

Sygn. akt: KIO 1787/21

WYROK
z dnia 16 lipca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Monika Szymanowska

Członkowie: Justyna Tomkowska

Anna Packo

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 lipca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 czerwca 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego EGIS POLAND Sp. z o. o. w Warszawie, Egis Rail S.A. w Lyon (Francja) i Jaf-Geotechnika Sp. z o. o. w Trzcinicy w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Centralny Port Komunikacyjny Sp. z o. o. w Warszawie przy udziale wykonawcy BBF Sp. z o. o. w Poznaniu oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Voessing Polska Sp. z o.o. w Bydgoszczy i Instytut Kolejnictwa w Warszawie przystępujących do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża konsorcjum EGIS POLAND Sp. z o. o. w Warszawie, Egis Rail S.A. w Lyon (Francja) i Jaf-Geotechnika Sp. z o. o. w Trzcinicy i zalicza na poczet kosztów postępowania kwotę 15 000,00 zł (piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) w zw. z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2019, poz. 2020) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

U z a s a d n i e

wyroku z dnia 16 lipca 2021 r. w sprawie o sygn. akt: 1787/21

Zamawiający – Centralny Port Komunikacyjny Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 134, 02-305 Warszawa, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: Opracowanie Studium Techniczno - Ekonomiczno - Środowiskowego dla Projektu nr 00100016 „Budowa linii kolejowych nr 267 i 268 na odc. Żarów - Świdnica - Wałbrzych - granica państwa”, o ogłoszeniu o zamówieniu publicznym opublikowanym w dniu 28 grudnia 2020 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2020/S 252-637842, zwane dalej jako „postępowanie”.

Izba ustaliła, że postępowanie na usługę, o wartości powyżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) zwanej dalej „p.z.p.”, jest prowadzone przez zamawiającego w trybie przetargu nieograniczonego.

W dniu 14 czerwca 2021 r. odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu wniosło konsorcjum EGIS POLAND Sp. z o.o. ul. Domaniewska 39 A, 02-672 Warszawa, Egis Rail S.A. 168 et 170 avenue Thiers 69006 Lyon, Francja, Jaf-Geotechnika Sp. z o. o. ul. Krótka 5, 63-620 Trzcinica (dalej zwane jako „odwołujący”). W odwołaniu postawiono zamawiającemu następujące zarzuty naruszenia (pisownia oryginalna):

1. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w związku z 91 ust. 2 pkt 5 w związku z art. 7 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty, która nie jest najkorzystniejsza na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co doprowadziło do jednoczesnego naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w Postępowaniu,
2. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy, na skutek nieprawidłowego nieprzyznania punktów Odwołującemu podczas dokonywania oceny ofert wg wskazanych w SIWZ kryteriów oceny oferty, co doprowadziło do wyboru oferty, która przy dokonaniu prawidłowego przyznania Odwołującemu punktów wg kryterium oceny ofert nie stanowi najkorzystniejszej oferty w Postępowaniu,
3. art. 87 ust. 1 w związku z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp poprzez błędne uznanie, że Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego dokonał uzupełnienia informacji w kryterium „Doświadczenie Personelu” o dodatkowe zadania nieujęte wcześniej w „Wykazie osób” lub dokonał ich zmiany, podczas gdy Zamawiający powinien uznać, że odpowiedź Odwołującego stanowi jedynie udzielenie wyjaśnienia w ramach zadanych przez Zamawiającego

pytań, co doprowadziło do jednoczesnego naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania i wyboru oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą w Postępowaniu,

ewentualnie, z daleko posuniętej ostrożności procesowej:

4. art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie poprawienia przez Zamawiającego nieistotnej omyłki ofercie Odwołującego, podczas gdy Zamawiający zgodnie z dyspozycją art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp jest zobowiązany do dokonania poprawienia omyłki, jaka ma miejsce w ofercie Odwołującego, z uwagi na fakt, że omyłka ta nie powoduje istotnych zmian w treści oferty, co doprowadziło do jednoczesnego naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania.

Wobec powyższego odwołujący żądał unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, unieważnienia czynności klasyfikacji, oceny złożonych w postępowaniu ofert w postępowaniu i nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert, w tym przyznanie odwołującemu punktów w ramach podkryterium oceny ofert doświadczenie personelu w ramach wykazanego doświadczenia - podwyższenie punktacji odwołującego o 4 punkty, ponad dotąd przyznane 18 punktów.

W uzasadnieniu środka zaskarżenia, w części która nie dotyczy tajemnicy przedsiębiorstwa odwołującego, czyli danych w zakresie danych personalnych i szczegółów doświadczenia wskazanych w wykazie osób pracowników, wskazano co następuje. Aby uzyskać punkty w kryterium doświadczenie personelu wykonawca musiał wykazać się realizacjami inwestycji obejmującymi projekt budowlany lub projekt wykonawczy, innymi niż te, które wskazał na potwierdzenie spełnienia warunków udziału. Każdy z wykonawców wraz ze złożoną ofertą zobowiązany został do złożenia wykazu personelu według wzoru stanowiącego załącznik nr 2 do IDW, który był oceniany według rozdziału XIX SIWZ.

Odwołujący powołał się na dokumentację postępowania dotyczącą dwóch pozycji ocenianego doświadczenia personelu, gdzie przyznawano wykonawcy po 2 punkty za każdą przedstawioną dokumentację i na ppkt 7 pkt 8 rozdziału XIX SIWZ. Odwołujący opisał również korespondencję wymienianą pomiędzy nim a zamawiającym w przetargu i podniósł, że w ramach złożonych wyjaśnień nie uzupełniono informacji w kryterium doświadczenie personelu o dodatkowe zadania nieujęte wcześniej w wykazie osób, ani nie dokonano ich zmiany, co powoduje, że zamawiający w sposób nieuprawniony nie przyznał mu 4 dodatkowych punktów, czym naruszył art. 91 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 2 pkt 5 i art. 7 ust. 1-3 p.z.p.

Ponadto w ocenie odwołującego opisana sytuacja nie stanowi zmiany informacji, a najwyżej sprostowanie oczywistej omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 1 p.z.p., ponieważ odwołujący jedynie doprecyzował zastrzeżone tajemnicą przedsiębiorstwa informacje, nie

doszło też do zmiany w wykazie co do podanej inwestycji. Z zaznaczeniem, że odwołujący czyni to z ostrożności procesowej wskazano, że oczywista omyłka ma charakter pomijalny, marginalny, a zamawiający miał wszystkie instrumenty, żeby ją poprawić, bez dokonywania jakichkolwiek negocjacji z odwołującym. Treść wyjaśnień nie wpływa na krąg wykonawców, doprecyzowuje zastrzeżone tajemnicą handlową informacje (treść wypełnionego załącznika nr 2 do IDW), a brak przyznania punktów narusza art. 91 ust. 2 pkt 5 i art. 7 ust. 1-3 oraz art. 87 ust. 1 i 2 pkt 1 p.z.p.

Odwołujący przywołał także obecną punktację jego oferty i wykonawcy BBF Sp. z o.o. w Poznaniu i podniósł, że naruszono art. 7 ust. 1 - 3 p.z.p., obligujący zamawiającego do przygotowania i przeprowadzenia postępowania z zachowaniem zasad naczelných, które pozwalają na realizację celów ustawowych, tj. efektywnego i gospodarnego dysponowania środkami publicznymi oraz zapewnienia dostępu do zamówień wszystkim podmiotom zdolnym do ich wykonania. Zdaniem odwołującego, w sytuacji, w której zamawiający zaniżył należną mu punktację, w sposób rażąco naruszono zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji, a także udzielono zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy (naruszono art. 91 ust. 1 p.z.p.). Ponadto, zastosowanie surowszych wymagań w stosunku do odwołującego, aniżeli jest to wskazane w SIWZ oraz w przepisach p.z.p., jego zdaniem stanowi rażące naruszenie art. 7 p.z.p.

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego odpowiedź na odwołanie w formie pisemnej wniósł pełnomocnik strony wskazując, iż zamawiający wnosi o oddalenie odwołania w całości. W uzasadnieniu stanowiska procesowego jednostki zamawiającej wskazano, że „w związku ze skutecznym zastrzeżeniem przez Odwołującego jako tajemnica przedsiębiorstwa załącznika nr 2 do IDW – wykaz osób na kryteria oceny ofert w Postępowaniu, fragmenty uzasadnienia odpowiedzi na odwołanie również zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa”. Zatem w części jawnej podniesiono, że nie można przyjąć jakoby odwołujący na skutek złożenia wyjaśnień z dnia 13 maja 2021 r. nie dokonał zmiany w utajnionym wykazie, a tym samym nie dokonał zmiany treści oferty, także nie można się zgodzić, aby na skutek złożonych wyjaśnień zamawiający był zobowiązany do poprawienia oczywistej omyłki pisarskiej (art. 87 ust. 2 pkt 2 p.z.p.), czy innej omyłki (art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p.). W ocenie zamawiającego, na podstawie ppkt 7 pkt 8 rozdziału XIX SIWZ, wyjaśnienia treści oferty nie mogły prowadzić do jakichkolwiek zmian informacji w zakresie doświadczenia personelu, zawartego w wypełnionym wykazie osób, o czym wiedzieli wykonawcy od momentu wszczęcia postępowania.

Biorąc pod uwagę przywołane wyżej przepisy p.z.p. oraz postanowienia SIWZ, według zamawiającego nie sposób zgodzić się z twierdzeniem odwołującego, jakoby złożone wyjaśnienia nie modyfikowały pierwotnego oświadczenia z wykazu osób, a tym samym za bezzasadne należy uznać żądanie przyznania odwołującemu dodatkowych 4 punktów. Dnia

4 maja 2021 r. zamawiający skierował do wszystkich wykonawców wezwania na podstawie art. 87 ust. 1 p.z.p., w przedmiocie wyjaśnienia wykazu osób złożonego w celu przyznania punktów w ramach kryterium doświadczenie personelu i podobna sytuacja, dotycząca braku przydzielenia dodatkowych punktów, miała miejsce również w przypadku dwóch innych ofert złożonych w przetargu.

Dalej przywołano treść zastrzeżonych wyjaśnień odwołującego i podniesiono, że dokonane korekty są zmianą treści pierwotnego oświadczenia odwołującego, a nie jedynie doprecyzowaniem, zaś jakakolwiek modyfikacja w zakresie pierwotnej treści oświadczenia musiała skutkować nieprzyznaniem punktu. Zamawiający polegał bowiem na literalnym brzmieniu obu oświadczeń (oświadczenia złożonego wraz z ofertą i oświadczenia w ramach wyjaśnień), a ich sprzeczna treść stanowi zakazaną modyfikację, o której mowa w art. 87 ust. 1 p.z.p. oraz w rozdziale XIX pkt 8 ppkt 7 SIWZ, która nie może zostać uznana za „doprecyzowanie” treści oferty.

W opinii zamawiającego art. 87 ust. 1 p.z.p. zakazuje dokonywania jakichkolwiek zmian w treści oferty (co według zamawiającego doregulowano w ww. punkcie SIWZ, który należy interpretować ściśle), z wyjątkiem poprawy omyłek z art. 87 ust. 2 p.z.p., ale taka sytuacja nie wystąpiła w postępowaniu. Sprzeczność pomiędzy treścią utajnionego wykazu osób, a wyjaśnieniami wykonawcy nie pozwala na zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 1 p.z.p., ponieważ o rzekomej omyłce zamawiający dowiedział się dopiero z wyjaśnień, które prowadzą do zmiany treści wykazu personelu. Jak wskazano w wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku oczywistą omyłką pisarską jest niezamierzona niedokładność nasuwająca się każdemu, bez przeprowadzenia 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 (wyrok SO w Gdańsku z dnia 27 czerwca 2008 r., sygn. akt: XII Ga 206/08). Ponadto, oczywistą omyłką jest nie tylko taka omyłka, która wynika z treści formularza ofertowego, ale również taka, którą można zidentyfikować na podstawie porównania pozostałych dokumentów stanowiących treść oferty. Istotne jest przy tym, żeby w wyniku poprawienia oczywistej omyłki pisarskiej nie zmieniła się treść oferty rozumianej jako treść oświadczenia woli wykonawcy (wyrok KIO z dnia 10 kwietnia 2008 r. sygn. akt: KIO/UZP 265/08). Zatem według zamawiającego jest wykluczone, aby można było poprawić ofertę odwołującego powołując się na art. 87 ust. 2 pkt 1 p.z.p.

Natomiast na marginesie, ponieważ zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. nie został postawiony w odwołaniu, zamawiający nie mógłby również poprawić w ofercie innej omyłki, ze względu na charakter wady i konieczna byłaby modyfikacja wykazu, na podstawie którego przyznawano punkty w kryterium. W ocenie zamawiającego art. 87 ust. 1 p.z.p. służy do wyjaśnienia treści zawartych w ofercie, a nie uzupełnienia oferty o treści niezbędne do

potwierdzenia spełnienia wymagań zamawiającego, tudzież kryteriów oceny ofert zwłaszcza, że zamawiający podniósł rangę zadań, na które powołuje się odwołujący do elementu treści oferty, który nie podlega modyfikacjom.

Podsumowując, umożliwienie odwołującemu zmiany treści oferty w ramach wyjaśnień, i to jeszcze zmiany w zakresie kryteriów oceny oferty, w opinii zamawiającego stoi wprost w sprzeczności z wymaganiami zamawiającego określonymi w postępowaniu, a także stanowiłoby naruszenie podstawowych zasad zamówień publicznych, tj. zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Mając na uwadze datę wniesienia odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do postępowania odwoławczego – zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy dnia 11 września 2019 r. przepisy wprowadzające ustawę Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 poz. 2020) – znajdują zastosowanie przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.), dalej zwanej „n.p.z.p.”.

Wobec spełnienia przesłanek art. 525 ust. 2 i 3 n.p.z.p. skład orzekający dopuścił do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę BBF Sp. z o.o. ul. Dąbrowskiego 416, 60-451 Poznań (dalej zwany "przystępującym BBF") i konsorcjum Voessing Polska Sp. z o.o. ul. Kościuszki 53, 85-079 Bydgoszcz i Instytut Kolejnictwa ul. Chłopickiego 50, 04-275 Warszawa, zgłaszających przystąpienie po stronie zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, stanowiskami przystępujących, konfrontując je z zebraniem w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 n.p.z.p. i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 n.p.z.p. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek o których mowa w art. 528 n.p.z.p., których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy. Ponadto, w ocenie składu orzekającego odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z przesłankami art. 505 ust. 1 n.p.z.p.

Skład orzekający – uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony, po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, zważając na okoliczności faktyczne podniesione w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, stanowiskach procesowych przystępujących, mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 n.p.z.p., który stanowi, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy,

które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia – stwierdził, że sformułowane przez odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie zostało oddalone.

Na wstępie Izba zaznacza, że informacje, których dotyczy spór zostały w znacznej części skutecznie objęte tajemnicą gospodarczą odwołującego – w zakresie danych personalnych i szczegółów inwestycji z wykazu osób, stanowiącego wypełniony załącznik nr 2 do IDW, czyli dokument pt. wykaz osób (dla kryteriów oceny ofert), dalej zwany jako „wykaz osób”. Zatem we wcześniejszej części uzasadnienia i na dalszym etapie, dane uzupełnione przez odwołującego w wykazie zostały pominięte, zaś skład orzekający odwołuje się do jawnej dla wszystkich dokumentacji postępowania, ewentualnie w sposób ogólny do zastrzeżonych wykazów, bez ujawniania konkretnych, skutecznie utajnionych informacji wykonawcy.

Izba dokonała weryfikacji prawidłowości czynności zamawiającego, polegającej na nieprzyznaniu odwołującemu czterech dodatkowych punktów w kryterium oceny ofert dotyczącym doświadczenia personelu w zakresie doświadczenia eksperta w branży mostowej (dalej jako „ekspert nr 1”) i eksperta w branży kolejowej sieci trakcyjnej (dalej jako „ekspert nr 2”). W sumie odwołujący uzyskał osiemnaście punktów w tym kryterium, nie zostały mu przyznane po dwa punkty za doświadczenie ekspertów z tabeli 3 z pozycji nr 2 i z tabeli 4 także pozycja nr 2 wykazu osób.

Skład orzekający ustalił, że wzór wykazu osób został przygotowany przez zamawiającego w ten sposób, że część informacji należało wpisać (np. wskazać datę albo funkcję pełnioną w projekcie), a część skreślić (np. projekt budowlany/projekt wykonawczy* lub dla budowy/przebudowy*, *niepotrzebne skreślić), zatem w SIWZ zawarto jasne instrukcje, jak wypełnić oceniany wykaz osób. Bezspornym było, że odwołujący popełnił błędy w tabelach dotyczących informacji podawanych dla uzyskania punktów w pozacenowym kryterium oceny ofert. Błędy dla obu ekspertów dotyczyły informacji, które zgodnie z wytycznymi formularza przygotowanego przez zamawiającego, jeżeli były one niepotrzebne, należało skreślić, tj. dokonano wadliwych skreśleń.

Wiedzę o powyższych okolicznościach zamawiający pozyskał w wyniku odpowiedzi odwołującego na wezwanie z dnia 4 maja 2021 r., gdzie w pkt II ppkt 3 lit. b wskazano wątpliwości zamawiającego w zakresie doświadczenia eksperta nr 1, a w ppkt 4 co do doświadczenia eksperta nr 2. Odwołujący nie zaskarżył wezwania i pismem z dnia 13 maja 2021 r. złożył wyjaśnienia, które skutkowały uznaniem przez zamawiającego, że doszło do zmiany informacji z wykazu osób, więc nie zostały odwołującemu przyznane punkty za pozycje doświadczenia, które uległy zmianie w wyniku wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 p.z.p. (vide pkt 3 i pkt 4 informacji z dnia 10.06.2021 r.).

Zamawiający wezwał wykonawcę do wyjaśnienia na podstawie art. 87 ust. 1 p.z.p., tryb ten – zgodnie z utrwalonymi poglądami orzecznictwa i doktryny – odnosi się do możliwości żądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Dotyczy to więc tej części oferty, która jest nieprecyzyjna, niejasna, dwuznaczna, budząca wątpliwości interpretacyjne, jest niedopatrzeniem, lub błędem niezamierzonym, opuszczeniem, lecz wyrażona w treści oferty. (por. wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 30.03.2010 r. sygn. akt: X Ga 7/10, wyrok Sądu Okręgowego Krakowie z dnia 29.01.2010 r. sygn. akt: XII Ga 429/09). „Procedura wyjaśniania treści oferty nie może co do zasady skutkować wprowadzeniem zmian w treści oferty. Wyjaśnienia muszą więc ograniczać się do wskazania sposobu rozumienia treści zawartych w ofercie, nie mogą natomiast jej rozszerzać ani ograniczać. Wyjaśnienia wykraczające poza wskazany zakres nie mogą mieć wpływu na ocenę ofert”. (tak J. Jerzykowski, M. Stachowiak, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. VII, Warszawa 2018, art. 87, LEX).

Przenosząc przywołane poglądy na grunt rozpoznawanego sporu Izba wskazuje, że po pierwsze – podziela stanowisko zamawiającego, że na podstawie pierwotnych informacji z wykazu nie było możliwości przyznania odwołującemu spornych dodatkowych czterech punktów, wątpliwości zamawiającego, w korelacji z treścią oświadczeń odwołującego, były uzasadnione (dodatkowo mając na uwadze brzmienie ppkt 3 pkt 8 rozdziału XIX SIWZ). Po drugie, o ile zadając pytania zamawiający miał podstawy do skorzystania z instytucji art. 87 ust. 1 p.z.p., to skutek w postaci wyjaśnień wykonawcy powoduje, że dokonano modyfikacji treści oferty, ponieważ ze złożonych wyjaśnień wynika, że oświadczenie z wykazu osób dotyczące danych w zakresie punktowanego doświadczenia dwóch ekspertów jest nieprawidłowe i odwołujący dokonał jego zmiany.

Wykonawcy przygotowując swoje oferty niejednokrotnie popełniają błędy. W zależności od rodzaju wady oferty, ustawodawca wskazał na konsekwencje takiego działania, od najpoważniejszych, czyli wyeliminowania wykonawcy z przetargu zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p., po błędy konwalidowane w trybie naprawczym z art. 26 ust. 3 i 4 p.z.p., albo na podstawie art. 87 ust. 2 p.z.p. Błąd, który popełnił odwołujący nie zawiera się w katalogu wad, które można sanować, jak również nie pozostaje bez skutku dla oceny oferty wykonawcy. Poprzez złożone wyjaśnienia dokonano bowiem modyfikacji treści oferty, która co do zasady stanowi treść, której się nie zmienia, ponieważ jest ona oceniana w kryterium oceny oferty. Po otwarciu ofert, kiedy wykonawcy znają już warunki zawarte we wszystkich ofertach, dopuszczenie do możliwości dokonywania zmiany informacji, za które przyznawane są punkty w kryterium jest w istocie niedopuszczalne, a co najmniej bardzo ograniczone. Przyjęcie odmiennego stanowiska prowadziłoby do możliwości pozostawienia wykonawcy arbitralnej decyzji, po poznaniu się z tym, co zaoferowała konkurencja, do

podawania informacji, za które uzyskałby więcej od innych punktów. Taka optyka narusza zasady naczelne p.z.p., a przyzwolenie na takie działanie, w skrajnych wypadkach, mogłoby prowadzić do manipulacji wynikami postępowania, dlatego też ustawodawca w sposób jasny określił zasady ewentualnej zmiany treści oferty (tutaj w zakresie oceny, czy można zastosować art. 87 ust. 2 pkt 1 p.z.p. (zarzut nr 4 z *petitum* odwołania), o czym mowa w dalszej części uzasadnienia). Tym niemniej, weryfikacji możliwości modyfikacji treści oferty nie można dokonywać w sposób pochopny, aby nie naruszyć zakazów ustawowych, a w zakresie informacji ocenianych w kryteriach, z racji charakteru tych danych, w sposób szczególnie ostrożny, bowiem mają one bezpośredni wpływ na wynik przetargu.

Natomiast w rozpoznawanym sporze doszło do ingerencji w treść oferty, która została nazwana przez odwołującego doprecyzowaniem, z taką oceną nie sposób się zgodzić. Przyjmując tezy odwołującego trudno byłoby określić, gdzie jest granica pomiędzy „doprecyzowaniem”, a zmianą oświadczenia wykonawcy na kanwie art. 87 ust. 1 p.z.p. Jak również, Izba nie podziela stanowiska odwołującego prezentowanego na rozprawie, iż doprecyzowanie mieści się w uprawnionych czynnościach strony, dopóki nie dochodzi do zmiany jej treści – przez którą należy rozumieć uzupełnienie informacji o dodatkowe zadania nieujęte wcześniej w wykazie albo dokonanie zmiany tych zadań, tak jak zdaniem odwołującego mowa w ppkt 7 pkt 8 rozdział XIX SIWZ, ponieważ to prowadziłoby do obejścia zakazu z art. 87 ust. 1 p.z.p., co jest nieuprawnione, a także byłoby sprzeczne z zasadami naczelnymi p.z.p. Izba nie ma podstaw do uwzględnienia zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 87 ust. 1 p.z.p., jeżeli argumentacja odwołującego bazuje na wykładni SIWZ dokonanej z naruszeniem tej normy.

Ponadto, w wyniku wyjaśnień zmieniono jedną informację na drugą (odmienną) informację, więc o żadnym doprecyzowaniu nie może być mowy (por. np. Słownik Języka Polskiego, zmiana – 1. fakt, że coś stało się lub stało się inne; 2. zastąpienie czegoś czymś). Niezależnie od użytej nomenklatury dane z oświadczenia z wykazu osób zastąpiono innymi danymi, nie ma więc żadnych podstaw do podzielenia argumentacji, że odpowiedź odwołującego na wezwanie w trybie art. 87 ust. 1 p.z.p. stanowi jedynie doprecyzowanie treści oferty. Zatem w ramach postępowania prowadzonego w regulach p.z.p. nie ma możliwości przyznania, za takie zmodyfikowane po terminie na składanie ofert informacje, dodatkowych punktów w kryterium oceny ofert, czego żądał odwołujący.

Dokonana przez skład orzekający kontrola czynności zamawiającego skutkowałą stwierdzeniem, iż zamawiający prawidłowo ocenił ofertę odwołującego, a postawione zarzuty dotyczące naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z 91 ust. 2 pkt 5 w zw. z art. 7 ust. 1 i 2 p.z.p. (zarzut nr 1), art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 p.z.p. (zarzut nr 2) i art. 87 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 p.z.p. są bezzasadne. W konsekwencji wniosek odwołującego o podwyższenie mu punktacji o cztery dodatkowe punkty w zakresie kryterium

doświadczenia personelu nie mógł zostać przez Izbę uwzględniony, ponieważ dokonana ocena ofert nie narusza art. 87 p.z.p., w następstwie czego nie doszło do naruszenia przez zamawiającego art. 91 p.z.p.

Izba zaznacza dalej, że – co istotne dla oceny zachowania odwołującego – działanie wykonawcy w przetargu winno być oceniane przez pryzmat podwyższonego miernika staranności, który na przedsiębiorców działających na rynku zamówień publicznych nałożył ustawodawca (art. 355 § 2 k.c. w zw. z art. 14 ust. 1 p.z.p.). Wykonanie obowiązków ciążących na odwołującym należy oceniać przy uwzględnieniu, że co do zasady prowadzi on swoją działalność zawodowo, jako profesjonalista, więc poziom wymaganej od niego staranności jest wyższy, niż przeciętny poziom przyjęty w obrocie gospodarczym. Z tego sformułowania wynikają także wytyczne, w jaki sposób dokonywać zobiektywizowanej oceny działania wykonawcy – profesjonalny wzorzec należytej staranności uwzględnia zwiększone, surowsze wymagania, z uwagi na zawodowy charakter działalności.

Dodatkowo zatem, z uwagi na konieczność zastosowania zwiększonego miernika staranności, nie można pobłażliwie potraktować zachowania wykonawcy. Dane wskazywane w wykazie osób, jako oceniane w kryterium oceny ofert, powinny zostać podawane z najwyższą uwagą, a następnie sprawdzone, ponieważ decydują o wyniku postępowania – gdzie, tak jak w rozpoznawanym sporze, mogą zadecydować minimalne różnice pomiędzy poszczególnymi ofertami (zgodnie z rankingiem ofert odwołujący uzyskał 82,88 pkt, a przystępujący BBF 83 pkt). Zaś w ustalonym stanie rzeczy to działanie odwołującego, poprzez błędne wypełnienie wykazu osób, dostarczyło zamawiającemu podstaw do nieprzyznania mu dodatkowych punktów. W przetargu nie złamano więc zasad generalnych p.z.p., w szczególności, że to stanowisko odwołującego, który popełnił błąd, dokonał modyfikacji wykazu osób i żąda uprzywilejowania w stosunku do innych wykonawców, którym punkty za wady wykazu nie zostały przyznane, prowadziłyby do naruszenia zasad naczelnych ustawy, określonych w art. 7 p.z.p.

Niezasadny okazał się również zarzut nr 4 z *petitum* odwołania – naruszenia przez zamawiającego art. 87 ust. 2 pkt 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 2 p.z.p., ponieważ w ocenie składu rozpoznającego spór działanie odwołującego nie może zostać zakwalifikowane jako omyłka. Odwołujący podnosił, że błąd w jego ofercie stanowi oczywistą omyłkę, o charakterze marginalnym, pomijalnym, zaś zamawiający miał wszystkie instrumenty, by ją poprawić, bez dokonywania jakichkolwiek negocjacji z wykonawcą.

Jak trafnie wskazano w wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku „przewidziana w art. 87 ust. 2 p.z.p. możliwość poprawienia oczywistej omyłki w tekście oferty dotyczy wyłącznie takich błędów, które są łatwe do zauważenia, a "oczywistość" omyłki rozumianej jako określona niedokładność nasuwa się każdemu, bez potrzeby przeprowadzania dodatkowych badań, czy też ustaleń. Może to być błąd pisarski, logiczny, przypadkowe przeoczenie lub

inna niedokładność przypadkowa, która nasuwa się sama przez się każdemu. Przez oczywistą omyłkę powszechnie rozumie się błąd zwykły wynikający z przeoczenia lub innej wady procesu myślowo-redakcyjnego, a niespowodowany uchybieniem merytorycznym. Ma więc charakter proceduralno-techniczny, a nie merytoryczny. Istotnym przy tym pozostaje, że oczywista omyłka w tekście oferty nie może w żadnym razie doprowadzić do zmiany jej treści - pod pozorem sprostowania oczywistej omyłki nie można bowiem doprowadzić do wytworzenia nowej treści oświadczenia". (tak wyrok z dnia 27.06.2008 r. sygn. akt: XII Ga 206/08, por. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 21.11.2019 r. sygn. akt: XXIII Ga 76/19). Ponadto, „(...) na gruncie wszystkich wyżej wskazanych przepisów i orzeczeń jest jasne, że w żadnym razie za poprawienie omyłki pisarskiej nie może być uznane wprowadzenie jakiegokolwiek zmiany, która wpłynie na zmianę treści oświadczenia woli. Oczywistość omyłki polega ponadto nie tylko na łatwości jej dostrzeżenia, ale również na braku wątpliwości, jak powinna ona zostać poprawiona. Jeśli więc powszechna wiedza, zasady logiki, kontekst, w którym pojawia się omyłka, dopuszczają jej poprawienie na więcej sposobów niż jeden, taka omyłka nie może być uznana za oczywistą". (tak J. Jerzykowski, M. Stachowiak, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. VII, Warszawa 2018, art. 87, LEX).

Zgodnie więc z zaprezentowanymi poglądami orzecznictwa i doktryny zaistniała wada oferty nie ma charakteru oczywistego. Poprawienie błędu wymaga uwzględnienia brzmienia dodatkowych wyjaśnień, nie jest dostrzegalne na pierwszy rzut oka, nie ma więc cech oczywistości, nie może zatem zostać poprawione w trybie korygującym na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 1 p.z.p. Nie jest to także niedokładność, czy oczywisty błąd pisarski, nasuwający się każdemu, bez przeprowadzania dodatkowych ustaleń. Próba poprawienia błędu oferty wpłynie również na treść wykazu osób, czyli spowoduje zmianę brzmienia oświadczenia woli odwołującego, kiedy poprawienie omyłki jest szczególnym, typowym dla p.z.p. trybem dotyczącym wykładni oświadczeń woli, który nie może posłużyć jako instrument wykreowania nowego (innego) oświadczenia.

Izba stwierdziła, że zamawiający nie naruszył art. 87 ust. 2 pkt 1 p.z.p., ponieważ nie wykazano, aby wada oferty miała charakter omyłki, która powinna zostać poprawiona na kanwie tej normy. Nie doszło także do udowodnienia naruszenia art. 7 ust. 1 i 2 p.z.p., zatem omawiany zarzut ewentualny został przez skład orzekający oddalony.

W ocenie Izby należy również zgodzić się z zamawiającym, że w odwołaniu nie wskazano okoliczności, które można byłoby poddać subsumpcji pod art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p., pomijając już, że przyjęcie przez stronę, że wada ma charakter oczywisty wyklucza zastosowanie poprawienia w ofercie tzw. innej omyłki. Odwołujący hasłowo wskazuje, że jego zdaniem błąd nie jest istotny, marginalny co może stwarzać wrażenie, że pomimo braku okoliczności faktycznych w środku zaskarżenia i żądania poprawienia oferty zgodnie

z dyspozycją tej normy, w zamyśle odwołującego było także odniesienie się do trybu z art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. Jednakże, aby skład orzekający mógł rozpoznać zarzut, konieczne jest postawienie go na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej, ponieważ Izba jest związana podniesionymi w odwołaniu zarzutami i wyznaczonymi przez nie granicami zaskarżenia (art. 516 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 555 n.p.z.p., por. także wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 23.08.2018 r. sygn. akt: XXIII Ga 540/18). Jeżeli więc odwołujący postawi swoje stanowisko jako merytorycznie puste, to trudno uznać, aby wskazał okoliczności, które można poddać subsumpcji.

Skład orzekający nie byłby w stanie zweryfikować rzekomych wniosków odwołującego, skoro nie wskazano faktów, z których je wywiedziono. Innymi słowy, Izba nie zastąpi odwołującego w ustalaniu okoliczności faktycznych, które hipotetycznie mogłyby w jakimś stopniu świadczyć o jego wnioskach, które hasłowo zawarto w odwołaniu. Postępowanie odwoławcze jest postępowaniem kontradiktoryjnym, w którym trzon materiału procesowego i podstawę rozstrzygnięcia stanowią twierdzenia i dowody przedstawione przez strony. Zatem obowiązkiem strony jest w pierwszej kolejności wskazanie okoliczności, które uznaje za istotne dla rozstrzygnięcia sporu – związanych z normami prawa materialnego, które mogłyby zostać naruszone, a następnie przedstawienie dowodów na potwierdzenie tych okoliczności. Przy czym ciężar twierdzenia, czyli wskazania podstaw faktycznych, wyprzedza ciężar dowodzenia, więc skład rozpoznający spór podziela argumentację jednostki zamawiającej, że na podstawie tak skonstruowanego środka zaskarżenia nie ma możliwości zweryfikowania okoliczności, które można byłoby próbować chociażby luźno powiązać z hipotezą art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p., gdyż obowiązkiem odwołującego jest ich precyzyjne i jednoznaczne wskazanie, a następnie wykazanie.

Zgodnie z treścią art. 554 ust. 1 pkt 1 n.p.z.p. Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Brak potwierdzenia zarzutów wskazanych w rozpoznawanym środku ochrony prawnej powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza tej normy prawnej, więc odwołanie zostało przez Krajową Izbę Odwoławczą oddalone.

W konsekwencji powyższego, orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania skład orzekający wydał na podstawie art. 575 n.p.z.p. obciążając strony kosztami zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego z uwzględnieniem § 8 ust. 2 w zw. § 5 pkt 1 rozporządzenia z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), tj. Izba obciążyła odwołującego jako stronę przegrywającą kosztami postępowania odwoławczego, na które złożył się uiszczony wpis.

Mając na uwadze powyższe o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....