

Sygn. akt: KIO 140/17

WYROK
z dnia 2 lutego 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **1 lutego 2017 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **20 stycznia 2017 r.** przez wykonawcę **Qumak S.A., Aleje Jerozolimskie 134, 02-305 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Wieluniu, ul. Szpitalna 16, 98-300 Wieluń**

przy udziale wykonawcy **W. R. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: Ziel-Bud W. R., ul. Mehoffera 122, 03-158 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Qumak S.A., Aleje Jerozolimskie 134, 02-305 Warszawa i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Qumak S.A., Aleje Jerozolimskie 134, 02-305 Warszawa tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 22 grudnia 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Sieradzu**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „*Budowa lądowiska dla śmigłowców ratunkowych Lotniczego Pogotowia Ratunkowego na potrzeby Szpitalnego Oddziału Ratunkowego SPZOZ w Wieluniu*”, znak postępowania: SPZOZ - OiZP/3 /38/380-382 /25 /2016, zostało wszczęte ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 363144 - 2016, data zamieszczenia 09.12.2016 r., przez Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Wieluniu, ul. Szpitalna 16, 98-300 Wieluń zwany dalej: „*Zamawiającym*”.

W dniu 16.01.2017 r. (e-mailem) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej – Ziel-Bud W. R.. Drugą pozycję w rankingu złożonych ofert zajęła oferta: Qumak S.A., Aleje Jerozolimskie 134, 02-305 Warszawa zwana dalej: „*Qumak S.A.*” albo „*Odwołującym*”.

W dniu 20.01.2017 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Qumak S.A. wniosło odwołanie na w/w czynność z 16.12.2016 r. – w zakresie swojej punktacji. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 20.01.2017 r. (e-mailem). Stwierdził, że naruszenie polegało na nieprawidłowej ocenie oferty Odwołującego i przyznaniu Qumak S.A. niewłaściwej, zbyt niskiej ilości punktów, jak i na:

1. ustaleniu błędnego stanu faktycznego,
2. nierównym traktowaniu uczestników ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, a co za tym idzie złamanie fundamentalnej zasady określonej w art. 7 ust.1 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 22 grudnia 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.) zwanej dalej: „*Pzp*” m.in. poprzez dokonanie poprawy omyłki w ofercie spółki „Projekt Plus” Sp. z o.o. w zakresie Kryterium III i wskazanej ilości budowli, na których wskazana osoba była kierownikiem budowy. Zamawiający poprawił de facto wskazaną w ofercie liczbę budowli z 14 na 0 w ślad za wyjaśnieniami tego wykonawcy, podczas gdy w ofercie Qumak S.A. pomimo przedłożenia wykazu potwierdzającego doświadczenie p. M. P. na 6 budowach, Zamawiający ocenił wyłącznie 3 inwestycje w ramach Kryterium III- rozdz. XIV pkt 3 SIWZ;
3. nieprawidłowej ocenie oferty Odwołującego w zakresie Kryterium III: doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia i przyznanie niższej niż wynika z treści złożonej oferty liczby punktów, a w konsekwencji zaniechania dokonania oceny oferty Odwołującego

w zakresie opisu danego Kryterium za co najmniej łącznie 20 pkt. Qumak S.A. powinien za to Kryterium otrzymać maksymalną, możliwą ilość punktów;

4. zaniechanie wezwania Qumak S.A. do wyjaśnień w przypadku wątpliwości Zamawiającego, co do ilości budów, na których wskazana osoba była kierownikiem budowy.

4. nie dokonaniu wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp - poprzez naruszenie przy ocenie i wyborze oferty najkorzystniejszej w niniejszym postępowaniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Nierówne traktowanie wykonawców polega w szczególności na:

- nieprzyznaniu ofercie Qumak S.A. większej ilości punktów za poddawane ocenie punktowej przez Zamawiającego doświadczenie wskazanej osoby jako kierownik budowy;

- dokonanie poprawy omyłki w ofercie spółki „Projekt Plus” Sp. z o.o. w zakresie Kryterium III i wskazanej ilości budów, na których wskazana osoba była kierownikiem budowy. Zamawiający na skutek wyjaśnień Wykonawcy, poprawił de facto wskazaną w ofercie liczbę budów z 14 na 0, podczas gdy w ofercie Qumak S.A. pomimo przedłożenia wykazu potwierdzającego doświadczenie p. M. P. na 6 budowach, Zamawiający ocenił wyłącznie 3 inwestycje w ramach Kryterium III;

2. art. 91 ust.1 Pzp w zw. z art. 7 ust.1 i 3 Pzp poprzez:

- niedokonanie wyboru oferty faktycznie najkorzystniejszej w niniejszym postępowaniu, spełniającej wszelkie wymagania SIWZ i mającej najwyższą ilość punktów; tj. oferty Qumak S.A.,

- dokonanie nieprawidłowej oceny oferty Odwołującego w Kryterium III: doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia i przyznanie niższej niż wynika z treści złożonej oferty liczby punktów- Qumak S.A. powinien za to Kryterium otrzymać maksymalną, możliwą ilość punktów - tj. 20 pkt - rozdz. XIV pkt 3 SIWZ;

3. art. 92 ust. 1 Pzp z uwagi na brak uzasadnienia decyzji Zamawiającego, co do ilości przyznanych dla Qumak S.A. punktów za Kryterium III w zakresie oświadczenia kierownika budowy, w sytuacji, gdy z Zał. nr 5 do oferty jednoznacznie wynikało, że na dzień złożenia oferty p. M. P. posiadał doświadczenie na 6 a nie na 3 budowach. Zamawiający nie wskazał, żadnego uzasadnienia ani faktycznego, ani prawnego, co do przyznanej Qumak S.A. ilości punktów w Kryterium III, co bezpośrednio wpływa na możliwość skutecznej obrony w chwili obecnej, bowiem Odwołujący nie zna argumentów i zdania Zamawiającego w tym zakresie, które doprowadziło do podjęcia zaskarżanej obecnie decyzji.

4. art. 26 ust 4 Pzp lub art. 87 ust 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Qumak S.A. do wyjaśnień w zakresie liczny budów z Kryterium III z formularza oferty, a faktycznym doświadczeniem p. M. P., jako kierownika budowy i wykazem osób z Zał. nr 5 do SIWZ.

5. art. 87 ust 2 pkt 1 Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego dokonania poprawienia oczywistej omyłki pisarskiej w ofercie Qumak S.A. w zakresie wskazanej w Formularzu oferty ilości budów, co do Kryterium nr III lub alternatywnie:

6. art. 87 ust 2 pkt 3 Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego dokonania poprawienia innej nieistotnej omyłki w ofercie Qumak S.A. w zakresie wskazanej w Formularzu oferty ilości budów, co do Kryterium nr III. Wnosił o:

1. uwzględnienie odwołania,
2. unieważnienia czynności oceny ofert,
3. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej- ZIEL-BUD W. R.,
4. nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert i, w zależności od ustaleń:
 - a) wezwanie Qumak, w trybie art. 26 ust 4 lub 87 ust. 1 Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących ilości budów, w ramach których p. M. P. był Kierownikiem budowy,
 - b) przyznanie Qumak S.A. oceny punktowej za Kryterium III- doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, o którym mowa w rozdz. XIV pkt 3 SIWZ w wysokości 20 pkt,

5. dokonanie wyboru oferty Qumak S.A. jako najkorzystniejszej w ramach niniejszego postępowania. Odwołujący wnosil o:

1. dopuszczenie jako dowodów dokumentów załączonych do oferty Odwołującego oraz niniejszego odwołania;
2. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów niniejszego postępowania.

W dniu 16.01.2017r. Zamawiający doręczył Odwołującemu Informację o wyborze najkorzystniejszej oferty w przedmiotowym postępowaniu przetargowym. Wskazał, że czynność Zamawiającego polegająca na wyborze najkorzystniejszej, została dokonana z pokrzywdzeniem Qumak S.A., bowiem Zamawiający nie przyznał Odwołującemu prawidłowej liczby punktów w zakresie Kryterium III - rozdz. XIV pkt 3 SIWZ. Odwołujący stoi na stanowisku, iż Zamawiający dokonał błędnego ustalenia stanu faktycznego w niniejszej sprawie i z naruszeniem przepisów prawa niewłaściwie ocenił ofertę Qumak S.A. Decyzja Zamawiającego w zakresie wyboru najkorzystniejszej oferty oparta jest na nieuzasadnionych, subiektywnych motywach i wybiórczym podejściu do wyjaśnień Qumak S.A. z 03.01.2017 r. i złożonego zał. nr 5 do SIWZ z wykazem osób. Przywołał wyrok KIO z 07.05.2014 r., sygn. akt: KIO 798/14.

Odwołujący w całej rozciągłości zaprzecza stanowisku Zamawiającego, zawartym w decyzji z 16.01.2017 r. Qumak S.A. nie rozumie dlaczego Zamawiający przyznał Odwołującemu jedynie 12 pkt w zakresie Kryterium nr III, podczas, gdy zgodnie z przyjętymi przez Zamawiającego kryteriami z Rozdz. XIV pkt 3 SIWZ- w przypadku, gdy Qumak S.A. dysponuje kierownikiem budowy posiadającym doświadczenie w ponad 5 inwestycjach,

prawidłowa liczba punktów powinna wynosić 20. Wówczas oferta Qumak S.A. posiadałaby najwyższą ilość punktów i powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza w postępowaniu.

Stanowisko Zamawiającego w zakresie oferty Qumak S.A. jest błędne i nietrafne. Faktem jest, że Qumak S.A. w Formularzu oferty w pkt 8) – str. 6 - wskazał, że p. M. P., jako kierownik budowy ma doświadczenie na 3 budowach. Doszło jednak w tym wypadku do niezamierzonej omyłki w treści Formularza, bowiem zgodnie ze stanem faktycznym p. M. P. ma doświadczenie w aż 6 budowach. W dniu 02.01.2017 r. Zamawiający w trybie art. 26 ust 2f Pzp wezwał Qumak S.A. do przedłożenia Załącznika nr 5 do SIWZ z Wykazem osób, w którym należało opisać doświadczenie wskazanego w ofercie kierownika budowy z podziałem na konkretne inwestycje. W dniu 03.01.2017 r. Qumak S.A. udzielił odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, przedkładając szczegółowy opis doświadczenia p. M.a P. w ramach 6 inwestycji. Wyjaśnił, że wskazany w ofercie Qumak S.A. p. M. P. pełnił funkcję kierownika budowy na szeregu różnych realizacji, których przedmiotem była budowa, przebudowa bądź rozbudowa lotnisk i lądowisk i posiada szersze doświadczenie w tym zakresie nabyte przed datą składania ofert w niniejszym postępowaniu. Łączna liczba tych realizacji spełniających wymogi SIWZ. gdzie p. M. P. pełnił funkcje kierownika budowy wynosi 6 (sześć obiektów).

Lista realizacji spełniających wymagania SIWZ, gdzie p. M. P. pełnił funkcję kierownika budowy jest następująca:

1. Budowa całodobowego lądowiska dla śmigłowców Lotniczego Pogotowia Ratunkowego przy Szpitalu Powiatowym w Pruszkowie w okresie IX 2012 - XII 2012.
Inwestor: SPZ ZOZ w Pruszkowie, 05-800 Pruszków ul. Armii Krajowej 2-4.
2. Wykonanie rozbudowy lotniska zakładowego śmigłowców PZL Świdnik S.A o: „*Wykonanie oświetlenia lotniska dla śmigłowców przy Laboratorium Badań i Pomiarów w Locie w Wytwórni Sprzętu Komunikacyjnego „PZL-Świdnik” S.A. w Świdniku*” w okresie VI 2015 - XII 2015. Inwestor: WSK PZL-Świdnik S.A., AL Lotników Polskich 1, 21-045 Świdnik.
3. „*Wykonanie przebudowy lądowiska dla śmigłowców ratowniczych przy Uniwersyteckim Szpitalu Dziecięcym w Lublinie, dostosowującej lądowisko do wymagań Urzędu Lotnictwa Cywilnego*” w okresie IX 2015 - XII 2015. Inwestor: Uniwersytecki Szpital Dziecięcy z siedzibą przy ul. prof. Antoniego Gębali 6, 20 - 093 Lublin
4. Zaprojektowanie i wykonanie całodobowego lądowiska dla śmigłowców ratunkowych Lotniczego Pogotowia Ratunkowego przy Szpitalnym Oddziale Ratunkowym Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej w Kraśniku w okresie X 2016 - XII 2016.
Inwestor: SPZOZ w Kraśniku, 23-200 Kraśnik, ul. Chopina 13
5. Budowa lądowiska cywilnego helikopterów (Serwis śmigłowców Robinson typ. R) zlokalizowanego przy ul. Ostrobramskiej 73 w Warszawie na terenie firmy Auto Fus. Roboty

realizowano w okresie miesiąca kwietnia 2010 roku, a generalnym wykonawcą robót była firma JMS M. J.

6. Budowa lądowiska cywilnego helikopterów do użytku prywatnego (polowe z oświetleniem nawigacyjnym) zlokalizowane przy ul. Nadwiślańskiej 220 w Józefowie koło Warszawy. Roboty realizowano w okresie miesiąca czerwca 2015 roku, a generalnym wykonawcą robót była firma JMS M J.

W świetle powyższego, z uwagi na fakt, że p. M. P. w dniu złożenia oferty rzeczywiście dysponował doświadczeniem w realizacji 6 inwestycji spełniających wymogi SIWZ, w których to pełnił funkcję kierownika budowy, Qumak S.A. w dniu 03.01.2017 r. wносиło poddanie pod ocenę wszystkich sześciu realizacji wskazanych w Załączniku nr 5 do SIWZ. P. M. P., wskazany w formularzu oferty przez Qumak S.A. był kierownikiem budowy w ramach sześciu obiektów, a zatem wnosimy o przyznanie Qumak S.A. maksymalnej ilości punktów za kryterium dysponowania osobą wyznaczoną do pełnienia funkcji kierownika. Nie ulega bowiem wątpliwości, że p. M. P. był kierownikiem budowy na co najmniej 5 budowach spełniających wymagania SIWZ.

W tym stanie rzeczy Zamawiający zobowiązany był do dokonania poprawy liczby „3” z pkt 8) Formularza ofert na liczbę „6”. W świetle obowiązującego orzecznictwa możliwe jest dokonanie naprawy wskazanej omyłki w trybie art. 87 ust 2 pkt 1 Pzp. W niniejszym postępowaniu podkreślić należy, że spółka nie dokonuje zmiany wskazanego w pkt 8) Formularza oferty kierownika budowy. Wskazany w ofercie Pan M. P. ma doświadczenie w kierowaniu 6 budów. Jest to bezdyskusyjny fakt, a zatem Zamawiający był zobligowany poprawić w ofercie błędną liczbę „3” na liczbę „6” będącą odzwierciedleniem prawdziwych okoliczności w niniejszej sprawie. Przywołał wyrok KIO z 30.05.2016 r., sygn. akt: KIO 826/16. Bazując na powyższym orzeczeniu podkreślił, że brak dokonania poprawy liczby „3” z pkt 8) formularza oferty Qumak S.A., prowadzi do naruszenia równego traktowania wykonawców. Qumak S.A. wykazuje, że spółka " Projekt Plus" Sp. z o.o. - podała w swojej ofercie, że posiada kierownika budowy z doświadczeniem w 14 budowach. Następnie spółka ta została wezwana przez Zamawiającego do przedłożenie załącznika nr 5 do SIWZ, gdzie wykazała, że tak naprawdę zamiast liczby 14 w Formularzu oferty powinni wpisać „0” bo osoba wskazana przez nich na stanowisko kierownika budowy nie ma wymaganego w pkt XIV pkt 3 SIWZ doświadczenia. W tym wypadku Zamawiający nie miał wątpliwości, że musi uznać, że wiążąca jest dla niego do oceny oferty w ramach Kryterium III liczba budów, faktyczna, a nie ta wpisana w Formularzu, gdy nie ma ona pokrycia w stanie faktycznym sprawy. Zamawiający powinien postąpić analogicznie w przypadku oferty Qumak S.A. O możliwości i istotności zmiany treści oferty każdorazowo będą decydowały okoliczności konkretnej sprawy: na ile zmiana oddaje pierwotny sens i znaczenie treści oferty a na ile stanowi wytworzenie całkowicie nowego oświadczenia, odmiennego od złożonego przez

wykonawcę w stopniu nakazującym uznać, że wykonawca nie złożyłby takiego oświadczenia, bowiem nie odzwierciedla ono jego intencji wyrażonych w poddawanej poprawie ofercie, (za wyrokiem KIO z 26.02.2013 r., sygn. akt: KIO 354/13). W realiach niniejszej sprawy doszło do niezamierzonej omyłki. Qumak S.A. nie chciał wprowadzić w błąd Zamawiającego i zmiana liczby „3” na „6” w Formularzu oferty, odzwierciedla prawdziwe intencje Qumak S.A. z dnia złożenia oferty. Raz jeszcze podkreślam, że w niniejszej sprawie rozstrzygać powinny fakty, a te niezbitie dowodzą, że Pan M. P. ma doświadczenie w 6 budowach. Doświadczenie Pana M.a P. nie uległo zmianie po dniu złożenia oferty. Osoba ta została w sposób wiążący wskazana w pkt 8) formularza oferty Qumak S.A. i liczy się doświadczenie tej osoby a nie omyłkowa wpisane wartość w Formularzu.

W niniejszej sprawie należałoby zadać pytanie, jak by Zamawiający postąpił w sytuacji, gdyby Qumak S.A. jednocześnie wraz ze złożeniem Formularza oferty złożył również Załącznik nr 5 do SIWZ z wykazem osób i doświadczeniem Pana M.a P.. Domniemywać natęży, że wówczas dla Zamawiającego jasne powinno być, że poprawy wymaga omyła z pkt 8) Formularza oferty i koniecznym jest jej poprawa w trybie art. 87 ust 2 pkt 1 Pzp z liczby „3” na liczbę „6”, ponieważ liczba „6” odpowiada prawdziwemu stanowi rzeczy. Wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji tego, że w ramach tego postępowania Zamawiający nie wymagał jednoczesnego złożenia wraz z Formularzem oferty Zał. nr 5 do SIWZ. Załącznik ten miał zostać złożony dopiero na wezwanie Zamawiającego. Potwierdza to wprost Rozdz. VI pkt 3 SIWZ. Natomiast, jeżeli Zamawiający miał jakiegokolwiek wątpliwości, co do treści Formularza oferty i Zał. nr 5 do SIWZ, zobligowany był do wezwania Qumak S.A. do wyjaśnień na daną okoliczność. W dodatku, brak uzasadnienia faktycznego i prawnego, co do decyzji Zamawiającego w zakresie przyznanej Qumak S.A. punktacji za Kryterium III, powoduje, że Odwołujący nie zna w ogóle argumentacji Zamawiającego, która doprowadziła go do decyzji dnia 16.01.2017 r.

Zamawiający w dniu 23.01.2017 r. (e-mailem) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, wezwał uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 26.01.2017 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) przez W. R. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: Ziel-Bud W. R., ul. Mehoffera 122, 03-158 Warszawa zwaną dalej: „Ziel-Bud W. R.” albo „Przystępującym” zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 27.01.2017 r.(faxem), a 30.01.2017 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie w całości odwołania. Kopia została przekazana Odwołującemu oraz Przystępujący. W pierwszej kolejności zasadnym byłoby przedstawienie stanu faktycznego w niniejszej sprawie. W ramach postępowania zostały złożone 3 oferty Wykonawców. Byli to kolejno: Qumak S.A., Ziel-Bud W. R. oraz Projekt Plus Sp. z o.o. W dniu 28.12.2016 r. - zgodnie z terminem ustalonym w SIWZ nastąpiło otwarcie ofert. Wszyscy wykonawcy spełnili warunki udziału w postępowaniu oraz nie podlegali wykluczeniu. W Rozdz. XIV pkt 1-4 SIWZ zostały wskazane i opisane kryteria, według których Zamawiający miał kierować się przy wyborze oferty, wraz z jednoczesnym podaniem ich wag (stosunku procentowego w ujęciu ostatecznej oceny). Kryteria oceny ofert przedmiotowego zamówienia:

- 1) cena - waga 60%,
- 2) okres gwarancji - waga 20 %,
- 3) doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia - waga 20 %

Należy skupić się na pkt 3, gdyż wszelkie zarzuty odwołania Qumak S.A. dotyczą tego kryterium. W rozdz. XIV pkt 3 zostało ono zdefiniowane przez Zamawiającego wraz z jednoczesnym określeniem sposobu oceniania i punktacji: *„Kryterium doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia będzie oceniane następująco: ilość pełnionych funkcji kierownika budowy lub kierownika robót na budowach, przebudowach lub remontach lądowisk bez względu na ich kategorię przez osobę wyznaczoną w ofercie przetargowej danego Wykonawcy do pełnienia funkcji kierownika budowy. Maksymalną ilość punktów (100) otrzyma Wykonawca, który wykaże, że osoba wyznaczona do pełnienia funkcji kierownika budowy była kierownikiem budowy na co najmniej 5 budowach, przebudowach lub remontach lądowiska. Za 4-80 pkt, za 3-60 pkt, za 2-40 pkt, za 1-20 pkt.”* SIWZ wraz z załącznikami (m.in. formularzem ofertowym, załącznikami, projektem umowy) jest integralną dokumentacją. Dlatego też w treści zał. nr 1 do SIWZ - FORMULARZ OFERTY WYKONAWCY - umieszczone zostały kolejno rubryki (pkt 4, 6, 8), w które to Wykonawca był zobowiązany prawidłowo uzupełnić. Treść rubryki obejmującej kryterium nr 3, tj. doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia została ujęta: *„Funkcję kierownika budowy będzie pełnił Posiada on/ona uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanych/ drogowej oraz pełnił/pełniła funkcję kierownika budowy na budowach (wpisać ilość budów, stanowi kryterium III oceny oferty)”*

W przedmiotowej sprawie treść SIWZ wyraźnie wskazywała na to, że kryterium III oceny ofert ujęte zostało jako liczba budów/ przebudów/ remontów lądowiska. Co więcej w treści oferty, w samej rubryce znajduje się wyraźne odesłanie do treści SIWZ, tj. (wpisać

ilość budów, stanowi kryterium III oceny ofert). Logika i doświadczenie życiowe podpowiada, że osoba, która sporządza formularz ofertowy po stronie Wykonawcy, wg wzoru z zał. nr 1 do SIWZ, winna odnieść się bezpośrednio do treści rozdz. XIV pkt 3 SIWZ, w którym opisane jest kryterium doświadczenia. Z treści złożonych ofert przez Wykonawców określonych na wstępie niniejszego uzasadnienia wynikało, że:

1) Wykonawca Ziel-Bud zaoferował:

- cena - 1 280.000,00 zł PLN
- gwarancja - 60 miesięcy
- doświadczenie kierownika budowy-4 budowy,

2) Wykonawca Qumak S.A. (Odwołujący) zaoferował:

- cena -1 248.450,00 zł PLN
- gwarancja - 60 miesięcy -doświadczenie kierownika budowy-3 budowy

3) Wykonawca Projekt Plus Sp. z o.o. zaoferował:

- cena - 1 249.680,00 zł PLN
- gwarancja - 48 miesięcy
- doświadczenie kierownika budowy -14 budów

W dniu 02.01.2017 r. Zamawiający wezwał wszystkich Wykonawców w trybie art. 26 ust. 2f Pzp do złożenia zał. nr 5 do SIWZ, tj. wykazu osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia, potwierdzającego w informacjach na temat doświadczenia. Wspomniana regulacja umożliwia Zamawiającemu wezwać Wykonawców, na każdym etapie postępowania do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających, że nie podlegają wykluczeniu, spełniają warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji. Przesłanki do zastosowania tego trybu zachodziły, gdyż szczególną wątpliwość Zamawiającego wzbudził formularz ofertowy Projekt Plus Sp. z o.o., który oświadczył, że osoba wyznaczona przez niego na kierownika budowy była uprzednio kierownikiem na 14 budowach, przebudowach lub remontach lądowiska. Była to wartość wysoce nieprawdopodobna, uwzględniając całkowitą liczbę wszystkich lądowisk cywilnych w Polsce, która wynosi 340 (wykaz lądowisk wpisanych do ewidencji lądowisk na dzień 18.01.2017 r., Urząd Lotnictwa Cywilnego). Wszyscy Wykonawcy ustosunkowali się do wezwania.

Projekt Plus Sp. z o.o. nie przedłożył wykazu osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, wskazując w piśmie z 03.01.2017 r., że w treści formularza ofertowego (w punkcie 8) powinna być podana liczba „0” zamiast „14”. Nieścisłość uzasadnił błędną interpretacją treści SIWZ, w jego ocenie pracownik przygotowujący ofertę udzielił informacji na temat wszystkich budów, na których kierownikiem była osoba wyznaczona do realizacji zamówienia. W rzeczywistości zaś osoba ta nigdy nie pełniła funkcji kierownika budowy, przebudowy lub remontu lądowiska.

Odwołujący, w piśmie z 03.01.2017 r. wskazał, że osoba wyznaczona przez niego do realizacji zamówienia była kierownikiem na 6 (nie zaś jak wskazał w formularzu ofertowym na 3) budowach, przebudowach lub remontach lądowiska. Wykonawca nie podał żadnego powodu, dlaczego w formularzu ofertowym wskazał liczbę 3 budów, nie zaś 6. Wykonawca Ziel-Bud w piśmie z 03.01.2017 r. jako jedyny z Wykonawców potwierdził swoje oświadczenie zawarte w formularzu ofertowym, zgodnie z którym osoba wyznaczona przez niego do realizacji zamówienia była kierownikiem na 4 budowach, przebudowach bądź remontach lądowiska. Z uwagi na ograniczenia jakie Pzp nakłada na Zamawiającego w zakresie poprawiania omyłek lub rozbieżności (a także ze względu na okoliczności wskazane w dalszej części uzasadnienia), Zamawiający nie był uprawniony do zmiany oświadczeń udzielonych przez Wykonawców: Qumak S.A. oraz Projekt Plus Sp. z o.o. W dniu 16.01.2017 r. została wybrana najkorzystniejsza oferta - Ziel-Bud, który jako jedyny w sposób rzetelny i sumienny przystąpił do przedmiotowego postępowania i złożył oświadczenia, a także udzielił informacji zgodnych ze stanem faktycznym.

Odnośnie zarzut nr 3. Zarzut naruszenia art. 93 ust. 3 Pzp odbiega dalece od stanu faktycznego niniejszej sprawy, dlatego też zasadnym byłoby ustosunkowanie się do niego na samym wstępie. Pozostałe zarzuty dotyczą jednej kwestii, a mianowicie niepoprawienia liczby budów z liczby „3” na liczbę „6” -zgodnie z wolą Odwołującego. Wg. art. 93 ust. 3 Pzp, o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia, zamawiający zawiadamia równocześnie wszystkich wykonawców, którzy ubiegali się o udzielenie zamówienia (unieważnienie przed upływem terminu składania ofert) lub złożyli oferty (unieważnienie po upływie terminu składania ofert) - z podaniem uzasadnienia faktycznego i prawnego. W ocenie Zamawiającego podstawa prawna zarzutu podana przez Odwołującego jest chybiona, gdyż dyspozycja w/w zacytowanej normy nie obejmuje stanu faktycznego niniejszej sprawy. Otóż przedmiotowe postępowanie nie zostało unieważnione, ani przed upływem terminu składania ofert, ani również po jego upływie. Wobec braku unieważnienia postępowania, Zamawiający nie mógł poinformować Wykonawców o unieważnieniu wraz z uzasadnieniem faktycznym i prawnym. Zamawiający zrealizował ciążące na nim obowiązki informacyjne z art. 92 ust. 1 pkt 1 Pzp, zgodnie z którym zobowiązany jest do niezwłocznego poinformowania wszystkich wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty - podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Pismo z 16.01.2017 r. „Informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej” zawiera elementy enumeratywnie wyliczone w art. 92 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Odnośnie zarzutu nr 1, 2, 4, 5, 6. W ocenie Zamawiającego należy wspólnie odnieść się do wszystkich z podniesionych przez Odwołującego zarzutów dotyczących naruszenia przepisów: art. 7 ust. 1 i 3, art. 91 ust. 1, art. 26 ust. 4, art. 87 ust. 1, art. 87 ust. 2 pkt 1 i 3 Pzp. Dotyczą one bowiem nieuwzględnienia zmiany liczby budów - stanowiącej kryterium nr 3 oceny ofert. W odniesieniu do naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp wskazują, że zdaniem

Zamawiającego nie doszło w przedmiotowym postępowaniu do pogwałcenia naczelnej zasady rządzącej postępowaniami o zamówienia publiczne, a to jest zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Nadmieniam, że Odwołujący błędnie ustalił stan faktyczny postępowania. Otóż, Zamawiający nie dokonał poprawy formularza ofertowego Projekt Plus Sp. z o.o., tym samym nie skorzystał tutaj z procedury określonej w art. 87 ust. 2 pkt 1 lub 3. Zamawiający wezwał wszystkich Wykonawców do przedłożenia dokumentów mających dowodzić, że podane przez nich dane dotyczące doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia są zgodne z prawdą. Projekt Plus Sp. z o.o. nie przedłożył zał. nr 5, nie wykazał w żaden sposób, że osoba wyznaczona przez niego na kierownika budowy obejmowała stanowiska kierownicze na 14 budowach, przebudowach lub remontach lądowiska. Co więcej, Projekt Plus Sp. z o.o. oświadczył, że źle zinterpretował zapisy SIWZ co do kryteriów oceny ofert i tym samym w formularzu ofertowym umieścił liczbę wszystkich budów - na których osoba przez niego wyznaczona była kierownikiem. Pomiął on przy tym zawężenie, które wynikało wprost z treści SIWZ, jak również odesłania do SIWZ znajdującego się w formularzu ofertowym. W związku z czym, Zamawiający prawidłowo uznał, że taka rozbieżność nie może być usunięta w drodze zastosowania art. 87 Pzp (na podstawie którejkolwiek przesłanki w nim wskazanej). Zgodnie z wyrokiem KIO z 16.06.2011 r., omyłka może polegać zarówno na niewłaściwym ujęciu w ofercie określonej informacji lub zobowiązania, jak i ich pominięciu. Niezbędne jest jednak wykazanie, iż jest to skutek niezamierzony. (KIO 1147/11). Wykonawca przyznał się do faktu, iż celowo zamieścił liczbę 14 budów na formularzu ofertowym, wobec tego Zamawiający nie miał uprawnień do dokonania stosownej zmiany. Nadmieniam, że zgodnie z procedurą określoną w art. 87 Pzp - polegającą na poprawieniu omyłek w ofercie, do jej skuteczności wymagane byłoby niezwłoczne zawiadomienie o tym wykonawcy, którego oferta została poprawiona. Bezspornym jest, że Zamawiający nie powiadomił Wykonawcy o takiej zmianie, gdyż jej nie przeprowadził. Zgodnie z wyrokiem KIO z 03.12.2015 r. (sygn. akt: KIO 2563/15), uznanie niezgodności treści oferty z SIWZ za omyłkę stanowi 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 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, brakiem zapoznania się z jej wymogami i doprowadziło do niezgodności oferty ze specyfikacją. Świadome zamieszczenie czegoś w ofercie wyklucza bowiem uznanie rezultatu za omyłkę.

Z powyższego wynika, że Zamawiający nie dokonał poprawy niezgodności treści formularza ofertowego Projekt Plus Sp. z o.o. Oczywistym jest, że mogłyby tutaj znaleźć zastosowanie przepisy o odrzuceniu oferty bądź wykluczeniu wykonawcy. Zamawiający ustalił, iż Projekt Plus winien mieć 0 pkt za kryterium nr 3, właśnie z powodu nieprzedłożenia dokumentacji, do którego został wezwany. Oświadczam jednakże, że czynności dotyczące zasadności zmiany wartości liczbowej z „14” na „0” dla Projekt Plus Sp. z o.o. nie mają znaczenia i odniesienia w stosunku do wyniku całego postępowania. Kwestie wyżej omówione mają jedynie znaczenie dla ustalenia, czy w przedmiotowym postępowaniu doszło do naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, tj. zasady równego traktowania wykonawców. Z powyższego uzasadnienia wynika zaś, że Zamawiający postąpił w stosunku do obydwu Wykonawców w taki sam sposób, tj. nie poprawił w treści formularzy ofertowych niewłaściwych danych (o zasadności poprawy dla Odwołującego później w uzasadnieniu). Nie może więc być tutaj mowy o jakimkolwiek naruszeniu zasady uczciwej konkurencji i równości wykonawców. Ewentualne uchybienie odrzucenia bądź wykluczenia Projekt Plus Sp. z o.o. nie mogło mieć wpływu na końcowy wynik postępowania o zamówienie publiczne, a tym bardziej nie może mieć wpływu na wynik postępowania odwoławczego.

Zarzuty naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp, jak również art. 26 ust. 4 Pzp są w ścisłym związku z zarzutem naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 1 i 3 Pzp. Jak już zostało wcześniej wspomniane, Zamawiający wezwał w dniu 02.01.2017 r. wszystkich Wykonawców do przedłożenia zał. nr 5 do SIWZ, tj. wykazu osób wyznaczonych do realizacji zamówienia. Odwołujący w swojej odpowiedzi z 03.01.2017 r. wskazał, że p. M. P. - osoba wyznaczona przez Wykonawcę do realizacji zamówienia posiada szersze doświadczenie „nabyte przed datą składania ofert w niniejszym postępowaniu”. Wg. Odwołującego, łączna liczba projektów dot. lądowiska, w których p. P. pełnił funkcję kierownika budowy wynosi 6. Należy przy tym zauważyć, iż w treści pisma sygnowanego przez samego p. M.a P., nie znajduje się jakiegokolwiek wyjaśnienie Wykonawcy, bądź też odniesienie się do liczby wskazanej pierwotnie w formularzu ofertowym. Wykonawca powoływał się jedynie na to, że już w dniu złożenia oferty rzeczywiście dysponował doświadczeniem w realizacji 6 inwestycji spełniających wymogi SIWZ. Wniósł o poddanie pod ocenę wszystkich 6 inwestycji. Brak wyjaśnienia przez Wykonawcę rozbieżności spowodował wątpliwości co do jego rzetelności i sumienności. W tym miejscu zwracam się do Izby z pytaniem, dlaczego Qumak S.A. mając świadomość, że osoba wyznaczona przez niego do realizacji zamówienia była kierownikiem na 6 budowach, przebudowach lub remontach lądowiska, nie zamieścił tych informacji w treści formularza ofertowego? Na takie działanie Wykonawcy brak jest jakiegokolwiek usprawiedliwienia. O fakcie, iż Qumak S.A. popełnił omyłkę, Zamawiający dowiedział się dopiero z treści odwołania z 20.01.2017 r. Na etapie postępowania o zamówienie Wykonawca nie potrafił uzasadnić dlaczego wystąpiła rozbieżność.

W ocenie Zamawiającego w takim stanie rzeczy nie zachodziły przesłanki, które mogłyby uzasadniać zastosowanie instytucji z art. 87 Pzp, zarówno dotyczącej omyłki pisarskiej, rachunkowej, a także innej omyłki polegającej na niezgodności treści oferty ze specyfikacją. Zgodnie z art. 87 ust. 1 Pzp, w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty, z zastrzeżeniem ust. 1 a i ust.2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. W niniejszej sprawie nieścisłość występowała w formularzu ofertowym, a więc elemencie oferty, którego zmiany bądź jakiegokolwiek modyfikacje są zakazane, z wyjątkami określonymi w art. 87 Pzp (a dokładniej w art. 87 ust. 2 pkt 1,2,3). Powyższa teza obala skutecznie zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 4 poprzez niewezwanie wykonawcy do przedłożenia dokumentów lub oświadczeń określonych w art. 25 ust. 1 Pzp. Błąd znajdował się w formularzu ofertowym, który nie podlega zmianie w trybie art. 26 ust. 4 Pzp wskutek złożenia przez Wykonawcę nowego oświadczenia. Ponadto zwrócenie się do Odwołującego w trybie art. 87 ust. 1 Pzp mogłoby spowodować zakłócenie przejrzystości postępowania. Niewątpliwie takie wyjaśnienia miałyby również charakter negocjacji pomiędzy Wykonawcą a Zamawiającym. Przypominam, że sporną wartością była liczba budów - określona w specyfikacji jako jedno z kryterium oceny ofert. Zgodnie zaś z orzecznictwem, wyjaśnienia co do zasady nie mogą prowadzić do zmiany treści oferty, a jedynie ograniczać się do jej wykładni. Ponadto uzgadnianie treści oferty w oparciu o art. 87 ust. 1 objęte jest zakazem ustawowym, (wyr. KIO, KIO/UZP 1324/09). W związku z powyższym, przepis art. 87 ust. 2 Pzp jest jedyną możliwością przewidzianą przez ustawodawcę dla zmiany treści formularza ofertowego. Zgodnie z nim, Zamawiający poprawia w ofercie: oczywiste omyłki pisarskie, oczywiste omyłki rachunkowe oraz inne omyłki polegające na niezgodności oferty z SIWZ - niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Jednocześnie Zamawiający ma obowiązek poinformować wykonawcę, którego oferta została poprawiona. W ocenie Zamawiającego, popartej w dużej mierze orzecznictwem KIO, jak i sądów powszechnych, przepis art. 87 ust. 2 zawiera pojęcia nieostre i ocenne. Z powodu takiego, a nie innego (czyli dokładniejszego, ostrzejszego, jednoznacznego) sformułowania tego przepisu, Zamawiający są często narażeni na odwołania Wykonawców, jak również wysokie koszty postępowania.

W naszej ocenie w tej sprawie nie zachodziła przesłanka określona w art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp - określona jako oczywista omyłka pisarska. Brak jest jej jednolitej definicji, dlatego też przytoczę tezy orzeczeń sądów oraz KIO. Przyjmuje się, że jest to niezamierzona niedokładność nasuwająca się każdemu, bez przeprowadzania dodatkowych ustaleń. Może to być błąd literowy, widoczne niezamierzone opuszczenie wyrazu, czy inny błąd wynikający z przeoczenia lub innej wady procesu myślowo-redakcyjnego, a niespowodowany uchybieniem merytorycznym. Może być to również niezamierzone, wyraźne opuszczenie

w dokumencie jednego, a nawet kilku wyrazów. (SO w Gdańsku, XII Ga 206/08; KIO/UZP 265/08). Omyłka natury pisarskiej w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp musi mieć charakter oczywisty, musi być widoczna od razu. Fakt ich popełnienia musi niejako „narzucać się” odbiorcy oświadczenia. Z okoliczności niniejszej sprawy wynika bezspornie, że błąd w przedmiotowej ofercie był niewidoczny dla Zamawiającego. Nie miał on prawa wiedzieć, czy podana przez Qumak S.A. wartość jest prawdziwa, czy też nie. Zwrócił się do Odwołującego o przedłożenie zał. nr 5 (wykazu osób) - w celu weryfikacji. Wskutek tego powstała rozbieżność, której w żaden sposób nie wyjaśnił Odwołujący. Co więcej nie wyjaśnia on jej również w samym odwołaniu. Nie potrafi określić, czy mogła to być omyłka pisarska, omyłka rachunkowa, czy też inna omyłka. Jako zarzuty podaje wszystkie przepisy licząc, że któryś z nich znajdzie swoje zastosowanie. Skoro Odwołujący nie ma wiadomości na ten temat, tym bardziej Zamawiający nie mógł o nich wiedzieć. Wobec faktu, iż rzekoma omyłka Odwołującego nie była oczywista dla Zamawiającego, a także że została spowodowana uchybieniem merytorycznym, nie sposób było ją poprawić w trybie art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp.

Odnośnie zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Dla przyjętych tu rozważań pragnę przytoczyć Izbie kluczowe rozstrzygnięcie SO w Krakowie z 23.04.2009 r., zgodnie z którym „Kwalifikator „istotnych zmian”, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, należy odnosić do całości treści oferty i konsekwencję tych zmian należy oceniać, biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia i całość oferty. Ocena, czy poprawienie innej omyłki przez zamawiającego powoduje (lub nie) istotną zmianę treści oferty, musi być dokonywana na tle konkretnego stanu faktycznego. To co w ramach danego zamówienia może prowadzić do istotnej zmiany w treści oferty, nie musi rodzić takiego efektu przy ocenie ofert innego zamówienia. (XII Ga 102/09) Powołane orzeczenie potwierdza, że przepisy dotyczące poprawy omyłek w treści oferty są niejasne i mogą powodować (i powodują) liczne spory pomiędzy Zamawiającymi i Wykonawcami. Co więcej, często rodzą one spory pomiędzy sądami, a także w samej KIO - których to orzeczenia potrafią być całkowicie ze sobą sprzeczne.

Obowiązkiem Zamawiającego wynikającym z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp jest poprawa omyłek innych niż oczywiste pisarskie lub rachunkowe, które spełniają łącznie dwa określone w przepisach warunki, tj.: a) polegają na niezgodności oferty z SIWZ, b) nie powodują istotnych zmian w treści oferty.

Przyjmuje się, że niezgodność oferty z SIWZ przy literalnej wykładni tego przepisu może polegać na niezgodności zarówno co do treści, jak i co do formy. Nie sposób stwierdzić, by wartość podana przez Wykonawcę w formularzu ofertowym nosiła znamiona niezgodności z treścią SIWZ. Ponadto na dzień dzisiejszy nie można stwierdzić, nawet czy p. P. był kierownikiem budowy chociaż jednego lądowiska. Przypominam, że zał. nr 5 zawiera tylko i wyłącznie oświadczenia Wykonawcy, które w niniejszym postępowaniu

niejednokrotnie były ze sobą sprzeczne. To Wykonawca twierdzi, że jego kierownik był na określonej liczbie budów lądowiska. Okoliczności te nie są poparte jakimikolwiek dokumentami, np. umową o pracę ze wskazaniem stanowiska, wyciągu z dziennika budowy itp. Nie można również stwierdzić, że liczba „3” znajdująca się w formularzu ofertowym to liczba nieprawdziwa, nieodpowiadająca stanowi faktycznemu. Zgodnie z formularzem, należało w pkt 8 wpisać „liczbę budów”, nie zaś „liczbę wszystkich budów, na których w swoim życiu dana osoba pełniła funkcję kierownika”. W ocenie Zamawiającego to Wykonawca aspirujący do realizacji zamówienia objętego postępowaniem, winien ustalić, zebrać dokumenty, które jednoznacznie potwierdzą doświadczenie jego pracowników.

Z niniejszej sprawy wynika ewidentnie, że Odwołujący tego nie zrobił. Skoro oświadcza, że na dzień składania oferty jego kierownik miał doświadczenie na 6 budowach, to dlaczego nie umieścił tej informacji w formularzu ofertowym. Z akt postępowania, jak również samego odwołania wynika bezspornie, że Wykonawca w sposób prawidłowy zrozumiał intencję Zamawiającego i w treści formularza ofertowego świadomie umieścił wartość „3” - jako liczbę budów, na których kierownik wyznaczony przez Wykonawcę pełnił funkcje kierownicze. Bezsprzecznym jest, że wskazanie przez Wykonawcę liczby 3 budów nie jest omyłką. Kwestii tej w żaden sposób nie wyjaśnia Wykonawca. Dlatego też po stronie Zamawiającego powstały uzasadnione wątpliwości co do oświadczenia Odwołującego. Szerokie orzecznictwo wskazuje również na charakter omyłek, jak również dokonywanych zmian. Zgodnie z wyrokiem KIO z 20.01.2009 r., omyłki o których mowa w art. 87 ust 2 pkt 3 Pzp winny mieć taki charakter, by czynności ich poprawy mógł dokonać zamawiający samodzielnie, bez udziału wykonawcy w tej czynności (KIO/UZP 11/09). Z orzeczenia wynika, że omyłka powinna być oczywista dla Zamawiającego i wynikać w jednoznaczny sposób z treści oferty. Samo wezwanie do wyrażenia zgody na poprawienie omyłki powinno być w tym przypadku „formalnością”, niepociągającą za sobą konieczności dalszych wyjaśnień treści oferty. Omyłka musi być bezsporna i oczywista, nie może prowadzić do arbitralnego poprawiania błędów. W postępowaniu przed KIO o sygn. akt: KIO 2175/13 zostały dokonane podobne ustalenia, tzn. KIO stwierdziła, że norma określona w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp stanowi wyjątek od zasady wskazanej w art. 89 ust. 1 pkt 2, a co za tym idzie nie może być interpretowana w sposób rozszerzający. Ponadto należy uznać, że omyłka, o której stanowi przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, to omyłka, która powinna wynikać z treści oferty i którą Zamawiający poprawia bez udziału wykonawcy, samo zawiadomienie wykonawcy o dokonanej poprawie jest czynnością wtórną. Należy pamiętać, że art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp nie stanowi narzędzia do naprawiania „błędnie” złożonych ofert, lecz stanowi podstawę poprawy omyłek, której to może dokonać Zamawiający, a ich znaczenie dla całości złożonego oświadczenia woli przez Wykonawcę, w kontekście SIWZ nie będzie istotne, (wyrok KIO z 26.02.2009 r. KIO/UZP 157/09; wyrok KIO z 18.05.2009 r. KIO/UZP 779/10)

Uwzględnienie zmiany doświadczenia kierownika byłoby daleko idącą zmianą, która wpływałaby na wynik całego postępowania. Co więcej istotnie wpływałaby na treść złożonej oferty. Nie bez powodu Zamawiający przyjął jako jedno z kryteriów doświadczenie osoby wyznaczonej do realizacji zamówienia. Z doświadczenia jakie zgromadził podczas innych postępowań można wywnioskować, że nie tylko cena, termin płatności, gwarancja ma najważniejsze znaczenie. Kluczowym jest doświadczenie, dlatego też ustanowił takie kryterium.

Wobec powyższego, a także charakteru potencjalnej zmiany treści formularza ofertowego Zamawiający nie był uprawniony, ani również nie miał obowiązku zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Nieprawidłowa bądź nieaktualna wartość w postaci liczby budów, na których osoba wyznaczona do realizacji zamówienia była kierownikiem nie była i nie jest oczywista. Przypominam, że ta wartość stanowiła jedno z kryteriów oceny ofert. Od niej zależał wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający nie mógł w sposób samodzielny, z urzędu zmienić tej liczby. Do tego wymagane były konsultacje z Wykonawcą, które mogłyby przybrać charakter negocjacji. Z pewnością takie działanie Zamawiającego byłoby przedmiotem odwołań pozostałych dwóch Wykonawców niniejszego postępowania. Idąc w ślad wyroku KIO z 23.01.2013 r., szczególny charakter tego przepisu (art. 87 ust. 2 pkt 3) wskazuje, że jego stosowanie musi mieć pewne granice, które są wyznaczone koniecznością zachowania zasady przejrzystości i jawności postępowania oraz konieczności równego traktowania wszystkich wykonawców (KIO 27/13). Zasada równego traktowania została zachowana i nienaruszona w tym postępowaniu. Otóż, każdy z Wykonawców miał szansę przedstawić i ustosunkować się do kryteriów postawionych przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu. Były one jasno i wyraźnie sformułowane. Tylko jeden z Wykonawców (ten, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza) w sposób prawidłowy i zrozumiały określił kryterium nr 3 w treści formularza ofertowego. Oświadczył, że osoba wyznaczona do realizacji zamówienia była kierownikiem na 4 budowach lądowiska, a następnie potwierdził swoje oświadczenie poprzez złożenie stosownego załącznika. W ocenie Zamawiającego jest on w stanie w należyty sposób przeprowadzić realizację projektu budowy lądowiska.

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

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp. Odwołujący, którego

oferta była drugą ofertą, która została złożona i nie została ani odrzucona, ani też Wykonawca nie został wykluczony z udziału w postępowaniu, w wypadku potwierdzenia zarzutów ma szansę na uzyskanie zamówienia. W tym stanie faktycznym Izba uznała, że odwołanie w zakresie przyznanej punktacji Odwołującemu podlega rozpoznaniu i brak jest przesłanek do odrzucenia: „Analiza znowelizowanego przepisu art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp i użycia w nim przez ustawodawcę sformułowania „czynność wyboru najkorzystniejszej oferty” prowadzi, zdaniem Izby, do wniosku, że pod pojęciem tym nie kryje się zaniechanie czynności wykluczenia z postępowania i zaniechanie czynności odrzucenia oferty, a jedynie niedokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w SIWZ. Zgodnie z art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp dopuszczone jest zakwestionowanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty, która nie jest najkorzystniejsza w świetle określonych przez Zamawiającego kryteriów oceny ofert (nie jest najkorzystniejsza w rozumieniu art. 2 pkt 5 ustawy Pzp). Definicja wyboru najkorzystniejszej oferty wynika pośrednio z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, który stanowi, że Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ. Wybór oferty najkorzystniejszej należy więc rozumieć jako czynności Zamawiającego polegające na zastosowaniu do oferty określonych w SIWZ kryteriów i ustalenie wyniku tej oceny w sposób skutkujący wyborem oferty. W ocenie Izby tylko tak rozumiany wybór oferty najkorzystniejszej może być przedmiotem odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia, którego wartość jest mniejsza niż tzw. progi unijne. Za powyższym stanowiskiem przemawia dodatkowo fakt, że w wyniku nowelizacji o wiele większego znaczenia nabrały pozacenowe kryteria oceny ofert (np. kwalifikacje i doświadczenie osób, które będą uczestniczyły w realizacji zamówienia, aspekty społeczne, jakościowe, innowacyjne), których stosowanie jest w większości przypadków obowiązkowe. Znacznie większego znaczenia nabrał więc zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp przez wybór oferty najkorzystniejszej niezgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w SIWZ. Można zatem stwierdzić, że właśnie dlatego w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp dodano możliwość zaskarżenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, która to czynność jest obecnie obarczona większym niż dotychczas ryzykiem naruszenia przepisów ustawy, zatem poddanie jej weryfikacji w drodze środków ochrony prawnej jest bardziej uzasadnione.” (powyższe postanowieniu KIO z 05.09.2016 r., sygn. akt: KIO 1599/16, jak również w postanowieniu KIO z 15.09.2016 r., sygn. akt: KIO 1674/16, w postanowieniu KIO z 21.09.2016 r., sygn. akt: KIO 1696/16, w postanowieniu KIO z 29.09.2016 r., sygn. akt: KIO 1750/16, w postanowieniu KIO z 04.10.2016 r., sygn. akt: KIO 1810/16 oraz w postanowieniu KIO z 17.11. 2016 r., sygn. akt: KIO 2128/16, a także w postanowieniu KIO z 01.12.2016 r., sygn. akt: KIO 2211/16, cz też postanowieniu KIO z 13.12.2016 r., sygn. akt: KIO 2292/16).

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności treści ogłoszenia o zamówieniu, postanowień SIWZ, formularza ofertowego – zał. nr 1 do SIWZ, zał. nr 5 do SIWZ, ofertę innego Wykonawcy „Projekt” Plus Sp. z o.o., ofertę Przystępującego i Odwołującego, wezwania do wyjaśnień treści oferty z 02.01.2017 r. skierowane do wszystkich trzech Wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu, w trybie art. 26 ust. 2 f Pzp, udzielonych przez Odwołującego wyjaśnień z 03.01.2017 r. wraz z zał. nr 5 do SIWZ oraz uprawnieniami budowlanymi i zaświadczeniem z Polskiej Izby Inżynierów Budownictwa p. M. P., jak i p. T. G., wyjaśnień udzielonych przez innego Wykonawcy „Projekt” Plus Sp. z o.o. także z 03.01.2017 r., arkusz oceny ofert sporządzonego przez Zamawiającego z 10.01.2017 r. oraz informacje o wyborze oferty najkorzystniejszej z 16.01.2017 r.

W poczet materiału dowodowego zaliczono również złożone na rozprawie przez Odwołującego:

- dokumenty potwierdzające doświadczenie oraz udział osoby p. M.a P. na 6 budowach lub remontach ładowisk, w postaci kopii trzech dzienników budowy odnośnie ładowisk przyszpitalnych, dwóch oświadczeń inwestora odnośnie ładowisk prywatnych, kopii protokołu odbioru końcowego trzeciego ładowiska prywatnego oraz zdjęcia inwestycji dotyczących ładowisk prywatnych.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także odwołanie, przystąpienie, odpowiedź na odwołanie, a nadto stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania oraz podtrzymanych na posiedzeniu i rozprawie zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący sformułował w odwołaniu następujące zarzuty naruszenia przez Zamawiającego:

1. art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp - poprzez naruszenie przy ocenie i wyborze oferty najkorzystniejszej w niniejszym postępowaniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Nierówne traktowanie wykonawców polega w szczególności na:

- nieprzyznaniu ofercie Qumak S.A większej ilości punktów za poddawane ocenie punktowej przez Zamawiającego doświadczenie wskazanej osoby jako kierownik budowy;
- dokonanie poprawy omyłki w ofercie spółki „Projekt Plus” Sp. z o.o. w zakresie Kryterium III i wskazanej ilości budow, na których wskazana osoba była kierownikiem budowy. Zamawiający na skutek wyjaśnień Wykonawcy, poprawił de facto wskazaną w ofercie liczbę

budów z 14 na 0, podczas gdy w ofercie Qumak S.A. pomimo przedłożenia wykazu potwierdzającego doświadczenie p. M.a P. na 6 budowach, Zamawiający ocenił wyłącznie 3 inwestycje w ramach Kryterium III;

2. art. 91 ust.1 Pzp w zw. z art. 7 ust.1 i 3 Pzp poprzez:

- niedokonanie wyboru oferty faktycznie najkorzystniejszej w niniejszym postępowaniu, spełniającej wszelkie wymagania SIWZ i mającej najwyższą ilość punktów; tj. oferty Qumak S.A.,

- dokonanie nieprawidłowej oceny oferty Odwołującego w Kryterium III: doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia i przyznanie niższej niż wynika z treści złożonej oferty liczby punktów- Qumak S.A. powinien za to Kryterium otrzymać maksymalną, możliwą ilość punktów - tj. 20 pkt - rozdz. XIV pkt 3 SIWZ;

3. art. 92 ust. 1 Pzp z uwagi na brak uzasadnienia decyzji Zamawiającego, co do ilości przyznanych dla Qumak S.A. punktów za Kryterium III w zakresie oświadczenia kierownika budowy, w sytuacji, gdy z Zał. nr 5 do oferty jednoznacznie wynikało, że na dzień złożenia oferty p. M. P. posiadał doświadczenie na 6 a nie na 3 budowach. Zamawiający nie wskazał, żadnego uzasadnienia ani faktycznego, ani prawnego, co do przyznanej Qumak S.A. ilości punktów w Kryterium III, co bezpośrednio wpływa na możliwość skutecznej obrony w chwili obecnej, bowiem Odwołujący nie zna argumentów i zdania Zamawiającego w tym zakresie, które doprowadziło do podjęcia zaskarżanej obecnie decyzji.

4. art. 26 ust 4 Pzp lub art. 87 ust 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Qumak S.A. do wyjaśnień w zakresie liczny budow z Kryterium III z formularza oferty, a faktycznym doświadczeniem p. M.a P., jako kierownika budowy i wykazem osób z Zał. nr 5 do SIWZ.

5. art. 87 ust 2 pkt 1 Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego dokonania poprawienia oczywistej omyłki pisarskiej w ofercie Qumak S.A. w zakresie wskazanej w Formularzu oferty ilości budow, co do Kryterium nr III lub alternatywnie:

6. art. 87 ust 2 pkt 3 Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego dokonania poprawienia innej nieistotnej omyłki w ofercie Qumak S.A. w zakresie wskazanej w Formularzu oferty ilości budow, co do Kryterium nr III.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowego odwołania:

W pierwszej kolejności należy przywołać stan faktyczny wynikający z treści wniesionego odwołania oraz odpowiedzi na odwołanie. W tym zakresie Izba wskazuje na przywołane w treści odwołania oraz odpowiedzi na odwołanie postanowienia rozdz. XIV pkt 3 SIWZ w zakresie kryterium III, jak i wskazane także w tym rozdz. SIWZ trzy kryteria oceny ofert. (rozd. XIV pkt. 1-4). Istotne są również podobnie przywołane postanowienia formularza ofertowego /zał. nr 1 do SIWZ/ odnoszące się do kryteriów oceny ofert – pkt 4, 6 oraz 8 /dotyczy kryterium III oceny ofert/. Izba przywołuje również postanowienia SIWZ

z rozdz. VI pkt 3 ppkt 1 do 3 odnośnie dokumentów, które składały się na treść oferty, m.in. zał. Nr 1 do SIWZ, czyli formularz ofertowy. Potwierdzają one że zał. nr 5 nie należało składać wraz z ofertą, ale na każde żądanie Zamawiającego w terminie przez niego wskazanym i w formie określonej w Rozporządzeniu Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. Z 2016 r., poz. 1126). Warunek udziału w postępowaniu odnoszący się do zdolności technicznej lub zawodowej dotyczący osób – rozdz. V pkt 3 SIWZ, a oczekiwany dokument na jego potwierdzenie – rozdz. VI pkt 1 ppkt 4 /wykaz osób – zał. nr 5 do SIWZ). Izba nie stwierdziła poprawy formularza ofertowego innego Wykonawcy „Projekt” Plus Sp. z o.o. Należy dodatkowo potwierdzić treść wezwania Zamawiającego z 02.01.2017 r. do wszystkich Wykonawców którzy złożyli oferty w postępowaniu, jak i udzielone wyjaśnienia tak przez Odwołującego, jak i innego Wykonawcy „Projekt” Plus Sp. z o.o. W konsekwencji uznając, że spór nie dotyczył stanu faktycznego, ale oceny prawnej opisanych czynności Zamawiającego oraz uzyskanych w wyniku wezwania w trybie art. 26 ust.2 f Pzp wyjaśnień i dokumentów Odwołującego, jak ich oceny przez Zamawiającego w kontekście pierwotnej treści oferty Odwołującego i złożonych tam oświadczeń. Izba odniesie się do poszczególnych kwestii w ramach rozpatrywania kolejnych zarzutów.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 190 ust. 7 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

W zakresie pierwszego zarzutu, podlega on oddaleniu z uwagi na jego nie potwierdzenie. Izba ustalił, że Zamawiający nie dokonał zarzucanej przez Odwołującego poprawy oferty innego Wykonawcy Projekt „Plus” Sp. z o.o. w zakresie wskazanej w formularzu ofertowym liczby budów. W konsekwencji brak jest podstaw do zarzucania mu braku konsekwencji wobec oferty Odwołującego i jego nierównego traktowania w postępowaniu. Powyższy stan rzeczy znalazł potwierdzenie w dokumentacji postępowania, w zakresie której nie ma żadnego dokumentu świadczącego o jakiegokolwiek poprawie w tym zakresie oferty innego Wykonawcy. Jest to także zgodne z wyjaśnieniami Zamawiającego przedstawionego w odpowiedzi na odwołanie oraz na rozprawie. Zupełnie inną kwestią jest czy zaistniała sytuacja, tj. brak przedłożenia dokumentu przez innego Wykonawcę, tj. zał. nr 5 do SIWZ, w zakresie którego miało miejsce wezwanie w trybie art. 26 ust. 2 f Pzp winna skutkować wykluczeniem z udziału w postępowaniu, jako niespełniającego warunku udziału w zakresie wynikającym z rozdz. V pkt 3 SIWZ, czy też wprowadzającego w błąd Zamawiającego w trybie ar. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp /biorąc pod uwagę złożone wyjaśnienia z których wynikało, że oświadczenia złożone w formularzu ofertowym jest niezgodne ze

stanem rzeczywistym/. Nadto, ewentualnie uznanie, że z uwagi na udzieloną odpowiedź należy się 0 punktów za kryterium III oceny ofert. Jednakże brak jest zarzutu zaniechania wykluczenia innego Wykonawcy, a Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu (art. 192 ust. 7 Pzp). W rezultacie, powyższa kwestia nie może być rozstrzygnięta przez Izbę z uwagi na brak zarzutu w tym zakresie.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Oдноśnie zarzutu trzeciego, Izba uznała że podlega on oddaleniu. Izba w tym zakresie uznała generalnie, że rzeczywiście brak jest uzasadnienia faktycznego co do uznawania takiej, jak w formularzu ofertowym liczby budów w ramach kryterium III oceny ofert, bez uwzględnienia wyjaśnień oraz dołączonego zał. nr 5 do SIWZ . Jednakże, w ocenie Izby, w tym stanie faktycznym, brak takiego uzasadnienia nie wpłynął negatywnie na możliwość złożenia przez Odwołującego środka ochrony prawnej, gdyż z sekwencji poszczególnych czynności Zamawiającego oraz zaistniałego stanu faktycznego wynikała jednoznacznie istota i uwarunkowania działań Zamawiającego. Odwołujący więc bez uszczerbku dla swojej sytuacji procesowej i zgodnie ze swoim interesem mógł złożyć odwołanie. W rezultacie, zarzut mimo potwierdzenia nie miał wpływu na wynik, stąd oddalenie (art. 192 ust. 2 Pzp).

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Oдноśnie zarzutu drugiego, czwartego oraz piątego oraz alternatywnego zarzutu szóstego, Izba odniosła się do nich łącznie uznając, że podlegają one oddaleniu.

W pierwszej kolejności Izba podkreśla, że ostatnia nowelizacja miała na celu odformalizowanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tzn. ograniczenie wymogów dokumentacyjnych względem wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Chodził o żądanie co do zasady dokumentów tylko od wykonawcy, którego oferta została oceniona najwyżej. Wiązał się z tym także obowiązek akceptowania przez zamawiającego na etapie postępowania oświadczeń własnych (w postępowaniach podprogowych, jak w tym wypadku) lub JEDZ-a (w postępowaniach unijnych). Jednocześnie art. 91 ust.2 pkt 5 Pzp - dopuścił posłużenie się kryterium oceny ofert odwołujące się do właściwości wykonawców. Należy jednak podkreślić, że zastosowanie tego kryterium służy ocenie zespołu wyznaczonego do realizacji zamówienia, a nie wykonawcy, jak ma to miejsce na etapie kwalifikacji podmiotowej. (za uzasadnieniem nowelizacji Druk 366 – str.39). Z tego rodzaju kryterium mamy do czynienia w kryterium III oceny ofert. Zamawiający określił, że punktacja w kryterium III oceny ofert będzie miała miejsce na podstawie oświadczenia własnego zawartego w formularzu ofertowym w pkt 8. Z kolei zał. nr 5 do SIWZ miał służyć celom weryfikacji podmiotowej i być żądany w trybie art. 26 ust. 2 Pzp (z uwagi na podprogowy charakter postępowania). Tryb wynikający z art. 26 ust. 2 f Pzp ma

zastosowanie przed wszystkim jeśli jest to niezbędne do zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania, gdyż Ustawodawca kierując się dyrektywa unijną założył zaufanie względem oświadczeń składanych przez wykonawców jako profesjonalnych uczestników rynku zamówień publicznych.

W przedmiotowym stanie faktycznym, Izba musiał uwzględnić zaistniałą zmianę stanu prawnego. W konsekwencji większą niż dotychczas rolę składanych oświadczeń w postępowaniu oraz to, że dokumenty są składane, jak było to już podnoszone, co do zasady przez Wykonawcę, którego oferta jest oceniona najwyżej. W rezultacie, brak podstaw do uwzględnienia dostarczonego wykazu osób – zał. nr 5 do SIWZ, czy też wzięcia pod uwagę przez Izbę dowodów złożonych na rozprawie przez Odwołującego, gdyż po pierwsze nie mamy po nowelizacji sytuacji, gdy w tym samym czasie złożono dwa dokumenty, czy też oświadczenia, które są odmiennej treści, a wręcz przeciwnie drugi dokument, co do faktycznej ilości budowli lądowych złożono po otwarciu ofert i upublicznieniu ilości wskazanej pierwotnie w formularzu ofertowym. Po drugie, ewentualne uwzględnienie skutkowałoby, w ocenie Izby naruszeniem nie tylko art. 87 ust.1 Pzp, ale także art. 7 ust.1 Pzp, gdyż zmianie uległby przedmiot oceny w ramach kryterium trzeciego. Z tej przyczyn procedura z art. 87 ust.1 Pzp, czy też art. 26 ust. 4 Pzp nie może mieć zastosowania, gdyż prowadziłaby do zmiany treści oferty. Z kolei odnośnie procedury sanacyjnej wynikającej z art. 87 ust.1 pkt 1 Pzp, czy też pkt 3 Pzp nie mogą mieć one zastosowania. W ostatnim wypadku dlatego, że nie ma żadnej niezgodności treści SIWZ z postanowieniami SIWZ, a ewentualna zmiana – poprawa – treści oferty ma istotny charakter, gdyż decyduje de facto o zmianie punktacji. Z kolei zastosowanie pierwszego trybu nie jest możliwe z uwagi na zmianę stanu prawnego i składanie oświadczeń w innym terminie. Uwzględnienie wniosków Odwołującego spowodowałoby „wypaczenie” punktacji w kryterium III oceny ofert, tym bardziej, że nie temu celowi (nie dla punktacji) miał służyć zał. nr 5 do SIWZ. Przywołane w odwołaniu oraz na rozprawie orzeczenia KIO dotyczyły błędów rachunkowych, czy też niezgodności między liczbą podaną w zakresie okresu gwarancji cyfrowo, a słownie. Inne przykłady wynikające z orzecznictwa w zakresie terminu płatności (wyrok KIO z 01.12.2009 r., sygn. akt: KIO 1475/09, wyrok KIO z 04.04.2013 r., sygn. akt: KIO 662/13), były oparte na złożeniu w ramach oferty dwóch odmiennych oświadczeń, z których bardzo często jedno było niezgodne z postanowieniami SIWZ. Przy czym wskazano np. że przyjęcie terminu płatności zupełnie innego, a wynikającego z ewentualnych wyjaśnień byłoby niedopuszczalne (to w wyroku o sygn. akt: KIO 662/13). Z kolei w orzeczeniu KIO z 22.05.2013 r., sygn. akt: KIO 1085/13 mamy do czynienia z inną omyłką choć zawartą w obliczeniach ceny ofertowej. Zaś, w wyroku KIO z 19.10.2009 r., sygn. akt: KIO 1320/09, Izba nie zgodziła się na zmianę treści formularza ofertowego w zakresie okresu gwarancji uznając, że byłaby to zmiana merytoryczna treści oferty, a nie poprawa innej omyłki. Każda

z tych sytuacji miała swoją specyfikę stanu faktycznego oraz różne postanowienia SIWZ oraz formularza ofertowego i jak było już o tym mowa dotyczyła poprzedniego stanu prawnego.

Każdy Wykonawca, jako profesjonalista powinien zdawać sobie sprawę z charakteru postępowania przetargowego w którym uczestniczy, a dokumenty nawet jeśli zostały przygotowane przez osoby trzecie muszą być podpisywane po ich weryfikacji, zwłaszcza w zakresie będącym przedmiotem punktacji. Izba w tym kontekście przypomina, że: *„Należyta staranność dłużnika określana przy uwzględnieniu zawodowego charakteru prowadzonej działalności gospodarczej uzasadnia zwiększone oczekiwanie, co do umiejętności, wiedzy, skrupulatności i rzetelności, zapobiegliwości i zdolności przewidywania. Obejmuje także znajomość obowiązującego prawa oraz następstw z niego wynikających w zakresie prowadzonej działalności”* (wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z 08.03.2006 r., sygn. akt: I ACa 1018/05 niepubl.).

Nadto: *„Stosownie do treści art. 355 § 2 k.c. należyta staranność przedsiębiorcy w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Z przywołanego przepisu wynika, że przez wymaganą od przedsiębiorcy należyta staranność rozumie się zwiększone oczekiwania co do jego umiejętności, wiedzy, skrupulatności i rzetelności, zapobiegliwości i zdolności przewidywania w prowadzonej działalności gospodarczej. Obejmuje ona również znajomość obowiązujących przepisów prawa oraz skutków jego naruszenia. W istotę należytego prowadzenia działalności gospodarczej wkomponowane jest wymaganie posiadania niezbędnej wiedzy specjalistycznej, obejmującej nie tylko czysto formalne kwalifikacje, lecz także doświadczenie wynikające z praktyki zawodowej i ustalone zwyczajowo standardy wymagań (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22 września 2005 r., sygn. akt IV CK 100/05; wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 8 marca 2006 r., sygn. akt I ACa 1018/05).”* (za wyrokiem SO w Warszawie z 28.01.2016 r., sygn. akt: XVII AmE 105/15).

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i pkt 2 lit. b 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). Izba nie uznała wniosek Zamawiającego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika z uwagi na brak rachunku. Z treści art. 3 ust. 2 lit. b w/w rozporządzenia wynika, iż do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego, w wysokości określonej na podstawie rachunków

przedłożonych do akt sprawy. Zgodnie zaś z art. 28 ust. 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22.03.2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (t. j. Dz. U. z 2014 poz. 964), wniosek dotyczący kosztów postępowania odwoławczego strona może złożyć do czasu zamknięcia rozprawy. Powyższe przepisy zatem jednoznacznie wskazują, zarówno formę, jak i termin dotyczący składanych wniosków o zasądzenie kosztów. Z powyższego wynika wprost, iż strona postępowania składa wniosek dotyczący kosztów w formie rachunków, które powinny zostać przedłożone do akt sprawy najpóźniej do czasu zamknięcia rozprawy, wysokość kosztów (oraz rodzaj) powinna zostać dokładnie określona, wskazana w rachunku i przedstawiona do czasu zamknięcia rozprawy. W niniejszym postępowaniu Zamawiający do chwili zamknięcia rozprawy nie przedstawił rachunków, na podstawie których żądał zwrotu kosztów, uczynił to dopiero po zamknięciu rozprawy przesyłając stosowną kopie faktury VAT, czego Izba nie mogła uznać z uwagi na powyższe. Zmiany dokonane we wskazanych rozporządzeniach Rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z 19 grudnia 2016 r. zmieniającym rozporządzenie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2016 r., poz. 47) oraz Rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z 20 grudnia 2016 r. zmieniającym rozporządzenie w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2016 r., poz. 14) nie dotyczyły tych kwestii, jak i nie mają zastosowania z uwagi na przepisy przejściowe (pierwsze weszło w życie: 24.01.2017 r., drugie: 19.01.2017 r.).

Przewodniczący:

.....