

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: **Ryszard Tetzlaff**

Protokolant: **Oskar Oksiński**

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **14 czerwca 2024 r.** przez wykonawcę: **CLAR SYSTEM S.A., ul. Janickiego 20B, 60-542 Poznań** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa - Ministerstwo Kultury i Dziedzictwa Narodowego, ul. Krakowskie Przedmieście 15, 00-071 Warszawa**

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę CLAR SYSTEM S.A., ul. Janickiego 20B, 60-542 Poznań i

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) wniesioną przez wykonawcę **CLAR SYSTEM S.A., ul. Janickiego 20B, 60-542 Poznań** tytułem uiszczzonego wpisu, kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez **CLAR SYSTEM S.A., ul. Janickiego 20B, 60-542 Poznań** tytułem wydatków pełnomocnika Odwołującego, jak i kwotę **724 zł 50 gr** (słownie: siedemset dwadzieścia cztery złotych pięćdziesiąt groszy) poniesioną przez Odwołującego tytułem dojazdu na rozprawę.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych**.

Przewodniczący:

.....

Sygn. akt KIO 2075/24

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „*Usługę sprzątnięcia wewnętrznego pomieszczeń w budynkach Ministerstwa Kultury i Dziedzictwa Narodowego*,” postępowanie nr 8/PN/2024, zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 26.04.2024 r. pod nr OJ S 83/2024249144-2024 przez: Skarb Państwa - Ministerstwo Kultury i Dziedzictwa Narodowego, ul. Krakowskie Przedmieście 15, 00-071 Warszawa zwana dalej: „*Zamawiającym*”. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605), zwana dalej: „*ustawy Pzp*” albo „*Pzp*” albo „*Pzp*”.

W dniu 07.06.2024 r. (drogą elektroniczną za pomocą platformy zakupowej, na której prowadzone jest postępowanie) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej firmy: INTERLUX ŁUKASZ KANIA Sp. komandytowa, ul. Ratuszowa 11 lok. 641, 03-450 Warszawa zwana dalej: „*INTERLUX ŁUKASZ KANIA Sp. komandytowa*”. Na czwartej pozycji w rankingu złożonych ofert zajęła firma: CLAR SYSTEM S.A., ul. Janickiego 20B, 60-542 Poznań zwana dalej: „*CLAR SYSTEM S.A.*” albo „*Odwołującym*”. Zamawiający jednocześnie poinformował CLAR SYSTEM S.A., że w ramach Kryterium B Liczba punktów w kryterium „Aspekt społeczny – zatrudnienie osoby niepełnosprawnej do wykonywania czynności w ramach realizacji zamówienia pkt: „0,00 Wykonawca nie wskazał jednoznacznie czy deklaruje czy też nie deklaruje zatrudnienie osoby niepełnosprawnej. Wypełniając część Formularza w przedmiotowym kryterium nie zastosował się i nie wypełnił wymogów SWZ. Zgodnie z zapisami SWZ: „W przypadku nie skreślenia lub nie wpisania ilości osób Zamawiający przyjmie, że Wykonawca nie deklaruje zatrudnienia osoby niepełnosprawnej i w kryterium „Aspekt społeczny” otrzyma 0 pkt.”.

Dnia 14.06.2024 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) odwołanie względem czynności z 07.06.2024 r. złożyła CLAR SYSTEM S.A. Zarzucił: 1. naruszenie przepisu art. 239 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 Pzp i w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp poprzez nieprawidłową ocenę oferty Odwołującego w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert: „B: Aspekt społeczny – zatrudnienie osoby niepełnosprawnej do wykonywania czynności w ramach realizacji zamówienia”, wynikającą z błędnego przyjęcia przez instytucję zamawiającą, że Odwołujący w formularzu ofertowym nie wskazał ilości osób niepełnosprawnych do wykonywania czynności w ramach realizacji zamówienia, podczas gdy w formularzu

ofertowym Odwołujący wpisał (por. ostatni akapit str. 2 formularza ofertowego Odwołującego), że zatrudni „(...) co najmniej 2 Pracownika/ów będącego osobą niepełnosprawną w rozumieniu ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (t.j. Dz.U. z 2024 r. poz. 44) na podstawie umowy o pracę w rozumieniu przepisów Kodeksu pracy do realizacji niniejszego zamówienia przez cały okres jego realizacji”; ewentualnie, gdyby w ocenie KIO zarzut nr 1 okazał się nieuzasadniony, Odwołujący podnosi następujące zarzuty ewentualne: 2. naruszenie przepisu art. 223 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1- 3 ustawy Pzp poprzez nieuprawnione zaniechanie przez Zamawiającego dokonania w ofercie Odwołującego poprawienia oczywistej omyłki pisarskiej w zakresie złożonego przez Odwołującego się oświadczenia w formularzu ofertowym dotyczącym pozacenowego kryterium oceny ofert „B: Aspekt społeczny – zatrudnienie osoby niepełnosprawnej do wykonywania czynności w ramach realizacji zamówienia”, a ściślej rzecz ujmując - poprzez zaniechanie przez Zamawiającego skreślenia w treści złożonego w tym zakresie przez Odwołującego oświadczenia zwrotu: „Nie deklaruje”, pomimo, że na oczywistość omyłki w tym zakresie wskazuje niebudzące wątpliwości wskazanie przez Odwołującego w tymże oświadczeniu, że przy wykonywaniu zamówienia na rzecz Zamawiającego zatrudni on co najmniej 2 pracowników niepełnosprawnych, względnie z dalszej ostrożności, gdyby przyjąć, że omyłka wskazana powyżej nie była oczywistą omyłką pisarską to Odwołujący stawia zarzut, że w stanie faktycznym niniejszej sprawy konieczne było zastosowanie przez Zamawiającego art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, albowiem ustawodawca zdecydował w tym przepisie, że wszelkie omyłki, które nie stanowią oczywistych omyłek pisarskich ani rachunkowych oraz polegają na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, powinny być poprawione jako inne omyłki; 3. naruszenie przepisu art. 223 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp poprzez nieuprawnione zaniechanie przez Zamawiającego wezwania Odwołującego do wyjaśnienia złożonej oferty w zakresie dotyczącym pozacenowego kryterium oceny ofert „B: Aspekt społeczny – zatrudnienie osoby niepełnosprawnej do wykonywania czynności w ramach realizacji zamówienia”. Mając powyższe na uwadze, wnosił o: 1. uwzględnienie odwołania i uchylenie skutków prawnych zaskarżonych czynności poprzez nakazanie Zamawiającemu: a) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, b) dokonanie ponownego badania i oceny ofert w postępowaniu i zmianę oceny oferty Odwołującego w zakresie pozacenowego kryterium oceny ofert: „B: Aspekt społeczny – zatrudnienie osoby niepełnosprawnej do wykonywania czynności w ramach realizacji zamówienia” poprzez przyznanie Odwołującemu w tymże kryterium maksymalnej ilości punktów; ewentualnie: dokonanie ponownego badania i oceny ofert w postępowaniu, dokonanie przez Zamawiającego poprawienia oczywistej omyłki w ofercie Odwołującego w zakresie wskazanym w uzasadnieniu odwołania i przyznanie Odwołującemu w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert: „B: Aspekt społeczny – zatrudnienie osoby niepełnosprawnej do wykonywania czynności w ramach realizacji zamówienia” maksymalnej ilości punktów; ewentualnie: dokonanie ponownego badania i oceny ofert w postępowaniu, dokonanie przez Zamawiającego wezwania Odwołującego do wyjaśnienia oferty w zakresie złożonego przez Odwołującego się oświadczenia w zakresie ilości pracowników niepełnosprawnych, i przyznania Odwołującemu w ramach kryterium pozacenowego „B: Aspekt społeczny – zatrudnienie osoby niepełnosprawnej do wykonywania czynności w ramach realizacji zamówienia” maksymalnej ilości punktów; c) dokonanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; 2. obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym także kosztami związanymi z dojazdem na wyznaczoną rozprawę lub rozprawy Izby oraz kosztami wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3.600,00 zł.

Uzasadnienie zarzutu nr 1. Zgodnie z rozdziałem II SWZ jednym z pozacenowych kryteriów oceny ofert stanowi kryterium: „B. Aspekt społeczny – zatrudnienie osoby niepełnosprawnej do wykonywania czynności w ramach realizacji zamówienia.” Temu kryterium instytucja zamawiająca przyznała znaczenie procentowe wielkości: 20%. Odpowiednio, z tytułu tego kryterium maksymalna ilość punktów, jakie może otrzymać oferta za dane kryterium, po uwzględnieniu wagi kryterium, to 20 punktów. W dalszych postanowieniach tego rozdziału II SWZ – w zakresie omawianego kryterium pozacenowego B – instytucja zamawiająca wskazała co następuje: „B. Punkty w kryterium „Aspekt społeczny – zatrudnienie osoby niepełnosprawnej do wykonywania czynności w ramach realizacji zamówienia” zostaną przyznane, na podstawie deklaracji Wykonawcy zatrudnienia na cały okres realizacji zamówienia na podstawie umowy o pracę w rozumieniu przepisów Kodeksu pracy, osoby niepełnosprawnej/osób niepełnosprawnych w rozumieniu ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (t.j. Dz.U. z 2024 r. poz. 44) Wykonawca, w Formularzu ofertowym, stanowiącym Załącznik nr 2 do SWZ, zadeklaruje ilość osób niepełnosprawnych w rozumieniu ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (t.j. Dz.U. z 2024 r. poz. 44), na cały okres realizacji zamówienia na podstawie umowy o pracę w rozumieniu przepisów Kodeksu pracy. (...) Oferta może otrzymać maksymalnie 20 punktów, przy czym oferta będzie punktowana w ten sposób, że za każdą zadeklarowaną osobą niepełnosprawną otrzyma 10 pkt tj.: - 1 zadeklarowana osoba = 10 pkt; - 2 zadeklarowane osoby i więcej = 20 pkt. (...) Wykonawca, który nie zaoferuje zatrudnienia ww. osoby/osób nie otrzyma punktów w niniejszym kryterium.” Zamawiający przygotował (i zobowiązał wykonawców do posługiwania się nim) formularz ofertowy stanowiący Załącznik nr 2 do SWZ (SWZ od str. 74). W tymże formularzu ofertowym wskazano zaś: „DEKLARUJĘ / NIE DEKLARUJĘ*** zatrudnienie co najmniej Pracownika/ów będącego osobą niepełnosprawną w rozumieniu ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej

oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (t.j. Dz.U.z 2024 r. poz. 44) na podstawie umowy o pracę w rozumieniu przepisów Kodeksu pracy do realizacji niniejszego zamówienia przez cały okres jego realizacji. ***Niepotrzebne skreślić. W przypadku nie skreślenia lub nie wpisania ilości osób Zamawiający przyjmie, że Wykonawca nie deklaruje zatrudnienia osoby niepełnosprawnej i w kryterium „Aspekt społeczny” otrzyma 0 pkt.” Przekładając powyższe na okoliczności niniejszej sprawy - wobec wadliwie dokonanej i kwestionowanej niniejszym odwołaniem czynności Zamawiającego, szczególną uwagę należy zwrócić na ostatni akapit cytowanego wyżej fragmentu Załącznika nr 2 do SWZ (formularza ofertowego). Fragment ten stanowi – wiążącą zarówno dla instytucji zamawiającej, jak i wykonawców – instrukcję/wyjaśnienie, jak wykonawca składający ofertę ma wyrazić swoje oświadczenie dotyczące liczby pracowników niepełnosprawnych. Instrukcja ta składa się z dwóch – alternatywnych i równoważnych sobie – członów rozdzielonych spójnikiem „lub”, co na gruncie logiki formalnej implikuje stwierdzenie, że spełnienie choć jednego z tych członów oznacza zdanie prawdziwe (w niniejszej sprawie oznacza zdanie wyrażone i podlegające ocenie). Treść pierwszego z tych członów wyraża fragment: „W przypadku nie skreślenia (...).” Treść drugiego z tych członów wyraża zaś fragment „(...) lub nie wpisania ilości osób (...).” Usuwając zaś określone w teźże instrukcji negacje (zwroty: „nie”) otrzymujemy zdanie o sensie logicznym: „W przypadku skreślenia lub wpisania ilości osób Zamawiający przyjmie, że Wykonawca deklaruje zatrudnienia osoby niepełnosprawnej”. Inaczej tę rzecz ujmując, zgodnie z SWZ (ściślej stanowiącym Załącznik nr 2 do SWZ formularzem oferty) było wpisanie przez wykonawcę w formularzu ofertowym li tylko liczby osób – pracowników niepełnosprawnych. Wpisanie tej liczby rodziło zaś po stronie Zamawiającego obowiązek dokonania oceny oferty wykonawcy w ramach tego kryterium oceny ofert, i stosownie do podanej liczby osób – pracowników niepełnosprawnych, przyznanie punktów. Podkreślenia wymaga, że z treścią drugiego członu omawianej instrukcji koresponduje pozostawiona przez Zamawiającego w przygotowanym przez niego wzorze oświadczenia wykonawcy, w zakresie dotyczącym kryterium pozacenowego B, luka, w której należało wpisać liczbę pracowników niepełnosprawnych. Bezsporną okolicznością w sprawie niniejszej jest zaś to, że w swojej ofercie Odwołujący się wyraźnie oświadczył, że przy wykonywaniu zamówienia na rzecz Zamawiającego zatrudni co najmniej 2 osoby niepełnosprawne. Mając na uwadze powyższe, sformułowany w petitum odwołania zarzut nr 1 uznać należy za w uzasadniony. Uzasadnienie zarzutów ewentualnych. Jedynie z daleko posuniętej ostrożności procesowej, gdyby KIO uznała zarzut nr 1 za pozbawiony podstaw (co obiektywnie oceniając nie powinno mieć miejsca), Odwołujący w dalszej części niniejszego odwołania uzasadnia zarzuty ewentualne odwołania. Przypomnieć w tym miejscu należy, że prawodawca w przepisie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że: „W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści”. Zgodnie zaś z przepisem art. 223 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp: „Zamawiający poprawia w ofercie: 1) oczywiste omyłki pisarskie, (...) - niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona”.

Z kolei z przepisu art. 16 ustawy Pzp wynika, że Zamawiający zarazem przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny. Z powyższych przepisów ustawy Pzp wynika zatem, że: 1) ilekroć w ofercie wykonawcy zostanie stwierdzona oczywista omyłka pisarska, to instytucja zamawiająca ma prawny obowiązek poprawić ją z urzędu (art. 223 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp). W niniejszej sprawie zastosowanie tego przepisu przez Zamawiającego powinno polegać na poprawieniu w ofercie Odwołującego oczywistej omyłki pisarskiej poprzez skreślenie w treści złożonego przez Odwołującego oświadczenia w formularzu ofertowym dotyczącym pozacenowego kryterium oceny „B: Aspekt społeczny – zatrudnienie osoby niepełnosprawnej do wykonywania czynności w ramach realizacji zamówienia” zwrotu: „Nie deklaruje”, w konsekwencji czego - wolne od teźże omyłki pisarskiej - przedmiotowe oświadczenie Odwołującego brzmiałoby: „DEKLARUJĘ / NIE DEKLARUJĘ*** zatrudnienie co najmniej 2 Pracownika/ów będącego osobą niepełnosprawną w rozumieniu ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (t.j. Dz.U. z 2024 r. poz. 44) na podstawie umowy o pracę w rozumieniu przepisów Kodeksu pracy do realizacji niniejszego zamówienia przez cały okres jego realizacji”. Na oczywistość omyłki w tym zakresie wskazuje - niebudzące wątpliwości – wpisanie przez Odwołującego w tymże oświadczeniu informacji, że przy wykonywaniu zamówienia na rzecz Zamawiającego zatrudni on co najmniej 2 pracowników niepełnosprawnych. Inaczej mówiąc, bez sensu, a wręcz – ujmując rzecz kolokwialnie – głupie byłoby oświadczenie wykonawcy, które brzmi: „Nie deklaruje zatrudnienia co najmniej 2 pracowników będących osobą niepełnosprawnych do realizacji zamówienia przez cały okres jego realizacji”. Nie dość na tym. Przygotowany w formularzu ofertowym stanowiącym Załącznik nr 2 do SWZ wzór oświadczenia wykonawcy, gdzie miał on przedstawić swoją wolę w zakresie ilości pracowników niepełnosprawnych, którymi będzie posługiwał się przy wykonywaniu umowy na rzecz Zamawiającego, należy także przedstawić w ten sposób, że: – w pierwszej części tego wzoru oświadczenia wykonawcy mieli wyrazić słownie (poprzez przekreślenie zwrotu „Deklaruję” albo zwrotu „Nie deklaruje”) informację co do faktu posługiwania się pracownikami niepełnosprawnymi, – w drugiej części tego wzoru oświadczenia wykonawcy mieli wyrazić liczbowo (poprzez wpisanie liczby pracowników niepełnosprawnych) informację co do faktu i liczby pracowników niepełnosprawnych, przy pomocy których usługa na rzecz Zamawiającego będzie realizowana. Skoro Odwołujący się wpisał w lukę przedmiotowego wzoru

oświadczenia liczbę 2 (co powoduje, że sens tego zdania otrzymuje brzmienie: „posługuję się co najmniej 2 pracownikami niepełnosprawnymi przy realizacji zamówienia na rzecz Zamawiającego”) to oczywistym jest jaka jest wola Odwołującego w tym zakresie i że pominięcie skreślenia zwrotu „Nie deklaruję” stanowiło oczywistą omyłkę Odwołującego, którą Zamawiający miał bezwzględny obowiązek poprawić.

Dla wzmocnienia powyższej wyrażonego stanowiska Odwołującego, przywołać należy następujące judykaty sądów okręgowych oraz KIO: a) Jak wyjaśnił Sąd Okręgowy w Gdańsku (wyrok z 27.06.2008 r., sygn. akt: XII Ga 206/08): „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”; b) zwykle przez oczywistą omyłkę rozumie się zwykły błąd wynikający z przeoczenia lub innej wady procesu myślowo-redakcyjnego, nie zaś spowodowany uchybieniem o charakterze merytorycznym (wyrok KIO z 21.11.2022 r., sygn. akt: KIO 2875/22, KIO 2891/22); c) Skoro więc z formularza cenowego wynika widoczny zamiar wykonawcy dokonania zerowej wyceny w spornych pozycjach, to niewpisanie cyfry zero można uznać za oczywistą omyłkę pisarską. Zauważenia wymaga, że wpisane wartości 0 w tych pozycjach jest jedynym poprawnym sposobem odtworzenia woli wykonawcy i jest to widoczne „na pierwszy rzut oka”, w związku z czym Zamawiający miał podstawy stwierdzić, że doszło do omyłki i że omyłka ta ma charakter oczywisty (wyrok KIO z 14/02/2022 r., sygn. akt: KIO 238/22); d) Oczywista omyłka pisarska dotyczy zatem takich błędów, które są łatwe do zauważenia, a oczywistość omyłki, rozumianej jako określona niedokładność, nasuwa się każdemu. Może to być błąd pisarski, logiczny, przypadkowe przeoczenie lub inna niedokładność, która nasuwa się każdemu, a przez dokonanie poprawy tej omyłki, właściwy sens oświadczenia pozostaje bez zmian. Poprawa omyłki polega na wprowadzeniu zmian skutkujących przywróceniem zamierzonego brzmienia, w miejsce omyłkowego, nie może przy tym prowadzić do doprowadzenia do zaoferowania innego przedmiotu zamówienia, do zmiany oświadczenia woli wykonawcy (wyrok KIO z 29.07.2021 r., sygn. akt: KIO 1716/21); e) Zgodnie z wyrokiem KIO z 29.07.2021 r., KIO 1716/21 „Zauważenia wymaga, iż przez omyłkę pisarską uznaje się niezamierzoną niedokładność nasuwającą się każdemu, bez przeprowadzania dodatkowych ustaleń, np. błąd literowy, widoczne niezamierzone opuszczenie wyrazu czy inny błąd, wynikający z przeoczenia lub innej wady procesu myślowo-redakcyjnego, a niespowodowany uchybieniem merytorycznym (por. wyr. SO w Gdańsku z 27.06.2008 r., XII Ga 206/08). Za oczywistą uznaje się omyłkę, która jest wyraźnie zauważalna, nie budzi wątpliwości i jest możliwa do poprawy w jeden sposób, bez potrzeby dokonywania przez zamawiającego dodatkowych ustaleń, czy pozyskiwania wyjaśnień od wykonawcy. Oczywista omyłka pisarska dotyczy zatem takich błędów, które są łatwe do zauważenia, a oczywistość omyłki, rozumianej jako określona niedokładność, nasuwa się każdemu. Może to być błąd pisarski, logiczny, przypadkowe przeoczenie lub inna niedokładność, która nasuwa się każdemu, a przez dokonanie poprawy tej omyłki, właściwy sens oświadczenia pozostaje bez zmian. Poprawa omyłki polega na wprowadzeniu zmian skutkujących przywróceniem zamierzonego brzmienia, w miejsce omyłkowego, nie może przy tym prowadzić do doprowadzenia do zaoferowania innego przedmiotu zamówienia, do zmiany oświadczenia woli wykonawcy”. f) „Podkreślić trzeba, że 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” (wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z 08.01.2014 r., sygn. akt: X Ga 652/13). Z ostrożności, gdyby KIO uznało (w ocenie Odwołującego – niezasadnie), że omawiana wyżej omyłka nie była oczywistą omyłką pisarską to należy dojść do wniosku, iż w takiej sytuacji konieczne było przez Zamawiającego zastosowanie art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp, albowiem ustawodawca zdecydował, że wszelkie omyłki, które nie stanowią omyłek pisarskich ani rachunkowych oraz polegają na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, powinny być poprawione jako inne omyłki. 2) nie tylko uprawnienie, ale i prawny obowiązek instytucji zamawiającego wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień złożonej oferty (w toku jej badania i oceny). Jest tak zwłaszcza wtedy gdy wymaga tego względ na realizację zasad postępowania o udzielenie zamówienia określonych w art. 16 pkt 2 i 3 ustawy Pzp. W optyce podniesionego przez Odwołującego zarzutu ewentualnego naruszenia przepisu art. 223 ust. 1 ustawy Pzp (w zw. z art. 17 ust. 2 i art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp) Odwołujący wskazuje, że zawarta w formularzu ofertowym stanowiącym Załącznik nr 2 do SWZ instrukcja/wyjaśnienie jak wykonawca składający ofertę ma wyrazić swoje oświadczenie dotyczące liczby pracowników niepełnosprawnych w ramach kryterium pozacenowego „B Aspekt społeczny – zatrudnienie osoby niepełnosprawnej do wykonywania czynności w ramach realizacji zamówienia” nie realizuje w pełni zasady przejrzystości, a w konsekwencji –

w tych okolicznościach – zaniechanie przez Odwołującego zastosowania przepisu art. 223 ust. 1 ustawy Pzp należy uznać, że naruszające i zasadę proporcjonalności.

Zamawiający w dniu 14.06.2024 r. (drogą elektroniczną za pomocą platformy zakupowej, na której prowadzone jest postępowanie) wezwał wraz kopią odwołania, w trybie art. 524 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. Żadne zgłoszenie przystąpienia nie miało miejsca.

W dniu 24.06.2024 r. (e-mailem) Zamawiający wobec wniesienia odwołań do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. art. 521 NPzp, odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o: - oddalenie odwołania w części dotyczącej zarzutu naruszenia art. 239 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 Pzp i w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy; - oddalenie odwołania w części dotyczącej zarzutu naruszenia art. 223 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 w zw. z art. 16 pkt 1 - 3; - oddalenie odwołania w części dotyczącej zarzutu naruszenia przepisu art. 223 ust. 1 ustawy pzp w zw. z art. 17 ust. 2 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3; - przeprowadzenia dowodów z dokumentów wskazanych w treści niniejszego pisma, - zasądzenie na rzecz Zamawiającego kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Przedmiotem zamówienia są usługi sprzątnięcia wewnętrznych pomieszczeń w budynkach Ministerstwa Kultury i Dziedzictwa Narodowego. Ogłoszenie o zamówieniu wraz ze Specyfikacją Warunków Zamówienia, zwaną dalej SWZ, zostało opublikowane dn. 26.04.2024 r. W Rozdziale 11 pkt II SWZ niniejszego postępowania Zamawiający określił sposób obliczenia ceny oraz kryteria, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny oferty. W SWZ zostały określone następujące kryteria oceny ofert: A) Łączna cena oferty brutto, B) Aspekt społeczny – zatrudnienie osoby niepełnosprawnej do wykonywania czynności w ramach realizacji zamówienia, C) Aspekt społeczny – zatrudnienie do realizacji zamówienia osób bezrobotnych lub osób do 30 roku życia lub po ukończeniu 50 roku życia posiadających status osoby poszukującej pracy i pozostającej bez zatrudnienia.

Wszystkie informacje dotyczące deklaracji w ramach ww. kryteriów Wykonawca składający ofertę zobowiązany był wskazać w Formularzu ofertowym. Zamawiający dla jasności postępowania we wzorze Formularza ofertowego stanowiącym Załącznik Nr 2 do SWZ (Dowód nr 1 - Załącznik Nr 1 do niniejszego pisma) umieścił sposób jego wypełnienia przez Wykonawców a w odniesieniu do kryteriów B) i C) również ogólną zasadę gwarantującą możliwość uzyskania punktów, związaną z prawidłowością złożenia deklaracji w ramach tychże kryteriów.

Wobec powyższego Wykonawca, poprzez opisany wymóg dokonania złożenia deklaracji, zobowiązany był do właściwego wypełnienia Formularza ofertowego w każdej jego części w taki sposób, aby zawarte w nim informacje nie budziły wątpliwości co do możliwości jednoznacznej ich oceny.

TREŚĆ WZORU FORMULARZA OFERTOWEGO STANOWIĄCEGO ZAŁĄCZNIK DO SWZ w zakresie kryterium B (treść całego Formularza ofertowego stanowi Załącznik Nr 1 do niniejszego pisma)

„DEKLARUJĘ / NIE DEKLARUJĘ*** zatrudnienie co najmniej

Pracownika/ów będącego osobą niepełnosprawną w rozumieniu ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (t.j. Dz.U. z 2024 r. poz. 44) na podstawie umowy o pracę w rozumieniu przepisów Kodeksu pracy do realizacji niniejszego zamówienia przez cały okres jego realizacji.

***Niepotrzebne skreślić. W przypadku nie skreślenia lub nie wpisania ilości osób Zamawiający przyjmie, że Wykonawca nie deklaruje zatrudnienia osoby niepełnosprawnej i w kryterium „Aspekt społeczny” otrzyma 0 pkt.”

Odwołujący składając ofertę, pomimo zamieszczonego przez Zamawiającego sposobu opisu złożenia deklaracji, nie wypełnił właściwie części Formularza cenowego w zakresie kryterium B. Część ta została wypełniona w następujący sposób:

„DEKLARUJĘ / NIE DEKLARUJĘ*** zatrudnienie co najmniej 2 Pracownika/ów będącego osobą niepełnosprawną w rozumieniu ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (t.j. Dz.U. z 2024 r. poz. 44) na podstawie umowy o pracę w rozumieniu przepisów Kodeksu pracy do realizacji niniejszego zamówienia przez cały okres jego realizacji.

***Niepotrzebne skreślić. W przypadku nie skreślenia lub nie wpisania ilości osób Zamawiający przyjmie, że Wykonawca nie deklaruje zatrudnienia osoby niepełnosprawnej i w kryterium „Aspekt społeczny” otrzyma 0 pkt.”

Odwołujący wypełniając Formularz ofertowy nie skreślił opcji niepotrzebnej pozostawiając obydwie tj. „deklaruję / nie deklaruję”, jednakże wpisał liczbę osób tj. 2 pracowników.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 239 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 Pzp ust. 2 Pzp i w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp tj. dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem ww. przepisów wskazując we wniesionym odwołaniu, że naruszenie to wynika „z błędnego przyjęcia przez instytucje zamawiającą, że Odwołujący w formularzu ofertowym nie wskazał ilości osób niepełnosprawnych do wykonywania czynności w ramach realizacji zamówienia”. Zamawiający w piśmie z dnia 07.06.2024 r. Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty Wykonawcy (Dowód nr 2 - Załącznik Nr 2 do pisma) uzasadnił podstawę nieprzyznania punktów w kryterium B oferty Odwołującego i nie odnosiła się ona do braku wskazania ilości osób niepełnosprawnych, ale do złożenia niepełnej deklaracji co do ewentualnego zatrudnienia osób niepełnosprawnych, tj. „Wykonawca nie wskazał jednoznacznie czy deklaruje czy też nie deklaruje zatrudnienie osoby niepełnosprawnej. Wypełniając część Formularza w przedmiotowym kryterium nie zastosował się i nie wypełnił wymogów SWZ. Zgodnie z zapisami SWZ: „W przypadku nie skreślenia lub nie wpisania

ilości osób Zamawiający przyjmie, że Wykonawca zatrudnienia osoby niepełnosprawnej i w kryterium „Aspekt społeczny” otrzyma 0 pkt.”

W dalszej części odwołania Odwołujący przedstawił własną interpretację zapisu umieszczonego w Formularzu ofertowym odnoszącego się do kryterium B. W jej wyniku Odwołujący wysnuwa wniosek o rzekomo prawidłowym, ostatecznym brzmieniu zapisu, tj.: „W przypadku skreślenia lub wpisania ilości osób Zamawiający przyjmie, że Wykonawca deklaruje zatrudnienie osoby niepełnosprawnej”. Zamawiający wyjaśnił: 1) Zapis odnoszący się do Kryterium B zarówno w samej treści Rozdziału 11 pkt II SWZ jak i w Formularzu ofertowym był sformułowany w sposób czytelny, nie budzący żadnych wątpliwości Wykonawców jak i Odwołującego na etapie składania ofert. Nie wnoszono żadnych pytań co do rozumienia tego zapisu, pozostali Wykonawcy składający oferty ww. postępowaniu, właściwie odczytali zrozumieli treść zapisu i właściwie złożyli oferty. Zapis był formułowany dla Wykonawców działających na rynku zamówień publicznych w przedmiocie usług sprzątnia. Sama forma zapisu zdania „DEKLARUJĘ / NIE DEKLARUJĘ*** zatrudnienie co najmniej Pracownika/ów będącego osobą niepełnosprawną (...)” podsuwa Wykonawcy sposób skutecznego złożenia deklaracji. Zrozumiałym jest, że trzeba skreślić/usunąć niewłaściwy tekst (albo coś się deklaruje na etapie składania ofert albo nie deklaruje) oraz w miejsce wy kropkowane wpisać ilość osób (wskazanie ilości osób jest ważna dla celów przyznania odpowiedniej liczby punktów). Właściwe złożenie deklaracji to konieczność pełnego uzupełnienia/wypełnienia zdania, w każdej jego części. Przeprowadzenie przez pełnomocnika Odwołującego analizy treści zapisu instrukcji umieszczonej w Formularzu ofertowym pod tekstem „DEKLARUJĘ / NIE DEKLARUJĘ*** zatrudnienie co najmniej Pracownika/ów będącego osobą niepełnosprawną” przez pryzmat logiki prawniczej, w tym konkretnym przypadku stanowi manipulację i wypaczenie tego, co Zamawiający w sposób prosty przekazał Wykonawcom. Logika prawnicza zajmuje się badaniem schematów rozumowań prawniczych a tekst z Formularza ofertowego poddany interpretacji przez pełnomocnika Odwołującego kierowany był do osób występujących na rynku zamówień publicznych świadczących określone usługi. Ponadto do interpretowanego przez Pełnomocnika tekstu dołączony był zapis do wypełnienia, który nawet przy przeprowadzaniu takiej interpretacji powinien zostać uwzględniony jako całość do rozważań (interpretacja nigdy nie powinna być wysnuwanw celu uzyskania z góry oczekiwanego rezultatu dla usprawiedliwienia swojego postępowania, w tym przypadku wadliwego wypełnienia przez Odwołującego części Formularza ofertowego kryterium B). Ponadto zauważył i podkreślił, że przeciętnie człowiek nie interpretuje tak prostych zapisów z jasnym wskazaniem co ma być skreślone i co ma być wypełnione (tym bardziej jasno przygotowanego zapisu w Formularzu ofertowym do wypełnienia, który został właściwie wypełniony przez innych uczestników bieżącego postępowania jak również wszystkich uczestników postępowań w co najmniej 2 postępowaniach z ubiegłych lat) i nie będących umowami czy aktami prawnymi, posługując się wykładnią prawniczą określając szczegółowo, czy dany spójnik występuje jako funktor alternatywy nierozłącznej, dysjunkcja itd.; 2) Otrzymane brzmienie zapisu, po dokonanej interpretacji przeprowadzonej przez Odwołującego na podstawie jedynie samego zapisu z Formularza ofertowego, bez odniesienia go do pozostałej treści SWZ formułowanej do Kryterium B, przedstawione we wniesionym Odwołaniu pozbawione jest sensu („W przypadku skreślenia lub wpisania ilości osób Zamawiający przyjmie, że Wykonawca deklaruje zatrudnienia osoby niepełnosprawnej”). Biorąc pod uwagę treść interpretacji Odwołującego, Wykonawcy mogliby jedynie skreślać niewłaściwe np. „nie deklaruję”, pozostawiać zapis „deklaruję” i zdaniem Odwołującego wypełniliby skutecznie wymóg odnoszący się dla uzyskania dodatkowych punktów w ww. kryterium, bez podawania ilości deklarowanych do zatrudnienia osób niepełnosprawnych. Prawidłowy sens deklaracji, który nie budzi wątpliwości co do oświadczenia woli w kryterium B, ma jedynie odpowiednie wypełnienie przez Wykonawcę całości zdania jako pełnej deklaracji. 3) Zamawiający również pragnie zwrócić uwagę na fakt, że Odwołujący się był uczestnikiem poprzednio prowadzonych przez Zamawiającego postępowań o udzielenie zamówienia publicznego na usługi sprzątnia, w których zarówno kryteria oceny ofert jak również wymagania i zapisy odnoszące się do wypełnienia Formularza ofertowego w kryterium B były identyczne. W postępowaniach tych Odwołujący się jako Wykonawca prawidłowo odczytywał wymagania Zamawiającego i rozumiał treść zapisów w Kryterium B, tj. właściwie złożył deklarację, poprzez wykreślenie niepotrzebnego słowa dot. deklaracji oraz wpisał deklarowaną liczbę osób niepełnosprawnych, które zamierzał zatrudnić (Dowód nr 3 i 4 - Załącznik Nr 3 i Nr 4 do niniejszego pisma); 4) Wypełnienie przez Odwołującego Formularza ofertowego było niewłaściwe, nie dające możliwości przyznania punktów w kryterium B ponieważ treść złożonej deklaracji przez Odwołującego była niepełna, niemożliwa do poprawienia i nie podlegała pod przepisy pozwalające na zwrócenie się do Odwołującego o przedłożenie wyjaśnień co do sposobu interpretacji tak złożonej deklaracji. Zamawiający nie może przyznać punktów w kryterium oceny ofert, jeżeli z oświadczenia woli Odwołującego nie wynikają konkretne informacje. Ponadto Zamawiający określił co nastąpi w przypadku nieprawidłowego wypełnienia całej deklaracji w Kryterium B. W toku badania i oceny ofert Zamawiający uznał niemożność poprawienia treści złożonej przez Odwołującego w Formularzu ofertowym w kryterium B deklaracji jak również niemożność wezwania na podstawie art. 223 ust. 1 Odwołującego do złożenia wyjaśnień. Powstała nieprawidłowość w Formularzu ofertowym Odwołującego nie nosiła znamion ani oczywistej omyłki pisarskiej, ani nie była inną omyłką w rozumieniu odpowiednio przepisów art. 223 ust. 2 pkt. 1 art. 223 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp jak również nie mogła podlegać wyjaśnieniom. Wyjaśnienie treści oferty stanowi wykładnię oświadczenia woli Wykonawcy. Zamawiający może zwracać się do Wykonawcy o wyjaśnienie treści złożonej oferty, także w odniesieniu do rozumienia deklaracji dot. kryteriów oceny oferty, jednakże nie może wezwać do ich złożenia ani nie może ich przyjąć jeśli wyjaśnienia te zmieniają treść oferty.

Wówczas wyjaśnienia te mogą zostać uznane za negocjacje, zakazane w art. 223 ust. 1 ustawy Pzp. W wyniku wezwania do wyjaśnień Wykonawca może jedynie uszczegółowić informacje pierwotnie podane w ofercie. Nie ma natomiast prawa uzupełniać czy w niedozwolony sposób zmieniać oferty, zwłaszcza w zakresie poddawanych ocenie w kryteriach oceny ofert. (Orzeczenie KIO w wyroku z 19.04.2017 r., sygn. akt: KIO 638/17) wskazało, że co do zasady informacje zawarte w ofertach wykonawców i oceniane w kryteriach oceny ofert nie podlegają uzupełnieniu i modyfikacji po upływie terminu na składanie ofert.). W niniejszej sprawie zwrócenie się do Wykonawcy o wyjaśnienie treści oferty stanowiłoby negocjacje jej treści. Nie można zadać pytania i oczekiwać odpowiedzi jaka była intencja Odwołującego w zakresie tak przedstawionej przez niego w Formularzu ofertowym deklaracji z poniższej, popartej prawnie przyczyny: Odwołujący być może celowo na etapie składania ofert złożył deklarację w takiej formie, licząc że na późniejszym etapie będzie mógł ją „dostosować” w zależności od tego, jak będzie kształtował się ranking cenowy/punktowy złożonych w postępowaniu ofert, tj. mógłby odpowiedzieć, że: „Deklaruję zatrudnienie co najmniej 2 pracowników będących osobą niepełnosprawną” lub „Nie deklaruje zatrudnienia co najmniej 2 pracowników będących osobą niepełnosprawną”. Być może Odwołujący na dzień składania ofert nie był w stanie zadeklarować zatrudnienia osób niepełnosprawnych na zasadach wymaganych przez Zamawiającego, ale już w terminie udzielania odpowiedzi w ramach wyjaśnień do oferty możliwość taka zaistniała, więc zadeklarowałby zatrudnienie 2 osób lub nie – jeśli w dalszym ciągu nie miałby tej możliwości. Ewentualnie Odwołujący wypełniając Formularz ofertowy wziąłby pod uwagę, że zatrudnienie kolejnych osób, w tym przypadku niepełnosprawnych, to dodatkowy koszt i jeśli jego oferta, pomimo punktów w kryterium B znalazłaby się w rankingu ofert na 1 miejscu, udzieliłby wyjaśnień, że „Nie deklaruje zatrudnienia co najmniej 2 pracowników będących osobą niepełnosprawną”, albo jeśli uzyskanie punktów w kryterium B byłoby kluczowe dla zajęcia 1 pozycji w rankingu oceny ofert – Odwołujący mógłby udzielić odpowiedzi „Deklaruję zatrudnienie co najmniej 2 pracowników będących osobą niepełnosprawną”. W odniesieniu do zarzutu naruszenia przepisu art. 223 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego dokonania w ofercie Odwołującego poprawienia oczywistej omyłki pisarskiej w zakresie złożonego przez Odwołującego się oświadczenia woli w Formularzu ofertowym w zakresie kryterium B, Zamawiający wyjaśnia, że niespełnienie wymagań co do poprawności złożonego oświadczenia nie wypełnia znamion oczywistej omyłki pisarskiej. Oczywista omyłka pisarska jest zwykle wynikiem przeoczenia lub innej wady procesu myślowo-redakcyjnego, nigdy zaś uchybienia merytorycznego. Poprawienie oczywistej omyłki nie może prowadzić do wytworzenia nowej treści oświadczenia woli, co w tym wypadku miałyby mieć miejsce. Mimo, że poprawienie oczywistej omyłki pisarskiej zawsze skutkuje zmianą treści oferty, to należy pamiętać, że będzie to zmiana jedynie w znaczeniu technicznym, nie zaś merytorycznym. W wyniku zatem poprawienia omyłki pisarskiej nie zmienia się treść oferty w sensie treści oświadczenia woli Wykonawcy. Stanowisko takie znajduje odzwierciedlenie zarówno w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej jak i w orzecznictwie sądowym. Omyłka pisarska to widoczne, wbrew zamierzeniu, niewłaściwe użycie wyrazu, widocznie mylne pisownia albo widoczne, niezamierzone opuszczenie jednego lub więcej wyrazów. W żadnym razie za poprawienie omyłki pisarskiej nie może być uznane natomiast wprowadzenie jakiejkolwiek zmiany, która wpłynie na zmianę treści oświadczenia woli (wyrok Sądu Okręgowego w Olsztynie z 5.10.2009 r., sygn. Akt IX Ca 661/09). Zamawiający, ze względu na zasady wskazane w art. 16 nie może domyślać się zamiaru składającego ofertę, która powinna być złożona zgodnie z warunkami wskazanymi w SWZ, w sposób wyraźny i nie budzący wątpliwości ze względu na przypadki braku możliwości powołania się przez Zamawiającego na przepisy określone w art. 223 Pzp w celu usunięcia wątpliwości tkwiących w ofercie bez naruszenia przepisów Pzp. Odnosząc się do zarzutu naruszenia przepisu art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie przez Zamawiającego dokonania w ofercie Odwołującego dokonania poprawy w zakresie treści złożonego przez Odwołującego się oświadczenia woli w Formularzu ofertowym w odniesieniu do kryterium B, Zamawiający wyjaśnia, że przedmiotowej omyłce nie można jednoznacznie przypisać cechy braku celowości jej popełnienia. Istnieje także prawdopodobieństwo, że działanie Odwołującego może nosić znamiona zamierzonego działania. Ponadto sposób skorygowania złożonego przez Odwołującego się oświadczenia woli w zakresie deklaracji co do kryterium B nie był możliwy na podstawie informacji wynikających z innych elementów oferty. W przedmiotowej sprawie nie zaszła ani jedna z przesłanek, która zobowiązałaby Zamawiającego do poprawienia oświadczenia woli w Formularzu ofertowym złożonym w odniesieniu do kryterium B, jako innej omyłki. Ponadto treści złożonego odwołania wynika, że sam Odwołujący ma wątpliwości jak brak jednoznacznej deklaracji w Kryterium B, należy poprawić, aby było to korzystne rozwiązanie dla Odwołującego. W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp oraz art. 17 ust. 2 ustawy Pzp dot. prowadzenia Postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, co doprowadziło do wyboru oferty niezgodnej z przepisami Pzp, biorąc pod uwagę przedstawioną w niniejszym piśmie argumentację należy uznać, że Zamawiający nie naruszył żadnej z zasad Prawa zamówień publicznych.

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

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 505 ust. 1 Pzp,

uprawniający do jego złożenia. Odwołujący którego oferta uplasowała się na czwartej pozycji w rankingu złożonych ofert, w wypadku potwierdzenia się zarzutów ma szansę na uzyskanie zamówienia.

Skład orzekający Izby dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w postaci elektronicznej, w tym w szczególności postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SWZ”, treści Formularza ofertowego (załącznika nr 2 do SWZ), oferty (wypełnionego formularza ofertowego) Odwołującego, jak i ofert (wypełnionych formularzy ofertowych) innych Wykonawców biorących udział w postępowaniu.

Dodatkowo, Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego załączone do odpowiedzi na odwołanie przez Zamawiającego na okoliczności tam wskazane:

- 1) Formularz ofertowy (Dowód nr 1);
- 2) Informacja o wyborze oferty Wykonawcy (Dowód nr 2);
- 3) Oferta Odwołującego z postępowania z 2023 r. (Dowód nr 3);
- 4) Oferta Odwołującego z postępowania z 2022 r. (Dowód nr 4).

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

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

Odwołujący sformułował w odwołaniu zarzut naruszenia przez Zamawiającego:

1. art. 239 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 Pzp i w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp poprzez nieprawidłową ocenę oferty Odwołującego w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert: „B: Aspekt społeczny – zatrudnienie osoby niepełnosprawnej do wykonywania czynności w ramach realizacji zamówienia”, wynikającą z błędnego przyjęcia przez instytucję zamawiającą, że Odwołujący w formularzu ofertowym nie wskazał ilości osób niepełnosprawnych do wykonywania czynności w ramach realizacji zamówienia, podczas gdy w formularzu ofertowym Odwołujący wpisał (por. ostatni akapit str. 2 formularza ofertowego Odwołującego), że zatrudni „(...) co najmniej 2 Pracownika/ów będącego osobą niepełnosprawną w rozumieniu ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (t.j. Dz.U. z 2024 r. poz. 44) na podstawie umowy o pracę w rozumieniu przepisów Kodeksu pracy do realizacji niniejszego zamówienia przez cały okres jego realizacji”; *ewentualnie:*

2. art. 223 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1- 3 ustawy Pzp poprzez nieuprawnione zaniechanie przez Zamawiającego dokonania w ofercie Odwołującego poprawienia oczywistej omyłki pisarskiej w zakresie złożonego przez Odwołującego się oświadczenia w formularzu ofertowym dotyczącym pozacenowego kryterium oceny ofert „B: Aspekt społeczny – zatrudnienie osoby niepełnosprawnej do wykonywania czynności w ramach realizacji zamówienia”, a ściślej rzecz ujmując - poprzez zaniechanie przez Zamawiającego skreślenia w treści złożonego w tym zakresie przez Odwołującego oświadczenia zwrotu: „Nie deklaruje”, pomimo, że na oczywistość omyłki w tym zakresie wskazuje niebudzące wątpliwości wskazanie przez Odwołującego w tymże oświadczeniu, że przy wykonywaniu zamówienia na rzecz Zamawiającego zatrudni on co najmniej 2 pracowników niepełnosprawnych, względnie z dalszej ostrożności, gdyby przyjąć, że omyłka wskazana powyżej nie była oczywistą omyłką pisarską to Odwołujący stawia zarzut, że w stanie faktycznym niniejszej sprawy konieczne było zastosowanie przez Zamawiającego art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, albowiem ustawodawca zdecydował w tym przepisie, że wszelkie omyłki, które nie stanowią oczywistych omyłek pisarskich ani rachunkowych oraz polegają na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, powinny być poprawione jako inne omyłki; 3. art. 223 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp poprzez nieuprawnione zaniechanie przez Zamawiającego wezwania Odwołującego do wyjaśnienia złożonej oferty w zakresie dotyczącym pozacenowego kryterium oceny ofert „B: Aspekt społeczny – zatrudnienie osoby niepełnosprawnej do wykonywania czynności w ramach realizacji zamówienia”.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie do przedmiotowego odwołania.

W pierwszej kolejności Izba przywołuje stan faktyczny wynikający z treści odwołania oraz odpowiedzi na odwołanie. Jednocześnie, podkreślając, że nie było sporu co do stanu faktycznego, ale oceny tego stanu przez Zamawiającego. Izba wskazuje na Rozdział 11 pkt II SWZ: „B. Punkty w kryterium „Aspekt społeczny – zatrudnienie osoby niepełnosprawnej do wykonywania czynności w ramach realizacji zamówienia” zostaną przyznane, na podstawie deklaracji Wykonawcy zatrudnienia na cały okres realizacji zamówienia na podstawie umowy o pracę w rozumieniu przepisów Kodeksu pracy, osoby niepełnosprawnej/osób niepełnosprawnych w rozumieniu ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (t.j. Dz.U. z 2024 r. poz. 44) Wykonawca, w Formularzu ofertowym, stanowiącym Załącznik nr 2 do SWZ, zadeklaruje ilość osób niepełnosprawnych w rozumieniu ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (t.j. Dz.U. z 2024 r. poz. 44), na cały okres realizacji zamówienia na podstawie umowy o pracę w rozumieniu przepisów

Kodeksu pracy. (...) Oferta może otrzymać maksymalnie 20 punktów, przy czym oferta będzie punktowana w ten sposób, że za każdą zadeklarowaną osobę niepełnosprawną otrzyma 10 pkt tj.: - 1 zadeklarowana osoba = 10 pkt; - 2 zadeklarowane osoby i więcej = 20 pkt. (...) Wykonawca, który nie zaoferuje zatrudnienia ww. osoby/osób nie otrzyma punktów w niniejszym kryterium. (...) C. Punkty w kryterium „Aspekt społeczny - zatrudnienie do realizacji zamówienia osób bezrobotnych lub osób do 30 roku życia lub po ukończeniu BDG-WZP.251.8.2024 50 roku życia posiadających status osoby poszukującej pracy i pozostającej bez zatrudnienia” Zamawiający przez osobę bezrobotną i osobę poszukującą pracy rozumie osobę spełniającą warunki uzyskania statusu osoby bezrobotnej lub statusu osoby poszukującej pracy określone w ustawie z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 475) lub we właściwych przepisach państw członkowskich Unii Europejskiej, Europejskiego Obszaru Gospodarczego lub państw, z którymi UE zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców w dostępie do zamówień publicznych. Dodatkowo, w przypadku osoby poszukującej pracy konieczne jest spełnienie warunku w zakresie wieku (do 30 roku życia lub po ukończeniu 50 roku życia) oraz pozostawanie bez zatrudnienia. Jednocześnie jako realizację wymogu zatrudnienia określonego w opisie kryterium, Zamawiający dopuszcza również zatrudnienie osób, o których mowa powyżej w terminie nie wcześniejszym jednak niż 1 miesiąc przed datą wyznaczoną na składanie ofert. W przypadku osoby nowo zatrudnionej – zatrudnienie musi się odbyć najpóźniej w terminie nie dłuższym niż 3 dni robocze od daty rozpoczęcia realizacji umowy. UWAGA! Wykonawca składa oświadczenia pod groźbą odpowiedzialności karniej za składanie fałszywych oświadczeń. Zamawiający zastrzega sobie możliwość weryfikacji czy osoba, o której mowa powyżej a wskazana w ramach kryterium przez Wykonawcę, w okresie 6 miesięcy nie była wcześniej zatrudniona na umowę o pracę przez Wykonawcę lub członka konsorcjum/ Wykonawcy wspólnie ubiegającego się o zamówienie W przypadku zweryfikowania powyżej wskazanego faktu Zamawiający nie przyzna punktów w powyższym kryterium. W ramach niniejszego kryterium punkty zostaną przyznane zgodnie z poniższymi zasadami: 1) Wykonawca otrzyma 20 pkt w przypadku złożenia oświadczenia o zatrudnieniu do realizacji zamówienia co najmniej: - dwóch osób do 30 roku życia lub po ukończeniu 50 roku życia, posiadających status osoby poszukującej pracy bez zatrudnienia – w pełnym wymiarze czasu pracy albo - 2 bezrobotnych w pełnym wymiarze czasu pracy albo - jednej osoby do 30 roku życia lub po ukończeniu 50 roku życia posiadającej status osoby poszukującej pracy bez zatrudnienia – w pełnym wymiarze czasu pracy i jednej osoby bezrobotnej w pełnym wymiarze czasu pracy 2) Wykonawca otrzyma 10 pkt w przypadku złożenia oświadczenia o zatrudnieniu do realizacji zamówienia co najmniej: - 1 osoby do 30 roku życia lub po ukończeniu 50 roku życia, posiadającej status osoby poszukującej pracy bez zatrudnienia – w pełnym wymiarze czasu pracy albo - 1 osoby bezrobotnej w pełnym wymiarze czasu pracy Wykonawca nie otrzyma punktów w przypadku, gdy nie zadeklaruje zatrudnienia do realizacji zamówienia osób bezrobotnych lub osób do 30 roku życia lub po ukończeniu 50 roku życia posiadających status osoby poszukującej pracy bez zatrudnienia. W przypadku braku w Formularzu ofertowym (stanowiącym Załącznik nr 2 do SWZ) deklaracji ze strony Wykonawcy, dotyczącej zatrudnienia osób bezrobotnych lub osób do BDG-WZP.251.8.2024 30 roku życia lub po ukończeniu 50 roku życia, posiadających status osoby poszukującej pracy bez zatrudnienia Zamawiający nie przyzna Wykonawcy punktów w niniejszym kryterium.(...)”.

W Formularzu ofertowym (załącznik nr 2 do SWZ) Zamawiający zwrót z kolei następujące sformułowania „(...) Wykonawca jest mikro*/małym*/średnim *przedsiębiorcą (*niepotrzebne skreślić). Jeżeli Wykonawca nie dokona przekreślenia Zamawiający uzna, że Wykonawca nie jest mikro lub małym lub średnim przedsiębiorcą.

Złożenie niniejszej oferty prowadzi / nie prowadzi* do powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z ustawą z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz.U. z 2018 r. poz. 2174 z późn. zm). *niewłaściwe skreślić (...)

Kryterium B - „Aspekt społeczny – zatrudnienie osoby niepełnosprawnej do wykonywania czynności w ramach realizacji zamówienia”:

DEKLARUJĘ / NIE DEKLARUJĘ*** zatrudnienie co najmniej Pracownika/ów będącego osobą niepełnosprawną w rozumieniu ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (t.j. Dz.U. z 2024 r. poz. 44) na podstawie umowy o pracę w rozumieniu przepisów Kodeksu pracy do realizacji niniejszego zamówienia przez cały okres jego realizacji.

***Niepotrzebne skreślić. W przypadku nie skreślenia lub nie wpisania ilości osób Zamawiający przyjmie, że Wykonawca nie deklaruje zatrudnienia osoby niepełnosprawnej i w kryterium „Aspekt społeczny” otrzyma 0 pkt.

KRYTERIUM C: „Aspekt społeczny – zatrudnienie do realizacji zamówienia, w pełnym wymiarze czasu pracy, osób bezrobotnych lub osób do 30 roku życia lub po ukończeniu 50 roku życia posiadających status osoby poszukującej pracy i pozostającej bez zatrudnienia”

Oświadczam, że: (należy zaznaczyć odpowiednie kwadraty)

1)Zatrudnię do realizacji zamówienia co najmniej:

- 2 osoby bezrobotne w pełnym wymiarze czasu pracy albo
- 2 osoby do 30 roku życia lub po ukończeniu 50 roku życia posiadającej status osoby poszukującej pracy bez zatrudnienia – w pełnym wymiarze czasu pracy albo
- 1 osobę do 30 roku życia lub po ukończeniu 50 roku życia posiadającą status osoby poszukującej pracy bez zatrudnienia w pełny wymiarze czasu pracy i 1 osobę bezrobotną w pełnym wymiarze czasu pracy

ALBO

2)Zatrudnię do realizacji zamówienia co najmniej

1 osobę do 30 roku życia lub po ukończeniu 50 roku życia posiadającą status osoby poszukującej pracy bez zatrudniania – w pełnym wymiarze czasu pracy albo

1 osobę bezrobotną w pełnym wymiarze czasu pracy

ALBO

3)

Nie zatrudnię do realizacji zamówienia żadnej osoby do 30 roku życia lub po ukończeniu 50 roku życia posiadającej status osoby poszukującej pracy bez zatrudniania w pełnym wymiarze czasu pracy ani osoby bezrobotnej

UWAGA! Wykonawca może wybrać tylko jeden z 3 punktów, a w ramach jednego punktu można zaznaczyć tylko jeden kwadrat!

W przypadku, kiedy Wykonawca nie zaznaczy żadnego z kwadratów lub zaznaczy więcej niż jeden kwadrat w ramach niniejszego kryterium, Zamawiający przyjmie, że Wykonawca do realizacji zamówienia nie zatrudni osób do 30 roku życia lub po ukończeniu 50 roku życia posiadających status osoby poszukującej pracy bez zatrudniania – w pełnym wymiarze czasu pracy ani osoby bezrobotnej, a w ramach kryterium oferta Wykonawcy nie otrzyma pkt. (...).

Odwolujący złożył formularz ofertowy w ramach którego zawarł: „(...) Wykonawca jest mikro*/małym*/średnim *przedsiębiorcą (*niepotrzebne skreślić). Jeżeli Wykonawca nie dokona przekreślenia Zamawiający uzna, że Wykonawca nie jest mikro lub małym lub średnim przedsiębiorcą. Złożenie niniejszej oferty prowadzi / nie prowadzi* do powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z ustawą z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz.U. z 2018 r. poz. 2174 z późn. zm). *niewłaściwe skreślić (...)

Kryterium B - „Aspekt społeczny – zatrudnienie osoby niepełnosprawnej do wykonywania czynności w ramach realizacji zamówienia”: **DEKLARUJĘ / NIE DEKLARUJĘ***** zatrudnienie co najmniej 2 Pracownika/ów będącego osobą niepełnosprawną w rozumieniu ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (t.j. Dz.U. z 2024 r. poz. 44) na podstawie umowy o pracę w rozumieniu przepisów Kodeksu pracy do realizacji niniejszego zamówienia przez cały okres jego realizacji. **BDG-WZP.251.8.2024 ***Niepotrzebne skreślić.** W przypadku nie skreślenia lub nie wpisania ilości osób Zamawiający przyjmie, że Wykonawca nie deklaruje zatrudnienia osoby niepełnosprawnej i w kryterium „Aspekt społeczny” otrzyma 0 pkt. **KRYTERIUM C:** „Aspekt społeczny – zatrudnienie do realizacji zamówienia, w pełnym wymiarze czasu pracy, osób bezrobotnych lub osób do 30 roku życia lub po ukończeniu 50 roku życia posiadających status osoby poszukującej pracy i pozostającej bez zatrudnienia” **Oświadczam, że: (należy zaznaczyć odpowiednie kwadraty) 1) Zatrudnię do realizacji zamówienia co najmniej: 2 osoby bezrobotne w pełnym wymiarze czasu pracy albo 2 osoby do 30 roku życia lub po ukończeniu 50 roku życia posiadającej status osoby poszukującej pracy bez zatrudniania – w pełnym wymiarze czasu pracy albo 1 osobę do 30 roku życia lub po ukończeniu 50 roku życia posiadającą status osoby poszukującej pracy bez zatrudnienia w pełny wymiarze czasu pracy i 1 osobę bezrobotną w pełnym wymiarze czasu pracy ALBO 2)-Zatrudnię do realizacji zamówienia co najmniej 1 osobę do 30 roku życia lub po ukończeniu 50 roku życia posiadającą status osoby poszukującej pracy bez zatrudniania – w pełnym wymiarze czasu pracy albo 1 osobę bezrobotną w pełnym wymiarze czasu pracy ALBO 3) Nie zatrudnię do realizacji zamówienia żadnej osoby do 30 roku życia lub po ukończeniu 50 roku życia posiadającej status osoby poszukującej pracy bez zatrudniania w pełnym wymiarze czasu pracy ani osoby bezrobotnej** **UWAGA!** Wykonawca może wybrać tylko jeden z 3 punktów, a w ramach jednego punktu można zaznaczyć tylko jeden kwadrat! W przypadku, kiedy Wykonawca nie zaznaczy żadnego z kwadratów lub zaznaczy więcej niż jeden kwadrat w ramach niniejszego kryterium, Zamawiający przyjmie, że Wykonawca do realizacji zamówienia nie zatrudni osób do 30 roku życia lub po ukończeniu 50 roku życia posiadających status osoby poszukującej pracy bez zatrudniania – w pełnym wymiarze czasu pracy ani osoby bezrobotnej, a w ramach kryterium oferta Wykonawcy nie otrzyma pkt. (...).

W pozostałym zakresie Izba odniesie się przy rozpoznawaniu zarzutów.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 552 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 542 ust. 1 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnośnie zarzutu pierwszego, Izba uznała w/w zarzut za podlegający oddaleniu.

W tym zakresie, Izba stoi na stanowisku, że Zamawiający dokonał oceny i badania oferty Odwołującego w sposób prawidłowy, tj. zgodnie z zasadami które wyartykułował dla kryteriów oceny ofert, w tym dla kryteriów pozacenowych w specyfikacji. Zamawiający zastosował się bowiem do zastrzeżenia, które zawarł w ramach formularza ofertowego odnośnie kryterium pozacenowego, tj. Kryterium B- „Aspekt społeczny – zatrudnienie osoby niepełnosprawnej do wykonywania czynności w ramach realizacji zamówienia”. Zgodnie z którym: „W przypadku nie skreślenia lub nie wpisania ilości osób Zamawiający przyjmie, że Wykonawca nie deklaruje zatrudnienia osoby niepełnosprawnej i w kryterium „Aspekt społeczny” otrzyma 0 pkt.”. Należy zauważyć, że nie bez wpływu na stanowisko Izby ma kwestia tego rodzaju, że Zamawiający w ramach formularza cenowego zawarł podobne zastrzeżenie, co do tego, jak się zachowa względem kryterium pozacenowego, tj. Kryterium C: „Aspekt społeczny – zatrudnienie do realizacji zamówienia, w pełnym wymiarze

czasu pracy, osób bezrobotnych lub osób do 30 roku życia lub po ukończeniu 50 roku życia posiadających status osoby poszukującej pracy i pozostającej bez zatrudnienia". Zgodnie z którym: „**UWAGA!**: Wykonawca może wybrać tylko jeden z 3 punktów, a w ramach jednego punktu można zaznaczyć tylko jeden kwadrat! W przypadku, kiedy Wykonawca nie zaznaczy żadnego z kwadratów lub zaznaczy więcej niż jeden kwadrat w ramach niniejszego kryterium, Zamawiający przyjmie, że Wykonawca do realizacji zamówienia nie zatrudni osób do 30 roku życia lub po ukończeniu 50 roku życia posiadających status osoby poszukującej pracy bez zatrudniania – w pełnym wymiarze czasu pracy ani osoby bezrobotnej, a w ramach kryterium oferta Wykonawcy nie otrzyma pkt.” W postępowaniu zaistniała również sytuacja, która mieściła się w tym zastrzeżeniu i w tym wypadku Zamawiający także innemu Wykonawcy (P.U. SOS Barwit Barbara Jakubczak, ul. Zenona Klemensiewicza, nr 5A, lok. 32, 01-318 Warszawa) w kryterium C nie przyznał punktów. Należy więc uznać, że Zamawiający dokonując badania i oceny oferty Odwołującego działał zgodnie ze znanymi wszystkim Wykonawcom zastrzeżeniami, które zawarł w formularzu ofertowym, co więcej nie naruszył uczciwej konkurencji i równego traktowania, jednakowo potraktował wszystkich Wykonawców w postępowaniu, czego przykładem jest jego zachowanie wobec Odwołującego w Kryterium B, jak i wobec innego Wykonawcy w kryterium C.

Należy także zauważyć, że Zamawiający zawarł w formularzu ofertowym także inne zastrzeżenia: „Wykonawca jest mikro*/małym*/średnim *przedsiębiorcą (*niepotrzebne skreślić). Jeżeli Wykonawca nie dokona przekreślenia Zamawiający uzna, że Wykonawca nie jest mikro lub małym lub średnim przedsiębiorcą.”, czy też: „Złożenie niniejszej oferty prowadzi / nie prowadzi* do powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z ustawą z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz.U. z 2018 r. poz. 2174 z późn. zm).

*niewłaściwe skreślić”. W ramach formularza ofertowego, pierwsze z nich także nie zostało przez Odwołującego skreślone, drugie z kolei skreślone, w zakresie zaś kryterium pozacenowego – Kryterium C Odwołujący skreślił dwa z trzech możliwości i zaznaczył wariant pierwszy. Jak z tego wynika działanie Odwołującego (sposoby skreśleń lub ich braku) było różnorakie. Nie zawsze Odwołujący dokonywał skreśleń w formularzu ofertowym. Kluczowe jest jednak w ocenie Izby, że Zamawiający dokonał oceny i badania oferty Odwołującego zgodnie z zastrzeżeniami zawartymi w formularzu ofertowym i jednakowo traktował wszystkich Wykonawców biorących udział w postępowaniu.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnosnie zarzutu drugiego, Izba uznała w/w zarzut za podlegający oddaleniu.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje za orzecznictwem (wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 07.04.2022 r., sygn. akt: XXIII Zs 32/22); *Wbrew twierdzeniom skarżącego, przedmiotowych sprzeczności zawartych w treści oferty wykonawcy nie sposób było zaś uznać za zwykłe omyłki podlegające sprostowaniu przez zamawiającego w trybie art. 223 ust. 3 nPzp. W pierwszej kolejności zauważyć należy, że zasadą wynikającą z przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych jest brak możliwości dokonywania zmian w treści złożonej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznej oferty po upływie terminu wyznaczonego do składania ofert. Od tej zasady ustawa przewiduje wyjątek w postaci art. 223 ust. 2 nPzp. Stosownie do treści powołanego przepisu zamawiający poprawia w ofercie: oczywiste omyłki pisarskie, oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek, a także zleca wykonawcy poprawienie innych omyłek polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. (...)*

Ustawa Pzp nie zawiera definicji oczywistej omyłki pisarskiej. Pojęcie to było wielokrotnie definiowane w orzecznictwie sądów okręgowych i Krajowej Izby Odwoławczej. Oczywistą omyłką pisarską, zdaniem Sądu Okręgowego w Gdańsku wyrażonym w wyroku z dnia 27 czerwca 2008 r., sygn. akt XII Ga 206/08, jest 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. Przy czym, oczywistą omyłką pisarską jest nie tylko taka omyłka, która wynika z treści formularza ofertowego, czy też treści wyjaśnień, 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. Oczywistą omyłką pisarską może być również podanie przez wykonawcę ceny w ofercie rozbieżnie liczbą i słownie. (...)

W ocenie Sądu Okręgowego, w niniejszej sprawie powołane powyżej przesłanki sprostowania oferty nie wystąpiły. Zauważyć należy, że przepis art. 223 ust. 2 pkt 3 nPzp odnosi się do poprawiania w ofercie innych omyłek, polegających na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, a nie usuwaniu niezgodności tkwiących w samej ofercie. Ponadto próba usunięcia sprzeczności zawartych w ofercie wykonawcy (...) w istocie znacząco wpłynęłaby nie tylko na zmiany treści umowy, ale także na sam przebieg postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jak wynika z akt sprawy, sporne zagadnienie dotyczy kryterium oceny ofert, a za zaofiarowanie nielimitowanej transmisji danych w ramach abonamentu wykonawca otrzymywał 20 punktów przy ocenie ofert (z maksymalnych 60 punktów). Tym samym, za spełnienie tego kryterium była przyznawana jedna z najwyższych punktacji w postępowaniu (druga z rzędu). Nieprzyznanie lub przyznanie tych punktów wykonawcy istotnie wpływa więc na całokształt punktacji w postępowaniu, a co za tym idzie również wybór najkorzystniejszej oferty. Już z tego względu w sprawie nie istniały przesłanki do zastosowania przepisu art. 223 ust. 2 nPzp. (...)

Na marginesie należy dodać, że nie bez znaczenia jest także to, że wykonawca (...) jest profesjonalistą, którego działania, także na gruncie zamówień publicznych powinny być oceniane z uwzględnieniem zawodowego charakteru prowadzonej działalności na zasadzie określonej w art. 355 § 2 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 nPzp. Z tego też względu, nie można przyjąć innej interpretacji wykładni oświadczeń woli wykonawcy w ofercie. Zarzut naruszenia art. 65 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 nPzp nie zasługiwał na uwzględnienie. Izba w procesie wykładni oświadczenia woli wykonawcy (...) zawartego w Formularzu Oferty uwzględniła wszystkie reguły wynikające z art. 65 § 1 k.c. Jednakże zauważyć należy, że przepis art. 65 § 1 k.c. nie może służyć do omijania zasad udzielania zamówień publicznych, w tym zasady niezmienności treści oferty po upływie terminu składania ofert (art. 223 ust. 1 zd. drugie nPzp). Zgodnie z art. 8 ust. 1 nPzp, do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Oznacza to przede wszystkim pierwszeństwo stosowania regulacji zawartych w nPzp, ale także oznacza nakaz takiej wykładni przepisów Kodeksu cywilnego i Pzp, żeby rezultat tej wykładni był zgodny z naczelnymi zasadami udzielania zamówień publicznych. (...).

W tym wypadku, biorąc pod uwagę przytoczone powyżej orzeczenie, Izba stoi na stanowisku, że nie było możliwości uznania, że brak skreślenia jakiegokolwiek deklaracji w ramach oświadczenia zawartego w formularzu ofertowym Odwołującego do kryterium pozacenowego B - „Aspekt społeczny – zatrudnienie osoby niepełnosprawnej do wykonywania czynności w ramach realizacji zamówienia” (pierwszy człon), stanowi oczywistą omyłkę pisarską, gdyż drugi człon oświadczenia został wypełniony prawidłowo. Izba bowiem uznała, że taka poprawka byłaby zmianą merytoryczną treści oferty, gdyż brak skreślenia słowa „deklaruje” stanowi uchybienie merytoryczne i ma istotne znaczenie dla sensu i znaczenia złożonego oświadczenia przez Odwołującego. W konsekwencji bowiem Odwołujący złożył w sposób niepełny stosowną deklarację poprzez nieodpowiednie wypełnienie przez Wykonawcę całości zdania w formularzu ofertowym.

Wobec powyższego Izba musiała rozważyć możliwość zastosowania art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp. Izba wskazuje za orzecznictwem które mimo, że dotyczy poprzedniego stanu prawnego jest nadal aktualne zgodnie z którym: „z brzmienia art. 87 ust. 2 pkt 3 wynika, że zamawiający może poprawić w ofercie omyłki „inne” – czyli inne niż wskazane w punkcie 1. i 2. oczywiste omyłki pisarskie i oczywiste omyłki rachunkowe – polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Przepis ten sam w sobie zawiera zamknięte przesłanki korekty oferty. Zatem mają to być: 1) omyłki (lub omyłka), 2) w ofercie, 3) niepodlegające kwalifikacji jako oczywiste omyłki rachunkowe lub pisarskie, 4) polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, 5) nie mające przymiotu istotności dla oferty, co polega na tym, że ich korekta nie spowoduje istotnej zmiany oferty, 6) dodatkowo – możliwe do poprawienia przez zamawiającego.” (Wyrok KIO z 06.03.2020 r., sygn. akt: KIO 376/20).

W tym stanie faktycznym ważką kwestią jest okoliczność, że mamy do czynienia z oświadczeniem które zostało złożone w formularzu ofertowym w kontekście kryterium pozacenowego B - „Aspekt społeczny – zatrudnienie osoby niepełnosprawnej do wykonywania czynności w ramach realizacji zamówienia”. Poprawa skutkowałaby automatycznie na punktację, jaką uzyskał Odwołujący w ramach tego kryterium (z 0 pkt na 20 pkt), jak i w konsekwencji na ranking złożonych ofert, gdyż jego oferta stałaby się ofertą najkorzystniejszą (z czwartej pozycji jaką aktualnie zajmuje w rankingu). W efekcie zaistniała poprawa miałaby charakter istotny. W tym zakresie Izba wskazuje, że o tym, czy po poprawieniu omyłki nastąpi istotna zmiana treści oferty należy oceniać, biorąc pod uwagę zakres zmian, przedmiot zamówienia i całość oferty (wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie dnia 23 kwietnia 2009 r. XII Ga 102/09). Ocena, czy poprawienie innej omyłki przez Zamawiającego powoduje, czy nie powoduje istotnej zmiany w treści oferty, musi być dokonywana na tle konkretnego stanu faktycznego. W ocenie Izby, niewątpliwie taka zmiana miałaby taki charakter, gdyż jak wskazał w przywołanym na wstępie wyroku Sąd Okręgowego w Warszawie (z 07.04.2022 r., sygn. akt: XXIII Zs 32/22), który także odnosił się do możliwości poprawy w ramach kryterium pozacenowego, taka poprawa: „(...) w istocie znacząco wpłynęłaby nie tylko na zmiany treści umowy, ale także na sam przebieg postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. (...) Nieprzyznanie lub przyznanie tych punktów wykonawcy istotnie wpływa więc na całokształt punktacji w postępowaniu, a co za tym idzie również wybór najkorzystniejszej oferty. Już z tego względu w sprawie nie istniały przesłanki do zastosowania przepisu art. 223 ust. 2 nPzp. (...)”. W tym stanie faktycznym, jednakże taka zmiana byłaby nie tylko istotna, ale stałaby w sprzeczności z postanowieniami formularza ofertowego znanymi wszystkim Wykonawcom biorącym udział w postępowaniu, jak i de facto skutkowałaby naruszeniem zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji, gdyż preferowałaby Odwołującego kosztem innych Wykonawców, którzy zastosowali się do postanowień formularza ofertowego i dokonali prawidłowych skreśleń, jak i kosztem innego Wykonawcy, który nie otrzymał punktacji w kryterium C: „Aspekt społeczny – zatrudnienie do realizacji zamówienia, w pełnym wymiarze czasu pracy, osób bezrobotnych lub osób do 30 roku życia lub po ukończeniu 50 roku życia posiadających status osoby poszukującej pracy i pozostającej bez zatrudnienia”, gdyż nie wypełnił w formularzu ofertowym prawidłowo przypisanego temu kryterium oświadczenia (nie zaznaczył odpowiedniego pola w celu złożenia jednoznacznej deklaracji.). Należy także stwierdzić, że mamy do czynienia z profesjonalistą którego działania, także na gruncie zamówień publicznych i jego oświadczenia zawarte w formularzu ofertowym powinny być oceniane z uwzględnieniem (tzn. przez pryzmat) zawodowego charakteru

prowadzonej działalności na zasadzie określonej w art. 355 § 2 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp. Tym bardziej, że jak wykazał Zamawiający dowodami załączonymi do odpowiedzi na odwołanie w postępowaniach prowadzonych w latach ubiegłych Odwołujący nie miał problemów z prawidłowym złożeniem oświadczenia w ramach kryterium pozacenowym B - „Aspekt społeczny – zatrudnienie osoby niepełnosprawnej do wykonywania czynności w ramach realizacji zamówienia”. Nadto, jak wynika z ustaleń Izby (ramach zarzutu pierwszego) działanie Odwołującego (sposoby skreśleń lub ich braku w formularzu ofertowym) było różnorakie. Nie zawsze Odwołujący dokonywał skreśleń w złożonym formularzu ofertowym. Nie można więc z góry założyć, że zamiar Odwołującego był oczywisty i nie podlegający żadnej interpretacji. W konsekwencji nie można dokonać poprawy oświadczenia zgodnie z oczekiwaniem Odwołującego.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnośnie zarzutu trzeciego, Izba uznała w/w zarzut za podlegający oddaleniu.

W pierwszej kolejności, Izba wskazuje, że należy pamiętać - co zostało potwierdzone orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości UE - iż zasadą w postępowaniu jest zakaz modyfikowania oferty po terminie składania ofert (np. wyrok w sprawie o sygn. akt C -387/14 Esaprojekt przeciwko Województwu Łódzkiemu). Ponadto jak wskazano w wyroku w sprawie C -324/14 (Partner A. D.) Instytucja Zamawiająca musi zapewnić w szczególności, że żądanie wyjaśnienia oferty nie może prowadzić do rezultatu porównywalnego w istocie z przedstawieniem przez oferenta nowej oferty (zob. podobnie wyrok z dnia 10 października 2013 r. Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, pkt 36). Jednocześnie, w kontekście poprzedniego zarzutu należy stwierdzić, że inne omyłki muszą mieć taki charakter, aby ich poprawy mógł dokonać Zamawiający samodzielnie, bez udziału wykonawcy w tej czynności. Nie jest przy tym wykluczone, że w pewnych okolicznościach poprawienie omyłki będzie miało miejsce po uzyskaniu od wykonawcy wyjaśnień w trybie art. 223 ust. 1 Pzp. Przy czym, przepis art. 223 ust. 1 Pzp określa również granice w zakresie możliwości poprawienia omyłki polegającej na niezgodności oferty z SWZ wskazując, iż niedopuszczalne jest prowadzenie między Zamawiającym a Wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty.

Biorąc powyższe pod uwagę, w konsekwencji Izba uznaje, że w tym stanie faktycznym ewentualne wyjaśnienia skutkowałyby de facto zmianą treści oferty przez Odwołującego dokonaną w zakresie poddawanym ocenie w kryteriach oceny ofert, tj. w kryterium pozacenowym B - „Aspekt społeczny – zatrudnienie osoby niepełnosprawnej do wykonywania czynności w ramach realizacji zamówienia”. Odwołujący złożonymi wyjaśnieniami dokonałby zmiany złożonego oświadczenia w formularzu ofertowym poprzez złożenie w sposób pełny stosownej deklaracji. Nastąpiłoby nadanie nowego kształtu oświadczeniu woli Wykonawcy. Odwołujący de facto złożyłby po terminie składania ofert po raz drugi w sposób prawidłowy całość zdania w formularzu ofertowym ocenianego w kryterium pozacenowym B przez Zamawiającego.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

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

O kosztach postępowania orzeczono z uwzględnieniem przywołanych poniżej przepisów, w tym także w oparciu o § 8 ust. 2 zdanie pierwsze rozporządzenia wskazanego poniżej. Jednocześnie, obciążając kosztami Odwołującego.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 Pzp oraz art. 575 Pzp, z uwzględnieniem postanowień Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:

.....