

Sygn. akt: KIO 1299/15

Sygn. akt: KIO 1331/15

WYROK
z dnia 7 lipca 2015 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 lipca 2015 roku, odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 19 czerwca.2015 r. przez wykonawcę **Q-Arch Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie**

B. w dniu 22 czerwca 2015 r. przez wykonawcę **WXCA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Archiwum Narodowe w Krakowie**

przy udziale:

A. wykonawcy **Pracownia Konserwacji Zabytków „ARKONA” Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1299/15 oraz KIO 1331/15 po stronie zamawiającego,

B. wykonawcy **WXCA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1299/15 po stronie zamawiającego,

orzeka:

A. sygn. akt KIO 1299/15

1. oddala odwołanie

2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego **Q-Arch Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie**, i:

1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie piętnastu tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez Odwołującego **Q-Arch Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie** tytułem wpisu od odwołania,

2) zasądza od Odwołującego **Q-Arch Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie** na rzecz Zamawiającego **Archiwum Narodowego w Krakowie** kwotę 3.600 zł (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy) stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

B. sygn. akt KIO 1331/15

1. Oddala odwołanie

2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego: **WXCA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**, i:

1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie piętnastu tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę **WXCA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania.

2) zasądza od Odwołującego **WXCA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** na rzecz Zamawiającego **Archiwum Narodowego w Krakowie** kwotę 3.600 zł (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy) stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Krakowie**

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Sygn. akt KIO 1299/15

W dniu 19 czerwca 2015 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawą Pzp” odwołanie złożył wykonawca **Q-Arch Sp. z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie**, zwany dalej „Odwołującym 1”.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji bez ogłoszenia prowadzi **Archiwum Narodowe w Krakowie**, dalej jako „Zamawiający”

Przedmiotem zamówienia jest szczegółowe opracowanie pracy konkursowej polegające na opracowaniu pełnej dokumentacji projektowej tj. projektu zagospodarowania terenu, pełnej dokumentacji niezbędnej do uruchomienia postępowania o udzielenie zamówienia na roboty budowlane (w tym kosztorysy inwestorskie) i realizacji inwestycji (w szczególności wielobranżowe projekty budowlane i wielobranżowe projekty wykonawcze) oraz pełnienie nadzoru autorskiego w trakcie realizacji robót budowlanych.

Odwołanie wniesiono od czynności i zaniechań Zamawiającego - polegających na:

1. dokonaniu przez Zamawiającego nieprawidłowego badania i oceny oferty oraz rozstrzygnięciu wątpliwości interpretacyjnych w zakresie treści SIWZ, na niekorzyść Odwołującego 1, co stanowi naruszenie art. 7 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp,
2. bezzasadnym odstąpieniu od żądania od spółki Odwołującego 1 złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty oraz poprawienia omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty, co stanowi naruszenie art. 87 ust. 1 i 2 pkt 3 ustawy Pzp,
3. nieuzasadnionym odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego 1 ze względu na błędne stwierdzenie niezgodności złożonej przez spółkę oferty z SIWZ, pomimo iż jej treść odpowiada treści SIWZ, co stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp,
4. wyborze jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez Pracownię Konserwacji Zabytków Arkona sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, podczas gdy ofertą najkorzystniejszą była oferta złożona przez Odwołującego 1, co stanowi naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

W związku z powyższym, Odwołujący 1 wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności dokonanego badania i oceny ofert,
2. unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego 1,
3. unieważnienie czynności wyboru oferty złożonej przez Pracownię Konserwacji

Zabytków Arkona sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie jako najkorzystniejszej,

4. dokonanie ponownego badania i oceny ofert,
5. dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Na skutek naruszenia wskazanych powyżej przepisów ustawy interes Odwołującego 1 doznał uszczerbku, ponieważ prowadzenie procedury przetargowej z ich wadliwym zastosowaniem miało wpływ na wynik przedmiotowego postępowania. Odwołujący 1 może doznać szkody w postaci utraty korzyści, jakie niesie za sobą uzyskanie i zrealizowanie przedmiotowego zamówienia. W przypadku uwzględnienia odwołania oferta Odwołującego 1 zostałaby uznana za najkorzystniejszą, w związku z czym spółka odniosłaby korzyść związaną z wykonaniem zamówienia

W uzasadnieniu podniesiono, co następuje: Zamawiający - Archiwum Państwowe w Krakowie - ogłosił konkurs na opracowanie koncepcji architektoniczno - użytkowej budynku, nowej siedziby Archiwum Narodowego w Krakowie. Zgodnie z regulaminem konkursu, uczestnicy składając prace konkursowe byli związani między innymi informacjami zawartymi w Programie Funkcjonalno - Użytkowym.

W treści regulaminu konkursowego zawarto również informację o nagrodach przyznawanych uczestnikom konkursu, którzy w ocenie Sądu konkursowego w sposób najwłaściwszy spełnili kryteria oceny prac. Zgodnie z treścią przedmiotowego dokumentu, obok nagród finansowych przewidziano także nagrodę w postaci zaproszenia do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji bez ogłoszenia na szczegółowe opracowanie pracy konkursowej.

W trakcie konkursu uczestnicy skierowali do Zamawiającego liczne zapytania, które dotyczyły między innymi prawidłowej interpretacji niektórych wymagań zawartych w Programie Funkcjonalno - Użytkowym. Jedno z pytań dotyczyło kwestii sprecyzowania danych dotyczących składowania akt (pytanie numer 2). W odpowiedzi na zapytanie Zamawiający stwierdził, że: *„Obowiązujące jest zaprojektowanie powierzchni magazynowej zapewniającej składowanie 60.000 mb akt. Przy czym należy to ustalić dla regałów jezdnych o maksymalnej wysokości ostatniej półki na 180 cm od podłogi (wysokość regału ok. 230 cm), konieczność zapewnienia przestrzeni wentylacyjnej od podłogi i sufitu 15 cm, przy wymaganej ilości 5 półek. Minimalny rozstaw półek 40 cm. Podane w PFU: „powierzchnia składowania” (5.200 m²) oraz „powierzchnia magazynowa” (7.500 m²) są wielkościami orientacyjnymi i nie obligatoryjnymi dla uczestników konkursu”.*

Ponadto, w trakcie postępowania konkursowego swoje zastrzeżenia co do warunków i wymogów konkursowych złożyło Stowarzyszenie Architektów Polskich.

Etap konkursu zakończył się ogłoszeniem wyników. Pierwsze miejsce zajęła spółka tj. Q-Arch spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie (Odwołujący 1).

W dniu 8 maja 2015 roku spółka została drogą elektroniczną zaproszona do udziału

w postępowaniu w trybie negocjacji bez ogłoszenia. Do zaproszenia załączone zostały dokumenty, w tym dokument pod nazwą „Opis przedmiotu zamówienia”, w skład którego wchodził między innymi „Program funkcjonalno - użytkowy”. Negocjacje zostały przewidziane na dzień 18 maja 2015 roku.

Następnie w dniu 20 maja 2015 roku Zamawiający przesłał do spółki ponowne zaproszenie, do którego załączone zostały między innymi zalecenia Sądu Konkursowego dla prac, które otrzymały I, II i III nagrodę. W zaproszeniu zawarta została ponadto informacja o przewidzianej na dzień 9 czerwca 2015 roku możliwości prezentacji i omówienia przez autorów koncepcji złożonych prac przed komisją przetargową Zamawiającego.

W dniu 26 maja 2015 roku Zamawiający przesłał do spółki wyjaśnienia dotyczące SIWZ.

W dniu 8 czerwca 2015 roku Odwołujący 1 złożył wypełniony formularz ofertowy wraz z wymaganymi w SIWZ dokumentami.

Zamawiający ogłosił w dniu 11 czerwca 2015 roku decyzję o wyborze oferty najkorzystniejszej. Z treści informacji wynika, że zdaniem Zamawiającego najlepszą ofertę złożyła Pracownia Konserwacji Zabytków Arkona sp. z o.o., która otrzymała łącznie 91,1 punktów w ramach kryteriów oceny ofert.

Równocześnie Zamawiający zawarł informację o odrzuceniu dwóch złożonych ofert, w tym między innymi oferty złożonej przez spółkę odwołującą się. Jako uzasadnienie odrzucenia oferty spółki, Zamawiający wskazał na to, że w ofercie spółka zawarła stwierdzenie, iż zaprojektuje powierzchnię magazynową z wykorzystaniem 6 półek osiągając w ten sposób 63 660 mb półek. Równocześnie Zamawiający podniósł, że na stronie 20 „Programu funkcjonalno - użytkowego” wskazano, że projektowana powierzchnia magazynowa to łącznie: 7.500 m² mogąca pomieścić 60.000 mb, a w odpowiedzi nr 2 w toku konkursu doprecyzowano, że powyższe wielkości należy osiągnąć przy wymaganej ilości 5 półek. W związku z tym Zamawiający stwierdził, że ilość półek podana przez wykonawcę jest niezgodna z tymi postanowieniami, a ponadto, że przy wykorzystaniu liczby 5 półek powierzchnia magazynowa zapewni składowanie jedynie 53 050 mb (5/6 wielkości podanej w ofercie dla 6 półek). Zdaniem Zamawiającego niezgodność oferty z SIWZ jest tym samym nieusuwalna bez istotnej zmiany oferty, co w świetle przepisów o zamówieniach publicznych jest niemożliwe.

Biorąc pod uwagę powyższe, Odwołujący w pierwszej kolejności podniósł z pełną stanowczością, że oferta złożona przez spółkę jest w całości zgodna z treścią SIWZ, w tym również ze stanowiącym załącznik do SIWZ dokumentem pod nazwą „Opis przedmiotu zamówienia”. Należy bowiem zauważyć, że wymagana ilość półek do składowania dokumentów w ramach regałów jezdnych została określona na stronie numer 128 „Opisu

przedmiotu zamówienia" na **poziomie 6 półek**. Przedmiotowy zapis jest przy tym jednoznaczny i nie wymaga przeprowadzenia jakiegokolwiek złożonej wykładni.

W uzasadnieniu odrzucenia oferty spółki Zamawiający całkowicie pomija przedmiotową okoliczność, poprzestając jedynie na powołaniu się na udziałną w trakcie konkursu odpowiedź na pytanie numer 2. Tymczasem, zdaniem Odwołującego 1, zapis zawarty w dokumencie pod nazwą „Opis przedmiotu zamówienia” jest w niniejszej sprawie bardzo istotny. Jest tak przede wszystkim z tego powodu, że treść udzielonego przez Zamawiającego wyjaśnienia na zadane pytanie nie powinna być interpretowana w oderwaniu od zapisu zawartego we wskazanym powyżej dokumencie. Zdaniem spółki, niedopuszczalne jest bowiem, aby działając w trybie art. 38 ustawy Pzp Zamawiający udzielał wyjaśnień, które byłyby w sprzeczności z jednoznacznym zapisem zawartym w SIWZ. Stwierdzając konieczność dokonania zmiany treści SIWZ Zamawiający powinien bowiem skorzystać z możliwości dokonania jej modyfikacji, która jest przeprowadzana w innym trybie (art. 38 ust. 4), niż udzielanie wyjaśnień treści SIWZ (art. 38 ust. 1-3). Instytucja wyjaśnień treści SIWZ stanowi bowiem gwarancję prawną dla wykonawców polegającą na możliwości szczegółowego wyjaśnienia przez nich treści SIWZ mającą na celu uniknięcie w przyszłości wszelkich negatywnych konsekwencji wynikających z możliwości rozbieżnego jej rozumienia przez tych wykonawców i zamawiającego. Przedmiotowa instytucja nie może natomiast stanowić podstawy do dokonywania przez Zamawiającego zmiany jednoznacznych zapisów zawartych w SIWZ.

Przyjmując założenie, że działania podejmowane przez Zamawiającego są racjonalne i zgodne z obowiązującymi przepisami należało uznać, że zawarty w odpowiedzi na pytanie numer 2 zwrot **„przy wymaganej ilości 5 półek”** stanowi wymóg zaprojektowania w regałach jezdnych minimum 5 półek. Tylko takie bowiem rozumienie treści wyjaśnienia Zamawiającego jest zarazem zgodne z treścią dokumentu pod nazwą „Opis przedmiotu zamówienia” stanowiącego załącznik do SIWZ, a tym samym jest dopuszczalne proceduralnie z punktu widzenia obowiązujących przepisów ustawy Pzp, gdyż w takim wypadku przedmiotowe wyjaśnienie nie stanowi zmiany SIWZ, lecz jedynie jego konkretyzacją. W przywołanym powyżej dokumencie użyto bowiem zwrotu, zgodnie z którym **„Regały jezdne *powinny* być wyposażone w 6 półek do składowania dokumentów”**, co oznacza, że przyjęcie następnie przez Zamawiającego minimalnej ilości półek na poziomie 5 będzie do pogodzenia z przedmiotowym zapisem. Należy również zauważyć, że także inne parametry dotyczące regałów, takie jak w szczególności wymagana wysokość ostatniej półki zostały SIWZ określone jedynie jako parametry zalecane, a nie wiążące wykonawców.

Przyjęcie interpretacji jaką zastosował w niniejszej sprawie Zamawiający uzasadniając odrzucenie oferty Odwołującego 1 powoduje natomiast, że w ramach jednego postępowania przetargowego występuje równocześnie jednoznaczny zapis SIWZ, oraz

sprzeczne z nim stanowisko Zamawiającego wyrażone w formie dokonanego wyjaśnienia. W takim wypadku wykonawca nie jest w stanie sporządzić opracowania, które spełniałoby równocześnie wszystkie wymagania Zamawiającego.

Wskazane powyżej rozumienie treści wyjaśnień Zamawiającego, zakładające konieczność uwzględniania również jednoznacznych zapisów dokumentu pod nazwą „Opis przedmiotu zamówienia” stanowiącego załącznik do SIWZ przyjął Odwołujący 1.

Istotne jest również to, że powyższe stanowisko było prezentowane przez spółkę, nie tylko na etapie postępowania przetargowego prowadzonego w trybie negocjacji bez ogłoszenia, ale jeszcze na etapie postępowania konkursowego. Co istotne, nie zostało ono wówczas zakwestionowane przez Zamawiającego. Należy bowiem zauważyć, że do postępowania konkursowego spółka przedłożyła opracowania, w których uwzględnione były regały jezdne posiadające 6 półek. Pomimo tego, spółka otrzymała pierwszą nagrodę konkursową. Ponadto, powołany w sprawie Sąd Konkursowy nie uznał przedmiotowych rozwiązań za niezgodne z „Programem funkcjonalno - użytkowym”, także w kontekście udzielonych przez Zamawiającego wyjaśnień, co jednoznacznie wynika z treści zaleceń sporządzonych przez Sąd Konkursowy.

Mając na uwadze powyższe, należy więc stwierdzić, że Zamawiający w niniejszej sprawie w sposób nieprawidłowy zbadał i ocenił ofertę złożoną przez Odwołującego 1. Zamawiający, pomijając całkowicie jednoznaczne zapisy SIWZ, dokonał bowiem błędnej wykładni treści udzielonych na etapie przeprowadzonego konkursu wyjaśnień, w konsekwencji czego bezzasadnie uznał ofertę złożoną przez spółkę za niezgodną z treścią SIWZ.

Równocześnie należy zauważyć, że dokonana przez Zamawiającego wykładnia przepisów SIWZ w kontekście udzielonych wyjaśnień ma charakter interpretacji dokonywanej na niekorzyść wykonawcy. Jest to o tyle istotne, że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej powszechnie uważa się, że wątpliwości w tym zakresie powinny być rozstrzygane na korzyść wykonawcy, skoro to Zamawiający - mogąc zastosować różne sformułowania - wprowadza do specyfikacji istotnych warunków zamówienia postanowienie o niejednoznacznej treści. Takie stanowisko zaprezentowała Krajowa Izba Odwoławcza między innymi w orzeczeniu z dnia 16 marca 2015 roku (sygn. akt KIO 430/15) oraz w orzeczeniu z dnia 12 stycznia 2015 roku (sygn. akt KIO 2784/14).

Mając na uwadze powyższe należy więc stwierdzić, że w niniejszej sprawie Zamawiający naruszył dyspozycję art. 7 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Z powyższego wynika więc jednoznacznie, że możliwe było poprawienie rzekomej omyłki stanowiącej zdaniem Zamawiającego niezgodność oferty ze SIWZ. Usunięcie przedmiotowej omyłki nie powodowałoby przy tym istotnych zmian w treści oferty. Polegałoby to bowiem jedynie na przyjęciu innego wariantu umeblowania i aranżacji

powierzchni magazynowej. Należy bowiem podkreślić z pełną stanowczością, że zaprojektowane powierzchnie magazynowe oraz rozkład pomieszczeń był w pełni wystarczające do umieszczenia w nich takiej ilości regałów jezdnych o pięciu półkach, które umożliwiłyby przechowywanie 60.000 mb akt.

Niezależnie od powyższego należy zauważyć, że wbrew twierdzeniom zawartym przez Zamawiającego w informacji z dnia 11 czerwca 2015 roku o wyborze oferty najkorzystniejszej, zaprojektowana łączna powierzchnia magazynów (5258,5 m²) jest wystarczająca do lokalizacji regałów jezdnych 5-cio półkowych w ilości zapewniającej wymagane 60.000 mb akt. Należy bowiem zauważyć, że przy uwzględnieniu 70 cm szerokości regałów ich powierzchnia wyniosłaby jedynie 4.200 m².

Nieuzasadnione jest stwierdzenie Zamawiającego, iż „niezgodność oferty z SIWZ jest tym samym nieusuwalna”. Odnosząc się do stanowiska Zamawiającego należy podnieść z pełną stanowczością, że przedstawienie w formie rysunkowej szczegółowego rozplanowania magazynów archiwalnych wraz ze szczegółowym wyliczeniem ilości metrów bieżących półek stanowi jedynie jeden z możliwych wariantów rozplanowania umeblowania magazynów, podczas gdy zasadnicza pozostaje kwestia zaprojektowania powierzchni magazynowej zapewniającej składowanie 60.000 mb akt.

Ponadto należy stwierdzić, że wbrew twierdzeniom Zamawiającego w niniejszej sprawie było możliwe sporządzenie opracowania zakładającej możliwość składowania 60.000 mb akt w regałach 5- cio półkowych na zaprojektowanej zgodnie z koncepcją konkursową powierzchni magazynowej. Przedmiotowe zmiany nie wiązałyby się przy tym ze zmianami powierzchni magazynowej, czy też z modyfikacjami układu pomieszczeń. Wiazałyby się one jedynie z innym rozmieszczeniem regałów, czyli z samą zmianą sposobu umeblowania zaprojektowanych uprzednio pomieszczeń.

Należy więc stwierdzić, że Zamawiający odrzucając ofertę ze względu na jej niezgodność z SIWZ bez uprzedniego wezwania wykonawcy do usunięcia stwierdzonej omyłki naruszył dyspozycję art. 87 ust. 1 i 2 pkt 3 ustawy Pzp. Przedmiotowe uchybienie jest dodatkowo o tyle istotne, że stwierdzona przez Zamawiającego niezgodność oferty wynikała z przyjęcia przez Zamawiającego niekorzystnej dla spółki interpretacji treści SIWZ, przy równoczesnej możliwości dokonania innej jej wykładni.

Mając na uwadze powyższe należy więc stwierdzić, że brak było podstaw do odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego 1. Wbrew twierdzeniom Zamawiającego oferta złożona przez spółkę odpowiadała bowiem treści SIWZ. Ponadto należy zauważyć, że nawet przyjęcie za uzasadnione stanowiska zaprezentowanego przez Zamawiającego nie stanowiło podstawy do odrzucenia oferty spółki. W takim wypadku należało bowiem zastosować zasadę interpretacji niejasności treści SIWZ na korzyść wykonawcy. Niezależnie od powyższego zauważenia wymaga, że odrzuceniu oferty spółki sprzeciwiał się również

charakter wskazywanych przez Zamawiającego niezgodności. Należy bowiem stwierdzić, że przywołane przez Zamawiającego nieprawidłowości miały charakter usuwalny i mogły zostać usunięta w każdej chwili bez istotnej zmiany oferty.

Nie jest to bez znaczenia, mając także na uwadze dotychczasowe orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, w którym wielokrotnie podkreślano, że Zamawiający może dokonać odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. jedynie w sytuacji ustalenia w sposób nie budzący wątpliwości, że oferta wykonawcy nie zapewni realizacji zamierzonego i opisanego w SIWZ celu, a oferowane świadczenie nie odpowiada wyrażonym w treści siwz wymaganiom. Takie stanowisko zaprezentowane zostało między innymi w orzeczeniu z dnia 19 grudnia 2011 roku, sygn. akt KIO 2584/11.

W niniejszej sprawie brak było podstaw do odrzucenia oferty ze względów wskazanych przez Zamawiającego jeszcze z innego powodu. Należy bowiem zauważyć, że z treści SIWZ (Rozdział XVI pkt 3b) jednoznacznie wynika, że brak uzyskania maksymalnej pojemności magazynu archiwalnego dla składowania akt tj. ilości metrów bieżących półek powinien mieć wpływ jedynie na obniżenie przyznawanej ilości punktów w ramach dokonywanej oceny oferty. Przedmiotowy zapis jest w tym zakresie jednoznaczny. W związku z tym, mając na uwadze treść SIWZ należy stwierdzić, że odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego 1 z powodu rzekomego braku zapewnienia odpowiedniej ilości metrów bieżących półek w regałach jezdnych jest bezzasadna także mając na uwadze wskazane w SIWZ kryteria dokonywania oceny ofert.

Bezpośrednią konsekwencją błędnego odrzucenia oferty Odwołującego 1 było bezzasadne uznanie za najkorzystniejszą oferty złożonej przez Pracownię Konserwacji Zabytków Arkona sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie. Analiza sprawy wskazuje bowiem na to, że gdyby oferta Odwołującego 1 nie została odrzucona, to właśnie oferta spółki odwołującej się zostałaby uznana za najkorzystniejszą. Wskazuje na to jednoznacznie analiza złożonej przez spółkę oferty w kontekście kryteriów oceny ofert przyjętej przez Zamawiającego. Dla oceny wyników przetargu nie bez znaczenia jest również fakt, że odrzucona oferta została uznana za najlepszą w ramach przeprowadzonego konkursu.

Należy więc stwierdzić, że konsekwencją bezzasadnego odrzucenia oferty jest również naruszenie przez Zamawiającego art. 91 ust. 1 ustawy Pzp polegające na uznaniu za najkorzystniejszą ofertę jednego z wykonawców, w sytuacji w której to oferta innego podmiotu była najkorzystniejsza mając na uwadze przyjęte przez Zamawiającego kryteria oceny ofert.

Mając na uwadze powyższe, wnoszono jak na wstępie.

Sygn. akt KIO 1331/15

W dniu 22 czerwca 2015 roku do Prezesa KIO odwołanie złożył wykonawca WXCA

spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, dalej jako „Odwołujący 2”.

Odwołanie wniesiono od czynności Zamawiającego niezgodnych z przepisami ustawy dokonanych Pzp w toku postępowania polegających na:

1. odrzuceniu oferty Odwołującego 2;
2. dokonaniu wyboru oferty Pracowni Konserwacji Zabytków Arkona sp. z o.o. („Wykonawca” lub ” Arkona”) jako najkorzystniejszej, mimo że oferta wykonawcy Arkona winna ulec odrzuceniu z uwagi na fakt, iż jej treść nie odpowiada treści SIWZ;
3. zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Arkona.

Zamawiającemu zarzucono naruszenie:

1. art. 96 ust. 3 ustawy Pzp, § 5 ust. 1, 2, 3 i 4 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2010 roku w sprawie protokołu postępowania („Rozporządzenie”), art. 7 ust. 1 i 2 ustawy oraz art. 8 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez nieprzekazanie Odwołującemu 2 kopii protokołu postępowania oraz odmowę udzielenia zgody na samodzielne wykonanie przez Odwołującego 2 kopii protokołu postępowania oraz załączników do protokołu, w szczególności ofert pozostałych wykonawców, a tym samym uniemożliwienie Odwołującemu 2 zapoznanie się z dokumentacją postępowania oraz przeanalizowanie jej, a w konsekwencji, skuteczne skorzystanie ze środków ochrony prawnej wskazanych w art. 180 i nast. Ustawy Pzp;
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego 2, mimo iż odpowiada ona treści SIWZ;
3. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Arkona mimo tego, że wykonawca Arkona złożył ofertę, której treść nie odpowiada treści SIWZ;
4. art. 91 ust. 1 ustawy oraz art. 7 ust 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Arkona mimo tego, że oferta tego wykonawcy podlegała odrzuceniu.

Z ostrożności, Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 87 ust. 1 ustawy i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez bezzasadne odstępianie od żądania od Odwołującego 2 złożenia wyjaśnień treści oferty złożonej przez Odwołującego 2, w zakresie powierzchni modułów;
2. art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie poprawienia omyłki rysunkowej, polegającej na rozmieszczeniu powierzchni w ten sposób, że niektóre moduły archiwalne przekraczały 200-220 m²;
3. art. 87 ust. 1 ustawy i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez bezzasadne odstępianie od żądania od Odwołującego 2 złożenia wyjaśnień treści oferty złożonej przez Odwołującego 2, w zakresie szczegółowych wyliczeń metrów bieżących półek.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego 2;
2. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z uwagi na fakt, iż wybór oferty wykonawcy Arkona stanowi naruszenie zasady równego traktowania wykonawców;
3. wyrażenia zgody na wykonanie samodzielnie przez Odwołującego fotokopii protokołu postępowania wraz z załącznikami, w szczególności ofert pozostałych wykonawców;
4. ponowne przeprowadzenie badania i oceny ofert i dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej;
5. odrzucenia oferty wykonawcy Arkona z uwagi na fakt, iż treść oferty nie odpowiada treści SIWZ;
ewentualnie
6. unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący 2 wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania, ponieważ bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego 2 i wybór oferty wykonawcy Arkona spowodowało rzeczywistą utratę możliwości wyboru oferty Odwołującego 2 jako najkorzystniejszej, a Odwołujący 2 chce zamówienie uzyskać.

Jednocześnie w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego 2, może on ponieść szkodę w postaci bezpowrotnej możliwości uzyskania zamówienia. W zakresie zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Arkona, potencjalna szkoda Odwołującego 2 wyraża się w tym, że w przypadku ponownej oceny ofert oferta wykonawcy Arkona może hipotetycznie zostać oceniona wyżej niż oferta Odwołującego się.

Co do zarzutu bezpodstawnej odmowy przekazania kopii protokołu postępowania oraz bezpodstawnej odmowy zgody na wykonanie fotokopii protokołu postępowania oraz załączników, w szczególności ofert, Odwołujący 2 wskazał, że w dniu 17 czerwca 2015 roku Odwołujący 2 zwrócił się do Zamawiającego o:

- a. udostępnienie mu protokołu postępowania o udzielenie zamówienia wraz z jego załącznikami, jak również umożliwienie wykonania fotokopii tych dokumentów;
- b. przesłanie kopii protokołu oraz jego załączników drogą elektroniczną (na adres poczty elektronicznej podany we wniosku).

W odpowiedzi na wniosek Zamawiający pismem z dnia 18 czerwca 2015 roku:

- a. poinformował Odwołującego o zamiarze udostępnienia mu protokołu postępowania w swojej siedzibie;
- b. odmówił wyrażenia zgody na sporządzenie kopii protokołu, powołując się na § 5 ust. 3 Rozporządzenia;
- c. odmówił przesłania załączników do protokołu, z uwagi na brak odpowiednich środków technicznych.

Zgodnie z § 5 ust. 1-4 Rozporządzenia:

1. Zamawiający udostępnia protokół lub załączniki do protokołu na wniosek.
2. Udostępnienie protokołu lub załączników może nastąpić poprzez wgląd w miejscu wyznaczonym przez zamawiającego, przesłanie kopii pocztą, faksem lub drogą elektroniczną, zgodnie z wyborem wnioskodawcy wskazanym we wniosku.
3. Bez zgody zamawiającego, wnioskodawca w trakcie wglądu do protokołu lub załączników, w miejscu wyznaczonym przez zamawiającego, nie może samodzielnie kopiować lub utrwać za pomocą urządzeń lub środków technicznych służących do utrwalania obrazu treści złożonych ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu,
4. Jeżeli przesłanie kopii protokołu lub załączników zgodnie z wyborem wnioskodawcy jest z przyczyn technicznych znacząco utrudnione, w szczególności z uwagi na ilość żądanych do przesłania dokumentów, zamawiający informuje o tym wnioskodawcę i wskazuje sposób, w jaki mogą być one udostępnione.”

W dniu 19 czerwca 2015 roku na zlecenie Odwołującego osoba przez niego upoważniona stawiała się w miejscu wskazanym przez Zamawiającego celem przejrzenia dokumentacji postępowania. Zamawiający nie zezwolił na samodzielne wykonanie fotokopii protokołu i załączników. Odmawiając zgody na samodzielne wykonanie fotokopii protokołu, Zamawiający nie wykonał dla Odwołującego kopii tego dokumentu.

Przed wszystkim, z cytowanego powyżej § 5 ust. 3 wyraźnie wynika, że Zamawiający nie może odmówić wykonawcy zgody na samodzielne wykonanie kopii protokołu postępowania. Zamawiający ma prawo odmówić zgody na samodzielne wykonanie przez wykonawcę kopii ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Żaden przepis nie upoważnia natomiast Zamawiającego do zabronienia wykonawcy samodzielnego wykonania kopii protokołu postępowania oraz dokumentów innych niż oferty i wnioski. Nadto, mimo bezpodstawnego odmówienia zgody na samodzielne wykonanie fotokopii, Zamawiający nie tylko nie wykonał kopii protokołu postępowania dla Odwołującego, ale dodatkowo mimo zgłoszenia przez Odwołującego żądania udostępnienia kopii protokołu i załączników drogą elektroniczną, ale nie przesłał nawet Odwołującemu kopii samego protokołu postępowania, bez załączników.

Na uwagę zasługuje okoliczność, że Zamawiający bez problemów przesłał mailem do Odwołującego kopię odwołania wniesionego przez Q Arch sp. z o.o.

Podsumowując, odmowa zgody na sporządzenie samodzielnie przez Odwołującego kopii protokołu postępowania i załączników innych niż oferty i wnioski, jak też odmowa przesłania protokołu postępowania w formie elektronicznej, były całkowicie bezpodstawne.

Odnosząc się natomiast do kwestii odmowy wyrażenia zgody na wykonanie samodzielnie przez Odwołującego 2 kopii ofert pozostałych wykonawców, Odwołujący 2 podnosi, że odmowa wyrażenia zgody była całkowicie bezzasadna, nie miała uzasadnionych

podstaw faktycznych, a uniemożliwienie Odwołującemu 2 wykonania fotokopii stanowiło naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i zasad uczciwej konkurencji.

Jakkolwiek przepis Rozporządzenia żadnych przesłanek odmowy wyrażenia zgody nie zawiera, jednak należy interpretować go przez pryzmat naczelných zasad prawa zamówień publicznych, do których należą jawność postępowania, zapewnienie uczciwej konkurencji oraz nakaz równego traktowania wykonawców i z tego względu odmowa taka winna mieć uzasadnione podstawy, których w omawianej sytuacji brak.

Oczywiste jest, że Odwołujący 2 zamierzał przejrzeć oferty w celu ustalenia podstaw do wniesienia odwołania i sformułowania ewentualnych zarzutów. Oferty wykonawców w postępowaniu, z uwagi na ich charakter, zawierały część rysunkową, wymagającą analizy przez specjalistów, co nie było możliwe w siedzibie Zamawiającego, przez osobę delegowaną do wykonania fotokopii.

Odmawiając wykonania fotokopii ofert Zamawiający uniemożliwił Odwołującemu 2 zapoznanie się z treścią ofert oraz przeanalizowanie ich w sposób umożliwiający skuteczne skorzystanie ze środków ochrony prawnej przewidzianych Ustawą.

W zakresie zarzutu bezpodstawnego uznania oferty Odwołującego 2 za niezgodną z treścią SIWZ, podniesiono, że Zamawiający w piśmie z dnia 11 czerwca 2015 roku „Informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej” poinformował Odwołującego 2 o tym, iż oferta przedstawiona przez Odwołującego 2 została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jako rzekomo nieodpowiadająca treści SIWZ.

Z treści wskazanego dokumentu wynika jakoby niezgodność oferty Odwołującego 2 z treścią SIWZ wyrażała się w tym, iż Odwołujący 2 w złożonej ofercie wskazał, że powierzchnia niektórych modułów w magazynach archiwalnych przekracza 220 m² oraz niedokonanie przez Odwołującego 2 wyliczenia ilości metrów bieżących półek.

A. Określenie parametrów pomieszczeń archiwalnych w SIWZ

Należy zauważyć, że kryterium powierzchni poszczególnych modułów archiwalnych zostało określone w załączniku nr 1 do SIWZ, tj. Opisie przedmiotu zamówienia (dalej: Opis), stanowiącym integralną część SIWZ,

Zamawiający sformułował to kryterium poprzez użycie określenia „Podstawowym modułem magazynowym jest pomieszczenie o powierzchni 200 m²” (str. 30 Opisu). W tym miejscu należy podkreślić, że zgodnie z definicją słownikową słowo „podstawowy” znaczy tyle co «główny, zasadniczy». Z powyższego wynika zatem, że - zgodnie z wymaganiami pierwotnie przedstawionymi przez Zamawiającego - moduł o powierzchni 200 m² powinien stanowić jednostkę przeciętną albo najczęściej występującą wśród wszystkich modułów archiwalnych. Z powyższego sformułowania w żaden sposób nie wynika, że powierzchnia 220 m² jest powierzchnią maksymalną.

W drugim etapie Odwołujący 2 zaproponował, w związku z wymaganiem Zamawiającego, możliwie jak największej pojemności archiwów - (na dwóch z pięciu kondygnacji) o powierzchni 259 m². Rekompensując odstępstwo od określonej przez Zamawiającego maksymalnej powierzchni 200 - 220 m², Odwołujący 2 zaproponował, aby pozostałe pomieszczenia magazynowe pozostały mniejsze.

Powyżej wskazana propozycja Odwołującego przedstawiała się następująco:

- a) na poziomach: 2, 3, 4, 5 segmentu magazynowego Odwołujący zaproponował pomieszczenia magazynowe o powierzchniach: 259 m², 259 m², 194 m², 208 m² oraz 181 m²- wobec czego średnia, dla tych kondygnacji, powierzchni pomieszczenia magazynowego wyniosła około 220 m²;
- b) na poziomach: 1 i 6 segmentu magazynowego Odwołujący zaproponował pomieszczenia magazynowe o powierzchniach: 259 m², 259 m², 194 m², 202 m² oraz 167 m²- wobec czego średnia, dla tych kondygnacji, powierzchni pomieszczenia magazynowego wyniosła około 216 m²;
- c) na poziomie 0 segmentu magazynowego Odwołujący zaproponował 2 pomieszczenia magazynowe o powierzchniach: 151 m² oraz 259 m² - wobec czego średnia, dla tej kondygnacji, powierzchni pomieszczenia magazynowego wyniosła 205 m².

Mając na uwadze powyższe - średnia powierzchnia magazynu zaproponowana przez Odwołującego wyniosła 218 m². A zatem oferta Odwołującego spełniała wymogi określone w SIWZ.

B. Charakter odpowiedzi na pytania wykonawców zadanych w trakcie konkursu

Zdaniem Odwołującego odpowiedzi na pytania Wykonawców udzielane w trakcie konkursu, nie stanowią elementu SIWZ.

Zamawiający powołuje się na to, że magazyny archiwalne „muszą być zaprojektowane w „modułach” nie większych niż 200-220 m²”, a stwierdzenie to miało się znaleźć w odpowiedziach na pytania wykonawców. Oznacza to, że Zamawiający twierdzi, że odpowiedź na pytanie może prowadzić do zmiany Opisu. Taka interpretacja dokonana przez Zamawiającego jest niezgodna z naturą odpowiedzi na pytania wykonawców. Albowiem, odpowiedzi powinny rozwiewać wątpliwości wykonawców, uszczegóławiać kwestie przedstawione w SIWZ, nie zaś wprowadzać zamęt, czy tym bardziej - zmieniać jego treść.

Istotą zadawania pytań przez wykonawców jest bowiem uniknięcie wszelkich rozbieżności w pojmowaniu tekstu SIWZ, a tym samym - uniknięcie negatywnych konsekwencji odmiennego rozumienia treści tego dokumentu przez zamawiającego i wykonawców. Nie jest rolą odpowiedzi na pytania kreowanie niejasności. Jeżeli Zamawiający zamierzał wprowadzić wymóg maksymalnej powierzchni modułów archiwalnych, to mógł to zrobić poprzez wprowadzenie go wprost do Opisu, czego jednak nie uczynił. Zatem nie można traktować wymogu maksymalnej powierzchni 220 m² jako bezwzględnego wymogu.

Wreszcie, trudno uznać że odpowiedzi na pytania wykonawców mogłyby być traktowane jako nadrzędne w stosunku do Opisu. Przemawia za tym po pierwsze fakt, że nie jest jasna hierarchia załączników do SIWZ. Po drugie, odpowiedź Zamawiającego trudno uznać z odpowiedzi na pytanie, skoro odpowiedź ta jest odpowiedzią nie na temat.

C. Przedmiot zamówienia a opis zamówienia

Dodatkowo, należy podkreślić, że jak Zamawiający określił w SIWZ, oferta każdego z wykonawców - stanowi „szczegółowe opracowanie pracy konkursowej”, a także obejmuje m.in. „(...) dostosowanie magazynów do wymogów określonych w PFU i odpowiedziach Zamawiającego na pytania uczestników konkursu, dotyczących kształtowania magazynów archiwalnych i składowania akt”. Powyższe oznacza, że przedmiotem zamówienia nie jest - jak zdaje się wskazywać Zamawiający - złożenie gotowego projektu, lecz sama oferta dotycząca wykonania projektu. Stąd też należy uznać, że dostarczone przez wykonawców rysunki stanowią jedynie ilustrację wyjściową, która następnie zostanie doprecyzowana i dopasowana do potrzeb Zamawiającego. Co więcej, o takim charakterze przedmiotu zamówienia świadczą także postanowienia zawarte w załączniku nr 15 do Regulaminu Konkursu, tj. projekcie Umowy na wykonanie dokumentacji projektowej i pełnienie nadzoru autorskiego nad inwestycją Budowa budynku, nowej siedziby Archiwum Narodowego w Krakowie (dalej: Umowa), która ma zostać podpisana z Wykonawcą, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza przez Zamawiającego.

Zgodnie z § 4 Umowy, przedmiot Umowy będzie wykonywany w kilku etapach. W etapie 1 - pracach wstępnych „Zamawiający przekaże uwagi oraz zalecenia do Projektu wstępnego, które Projektant obowiązany jest uwzględnić, chyba że uwagi te nie są możliwe do wprowadzenia zgodnie z wiedzą techniczną, obowiązującym prawem lub są niezgodne z Załoženiami programowymi lub Ofertą ” (§ 5 pkt 8 Umowy).

Takie sformułowanie świadczy jednoznacznie o tym, że etap 1 wykonywania Umowy ma na celu dostosowanie projektu przygotowanego przez wykonawców do woli Zamawiającego. Niewątpliwie w trybie tym możliwe by było także dostosowanie powierzchni poszczególnych modułów w magazynach archiwalnych do szczegółowych wymagań Zamawiającego. Powyższa interpretacja SIWZ dokonana przez Odwołującego była dozwolona, zaś Zamawiający dokonując interpretacji jego treści niezgodnie z zasadą rozstrzygnięcia wątpliwości na niekorzyść Wykonawcy.

D. Charakter rysunku zawierającego powierzchnie

Podkreślenia wymaga, że, zgodnie z „Opisem sposobu przygotowania oferty” określonym w Rozdziale XIII SIWZ, rysunki składane przez wykonawców miały zawierać jedynie przedstawienie w formie rysunkowej (rzuty) szczegółowego rozplanowania magazynów archiwalnych wraz ze szczegółowym wyliczeniem ilości metrów bieżących półek (pkt h, str. 10 SIWZ).

Zatem, jak jasno wynika z powyższego, w SIWZ nie został zawarty przez Zamawiającego wymóg podania w ofercie wartości poszczególnych powierzchni przez wykonawców. Tym bardziej więc Zamawiający nie mógł uznać, że oferta Wykonawcy będzie podlegała odrzuceniu z tytułu podania przez niego tych właśnie wymiarów.

Co do zarzutu odstąpienia od żądania od Odwołującego 2 złożenia wyjaśnień treści oferty w zakresie powierzchni magazynowej i poprawienia treści oferty w zakresie powierzchni magazynowej, to Zamawiający powinien był również w tej kwestii zwrócić się do Odwołującego 2 o udzielenie stosownych wyjaśnień. Odstąpienie przez Zamawiającego od żądania od Odwołującego 2 złożenia wyjaśnień odnośnie treści oferty spowodowało pozbawienie Odwołującego 2 szansy na wskazanie Zamawiającemu, że wprowadzenie odpowiednich zmian do oferty w zakresie powyższych zagadnień nie jest czasochłonne, a wręcz przeciwnie - ich wprowadzenie jest nieskomplikowane i nie ma wpływu na liczbę półek mogących zostać umieszczonych w modułach archiwalnych, czy też na inne parametry określone przez SIWZ. Jako dowód załączono do odwołania różne propozycje rozmieszczenia powierzchni, zawierające inne powierzchnie modułów magazynowych.

Jednakże, zakładając że przedstawiona przez Zamawiającego interpretacja SIWZ jest wiążąca, to i tak należałoby uznać, że błąd - wynikający z błędnego rozumienia SIWZ - jest błędem nieistotnym. Tym samym więc Zamawiający mógł i powinien był być poprawić błąd zawarty w ofercie Wykonawcy. Tymczasem sprostowanie powierzchni magazynów jest zabiegiem prostym i nieskomplikowanym, niewymagającym specjalnych umiejętności ani czasu.

Wbrew twierdzeniom Zamawiającego, Odwołujący 2 podał w ofercie szczegółowe wyliczenie metrów bieżących półek - z rozbiem na poszczególne pomieszczenia.

Zamawiający nie podał żadnych dodatkowych danych, których oczekiwałby od wykonawców podczas podawania tego parametru. W ocenie Odwołującego 2, w jego ofercie zamieszczone zostały wszystkie dane, jakich podania wymagał w SIWZ Zamawiający. Stąd też zarzut Zamawiającego niedokonania przez Odwołującego 2 wyliczenia ilości metrów bieżących półek jest bezpodstawny i niezrozumiały dla Odwołującego 2. Jednakże, nawet gdyby przyznać rację Zamawiającemu, należy zauważyć, że w oparciu o inne dane zawarte w ofercie, Zamawiający mógł z łatwością dokonać wyżej wskazanego wyliczenia. Skoro zgodnie z oczekiwaniami zamawiającemu wszystkie półki miały być jednakowe, a każdy regał taką samą liczbę półek (5) - to Zamawiający mógł sam dokonać wszelkich dodatkowych, niewymaganych SIWZ obliczeń. Nawet w wypadku gdyby Odwołujący 2 nie zamieścił w treści swojej oferty wyżej wskazanych wyliczeń, czy też dokonanie ich samodzielnie przez Zamawiającego byłoby niemożliwe, Zamawiający powinien był zwrócić się do Odwołującego 2 w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp z wnioskiem o udzielenie wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Zamawiający tego nie uczynił, czym naruszył art. 87 ust. 1

ustawy Pzp.

Odnosnie niezgodności oferty wykonawcy Arkona z SIWZ, wskazano, że szczególności, lecz nie tylko w tym, że:

- a. zgodnie z ofertą wykonawcy Arkona proponowana powierzchnia netto budynku wynosi 14 225 m². Tymczasem, zgodnie z SIWZ (strona 12), powierzchnia netto budynku nie powinna przekraczać 13 000 m².
- b. zgodnie z ofertą wykonawcy Arkona proponowana powierzchnia zabudowy wynosi 3 610 m². Tymczasem, zgodnie z SIWZ (strona 12), powierzchnia zabudowy nie powinna przekraczać 3 000 m².

Podkreślenia wymaga, że na stronie 34 SIWZ zastrzeżono, że zmiany tych parametrów - do wartości 10%, są dopuszczalne, pod warunkiem wyrażenia zgody przez Inwestora. Na spotkaniu negocjacyjnym w dniu 18 maja 2015 roku Zamawiający poinformował, że przekroczenie powyższych parametrów jest niedopuszczalne. Tym samym, oferta wykonawcy Arkona, jako sprzeczna z SIWZ, podlega odrzuceniu zgodnie z 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W niniejszej sprawie Zamawiający w sposób oczywisty naruszył zasadę równego traktowania wykonawców poprzez podjęcie arbitralnej decyzji o odrzuceniu dwóch pozostałych ofert i uznaniu oferty wykonawcy Arkona za najkorzystniejszą. Należy bowiem zauważyć, że przyczyny którymi umotywowano odrzucenie ofert Odwołującego² są - nie dość że niezasadne - to dodatkowo błahe, usuwalne i łatwe do sprostowania. Tymczasem oferta, którą wybrano jako najkorzystniejszą, jest obciążona co najmniej jedną, istotną i nieusuwalną sprzecznością w stosunku do SIWZ - to jest przekracza parametry zabudowy określone przez Zamawiającego.

Wobec powyższego, Odwołujący 2 wnosil jak na wstepie.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, Opisu przedmiotu Zamówienia, Programu Funkcjonalno Użytkowego, pytań i odpowiedzi udzielonych w toku konkursu, ofert złożonych w postępowaniu, stanowisk i oświadczeń Stron i Uczestników postępowania zaprezentowanych pisemnie i w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem któregośkolwiek z odwołań w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierowała odwołania na rozprawę.

Ustalono dalej, że Wykonawcy wnoszący odwołania posiadają interes w uzyskaniu

przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nieprawidłowe dokonanie czynności badania i oceny, w tym odrzucenie ofert obu Odwołujących, dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Arkona - Przystępującego po stronie Zamawiającego, a także potencjalne stwierdzenie naruszenia w tym zakresie przepisów ustawy Pzp pozbawia Odwołujących możliwości uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Do obu postępowań odwoławczych przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Pracowni Konserwacji Zabytków ARKONA Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie wnosząc o oddalenie odwołań w całości.

Do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1299/15 przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił także wykonawca WXCA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. Przystąpienie uznano za skuteczne. Przystępujący WXCA wnosił o oddalenie odwołania Odwołującego Q-Arch jako bezzasadnego.

Przystąpienia uznano za skuteczne.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołania, w której w obu przypadkach wnosił o oddalenie odwołań w całości przedstawiając szczegółową argumentację merytoryczną.

Przystępujący Arkona przedstawił pisemne stanowisko, z którego wynikało, że popiera on decyzję Zamawiającego o odrzuceniu ofert Odwołujących i wnosi o oddalenie obu odwołań.

Izba ustaliła, że obaj Odwołujący prawidłowo przedstawili w odwołaniach stan faktyczny, w tym prawidłowo przytoczono brzmienie zapisów SIWZ, pytań konkursowych i innych postanowień dokumentacji z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego mających znaczenie dla rozstrzygnięcia przedmiotu sporu, które stanowiły wymagania dla wykonawcy zainteresowanego postępowaniem i ustalonych kryteriów oceny ofert.

Na wstępie zasadnym jest stwierdzenie, że zastosowanie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp może mieć miejsce, gdy Zamawiający poweźmie wątpliwość co do rzeczywistej treści oferty, zaś rezultat ma wyjaśniać, a nie zmienić treść oferty, zastosowanie tego przepisu nie może także prowadzić do negocjacji treści oferty. Powyższe wynika przykładowo z wyroku KIO z dnia 25.07.2012 r., sygn. akt: KIO 1474/14: „Przepis art. 87 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych wyraża ogólną zasadę niezmienności treści oferty po upływie terminu składania ofert. Wyjaśnienie treści oferty z zastosowaniem regulacji art. 87 ust. 1 ustawy Prawo

zamówień publicznych nie może bowiem stanowić zmiany oferty, winno mieścić się w granicach merytorycznych treści oferty, zawartych w niej oświadczeń i informacji. Nie będzie dopuszczalna sytuacja, że w ramach wyjaśnień udzielonych na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, czy też w wyniku uzupełnienia lub wyjaśnienia dokumentu na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy nastąpi zmiana treści oferty.”

Z kolei, zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jest obligatoryjne, jeśli istnieją ku temu stosowne podstawy w danym stanie faktycznym.

Należy wskazać, za wyrokiem KIO z dnia 23.01.2013 r., sygn. akt: KIO 27/13, że: *„Zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Zamawiający zobowiązany jest do poprawy w ofercie innych omyłek niż te, o których mowa w art. 87 ust. 1 i 2 ustawy, które polegają na niezgodności treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i nie powodują istotnych zmian w treści oferty. Szczególny charakter tego przepisu wskazuje, że jego stosowanie musi mieć pewne granice, które są wyznaczone koniecznością zachowania zasady przejrzystości i jawności postępowania oraz konieczności równego traktowania wszystkich wykonawców (porównaj: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 13 stycznia 2009 roku sygn. akt KIO/UZP 1516/08). Charakter tych omyłek, niezależnie od ich skomplikowania, powinien pozwalać na dokonanie przez Zamawiającego samodzielnej poprawy, w którą to czynność poprawy nie będzie ingerował wykonawca. Na uwagę zasługuje fakt, iż uwzględniając, że oferta stanowi jednostronne oświadczenie woli, które zawiera propozycję zawarcia umowy, to na podstawie przywołanego powyżej przepisu możliwa jest ingerencja w oświadczenie wykonawcy. Nieistotność lub istotność zmiany treści oferty w wyniku dokonania poprawy oceniana powinna być każdorazowo w zakresie danego postępowania i danej oferty, bowiem sam ustawodawca posługując się nieostrym określeniem owych omyłek wskazał na konieczność odniesienia owej czynności do konkretnego stanu faktycznego (porównaj: wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z 23 kwietnia 2009 roku sygn. akt XII Ga 102/09)”*

Przy czym art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie stanowi narzędzia do – naprawiania – „błędnie” złożonych ofert, lecz stanowi podstawę poprawy omyłek, której to poprawy może dokonać Zamawiający, a ich znaczenie dla całości złożonego oświadczenia woli (oferty) przez Wykonawcę w kontekście SIWZ nie będzie istotne (porównaj: wyrok KIO z dnia 26.02.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 157/09, sygn. akt: KIO/UZP 159/09, sygn. akt: KIO/UZP 174/09; wyrok KIO z dnia 22.10.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1278/09; wyrok KIO z 18.05.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 779/10).

Odnośnie możliwości wzywania do wyjaśnień – jako poprzedzenie zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, to w ocenie składu orzekającego Izby, jest to dopuszczalne pod warunkiem, że takie wyjaśnienie nie prowadzi do wykreowania nowej treści oferty, a będzie dotyczyło tego, co już w treści oferty się znajduje. Może się bowiem zdarzyć, że

Zamawiający nie dostrzega tego, co już jest w treści oferty. Takie stanowisko znajduje również oparcie w wyroku Sądu Okręgowego w Suwałkach z dnia 06.03.2009 r., sygn. akt: I Ca 27/09, który dopuszcza wyjaśnienia w trybie art. 87 ust. 1 Pzp w kontekście art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Zasadne jest także przywołanie uchwały KIO z dnia 14.08.2013 r., sygn. akt: KIO/KD 73/13, gdzie stwierdza się, iż stwierdzenie omyłki, o której mowa w przepisie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, może nastąpić na podstawie wyjaśnień uzyskanych w trybie art. 87 ust. 1 Pzp. 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 (art. 65 § 1 K.c. w zw. z art. 14 Pzp.). Potwierdza to także wyrok KIO z dnia 04.04.2013 r., sygn. akt: KIO 662/13: *„Odnosząc się do stanowiska Zamawiającego z odpowiedzi na odwołanie i rozprawy, co do procedury wyjaśnienia treści oferty, czy też braku możliwości zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp Izba stwierdziła, że przeprowadzenie takich wyjaśnień nie prowadziłyby do zmiany treści oferty (istotnej) i nie stanowi o niedopuszczalnych negocjacjach z wykonawcą. Jedynie w sytuacji, gdyby Odwołujący w ramach tych wyjaśnień wskazał jeszcze inny termin płatności, a Zamawiający dokonałby w tym zakresie korekty oferty Odwołującego wówczas takie działanie należałoby zakwalifikować jako naruszenie dyspozycji art. 87 ust. 1 Pzp.”.*

Kwestię zamiaru faktycznego Wykonawcy porusza natomiast Sąd Okręgowy w Krakowie w wyroku z dnia 29.01.2010 r., sygn. akt: XII GA 429/09: *„artykuł 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. wprowadzony w celu uniknięcia licznych niegdyś przypadków odrzucania ofert z powodu błahych pomyłek, dopuszcza poprawienie niedopatrzeń, błędów niezamierzonych, opuszczeń, drobnych różnic itp. lecz wszystkie te zmiany muszą mieścić się w pojęciu "omyłki". Z założenia zatem umyślne zastosowanie w ofercie materiału całkowicie odmiennego od projektu nie może być traktowane jako omyłka w tym sensie, który nadaje jej przepis art. 87 Pzp”.* Podobnie wypowiedział się Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku Sądu Okręgowego z 01.03.2010 r., sygn. akt XIX Ga 18/10: *„Lege non distinguente art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp nie wskazuje rodzaju omyłek, zatem obejmuje wszelkie niezamierzone, błahie pomyłki, niedopatrzeń, błędy niezamierzone, opuszczenia, drobne różnice nie będące świadomym pominięciem określonych w siwz wymogów. Może to dotyczyć także ceny wskazanej w ofercie”.*

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanych spraw, dostrzec należy, że konieczność (i możliwość) zastosowania art. 87 ust. 1 oraz art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp pojawia się wyłącznie w sytuacji, gdy oferta wykonawcy zawiera omyłkę. Nie można uznać

bowiem za zasadę, iż każda niezgodność treści oferty z SIWZ stanowi efekt omyłki, czyli niezamierzonego błędu wykonawcy. Wręcz odwrotnie, jako zasadę należy uznać, iż wykonawca, odpowiadając na ogłoszenie o zamówieniu, działa z zachowaniem należytej staranności wymaganej w profesjonalnym obrocie i składa ofertę zawierającą świadome oświadczenie woli zgodne zamiarem obejmującym wykonanie zamówienia w określony w tej ofercie sposób. Uznanie niezgodności treści oferty z SIWZ za omyłkę stanowi zatem wyjątek od ogólnej zasady. Obowiązkiem wykonawcy jest szczegółowe zapoznanie się z treścią wymagań Zamawiającego wynikających z SIWZ, w tym również z ewentualnych zmian czy wyjaśnień jej treści. Jak spójnie stanowi doktryna oraz utrwalone orzecznictwo KIO, w celu zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, niezbędne jest wykazanie, iż działanie wykonawcy, które doprowadziło do niezgodności oferty z SIWZ, jest niezamierzone. Opierając się na słownikowym znaczeniu słowa "omyłka", należy uznać, że nie można poprawić żadnych rozbieżności pomiędzy ofertą a SIWZ, jeśli są one skutkiem celowego działania wykonawcy. Również wtedy, gdy działanie celowe opierało się na złym rozumieniu SIWZ, braku zapoznaniem się z jej wymogami i doprowadziło do niezgodności oferty ze specyfikacją. Świadome zamieszczenie czegoś w ofercie wyklucza bowiem uznanie rezultatu za omyłkę. Możliwość uznania danej niezgodności treści oferty za omyłkę, a zatem za błąd w treści oferty nie wynikający z zamierzonego działania wykonawcy, musi wynikać z treści oferty wykonawcy. Z całości oferty i dokumentów składanych wraz z nią, Zamawiający musi mieć możliwość wywiedzenia, iż wykonawca swoim zamiarem obejmował złożenie oferty w pełni zgodnej z SIWZ. W przeciwnym wypadku brak jest możliwości do uznania, iż doszło do złożenia oświadczenia o treści niezgodnej z SIWZ na skutek niezamierzonego błędu.

Po drugie zauważyć należy, zamawiający powinien wezwać do wyjaśnień treści oferty w oparciu o art. 87 ust. 1 Pzp, o ile poweźmie wątpliwości co do treści oferty. Wyjaśnienia nie mogą jednak prowadzić do negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz do zmian treści oferty, z wyjątkiem zmian, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Oznacza to zatem, iż w sytuacji, gdy zamawiający, w oparciu o dokumenty złożone przez wykonawcę, poweźmie wątpliwość co do rzeczywistej treści oferty, powinien wystąpić o wyjaśnienia jej treści, nawet skutkujące poprawieniem omyłek, które wywołały powyższe wątpliwości. Zamawiający zatem - co do zasady - jest uprawniony do poprawienia omyłek w konsekwencji wyjaśnień treści oferty złożonych przez wykonawcę. Należy jednak wskazać, iż ich dokonanie przez zamawiającego musi respektować wytyczne zawarte w art. 87 ust. 1 zdanie drugie Pzp, tj. nie mogą być one wynikiem negocjacji dotyczących złożonej oferty. Tym bardziej czynności te nie mogą powodować zastąpienia wykonawcy przez Zamawiającego w konstruowaniu jej istotnych elementów. Wyjaśnienia nie mogą zatem prowadzić do zmiany treści oferty, a jedynie ograniczać się do jej wykładni, ewentualnie mogą prowadzić do poprawienia

omyłek o charakterze nieistotnym w stosunku do treści całości oferty.

Po trzecie, poprawieniu podlegają wyłącznie niezgodności niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Ustawodawca przyjął więc *a priori*, że usuwanie omyłek doprowadzi do zmiany treści oświadczenia woli. Dozwolony został jednak tylko taki zakres zmian, których marginalność nie naruszy istoty zobowiązania wynikającego z oferty. Posłużenie się przez ustawę pojęciem niedookreślonym przy nakładaniu obowiązku poprawiania omyłek ("niepowodujące istotnych zmian") sprawia, że to do zamawiającego należy w pierwszej kolejności ocena, czy w danej sytuacji musi poprawić omyłki. Istotność omyłki winna być przez zamawiającego oceniona z uwzględnieniem jej znaczenia dla osiągnięcia celu, jaki przyświecał wszczęciu postępowania.

W orzecznictwie podkreśla się wyraźnie, iż poprawienie omyłki, nawet na skutek uprzednich wyjaśnień, może prowadzić wyłącznie do „sanowania” treści oferty, doprowadzenia jej treści do treści zgodnej z pierwotnym zamiarem wykonawcy, ale wyłącznie pod warunkiem wyraźnej woli wynikającej z formularza ofertowego, przy jednoczesnym uznaniu, iż samo poprawienie nie stanowi istotnej ingerencji, np. wytworzenia oświadczenia woli o nowej treści, czyli istotnej zmiany treści oferty (wyrok KIO z dnia 03.03.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 179/09). Poprawienie omyłki nie może polegać na konieczności znaczącej ingerencji ze strony zamawiającego w treść oferty. Omyłka podlegająca poprawieniu w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp to omyłka mająca charakter drobnego błędu, pewnej niewielkiej nieścisłości, formalnej i kosmetycznej, nie może mieć natomiast waloru praktycznego, co wynika zarówno z treści uzasadnienia do projektu ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2008 r. Nr 171, poz. 1058) - druk sejmowy Nr 471, jak i z orzecznictwa. Podobne stanowisko prezentuje również Trybunał Sprawiedliwości UE. W wyroku z dnia 29.03.2010 r. (sygn. akt C-599/10) w sprawie SAG ELV Slovensko a.s., FELA Management AG, ASCOM (Schweiz) AG, Asseco Central Europe a.s., TESLA Stropkov a.s., Autostrade per l'Italia SpA, EFKON AG, Stalexport Autostrady SA v. Úrad pre verejné obstarávanie (orzeczenie wstępne - LEX nr 1332284) *„Art. 2 dyrektywy 2004/18 nie stoi na przeszkodzie, by w ustawodawstwie krajowym w drodze wyjątku dane oferty składane w trakcie procedury przetargu ograniczonego mogły zostać skorygowane lub uzupełnione w pojedynczych aspektach, w szczególności w związku z tym, że wymagają zwykłego wyjaśnienia, lub by usunąć oczywiste błędy rzeczowe, pod warunkiem, że owe zmiany nie doprowadzą do przedstawienia w rzeczywistości nowej oferty.”*

W przedmiotowej sytuacji wezwanie Odwoływających do złożenia wyjaśnień w zakresie stwierdzonych w ofertach rozbieżności musiałoby prowadzić do istotnego uzupełnienia treści ofert, tj. do złożenia oświadczenia woli o nowej treści. Do wykonania ww. czynności

niezbędna jest wiedza, którą posiadają wyłącznie obaj Odwołujący (z całą pewnością nie jest możliwa do ustalenia w oparciu o pozostałe dokumenty wchodzące w skład oferty). Zamawiający nie jest uprawniony do tak daleko idącej ingerencji w treść oferty, jak przeprojektowanie rozmieszczenia regałów i półek, czy też przemieszczenie modułów archiwalnych. Bez specjalistycznej wiedzy zakres koniecznych do wykonania zmian w ofercie daleko wykracza poza poprawienie omyłek i to na dodatek omyłek o charakterze nieistotnym. W ocenie Izby w przedmiotowym stanie faktycznym generalnie nie jest możliwe zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp do oferty Odwołujących, nawet przy zastosowaniu dyspozycji art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż w sposób istotny wpłynęłoby to na ich treść. W tej mierze mamy bowiem do czynienia z kompleksowym charakterem oferty, na którą składają się prace o charakterze projektowym. Każda zmiana pociągałaby za sobą daleko idące skutki. Jedna zmiana wpływa także w sposób istotny na inne elementy treści oferty, w tym także na elementy podlegające ocenie. Warstwa merytoryczna oferty w zakresie technicznym jest ze sobą bowiem ściśle powiązana, a zatem poprawienie jednego błędu wiązałoby się z koniecznością zmian w ofercie w innych miejscach części technicznej. Nie można również nie zauważyć, że być może przyjęte w części rysunkowej rozwiązania oferty nie są błędami, czy też omyłkami Wykonawcy, ale wynikają z przyjętej koncepcji realizacji przedmiotu zamówienia, w którą Zamawiający bez istotnej zmiany treści oferty nie mógł zaangażować. Ponadto, jak już zauważono wcześniej, treść ofert nie pozwala na poprawienie omyłek samodzielnie przez Zamawiającego.

Wykonawcy załączyli w obu przypadkach do wyjaśnień przedstawionych na rozprawie zrewidowane rysunki, czym w ocenie składu orzekającego zmieniały one treści oferty. Izba stoi na stanowisku, że tego rodzaju działanie jest niedopuszczalne, nie może być więc rozpatrywane w kontekście zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, gdyż ewentualna poprawa oferty w warstwie rysunkowej, tam gdzie wiązałoby się to z dokonaniem daleko idących zmian, czyli przeprojektowaniem innych elementów, jest niedopuszczalna. Należy także zauważyć, że to rysunek był urzeczywistnieniem tego co znajdowało się w części opisowej PFU i OPZ. Stąd trudno jest uznać, możliwość poprawy na podstawie części opisowej PFU – jego części rysunkowej. Zastępowanie jednego rozwiązania drugim, jest niedopuszczalne, a tak miało miejsce, gdyby uznać zarzuty Odwołujących za zasadne i zastosować art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp do odrzuconych ofert. Izba podkreśla, że przedmiotem zarzutów są istotne, a wręcz kluczowe elementy inwestycji. Ich wymiar ma charakter wieloelementowy. Ponadto, jak już podkreślono, elementy te podlegały ocenie w ramach ustalonych kryteriów oceny ofert, a więc de facto decydowały, która oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą.

Podsumowując, poprawienie błędów w ofertach Odwołujących prowadziło zatem

do istotnej ingerencji w treść tych ofert, polegającej na wskazaniu nowych/innych niż pierwotne rozwiązania. Mając na uwadze powyższe, z całą pewnością, w przedmiotowej sytuacji niedopuszczalne byłoby wezwanie do wyjaśnień treści oferty Odwoływających, prowadziłoby to bowiem do istotnej ingerencji w treść oferty, co przekraczałoby zakres dopuszczalnych w świetle art. 87 ust. 1 i 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp zmian treści oferty.

Oдноśnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, polegającego na odrzuceniu ofert Odwoływających, to w ocenie składu orzekającego Izby w obu odwołaniach zarzut ten okazał się niezasadny.

W przypadku odwołania o sygn. akt 1299/15 zauważyć należy, że w postanowieniach PFU wyraźnie wskazano, że powierzchnia magazynowa musi pomieścić 60.000 mb akt. W odpowiedzi na pytanie nr 2 w konkursie zaznaczono, że obowiązujące jest zaprojektowanie powierzchni magazynowej zapewniającej składowanie 60 000 mb akt. Przy czym należy to ustalić dla regałów jezdnych o maksymalnej wysokości ostatniej półki na 180 cm od podłogi (wysokość regału ok. 230 cm), konieczność zapewnienia przestrzeni wentylacyjnej od podłogi i sufitu 15 cm, przy wymaganej ilości 5 półek. Minimalny rozstaw półek 40 cm. Podane w PFU powierzchnia składowania (5 200 m²) oraz powierzchnia magazynowa (7 500 m²) są wielkościami orientacyjnymi i nie obligatoryjnymi dla uczestników konkursu.

Jednoznacznie zatem podana przez wykonawcę liczba półek (6 półek) jest niezgodna z przywołanymi postanowieniami, co jednocześnie oznacza, że zaprojektowana powierzchnia magazynowa jest niewystarczająca do pomieszczenia 60 000mb akt w ujęciu przedstawionym przez Wykonawcę w ofercie. Skoro jak stwierdzono powyżej w niniejszym uzasadnieniu, ta niezgodność ma charakter istotny i nieusuwalny, bez możliwości poprawienia błędu przez Zamawiającego, konieczne musiało być zastosowanie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i odrzucenie oferty Q-Arch. Odwołujący w ofercie nie uwzględnił wszystkich wymagań w zakresie półek przeznaczonych do magazynowania zasobów archiwalnych. Być może Odwołujący ma rację, że zaprojektowana powierzchnia magazynowa jest wystarczająca do pomieszczenia 60 000 mb akt, nawet jeżeli uwzględni się regały o 5 półkach, ale z pewnością teza ta nie jest prawidłowa biorąc pod uwagę treść oferty Wykonawcy i treścią oferty nie została wykazana.

Izba rozpoznając zarzut nie dopatryła się sprzeczności pomiędzy treścią SIWZ a treścią odpowiedzi na pytania, które to odpowiedzi, zdaniem Odwoływającego, znacząco zmieniały rozumienie OPZ. Jak wynika z dokumentacji postępowania, Zamawiający nie dokonywał modyfikacji SIWZ. Bez wątplenia również odpowiedzi na pytania konkursowe stanowiły integralną i wiążącą uczestników część SIWZ, co wiadome było od momentu udostępnienia SIWZ, a więc były zatem częścią opisu przedmiotu zamówienia i mogło być

tak, że niektóre elementy opisu przedmiotu zamówienia w wyniku zadawania pytań mogły ulec doprecyzowaniu, jak to miało miejsce w przypadku wymagań odnośnie rozlokowania półek, co przekładało się na określone wymagania dla zaprojektowania powierzchni magazynowej przy uwzględnieniu podanych w odpowiedziach, bardziej szczegółowych założeń, niż te wynikające z PFU i OPZ.

Zupełnie natomiast niezrozumiała jest argumentacja przedstawiona przez drugiego z Odwołujących w postępowaniu o sygn. akt KIO 1331/15. Skoro z SIWZ i OPZ wynikało, że podstawowym modułem jest pomieszczenie o powierzchni 200 mkw, a z odpowiedzi na pytanie konkursowe nr 9, że magazyny archiwalne muszą być zaprojektowane w modułach nie większych niż 200 – 220 mkw, półki zaś regałów mają być regulowane w zależności od potrzeb składowania materiałów archiwalnych, a Odwołujący WXCA zaprojektował moduły, które w 13 przypadkach przekraczały wartości graniczne (co sam przyznał w odwołaniu), to nie wiedzieć czemu Odwołujący WXCA uznał, że po pierwsze wymagania SIWZ odnosiły się do uśrednionej powierzchni modułów oraz że wymogi SIWZ i odpowiedzi na pytania były ze sobą sprzeczne. Po pierwsze z żadnego z przywołanych przez Izbę zapisów nie wynika, że Zamawiający w jakimkolwiek miejscu dokumentacji odnosił się do wartości uśrednionych. Co najwyżej można dojść do przekonania, że pierwotne założenie 200 mkw zostało ostatecznie złagodzone i parametr przybrał wartość minimalną 200 mkw i wartość maksymalną 220 mkw. W granicach 200 do 220 mkw dla modułu mogły opierać się założenia projektowe. Żaden dokument nie zezwalał wykonawcy na wprowadzenie do projektu wartości większych, tym bardziej w ujęciu uśrednionym, nawet jeżeli nadrzędnym celem postępowania Zamawiającego było osiągnięcie jak największej powierzchni magazynowej dla akt. Tym samym wszelkie dywagacje wykonawcy o wartościach uśrednionych nie znajdują jakiegokolwiek oparcia w dokumentacji z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przyjmując wielkość modułu większą niż wymagana, Wykonawca nie zastosował się do wymagań SIWZ, to zaś czyni treść jego oferty niezgodną z treścią SIWZ.

Uznać należało również, że treść SIWZ i odpowiedzi na pytanie nie są ze sobą sprzeczne. Bardziej właściwym wydaje się wniosek, że zapisy te uzupełniają się. Poza tym wykonawca w toku rozprawy przyznał, że przygotowując ofertę pominął odpowiedź na pytanie nr 9, ponieważ pytanie to nie dotyczyło powierzchni magazynowej ale właściwości półek. Nawet jeżeli działanie takie miało charakter niecelowy, powyższe nie zmienia okoliczności, iż doprowadziło to do niezgodności w warstwie merytorycznej oferty z treścią SIWZ, której integralną i wiążącą częścią były odpowiedzi na pytania. W tym kontekście w ocenie Izby bez znaczenia pozostają rozważania odwołania, że oferta nie stanowi ostatecznego projektu, a na późniejszym etapie możliwe byłoby uwzględnienie zaleceń Zamawiającego i zmiana wielkości modułu. Przyjmując takie założenie za właściwe,

wykonawcy mogliby złożyć ofertę o dowolnej treści i podejściu do założeń określonych przez Zamawiającego, ponieważ na późniejszym etapie założenia te można byłoby dostosować do wymagań. Składana w toku postępowania oferta ma być w swoich założeniach zgodna z założeniami wynikającymi z SIWZ. Uwzględnianie na etapie projektowania pewnych odstępstw od założeń pierwotnych nie może prowadzić do całkowitego pominięcia tych pierwotnych założeń. Doprecyzowanie jest możliwe, kiedy rzeczywiście wymagają tego okoliczności, które ujawniły się w toku projektowania, pewne specyficzne okoliczności, które na etapie przygotowywania założeń wstępnych do oferty nie były znane, nie zaś wtedy, gdy od początku pierwotne założenia oferty są niezgodne z treścią SIWZ.

Jak już wyjaśniono w części wstępnej uzasadnienia, zaistniała w ofercie sytuacja nie kwalifikowała się do poprawienia treści oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Obowiązkiem wykonawcy było również podanie dokładnej pojemności magazynów (ilości metrów bieżących półek wynikającą z konkretnych wielkości i ilości regałów jezdnych) dla 1 i 2 etapu budowy. Odwołujący w swojej ofercie nie uczynił zadość temu żądaniu, a zatem także w tym zakresie oferta nie odpowiada wymaganiom SIWZ. Słusznie zauważył Zamawiający na rozprawie, że wyliczenie przedmiotowej powierzchni można byłoby uzyskać z informacji o wielkości poszczególnych modułów, jednakże wielkość modułów nie odpowiada wymaganiom SIWZ, stąd wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień, nie mogłoby zmienić negatywnej oceny oferty Odwołującego WXCA.

W tym kontekście za niezasadne uznano także zarzuty zaniechania zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w odniesieniu do Przystępującego Arkona.

Odwołujący WXCA twierdził, że Przystępujący Arkona w ofercie w założeniach przekroczył limity wymagane dla powierzchni zabudowy i powierzchni netto budynku.

Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia szczegółowe parametry podawane w załączniku nr 1 dotyczące poszczególnych stref, segmentów, części pomieszczeń mogą być w ofercie zmienione o +/- 10%. Niemożliwe było przekroczenie maksymalnej wysokości obiektu (25m) oraz docelowej powierzchni zabudowy, przy czym przez docelową powierzchnię rozumie się powierzchnię łącznie z planowaną rozbudową.

Tym samym 10% odstępstwo z pewnością mogło być zastosowane do parametru powierzchni netto budynku. Skoro zaś z PFU wynikało, że dla 1 i 2 etapu powierzchnia netto budynku została określona na 13 000 mkw, to przy uwzględnieniu 10% odstępstwa możliwe było zaprojektowanie powierzchni 14 300 mkw. Oferta Przystępującego Arkona przewiduje powierzchnię netto 14 225 mkw, a więc mieszczącą się w granicach dopuszczalnego odstępstwa. Nie znajduje odzwierciedlenia w dokumentacji stanowisko Odwołującego WXCA, że odstępstwo było możliwe tylko po uzyskaniu zgody inwestora oraz że Zamawiający w toku negocjacji nie dopuszczał modyfikacji parametru powierzchni netto

budynku. Odwołujący na powyższą okoliczność nie przedstawił żadnych dowodów, a zgody inwestora upatrywać należy właśnie w zapisach SIWZ, które określały w przypadku jakich parametrów odstępstwo jest dopuszczalne.

W przypadku parametru powierzchni zabudowy wielkość ta została określona na 2 400 mkw, z możliwością jej docelowej rozbudowy do 3 000 mkw. Odpowiadając na pytania w konkursie dotyczące powierzchni do rozbudowy, gdzie wykonawcy wskazywali na duże rozbieżności przy określeniu w różnych dokumentach tego parametru i prosili o doprecyzowanie przedmiotowej wielkości, Zamawiający wskazał, że dla planowanej w perspektywie 25-30 lat rozbudowy archiwum należy przewidzieć rezerwę terenową dla powiększenia nowego segmentu części magazynowej o powierzchni zabudowy minimum 1 200 mkw. Zaprojektowany w tym miejscu nowy moduł powinien być funkcjonalnie i przestrzennie powiązany z budynkiem archiwum zrealizowanym w I etapie. Podane w warunkach konkursowych: powierzchnia użytkowa (8 000 mkw) i kubatura (22 000 mkw) są wielkościami orientacyjnymi. Ponadto na pytanie nr 13 dotyczące docelowej powierzchni zabudowy (3 000 mkw), której nie można przekroczyć i czy docelowa powierzchnia zabudowy dotyczy projektowanych dwóch segmentów magazynowego i usługowo-biurowego, czy również w jej skład wchodzi powierzchnia zabudowy rozbudowy projektowanego budynku, Zamawiający określił, że powierzchnia zabudowy projektowanych dwóch segmentów magazynowego i usługowo-biurowego wynosi 2 400 mkw. Natomiast dla planowanej ewentualnej rozbudowy segmentu magazynowego dla II etapu należy przyjąć rezerwę terenową pozwalającą na dobudowanie kolejnego segmentu o powierzchni zabudowy nie mniejszej niż 1 200 mkw. Również w odpowiedzi na pytanie 14 odnosiło się do tego parametru.

Jeżeli więc Wykonawca Przystępujący Arkona przyjął w ofercie wielkość 2 400 mkw dla pierwszego etapu i 1210 mkw dla rozbudowy (przy uwzględnieniu określenia, że miało to być nie mniej niż 1 200 mkw), to łączna powierzchnia mieści się w wymaganiach Zamawiającego, a tym samym czyni to ofertę Przystępującego zgodną z treścią SIWZ.

Za nietrafny uznano również zarzut naruszenia art. 96 ust. 3 ustawy Pzp i rozporządzenia w sprawie protokołu poprzez nie przekazanie kopii ofert innych wykonawców drogą elektroniczną, brak zgody na ich samodzielne skopiowanie przez wykonawców oraz brak zgody na samodzielne sporządzenie kopii protokołu.

Zgodnie z § 5 rozporządzenia w sprawie protokołu jego udostępnienie lub załączników może nastąpić przez wgląd w miejscu wyznaczonym przez Zamawiającego, przesłanie kopii pocztą, faksem lub drogą elektroniczną, zgodnie z wyborem wnioskodawcy. Bez zgody Zamawiającego, wnioskodawca w trakcie wglądu do protokołu lub załączników, w miejscu wyznaczonym, nie może samodzielnie kopiować lub utrzymywać za pomocą

urządzeń lub środków technicznych służących do utrwalania obrazu treści złożonych ofert lub wniosków. Jeżeli przesłanie kopii protokołu lub załączników zgodnie z wyborem wnioskodawcy jest z przyczyn technicznych znacząco utrudnione, w szczególności na ilość żądanych do przesłania dokumentów, Zamawiający informuje o tym wnioskodawcę i wskazuje sposób, w jaki mogą być one udostępnione.

Odwołujący złożył wniosek o udostępnienie protokołu wraz z załącznikami przez przesłanie tych dokumentów za pomocą poczty elektronicznej. Na tak sformułowany wniosek Zamawiający odpowiedział negatywnie, wskazując, że nie jest możliwe przesłanie za pomocą poczty elektronicznej ofert stanowiących załączniki do protokołu z postępowania, ponieważ fragmenty ofert zawierają formaty uniemożliwiające ich kopiowanie. Zamawiający wyznaczył jednocześnie datę i miejsce, w którym wykonawca mógł zapoznać się z protokołem i jego załącznikami, w tym przede wszystkim ofertami. Jednocześnie Zamawiający zaznaczył, że podczas zapoznawania się z protokołem i jego załącznikami, nie wyrazi zgody na samodzielne kopiowanie załączników, ponieważ noszą one cechy utworu, Zamawiający zaś do tego utworu nie nabył jeszcze praw autorskich.

W ocenie Izby odmowa na samodzielne kopiowanie lub utrwalenie w inny sposób treści załączników jak najbardziej znajduje oparcie w przepisach prawa, a w szczególności w § 5 ust. 3 rozporządzenia w sprawie protokołu. Zgodnie z przywołaną regulacją, Zamawiający nie musi nawet podawać przyczyn tej odmowy. Tym samym to wykonawca pragnący zapoznać się z treścią przede wszystkim załączników do protokołu, powinien był zadbać, aby do czynności tej wydelegować osobę lub osoby, które będą na miejscu u Zamawiającego mogły zweryfikować prawidłowość ofert złożonych w postępowaniu. Skoro wykonawca wiedział, że samodzielne sporządzenie kopii załączników nie będzie możliwe, a zapoznanie się z tymi załącznikami odbywało się będzie we wskazanym przez Zamawiającego miejscu, to nie zostały naruszone prawa wykonawcy w zakresie dostępu do informacji z protokołu. Zarzutu zaś, że Zamawiający zabronił również wykonania kopii samego protokołu, Odwołujący WXCA nie udowodnił.

Mając na uwadze powyższe ustalenia, Izba nie dopatrzyła się naruszenia przepisów wymienionych przez Odwołujących w odwołaniach i orzekła jak w sentencji. Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że odwołania nie zasługiwały na uwzględnienie, a czynności lub zaniechania Zamawiającego nie miały i nie mogły mieć wpływu na wynik postępowania. Zamawiający nie naruszył zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego określonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, tj. zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji.

O kosztach postępowań odwoławczych orzeczono stosownie do ich wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1) oraz ust. 4 w zw. z § 3 pkt 2) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Na podstawie art. 192 ust. 8 w związku z art. 189 ust. 1 ustawy Pzp w sprawie wydano łączne orzeczenie.

Przewodniczący: