownych, a także płatności za każdy z etapów zgodnie z brzmieniem § 38 Umowy została uregulowana samodzielnie.

Wobec wyżej poczynionych uwag nie sposób zgodzić się ze stanowiskiem Wykonawcy jakoby wadliwość złożonej przez niego oferty miała charakter wyłącznie techniczny, a nie merytoryczny, skoro Zamawiający nie ma wiedzy o wycenie części składowych i głównych (sum za dany Etap IV, V, VI) oferty, a poza jego kontrolą znajduje się kwestia ich ewentualnej zmiany.

Uzupełniając wskazał, że nie budzi wątpliwości, że „*Procedura wyjaśniania treści oferty nie może co do zasady skutkować wprowadzeniem zmian w treści oferty. Wyjaśnienia muszą się więc sprowadzać do wskazania sposobu rozumienia treści zawartej w ofercie, nie mogą natomiast jej rozszerzać ani ograniczać. Wyjaśnienia wykraczające poza wskazany zakres nie mogą mieć wpływu na ocenę ofert*” [W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych, Komentarz, komentarz do art. 223 p.z.p., LEX], Co więcej podkreślenia wymaga, że „*Nie każda niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia podlega wyjaśnieniu czy poprawieniu w odpowiednim trybie i instrumenty te nie mogą zwalniać wykonawcy, będącego profesjonalnym uczestnikiem obrotu gospodarczego, z obowiązku sporządzenia oferty w sposób kompletny, pozbawiony sprzeczności i zrozumiały. Należy podkreślić, że wyjaśnić można tylko treść „dokumentu”, który faktycznie istnieje, Czyli został złożony wraz z ofertą. W ramach procedury wezwania do złożenia wyjaśnień zamawiający może poddać tej procedurze tylko te elementy oferty, które są mu znane, a więc są w ofercie zawarte lub z ofertą złożone. Uprawnienie zamawiającego do żądania od wykonawcy wyjaśnień nie może prowadzić do żadnych negocjacji z wykonawcą, którego treść oferty podlega wyjaśnieniu, a także dokonania jakiegokolwiek zmiany w treści złożonej oferty, z wyłączeniem przypadków uregulowanych w art. 223 ust. 2 p.z.p. Wyjaśnienia treści złożonej oferty nie mogą prowadzić do zmiany treści oferty, a ograniczać się muszą jedynie do wskazania sposobu rozumienia treści, jakie zawiera złożona oferta* [A. Gawnońska-Baran, Prawo zamówień publicznych, Komentarz, komentarz do art. 223 p.z.p., LEX],

**Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron 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. Odwołujący którego oferta została odrzucona w wypadku potwierdzenia się zarzutów ma szansę na uzyskanie zamówienia, tym bardziej, że była jedyną ofertą złożoną w postępowaniu.

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” (w tym formularza ofertowego P1, formularzy P1a/exel/ i P1b /exel/, Załącznika nr P3 – Wzór Wykazu osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia /exel/, Załącznika

nr P4 – Wzór Wykaz dodatkowego doświadczenia osób /exel/, czy też Wzór Umowy /załącznik M10/), oferty Odwołującego, w tym jak wypełnionego formularza ofertowego P1, formularzy P1a i P1b (załączone do oferty); formularzy P3 i P4 (załączone do oferty) i informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego wraz informacją o unieważnieniu postępowania z 03.11.2023 r.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego załączone do odwołania przez Odwołującego na okoliczność wskazana w dowołaniu:

1. formularz ofertowy P1;
2. formularze P1a i P1b (załączone do oferty);
3. formularze P1a i P1b (udostępnione przez Zamawiającego - wydruk i wersja elektroniczna Excel).

Izba zaliczyła także w poczet materiału dowodowego załączone do odpowiedzi na odwołania przez Odwołującego na okoliczność wskazana w odpowiedzi:

- 1) dwóch wydruków: załącznik P1 a - Formularz cenowy dot. Bloku o nr inw. A-6 oraz załącznik P1b - Formularz cenowy dot. Bloku o nr inw. A-7 wraz z dwoma zrzutami ekranu z widocznym formatem PDF;
- 2) wydruku zrzutu ekranu z zmianą formatu z pliku Excel na format PDF.

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

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

Odwołujący sformułował w odwołaniu zarzut naruszenia przez Zamawiającego:

1. art. 223 ust. 1 i art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez brak wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień oraz poprawienia innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującej istotnej zmiany w treści oferty, art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez uznanie, iż oferta Odwołującego jest niezgodna z warunkami zamówienia i w związku z tym odrzucenie oferty Odwołującego, a w konsekwencji naruszenie art. 255 pkt 2) Pzp poprzez unieważnienie postępowania na skutek wadliwego przyjęcia, iż jedyna oferta w tym postępowaniu podlega odrzuceniu.
2. art. 239 ust. 1 i 2 Pzp poprzez niedokonanie wyboru oferty Odwołującego, pomimo faktu, iż oferta ta była najkorzystniejsza.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie do przedmiotowego odwołania.

W pierwszej kolejności Izba przywołuje stan faktyczny wynikający z treści odwołania, oraz odpowiedzi na odwołanie. Jednocześnie, podkreślając, że nie było sporu co do stanu faktycznego, ale oceny tego stanu przez Zamawiającego, a w konsekwencji odrzucenia na jego podstawie oferty Odwołującego, bez uwzględnienia możliwości zastosowania art. 223 ust.2 pkt 3 Pzp w stosunku do oferty Odwołującego, tj. poprawienia innej omyłki i poprzedzenia poprawy wezwaniem do wyjaśnień Odwołującego w trybie art. 223 ust. 1 Pzp.

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, Izba uznała w/w zarzut za podlegający oddaleniu.

W pierwszej kolejności, Izba podkreśla, że Odwołujący przyznał na rozprawie, że można było uniknąć sporu poprzez zmienienie obszaru wydruku, byłyby bowiem wtedy widoczne brakujące rubryki, wersy, kolumny w formularzach dla poszczególnych bloków. (załącznik P1 a - Formularz cenowy dot. Bloku o nr inw. A-6 oraz załącznik P1b - Formularz cenowy dot. Bloku o nr inw. A-7). Zastrzegł przy tym, że osoba przygotowująca ofertę narażona była na błąd przy przekształceniu plików exel w pliki pdf, gdyż należało mieć odpowiednią wiedzę informatyczną niezbędną do przekształcenia plików. Jednakże, w ocenie Izby, należy zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego z rozprawy, że formularze były przygotowane prawidłowo, a jego wypełnienie i przekształcenie nie wymagało biegłych umiejętności informatycznych. Wystarczyło zaznaczyć wszystkie wersy i kolumny pliku exela przed przekształceniem w plik pdf. Okoliczność, że Odwołujący nie dysponował osobą, która potrafiłaby to zrobić, nie powinno obarczać Zamawiającego, zwłaszcza, że Wykonawca jest profesjonalistą. Należy także zgodzić się z Zamawiającym, iż ułomność złożonych ostatecznie formularzy /formularze P1a i P1b (załączone do oferty)/ przez Odwołującego dla poszczególnych bloków była widoczna „na pierwszy rzut oka”, chociażby brak sumy danego formularza, czy też kwot brutto. Nadto, Odwołujący nie miał problemów przy przekształceniu plików exela w pliki pdf dotyczących wykazu osób oraz wymaganego doświadczenia /formularze P3 i P4 (załączone do oferty)/.

Odnośnie wezwania do wyjaśnień w trybie art. 223 ust. 1 Pzp, a następnie poprawienia innej omyłki w sposób zaprezentowany przez Odwołującego w odwołaniu (art. 223 ust.2 pkt 3 Pzp). Izba zwraca uwagę na następujące okoliczności i stanowisko doktryny oraz orzecznictwo:

Zamawiający jest zobowiązany poprawić omyłkę w szczególności wtedy, gdy sposób, w jaki ma być dokonana poprawa, wynika z innych elementów składających się na ofertę, przy czym nie jest wykluczone, że w pewnych okolicznościach poprawienie omyłki będzie miało miejsce po uzyskaniu od wykonawcy wyjaśnień w trybie art. 223 ust. 1 Pzp. Przywołany przepis art. 223 ust. 1 Pzp określa również granice w zakresie możliwości skorzystania z wyjaśnień zamawiającego przy realizacji obowiązku poprawienia omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, wskazując, iż niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty. A zatem nie jest możliwe poprawienie oferty na podstawie art 223 ust. 2 pkt 3 Pzp w sytuacji, w której prowadziłyby to do negocjacji pomiędzy zamawiającym a wykonawcą. (Prawo zamówień publicznych. Komentarz, pod redakcją H. Nowaka, M. Winiarza, Wydanie II, UZP, W-wa 2023, str. 714-715).

Ponadto: „Należy podkreślić, że z uwagi na "nieoczywisty" charakter "innych omyłek", o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp, wezwanie do wyjaśnień może służyć zarówno ustaleniu, czy i gdzie zostały one popełnione, a także czy i w jaki sposób mogą zostać poprawione" (wyrok KIO z 13.06.2017 r., sygn. akt: KIO 1088/17).

Jednakże poprawienie oferty nie może stanowić wytworzenia zupełnie odmiennego oświadczenia woli Wykonawcy, np. w przedmiocie oferowanego świadczenia, czy dowolnego wypełnienia go dodatkową treścią, co do której zamawiający nie posiada żadnych danych i informacji (wyroki KIO z 30.06.2010 r., sygn. akt: KIO 1127/10 i z 8.01.2013 r., sygn. akt: KIO 2813/12).

Dopuszczalne jest wzywianie do wyjaśnień, jako poprzedzenie zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, pod warunkiem, że nie prowadzi to do wykreowania nowej treści oferty, a wyjaśnienie będzie dotyczyło tego, co już jest w treści oferty zawarte. (za wyrokiem KIO z 16.04.2015 r., sygn. akt: KIO 634/15, KIO 639/15).

Jakkolwiek wyjaśnienia takie nie mogą tworzyć treści oferty, tym niemniej dopuszczalne jest posłużenie się trybem wynikającym z powołanego przepisu dla ustalenia, czy niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma charakter omyłki. Takie wyjaśnienia nie kształtują treści oświadczenia woli stanowiącego ofertę ponad wymagania Zamawiającego, a stanowią jedynie wykładnię takiego oświadczenia. (za uchwałą z dnia 14.08. 2013 r., sygn. akt: KIO/KD 73/13).

Przechodząc na przedmiotowy stan faktyczny, w ocenie Izby sposób poprawy przedstawiony przez Odwołującego w odwołaniu ma na celu ustalenie kosztów za przeniesienie praw autorskich dla prac w Etapie IV, ceny za cały IV Etap, ceny łącznej za Etap V i VI. Punktem wyjścia byłyby wyjaśnienia i pytania, czy prawidłowe jest założenie, że oferent cenę za przeniesienie praw autorskich do Etapu IV w stosunku do wartości całego Etapu IV kalkulował analogicznie jak cenę za przeniesienie praw autorskich do Etapów I- III (tak oświadczył na rozprawie Odwołujący), czyli w wysokości 10 %, a następnie dokonania obliczeń przedstawionych przez Odwołującego w odwołaniu. Nadto, Odwołujący oczekiwał (zgodnie z treścią odwołania na str. 7) dopytania w jakiej wysokości oferent kalkulował koszt jednostkowy aktualizacji kosztorysu inwestorskiego i udzielania odpowiedzi oferentom w ramach usługi wsparcia dla Etapu V. Ponadto, w jakiej wysokości oferent kalkulował koszt jednostkowy nadzoru autorskiego dla Etapu VI.

W ocenie Izby tak daleko idące wyjaśnienia prowadziłyby do wykreowania zupełnie nowej treści oferty, a wyjaśnienie będzie dotyczyło tego, co w treści oferty nie jest zawarte, do tego miałyby to miejsce po terminie składania ofert. Wyjaśnienia tworzyłyby treści oferty, której nie ma w pierwotnej ofercie i prowadziłyby to do negocjacji między Zamawiającym, a Wykonawcą. Należy przypomnieć, że Odwołujący załączył do oferty formularze dla obu bloków/Bloku o nr inw. A-6 i A-7/ zawierające po 3 wiersze/ sekcje zamiast prawidłowych 6 wierszy/ sekcji, do tego bez wymaganej kwoty brutto. Zamawiający musiałby de facto uzupełnić prawie połowę formularzy dla obu bloków. Nadto, wymaga zauważenia (na co zwracał uwagę Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, a czemu nie przeczył Odwołujący na rozprawie), że zgodnie z § 38 Umowy, część wynagrodzenia należnego wykonawcy, w tym usługi wsparcia x 3 (udzielanie odpowiedzi oferentom w etapie V), czy też aktualizacja kosztorysu x 3 (w Etapie V) ma charakter wynagrodzenia kosztorysowego. Podobnie charakter wynagrodzenia kosztorysowego mają wizyty dodatkowe w ramach pełnienia nadzoru autorskiego x 20 (Etap VI). Jest to o tyle istotne, że zgodnie komentarzem UZP przytoczonym powyżej: „(...) przy wynagrodzeniu kosztorysowym nie jest dopuszczalne uznanie za omyłką polegającą na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującą istotnych zmian w treści oferty braku wyceny pozycji kosztorysu ofertowego. Brak wskazania ceny jednostkowej uniemożliwia dokonanie wyceny pozycji, a zatem 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 ceny jednostkowej i oznaczałoby prowadzenie niedozwolonych negocjacji z wykonawcą. Celem regulacji art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp nie jest poprawianie wszystkich braków czy też błędów kosztorysowych, a jedynie umożliwienie zamawiającemu poprawienia niektórych omyłek w treści oferty. Brak wskazania ceny jednostkowej, niezależnie od jej wysokości, nie jest omyłką, lecz istotnym brakiem oświadczenia, którego uzupełnienia ustawodawca nie dopuścił" (Prawo zamówień publicznych. Komentarz, pod redakcją H. Nowaka, M. Winiarza, Wydanie II, UZP, W-wa 2023, str. 715). W konsekwencji brak jest możliwości wyjaśnienia w tym zakresie, tj. ceny jednostkowej aktualizacji kosztorysu inwestorskiego, udzielania odpowiedzi oferentom w ramach usługi wsparcia w Etapie V, czy też ceny jednostkowej za wizyty dodatkowe w ramach pełnienia nadzoru autorskiego w etapie VI.

Na koniec należy zauważyć, że racje ma Zamawiający, iż wszystkie dokonane w odwołaniu wyliczenia oparte byłyby na założeniu, że jeśli wcześniej była to wartość rzędu 10% (za przeniesienie praw autorskich), to kolejny etap IV będzie mieścił się w tej wielkości. Takie założenia są nieweryfikowalne z uwagi na brak pierwotnej treści oferty. Wystosowanie wezwania byłoby niezasadne z uwagi na niebezpieczeństwo zmiany tej części oferty, która byłaby nieweryfikowalna. Zamawiający wzywając do wyjaśnień musiałby przyjąć określone założenia i hipotezy, aby w efekcie doprowadzić do uzupełnienia prawie połowy formularza ofertowego dla poszczególnych bloków /Bloku o nr inw. A-6 i A-7/. Zamawiający bowiem nie ma wiedzy jaki konkretnie procent wynagrodzenia przypada na poszczególne sekcje i nie sposób ocenić, czy od początku oferta Odwołującego mieściła się w wyznaczonych ramach określonych w formularzu. Brak bowiem możliwości porównania pierwotnie prezentowanych wyliczeń z tymi przedstawionymi na skutek wystosowanego wezwania uniemożliwi jednoznaczne stwierdzenie, że nie doszło do modyfikacji pierwotnej oferty. Wobec tego brak jest możliwości weryfikacji, czy nie doszło do zmiany treści złożonej oferty, a samo wezwanie przy takich okolicznościach mogłoby być interpretowane jako niedozwolone negocjacje.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Wobec wynikowego charakteru zarzutu drugiego, z racji oddalenia zarzutu pierwszego, Izba uznała, że oddaleniu podlega także zarzut drugi.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 553 zdanie pierwsze i art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp oraz orzekł jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono z uwzględnieniem przywołanych poniżej przepisów, w tym także w oparciu o § 8 ust. 2 zdanie pierwsze rozporządzenia wskazanego poniżej. Jednocześnie, obciążając kosztami Odwołującego. Izba ograniczyła koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego do kwoty wynikającej ze wskazanego poniżej rozporządzenia, tj. do 3.600,00 zł. Koszty dojazdu zasądziła w całości – 373, 43 zł brutto (303,60 zł netto x 0,23 =69,83). W konsekwencji zasadzając na rzecz Zamawiającego kwotę za wynagrodzenie pełnomocnika i dojazd na rozprawę w wysokości: 3 973 zł 43 gr.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 Pzp oraz art. 575 Pzp, z uwzględnieniem postanowień 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:**

.....