

WYROK

z dnia 30 sierpnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Patyk

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 sierpnia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 sierpnia 2018 r. przez wykonawcę Sweco Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Świętochłowice oraz Tramwaje Śląskie S.A. z siedzibą w Chorzowie,

przy udziale wykonawcy Biuro Projektów Komunikacyjnych w Poznaniu Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1598/18 po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającym - Gminie Świętochłowice oraz Tramwaje Śląskie S.A. z siedzibą w Chorzowie unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego - wykonawcy Sweco Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego;

2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiających - Gminę Świętochłowice oraz

Tramwaje Śląskie S.A. z siedzibą w Chorzowie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie:

piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - wykonawcę Sweco Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Zamawiających - Gminy Świętochłowice oraz Tramwaje Śląskie S.A. z siedzibą w Chorzowie na rzecz Odwołującego - wykonawcy Sweco Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Katowicach.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 1598/18

Zamawiający - Gmina Świętochłowice [dalej „Zamawiający”], na mocy zawartego ze spółką Tramwaje Śląskie S.A. z siedzibą w Chorzowie porozumienia, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na opracowanie

wielobranżowej dokumentacji projektowej na potrzeby realizacji Projektu partnerskiego pt.

Zintegrowany węzeł przesiadkowy „Mijanka” w Świętochłowicach (znak postępowania: ZPU.271.51.2017).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 25 kwietnia 2018 r. pod numerem 2018/S 080 - 179284.

W dniu 10 sierpnia 2018 r. wykonawca Sweco Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu [dalej „Sweco” lub „Odwołujący”] wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu

naruszenie:

1. art. 87 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, wynikające z zaniechania przez

Zamawiającego dokonania poprawy w ofercie Odwołującego innej omyłki niż oczywista omyłka pisarska lub rachunkowa, polegającej na braku przedłożenia przez Odwołującego wraz ze złożoną ofertą w toku postępowania wykazu sporządzonych dokumentacji projektowych przez projektantów w treści zawierającej wszystkie informacje określone przez Zamawiającego we wzorze powyższego wykazu, będącego załącznikiem do formularza ofertowego, pomimo przekazania przez Odwołującego w ramach złożonych na żądanie Zamawiającego wyjaśnień wszelkich informacji, których zabrakło w dołączonym przez Odwołującego wykazie, podczas gdy dokonanie powyższej poprawy nie prowadziłoby do istotnych zmian w treści złożonej oferty;

2. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 14 ust. 1 Pzp w zw. z art. 66 § 1 KC, polegające na ich nieprawidłowym zastosowaniu, w wyniku czego Zamawiający uznał, że niezgodność treści oferty Odwołującego z SIWZ nie może zostać usunięta w trybie poprawy, zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, a zatem oferta, jako niezgodna z treścią SIWZ zasługuje na odrzucenie, podczas gdy złożona przez Odwołującego oferta zgodna jest z SIWZ, gdyż zawiera w swej treści wszystkie istotne oświadczenia dla zawarcia umowy z Zamawiającym, tj. oświadczenie woli Odwołującego o zobowiązaniu do spełnienia oznaczonego w SIWZ świadczenia w ilości, w sposób tam opisany i za oferowaną cenę, jak również - w treści dołączonego przez Odwołującego wykazu - wszystkie informacje niezbędne do dokonania oceny tej oferty przez Zamawiającego przy uwzględnieniu określonych w SIWZ kryteriów oceny ofert;

3. a w konsekwencji - art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie badania i oceny ofert

pod kątem wystąpienia okoliczności skutkujących odrzuceniem oferty w ramach postępowania niezgodnie z przepisami ustawy Pzp, tj. w sposób naruszający uczciwą konkurencję oraz poprzez nierówne traktowanie wykonawców, jak również niezgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności badania i oceny ofert pod kątem wystąpienia okoliczności skutkujących odrzuceniem oferty dokonanej przez Zamawiającego, w tym unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
2. nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu z uwzględnieniem oferty Odwołującego;
3. zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego według spisu kosztów, który zostanie przedłożony na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący przedstawił okoliczności faktyczne sprawy. Odwołujący odnosząc się do decyzji Zamawiającego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp wskazał, iż żadna z brakujących w wykazie złożonym przez Odwołującego wraz z ofertą informacji nie stanowiła elementu oferty, podlegającego ocenie punktowej w toku czynności oceny ofert przez Zamawiającego. Miały one natomiast posłużyć Zamawiającemu wyłącznie do zweryfikowania doświadczenia projektantów, jako kryterium podlegającego ocenie. Odwołujący wyjaśniał, że w toku oceny ofert pod kątem występowania ewentualnych przesłanek ich odrzucenia, Zamawiający powziął wątpliwości co do treści złożonej przez Sweco oferty i wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień na podstawie przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący nie negował tego, że nie dołączył do złożonej

w postępowaniu oferty wykazu w tabelarycznej formie zaproponowanej przez Zamawiającego oraz wyjaśnił, że brak ten jest wynikiem omyłki, która miała charakter całkowicie przypadkowy

i nie była wynikiem intencjonalnego działania Odwołującego, jak również, że omyłka ta może zostać przez Zamawiającego poprawiona na podstawie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, ponieważ czynność ta nie będzie prowadziła do istotnych zmian w treści oferty.

Odwołujący wskazał, że złożył ofertę z najniższą ceną, tj. ofertę, która, gdyby była oceniana, uzyskałaby w kryterium „cena” wyższą liczbę punktów niż druga ze złożonych ofert. Dlatego też Odwołujący przeprowadził symulację ilości punktów, którą otrzymałaby zarówno oferta złożona przez niego, jak i oferta złożona przez Biuro Projektów Komunikacyjnych w Poznaniu Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu [dalej „BPK”], która wobec odrzucenia oferty Sweco musiałaby zostać uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą, przy założeniu, że wszystkie wskazane przez wykonawców dokumentacje projektowe podlegałyby punktacji

(maksymalnej możliwej do uzyskania punktacji w trzech kategoriach „doświadczenie”).

Z symulacji Odwołującego wynika, iż oferta Odwołującego, gdyby została poddana ocenie, uzyskałaby łącznie 77,5 punktów, a oferta wykonawcy BPK łącznie 73 punkty. Tym samym realnym jest to, że oferta Odwołującego mogłaby się znaleźć na pierwszym miejscu w końcowym rankingu ofert, co oznacza, że to jego oferta uzyskałaby status oferty najkorzystniejszej w postępowaniu. Odwołujący podnosił, że dokonane przez Zamawiającego czynności oceny i badania ofert w tzw. procedurze odwróconej oraz - w ich konsekwencji - odrzucenie oferty Odwołującego nastąpiło z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, a ponadto stanowiło nieproporcjonalną sankcję w stosunku do charakteru uchybienia, którego dopuścił się Odwołujący.

Odwołujący podniósł również, iż Zamawiający nie dokonał prawidłowej i wyczerpującej oceny złożonych przez Sweco wyjaśnień będących odpowiedzią Odwołującego na wezwanie Zamawiającego zmierzające do ustalenia, z jakich przyczyn Odwołujący nie przedłożył do oferty wykazu w tabelarycznej formie zaproponowanej przez Zamawiającego, co rodzi wątpliwości dotyczące naruszenia zasady równego traktowania wykonawców w postępowaniu. Odwołujący wskazał, iż należy się zgodzić ze stwierdzeniem, że zasadą wynikającą z przepisów ustawy Pzp jest brak możliwości dokonywania zmian w treści złożonej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznej oferty po upływie terminu wyznaczonego do składania ofert (art. 87 ust. 1 ustawy Pzp). Od tej zasady ustawa Pzp przewiduje w zakresie istotnym dla przedmiotowej sprawy wyjątek wynikający z przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Brzmienie tej regulacji nie pozostawia wątpliwości co do braku uznaniowości Zamawiającego w zakresie poprawienia omyłki, do czego jest zobowiązany, jeśli tylko zaliczyć ją można do katalogu określonego w przywołanym wyżej przepisie. Dalej Odwołujący wskazał w jakich okolicznościach ww. instytucja znajduje zastosowanie, odwołując się do wyroku KIO z dnia 26 stycznia 2018 r. sygn. akt: KIO 40/18 oraz uchwały KIO/KD 74/10.

Odwołujący zarzucił również Zamawiającemu zaniechanie rozważenia przy dokonywaniu badania treści oferty Odwołującego w przedmiotowej sprawie w aspekcie tego, czy występują przesłanki do jej odrzucenia, jak należy rozumieć pojęcie „oferty” na gruncie Prawa zamówień publicznych. W ww. zakresie przywołał wyrok KIO z dnia 4 grudnia 2017 r. sygn. akt: KIO 2425/17. Odwołujący odniósł się również do problematyki niezgodności treści oferty z treścią SIWZ wskazując na wyrok KIO z dnia 7 stycznia 2017 r. sygn. akt: KIO 2193/17, wyrok KIO z dnia 25 marca 2016 r. sygn. akt: KIO 384/16 oraz wyrok KIO z dnia 10 sierpnia 2015 r. sygn. akt: KIO 1621/15.

Odwołujący podał, że w przedmiotowym postępowaniu zaoferował: 1) wykonanie dokumentacji projektowej opisanej w przedmiocie zamówienia, tj. opracowanie wielobranżowej dokumentacji projektowej oraz infrastruktury torowo-sieciowej, STWIORB, przedmiarów robót, zgodnie z obowiązującymi przepisami w tym zakresie, a także kosztorysów inwestorskich wraz z uzyskaniem w imieniu i na rzecz Zamawiającego wszelkich decyzji administracyjnych niezbędnych do rozpoczęcia i zrealizowania robót budowlanych na potrzeby realizacji projektu partnerskiego Zintegrowany węzeł przesiadkowy „Mijanka” w Świętochłowicach - zatem zaoferował Zamawiającemu wykonanie usług projektowych w zakresie i ilości odpowiadającej opisanemu w specyfikacji przedmiotowi zamówienia, 2) wykonanie powyższej dokumentacji przez trzech projektantów posiadających uprawnienia odpowiednie do projektowania bez ograniczeń we wszystkich trzech specjalnościach wymaganych przez Zamawiającego, tj. przez osoby, których kwalifikacje zostały formalnie potwierdzone nadanymi im uprawnieniami i gwarantowały prawidłowe wykonanie usług projektowych - zatem zaoferował Zamawiającemu wykonanie usług o jakości i na warunkach realizacji w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy Zamawiającego oraz 3) co najistotniejsze, wykonanie dokumentacji za określoną cenę, obliczoną według sposobu wskazanego przez Zamawiającego w SIWZ, - w związku z tym złożona w postępowaniu oferta Sweco zawierała wszystkie istotne postanowienia przyszłej umowy z Zamawiającym, pozwalające na ocenę oferty Sweco, jak również zawarcie takiej umowy w przypadku wyboru oferty Sweco przez Zamawiającego.

Zdaniem Odwołującego, w stanie faktycznym przedmiotowej sprawy należało stwierdzić, że oferta złożona przez Odwołującego zasadniczo jest zgodna z treścią SIWZ, a obarczona jest wyłącznie nieistotnymi dla postępowania brakami, będącymi wynikiem omyłki. Co prawda omyłka ta (brak złożenia wykazu do formularza ofertowego) formalnie uznana mogła zostać za niezgodność oferty z SIWZ, jednakże jej usunięcie nastąpić mogło w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez poprawę przez Zamawiającego, gdyż czynność ta nie będzie prowadziła do istotnych zmian w treści oferty. Ocena powyższej sytuacji dokonana została jednak przez Zamawiającego odmiennie, sprzecznie z przepisami Pzp. W celu poparcia swojego stanowiska Odwołujący przywołał wyrok KIO z dnia 4 grudnia 2009 r. sygn. akt: KIO/UZP 1589/09, wyrok KIO z dnia 22 października 2009 r. sygn. akt: KIO/UZP 1278/09, wyrok KIO z dnia 10 czerwca 2009 r. sygn. akt: KIO/UZP 691/09, wyrok KIO z dnia 5 kwietnia 2013 r. sygn. akt: KIO 665/13, wyrok KIO z dnia 13 stycznia 2012 r. sygn. akt: KIO 2810/11.

W przedmiotowej sprawie Zamawiający wdrożył procedurę wyjaśnień oferty, zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. W jej ramach Odwołujący przyznał, że popełnił omyłkę w treści oferty, polegającą na nieprzedłożeniu wszystkich elementów oferty wskutek przypadku, że nie jest ona wynikiem intencjonalnego działania Odwołującego. Zamawiający na żadnym etapie postępowania, a zwłaszcza w uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty Odwołującego, nie wykazał, aby zamiarem Sweco było świadome i celowe złożenie oświadczenia woli nieodpowiadającego treści SIWZ. W takiej sytuacji, Zamawiający powinien był rozważyć, jakie skutki wywołałoby wprowadzenie przez niego poprawek w ofercie, na podstawie wyjaśnień złożonych przez Odwołującego na żądanie Zamawiającego, tzn. czy nie spowodują one istotnych zmian w treści oferty. Winien był następnie na tej podstawie ocenić, czy jest uprawniony i jednocześnie zobowiązany do zastosowania przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, umożliwiającego poprawę w ofercie innych omyłek, niż oczywiste omyłki pisarskie i rachunkowe, doprowadzając tym samym do zgodności oferty Odwołującego z treścią SIWZ.

Dokonując tej analizy Zamawiający stracił jednak z pola widzenia, że stwierdzenie istotnej zmiany treści oferty może nastąpić tylko w okolicznościach, gdy poprawienie omyłki powodowałoby tak wiele zmian w odniesieniu do podstawowych kwestii przedmiotu zamówienia, że można by mówić o nowej ofercie, a nie o pewnej korekcie pierwotnego oświadczenia woli wykonawcy. Tym samym, gdy poprawienie omyłek nie wywoła skutku w postaci istotnej zmiany w treści oferty, ustawodawca dopuszcza ingerencję w treść oferty, na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, w celu wyeliminowania niezgodności z SIWZ (tak m.in. KIO w wyroku z dnia 8 stycznia 2013 r. sygn. akt: KIO 2707/12). W ocenie Odwołującego, w przedmiotowej sprawie poprawienie przez Zamawiającego omyłki, którą Odwołujący popełnił w treści oferty, nie powodowałoby żadnych zmian w odniesieniu do podstawowych kwestii przedmiotu zamówienia, tj. jego zakresu, ceny, za jaką wykonawca zamierza to zamówienie zrealizować oraz osób o niezbędnych kwalifikacjach, które Odwołujący zamierza wyznaczyć do realizacji tego zamówienia.

Odwołujący wskazał, iż informacje, które zawierać miał załącznik do formularza ofertowego, posłużyć miały Zamawiającemu wyłącznie do zweryfikowania doświadczenia wskazanych projektantów w celu nadania ofertom punktacji i dotyczyły kwestii pobocznych, takich jak lokalizacji obiektu (którą resztą Zamawiający mógł wywieść z opisu wykonanej dokumentacji), zakresu wykonywanych prac, terminu wykonania dokumentacji, daty uzyskania zgody na realizację inwestycji.

Ponadto Odwołujący wskazywał, iż w świetle orzecznictwa KIO, nie ulega wątpliwości, że dokonanie przez zamawiającego poprawienia oferty może nastąpić z wykorzystaniem procedury wyjaśnień do złożonej oferty określonej w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp (tak KIO w wyroku z dnia 15 listopada 2017 r. sygn. akt: KIO 2318/17). Dodatkowo Odwołujący podniósł, iż wyjaśnienia Odwołującego nie stanowiły w żadnym zakresie modyfikacji oświadczenia woli wyrażonego w jego ofercie, ponieważ Sweco w dalszym ciągu oferowała wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie ze złożonym w treści oferty oświadczeniem woli. O naruszeniu przepisu art. 87 ust. 1 zdanie 2 ustawy Pzp można byłoby mówić, gdyby Odwołujący w wyniku wyjaśnień zmienił swoje oświadczenie woli zawarte w ofercie. Takie stanowisko Krajowa izba Odwoławcza wyraziła m.in. w wyroku z dnia 9 października 2014 r. sygn. akt: KIO 1978/14.

Odwołujący wskazał również, że jego argumentację wspiera prezentowany w orzecznictwie KIO pogląd, że nie jest zasadne stanowisko, że zamawiający nie może, przy merytorycznej ocenie oferty, posilkować się informacjami pozyskanymi samodzielnie, chociażby ze strony internetowej producenta sprzętu. Z żadnego przepisu ustawy Pzp nie wynika bowiem taki zakaz. Ponadto zamawiający, w celu ustalenia zgodności przedmiotu oferty z wymaganiami opisanymi w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia ma

wręcz obowiązek ustalenia faktycznej treści oferty w oparciu o wszelkie dostępne mu informacje i źródła (tak m.in. KIO w wyroku z dnia 3 listopada 2016 r. sygn. akt: KIO 2006/16). Takiego działania w przedmiotowej sprawie Zamawiający zaniechał, pomimo że dane, którymi dysponował w zakresie doświadczenia projektantów pozwalały mu na samodzielne

pozyskanie informacji w celu poprawienia, a następnie oceny oferty Sweco.

W opinii Odwołującego naruszenie przywołanych przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp można rozpatrywać w kontekście naruszenia przez Zamawiającego również przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający poprzez nieuzasadnione odrzucenie oferty

Sweco nie dochował bowiem zasady zachowania uczciwej konkurencji.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie z dnia 23 sierpnia 2018 r. wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający w ww. piśmie przedstawił stan faktyczny przedmiotowej sprawy. W zakresie kwestii poprawy oferty zawierającej informacje pozwalające na dokonanie oceny oferty Zamawiający wskazał, iż z treści postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sposób jednoznaczny i niebudzący wątpliwości wynika, iż formularz oferty wraz z załącznikami jako całość dokumentu, miał służyć Zamawiającemu do dokonania oceny ofert w kryterium pozacenowym dotyczącym doświadczenia projektantów w określonych specjalnościach, stanowił zatem podstawę merytorycznej oceny oferty w przewidzianym przez Zamawiającego kryterium. Wykonawcy, w celu możliwości dokonania oceny ofert w oparciu o przyjęte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia kryteria oceny ofert, mieli obowiązek załączyć do oferty wykaz wykonanych dokumentacji projektowych przez projektantów określonej branży przewidzianych do realizacji zamówienia. Odwołujący nie wykazał w formularzu oferty (kwestia bezsporna) doświadczenia zaproponowanych projektantów w sposób opisany w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Odwołujący w odwołaniu stara się nadać wykazowi status samodzielnego dokumentu składanego tylko dla potrzeb oceny ofert. Tymczasem wykaz stanowi treść formularza oferty w istotnej jego części dotyczącej sposobu obliczania punktów w kryterium doświadczenie. Poprawiając wykaz zgodnie z wnioskiem Odwołującego poprzez uzupełnienie brakującej treści, Zamawiający w konsekwencji tej czynności dokonałby poprawy formularza oferty, co stanowiłoby niedopuszczalną ingerencję w jej treść. Zamawiający argumentował, iż zgodnie z treścią art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji. Informacje podlegające ocenie w ramach kryteriów oceny ofert składane są wraz z ofertą i stanowią podstawę do dokonania jej oceny, nie jest to materia, której Zamawiający powinien się domyślać, czy która podlegałaby poprawie poprzez uzupełnienie brakujących treści. Oświadczenia i dokumenty służące dokonaniu oceny oferty w określonym kryterium oceny ofert, tak jak oferta co do zasady powinny być złożone przed upływem terminu składania ofert i nie mogą następnie podlegać uzupełnieniu, zmianie,

czy też poprawie. Na poparcie prezentowanego stanowiska Zamawiający przywołał wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 30 marca 2010 r. sygn. akt: X Ga 7/10. Nadto Zamawiający podniósł, że oferta stanowi oświadczenie wykonawcy, które powinno być sformułowane i skonkretyzowane już w momencie jej złożenia, nie można oczekiwać tak jak żąda tego Odwołujący, że oferta będzie kształtowana w wyniku poprawy błędów i braków jakie miały miejsce w momencie jej złożenia tak, aby mogła podlegać ocenie w przyjętych w postępowaniu kryteriach. Bowiem to nie Zamawiający ma kształtować oświadczenie wykonawcy będące ofertą powinien on je tylko przyjąć w istniejącym, niezmienionym kształcie. Wobec powyższego Zamawiający stwierdził, że formularz ofertowy złożony przez Odwołującego, w którym zgodnie z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia winien przedstawić konkretne informacje służące Zamawiającemu do oceny ofert nie podlega

poprawie w trybie przewidzianym przepisem art. 87 ust. 2 ustawy Pzp.

W przedmiocie błędu i omyłki w ofercie Odwołującego Zamawiający uzasadniał, iż omyłką jest niezamierzona, widoczna niedokładność nasuwająca się każdemu, bez przeprowadzania dodatkowych ustaleń, czy też wyjaśnień, omyłka ma wymiar czynnościowy, natomiast błąd ma naturę mentalną. Błędu w ofercie nie można utożsamiać z omyłką. W przedmiotowej sprawie wbrew twierdzeniom Odwołującego mamy do czynienia z błędem w treści oferty, a nie omyłką. Zamawiający argumentował, iż omyłkę poprawia sam zamawiający, można powiedzieć, że jest to czynność podejmowana z urzędu przez samego zamawiającego bez udziału wykonawcy, co potwierdza treść art. 87 ust. 2 ustawy Pzp nakładając na zamawiającego obowiązek powiadomienia wykonawcy o dokonanej poprawie oferty. W przedmiotowej sprawie mamy do czynienia z odwrotną sytuacją, kiedy to Odwołujący wnioskuje o uzupełnienie jego oferty o brakującą treść, którą podaje Zamawiającemu po otwarciu ofert. Nie można zgodzić się z Odwołującym, że doszło do omyłkowego, a więc niezamierzonego sporządzenia wykazu w sposób nieodpowiadający treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Odwołujący mając gotowy do wypełnienia wzór formularza oferty samodzielnie nie wiedząc czemu nie sporządza wykazu, natomiast dokonuje modyfikacji wzoru innego wykazu, dotyczącego osób które będą realizowały zamówienie, wprowadzając do niego odmienną treść nieodpowiadającą formularzowi oferty. W takim razie nie można mówić o omyłce, która ma charakter przypadkowy, ponieważ przetworzenie wykazu osób według własnej koncepcji było działaniem wykonanym z rozmysłem i świadomym.

Niezgodność treści oferty z wymaganiami wyrażonymi przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie może wynikać z nieprzypadkowego działania wykonawcy, w takim bowiem przypadku traci ona przymiot omyłki. Dodatkowo Zamawiający wskazał, iż w przedmiotowym postępowaniu wyraźnie zróżnicowano treść, cel i czas składania wykazów oraz podmiotów zobowiązanych do ich złożenia. Pierwszy wykaz będący elementem formularza oferty stanowi merytoryczną treść oferty i miał być złożony wraz z ofertą przez wszystkich wykonawców, służyć Zamawiającemu do oceny ofert, natomiast drugi wykaz był dokumentem składanym po otwarciu ofert tylko przez tego wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona dla potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający wskazał również, iż poprawa omyłki dopuszczalna jest wtedy, gdy sposób w jaki ma być dokonana wynika z innych elementów oferty, a zamawiający sam bez udziału wykonawcy jest w stanie poprawić omyłkę. Zdaniem Zamawiającego, Odwołujący nie dostrzega jednak, że z samej treści oferty nie wynikała dla Zamawiającego informacja, w jaki sposób mógłby dokonać poprawienia omyłki zawartej w ofercie. Dopiero uzyskane w wyniku wyjaśnień informacje dostarczyły Zamawiającemu nowych treści niezawartych w złożonej ofercie. Zakres brakujących w ofercie informacji jest na tyle duży i istotny, że Zamawiający musiałby stworzyć nowy formularz oferty poprzez wstawienie w treść formularza ofertowego

nowej treści, a to oznaczałoby niedozwoloną zmianę oferty.

W swoich ostatnich orzeczeniach np. wyrok z 29 marca 2012 r. w sprawie C-599/10 SAG ELV slovensko a.s., wyrok z 11 maja 2017 r. w sprawie C-131/16 Archus et Gama, wyrok z 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14 Esaprojekt - Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej wyraża restrykcyjnie zasadę niezmienności oferty i możliwości dokonywania w niej wyłącznie bardzo drobnych korekt.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania

odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń

i stanowisk Stron i Uczestnika, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 13 sierpnia 2018 r. powiadomił wykonawców o wniesionym odwołaniu.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę Biuro Projektów Komunikacyjnych w Poznaniu Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w dniu 16 sierpnia 2018 r. po stronie Zamawiającego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego i potwierdzoną za zgodność z oryginałem, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, specyfikację istotnych warunków zamówienia, ofertę Odwołującego wraz z wyjaśnieniami z dnia 28 czerwca 2018 r. oraz 2 lipca 2018 r. oraz zawiadomienie o odrzuceniu oferty Odwołującego z dnia 31 lipca 2018 r. Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego złożone w pismach procesowych oraz ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 27 sierpnia 2018 r.

#### Izba ustaliła, co następuje:

W rozdziale 11 pkt 20 ppkt 2 SIWZ Zamawiający wskazał, iż wykonawcy zobowiązani są złożyć następujące dokumenty i oświadczenia: wypełniony i podpisany formularz ofertowy (treść formularza zamieszczona w załączniku nr 4 do specyfikacji) wraz z załącznikiem będącym wykazem sporządzonych dokumentacji projektowych przez projektantów, których doświadczenie zawodowe podlega punktacji w kryterium doświadczenie. Nadto zgodnie z SIWZ, wykonawcy mogli składać wszystkie wykazy, informacje, czy oświadczenia także na własnych drukach, pod warunkiem, że będą one opracowane według schematu druków załączonych do specyfikacji.

Zgodnie z rozdziałem 14 SIWZ kryteriami oceny ofert w postępowaniu były: 1) cena - 60%, 2) doświadczenie projektanta posiadającego uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w specjalności inżynierskiej mostowej - 20%, 3) doświadczenie projektanta posiadającego uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w specjalności inżynierskiej drogowej - 10% oraz 4) doświadczenie projektanta posiadającego uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych - 10%.

Zamawiający wskazał, iż punktacja w kryteriach pozacenowych będzie obliczana na podstawie ilości sporządzonych dokumentacji projektowych odpowiednio dotyczących: budowy tunelu przeznaczonego do przeprowadzenia drogi pod sztuczną przeszkodą terenową (ww. pkt 2), budowy lub przebudowy drogi wraz ze skrzyżowaniami, kanalizacją deszczową oraz zabezpieczeniem lub przebudową infrastruktury technicznej podziemnej (sieci) kolidującej z inwestycją (ww. pkt 3), przebudowy lub budowy sieci trakcyjnej o długości nie mniejszej niż 400 mb (ww. pkt 4), dla której uzyskano zgodę na realizację inwestycji drogowej lub pozwolenie na budowę. Nadto Zamawiający wskazał, iż punktacja będzie przyznawana na podstawie sporządzonego przez wykonawcę wykazu stanowiącego załącznik do formularza ofertowego. Wykaz stanowi treść oferty. Do obliczenia punktacji nie będzie brane pod uwagę doświadczenie projektanta sprawdzającego, doświadczenie w zakresie aktualizacji dokumentacji projektowej. Z kolei przez „doświadczenie” należało rozumieć wykonanie projektu samodzielnie lub jako projektant w zespole projektowym.

Zamawiający sporządził wzór formularza ofertowego (załącznik nr 4 do SIWZ) wraz z załącznikiem stanowiącym wykaz sporządzonych dokumentacji projektowych przez projektantów w trzech specjalnościach. Zamawiający wymagał podania przez wykonawców w ww. wykazie (tabeli) następujących informacji: 1) nazwy dokumentacji projektowej wraz z podaniem lokalizacji obiektu, 2) zakresu wykonywanych przez projektanta prac projektowych oraz wskazanie czy prace były wykonywane samodzielnie czy w zespole, 3) terminu wykonania dokumentacji (od - do), 4) daty uzyskania zgody na realizację inwestycji lub pozwolenia na budowę oraz 5) podmiotu, na rzecz którego dokumentacja projektowa została wykonana.

Odwołujący w załączniku nr 4 do SIWZ stanowiącym formularz ofertowy (pkt II - IV), podał imiona i nazwiska trzech projektantów branżowych wraz z liczbą dokumentacji projektowych, którą dana osoba sporządziła. Wykonawca nie załączył do oferty załącznika stanowiącego wykaz sporządzonych dokumentacji projektowych przez projektantów według wzoru zaproponowanego przez Zamawiającego, a złożył w jego miejsce opracowany samodzielnie wykaz osób (załącznik nr 5 do oferty).

Pismem z dnia 26 czerwca 2018 r. Zamawiający wezwał, w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, Odwołującego do złożenia wyjaśnień odnośnie braku załącznika do formularza ofertowego w postaci wykazu sporządzonych dokumentacji projektowych przez projektantów.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie wykonawca Sweco w piśmie z dnia 28 czerwca 2018 r. wskazał, iż załącznik nr 5 do oferty - wykaz osób w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego potencjału kadrowego, stanowi załącznik do formularza ofertowego i opisuje doświadczenie projektantów dla potrzeb przyznania punktów w kryterium pozacenowym, stanowiąc zatem dalszą część treści oferty.

Dalej Odwołujący wskazał okoliczności pozwalające przypisać ww. załącznikowi, niezależnie od jego nazwy, powyższy charakter (treść oferty). W ocenie Odwołującego w przedłożonym wykazie znajdowały się wszystkie informacje niezbędne dla oceny przez Zamawiającego oferty wykonawcy i przyznania punktów w pozacenowych kryteriach oceny ofert.

Zamawiający pismem z dnia 29 czerwca 2018 r. ponownie zwrócił się do Odwołującego, na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, o wyjaśnienie treści oferty w zakresie braku w treści wykazu osób (załącznik nr 5 do oferty Odwołującego) informacji dotyczących: 1) lokalizacji obiektu, 2) zakresu wykonywanych prac, 3) terminu wykonania dokumentacji, 4) daty uzyskania zgody na realizację inwestycji oraz 5) podmiotu na rzecz którego dokumentacja projektowa została wykonana, a więc wiadomości, które miały posłużyć Zamawiającemu do zweryfikowania doświadczenia projektantów. Zamawiający wskazał, iż skoro wykaz osób (załącznik nr 5 do oferty Odwołującego) stanowi element oferty wykonawcy i został złożony w miejsce wykazu sporządzonych dokumentacji projektowych, to wykonawca winien wyjaśnić powody, dla których ww. wykaz nie zawiera żądanej przez Zamawiającego treści.

W piśmie z dnia 2 lipca 2018 r. wykonawca Sweco wyjaśnił, iż brak załączenia do oferty wykazu w tabelarycznej formie zaproponowanej przez Zamawiającego w formularz ofertowy był wynikiem omyłki. Wykonawca stwierdził, iż omyłka spowodowana została tym, że zgodnie z SIWZ w toku postępowania Zamawiający wymagał będzie od wykonawcy, którego oferta oceniona zostanie jako najkorzystniejsza także wykazu wykonanych usług w okresie ostatnich 5 lat (załącznik nr 7 do SIWZ). Treść tego wykazu usług częściowo pokrywa się z treścią wykazu wykonanych dokumentacji projektowych. Ponadto wykonawca wskazał, że w treści samego formularza ofertowego opracowując ofertę Sweco przystąpił do przygotowania wszystkich wymaganych załączników, w tym także załącznika zawierającego wykaz osób, którymi zamierza się posłużyć przy wykonaniu zamówienia. Załącznik ten dołączony został do oferty (...). Konsekwencją powyższego było błędne przekonanie, że w złożonej ofercie oraz dołączonym do niej załączniku (wykaz osób), jakkolwiek nieprzygotowanej na wzorze proponowanym przez Zamawiającego, zawarte są wszystkie informacje wymagane przez Zamawiającego oraz niezbędne do poddania ocenie złożonej oferty. Wykonawca dodał, iż omyłka ma charakter całkowicie przypadkowy i nie jest wynikiem intencjonalnego działania wykonawcy. Następnie Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego o dokonanie poprawy w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp oferty złożonej przez Sweco i uzupełnienie jej o informacje dotyczące dokumentacji projektowych, których w treści złożonej oferty brakuje. Dalej wykonawca podał wymagane przez Zamawiającego w załączniku do formularza ofertowego informacje dotyczące doświadczenia projektantów.

Pismem z dnia 31 lipca 2018 r. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W uzasadnieniu ww. decyzji Zamawiający, mając na uwadze wyjaśnienia wykonawcy Sweco z dnia 28 czerwca 2018 r. oraz 2 lipca 2018 r. wskazał, iż zarówno w piśmiennictwie, jak i w orzecznictwie przyjmuje się, że poprawy innej omyłki można dokonać w sytuacji, gdy sposób, w jaki ma być dokonana poprawa wynika z innych elementów składających się na ofertę. Nie jest wykluczone, że w pewnych okolicznościach poprawienie omyłki będzie miało miejsce po uzyskaniu od wykonawcy wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, ale wyjaśnienia wykonawcy nie mogą stanowić uzupełnienia treści oferty, jak to miało miejsce w przedmiotowym postępowaniu. Zamawiający wskazał, iż nie mógł poprawić oferty o brakujące informacje w zakresie lokalizacji obiektu, zakresu wykonywanych prac, terminu wykonania dokumentacji, daty uzyskania zgody na

realizację inwestycji, podmiotu na rzecz którego dokumentacja projektowa została wykonana, ponieważ informacji tych Zamawiający nie mógł uzyskać z treści złożonej oferty. Informacje te mogły być uzupełnione jedynie przez wyjaśnienia wykonawcy. W związku z powyższym ze względu na brak możliwości poprawy oferty wykonawcy Sweco w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3



ustawy Pzp, oferta wykonawcy podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, bowiem jej treść nie odpowiadała treści SIWZ.

Izba zważyła, co następuje:

Izba uznała, iż zarzut dotyczący niezasadnego odrzucenia oferty Odwołującego z uwagi na niezgodność z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w okolicznościach rozpoznawanej sprawy, potwierdził się.

Bezspornie Odwołujący nie załączył do oferty wykazu sporządzonych dokumentacji projektowych przez projektantów według wzoru opracowanego przez Zamawiającego stanowiącego załącznik do formularza ofertowego. Odwołujący w miejsce ww. wykazu złożył opracowany samodzielnie wykaz osób (załącznik nr 5 do oferty), który nie zawierał wszystkich wymaganych przez Zamawiającego informacji, określonych w załączniku do formularza ofertowego, co też zostało przez Odwołującego przyznane w wyjaśnieniach z dnia 2 lipca 2018 r.

Istota przedmiotowej sprawy sprowadzała się w pierwszej kolejności do rozstrzygnięcia zakresu informacji ocenianych przez Zamawiającego w ramach pozacenowych kryteriów oceny dotyczących doświadczenia projektantów w trzech specjalnościach, a następnie do ustalenia, czy zaniechanie podania przez wykonawcę w ofercie wymaganych przez Zamawiającego w ww. zakresie informacji stanowiło o niezgodności oferty wykonawcy z treścią SIWZ, jak również, czy Zamawiający zobowiązany był do poprawy oferty Odwołującego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w przedmiocie ww. informacji.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, interpretacja ww. przepisu nakazuje odniesienie normy tego przepisu do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawców świadczenia, a także wymagań postawionych przez zamawiającego w dokumentacji postępowania, w szczególności, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia (tak KIO w wyroku z dnia 24 stycznia 2017 r. sygn. akt: KIO 50/17). Nadto wskazać należy, iż odrzucenie oferty wykonawcy na ww. podstawie prawnej jest możliwe, gdy sprzeczność oferty wykonawcy z treścią SIWZ jest niewątpliwa.

Z kolei zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty - niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. Zastosowanie ww. przepisu znajdzie zatem zastosowanie, jeżeli łącznie zostaną spełnione dwie okoliczności, tj. 1) niezgodność oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia stanowi omyłkę oraz 2) poprawienie tej omyłki nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. Ponadto niewyrażoną wprost przesłanką zawartą w ww. regulacji jest wiedza zamawiającego, w jaki sposób zidentyfikowana w treści oferty wykonawcy omyłka winna zostać poprawiona.

Podkreślić należy, iż intencją ustawodawcy na gruncie ww. przepisu było uczynienie dopuszczalnym poprawianie wszelkiego rodzaju błędów, opuszczeń, nieścisłości i innych niedoskonałości oferty, o ile mieszczą się one w pojęciu omyłki oraz nie spowodują zniekształcenia woli wykonawcy w istotnym zakresie. W orzecznictwie Izby akcentuje się, że o istotności zmiany treści oferty każdorazowo będą decydowały okoliczności konkretnej sprawy, tj. na ile zmiana oddaje pierwotny sens i znaczenie treści oferty, a na ile stanowi wytworzenie całkowicie nowego oświadczenia, odmiennego od złożonego przez wykonawcę w stopniu nakazującym uznać, że wykonawca nie złożyłby takiego oświadczenia, bowiem nie odzwierciedla ono jego intencji wyrażonych w poddawanej poprawie ofercie. Podkreśla się również, iż Izba podziela ten pogląd, że poprawienie omyłek w trybie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie może prowadzić do dostosowania treści oferty do wymagań zamawiającego, wyartykułowanych w treści SIWZ, czyli do rekonstrukcji oświadczenia woli wykonawcy na postawie wymogów zamawiającego, choć oświadczenie woli zawarte w ofercie nie daje takich podstaw. Jednocześnie podkreślić należy, iż poprawa innej omyłki, o której mowa w ww. przepisie nie może stanowić środka mającego na celu zmianę lub uzupełnienie treści oferty o elementy mające wpływ na ocenę ofert.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że analiza postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w szczególności rozdziału 14 dotyczącego pozacenowych kryteriów oceny ofert - doświadczenie projektantów w określonych branżach oraz formularza ofertowego wraz z załącznikiem prowadzi do wniosku, iż jakkolwiek Zamawiający przyznawał

punktację ofertom wykonawców w ww. kryterium na podstawie oświadczenia wykonawcy w zakresie ilości sporządzonych przez danego projektanta dokumentacji projektowych wyrażonego w punktach II - IV formularza ofertowego (załącznik nr 4 do SIWZ), to jednak liczba tych projektów powinna być uszczegółowiona o dane żądane przez Zamawiającego i określone w wykazie stanowiącym załącznik do formularza ofertowego. Izba zauważa, że Odwołujący, interpretując SIWZ fragmentarycznie, pominął w swoim stanowisku postanowienie rozdziału 14, z którego wprost wynikało, iż punktacja w kryterium pozacenowym dotyczącym doświadczenia projektantów w danej branży będzie przyznawana na podstawie sporządzonego przez wykonawcę wykazu stanowiącego treść oferty i załącznik do formularza ofertowego. Nie można zatem podzielić argumentacji prezentowanej przez Odwołującego, jakoby jednym elementem ocenianym przez Zamawiającego w pozacenowym kryterium oceny ofert była ilość sporządzonych dokumentacji projektowych, a w konsekwencji, że sporządzony przez wykonawcę Sweco załącznik nr 5 do oferty zawierał wszystkie informacje niezbędne dla przyznania punktów w kryterium pozacenowym.

Negatywnie należy również ocenić podważanie przez Odwołującego, na tym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, znaczenia treści wymaganych przez Zamawiającego w załączniku do formularza ofertowego dotyczących kryterium doświadczenia projektantów, które Zamawiający uznał za treść oferty. Jeżeli w ocenie Odwołującego, zakres żądanych przez Zamawiającego w załączniku do formularza ofertowego informacji, dotyczył „kwestii pobocznych”, niemających znaczenia dla oceny ofert, to winien był on skorzystać z przysługujących mu środków ochrony prawnej i zakwestionować treść odnoszących postanowień specyfikacji we właściwym terminie. Zaniechanie powyższego skutkuje natomiast tym, iż ww. postanowienie treści SIWZ miało charakter wiążący dla wszystkich wykonawców.

Następnie Izba wskazuje, iż uwzględniając powyższą wykładnię postanowień SIWZ należy stwierdzić, iż skoro z treści specyfikacji wynikało, iż punktacja w kryterium pozacenowym dotyczącym doświadczenia projektantów będzie przyznawana na podstawie oświadczenia wykonawcy wyrażonego w formularzu ofertowym w zakresie liczby sporządzonej dokumentacji projektowej, uszczegółowionego o dane wymagane przez Zamawiającego w treści załącznika do formularza ofertowego, to a contrario należy wywieść, iż niepodanie przez wykonawcę wymaganych przez Zamawiającego danych określonych w ww. wykazie odnoszących się do doświadczenia projektanta winno skutkować nieprzyznaniem punktów ofercie wykonawcy w omawianym kryterium oceny oferty. Zauważyć również należy, na co zresztą uwagę zwracał sam Zamawiający, iż niepodanie przez wykonawcę określonych w załączniku do formularza oferty informacji dotyczących doświadczenia projektantów w poszczególnych specjalnościach pozbawiało Zamawiającego możliwości weryfikacji oświadczenia wykonawcy w zakresie liczby sporządzonych przez danego projektanta dokumentacji projektowych. Jednakże zdaniem Izby nie uniemożliwiał to Zamawiającemu dokonania oceny zgodności oferty wykonawcy Sweco z treścią specyfikacji.

Zauważyć również należy, iż Zamawiający w piśmie z dnia 31 lipca 2018 r. nie wykazał na czym polegała sprzeczność oferty wykonawcy Sweco z treścią SIWZ. Zamawiający nie wskazał w decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego, z którym postanowieniem treści SIWZ oferta Odwołującego jest niezgodna. W ocenie Izby z okoliczności niepodania przez wykonawcę wymaganych danych, od podania których Zamawiający uzależniał przyznanie punktów w pozacenowym kryterium oceny ofert, nie można wywodzić niezgodności oferty wykonawcy z treścią specyfikacji. Powyższe powinno skutkować co najwyżej nieprzyznaniem punktów ofercie Odwołującego, nie zaś tak daleko idącą sankcją jaką jest sankcja odrzucenia oferty wykonawcy. Wziąwszy pod rozwagę powyższe Izba uznała, iż odrzucenie oferty Odwołującego, w okolicznościach rozpoznawanej sprawy, było niezasadne.

Izba podzieliła natomiast argumentację Zamawiającego w zakresie braku możliwości poprawy oferty Odwołującego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Nie ulega wątpliwości, iż informacje zawarte w ofertach i oceniane w ramach kryteriów oceny ofert nie podlegają uzupełnieniom, czy modyfikacjom po upływie terminu składania ofert. W orzecznictwie Izby wskazuje się na dopuszczalność ewentualnych wyjaśnień treści oferty w zakresie informacji podlegających ocenie w świetle kryteriów oceny ofert w oparciu o art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, jednakże powyższe musi być wykonywane bardzo ostrożnie, tak, aby nie prowadziło do zmiany oferty, w tym także jej niedozwolonego uzupełnienia. Powyższe nie może także prowadzić do wrażenia negocjowania przez zamawiającego i wykonawcę treści oferty, w szczególności w celu przyznania jej dodatkowych punktów (tak KIO w wyroku z dnia 22 lutego 2017 r. sygn. akt: KIO 290/17). Zauważyć bowiem należy, iż oświadczenie wykonawcy w zakresie elementów oferty ocenianych w ramach kryteriów oceny ofert ma szczególne znaczenie, gdyż wpływa bezpośrednio na wybór oferty najkorzystniejszej w postępowaniu. Jak ustalono powyżej, informacje zawarte w treści załącznika do formularza ofertowego dotyczące doświadczenia projektantów w danych specjalnościach stanowiły - w myśl postanowień SIWZ - treść oferty. Słusznie zatem argumentował Zamawiający, iż niepodanie przez Odwołującego w treści oferty informacji zawartych w załączniku do formularza ofertowego ocenianych w ramach pozacenowych kryteriów oceny ofert nie może

zostać zakwalifikowane jako omyłka, ponieważ Zamawiający nie mógłby dokonać jej samodzielnego, bez udziału wykonawcy, poprawienia.

W tym miejscu zauważyć należy, iż to sam Odwołujący w wyjaśnieniach z dnia 2 lipca 2018 r. zwrócił się do Zamawiającego o dokonanie poprawy jego oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i uzupełnienie jej o informacje dotyczące doświadczenia projektantów, których w treści złożonej oferty brakowało. Z powyższego wynikają zatem dwie okoliczności. Po pierwsze, iż to odwołujący się wykonawca dostrzegł konieczność uzupełnienia treści swojej oferty o informacje wymagane przez Zamawiającego w załączniku do formularza oferty, a po drugie, iż brakujących informacji, nie można było wywieść z innych elementów składających się na ofertę.

W świetle powyższego stwierdzić należy, iż skorzystanie przez Zamawiającego z instytucji, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i dokonanie poprawy oferty Odwołującego w zakresie odnoszącym się do kryteriów oceny ofert poprzez dopisanie nowych danych wskazanych przez Odwołującego w wyjaśnieniach z dnia 2 lipca 2018 r. stanowiłoby nic innego, aniżeli niedopuszczalną ingerencję w treść oferty wykonawcy mającą na celu uzupełnienie jej treści o elementy pierwotnie w niej niezawarte. Słusznie zauważył Zamawiający, iż oferta stanowi oświadczenie wykonawcy, które powinno być sformułowane i skonkretyzowane już w momencie jej złożenia. Nie można zatem oczekiwać, tak jak żądał tego Odwołujący w niniejszej sprawie, że oferta będzie kształtowana w wyniku poprawy błędów i braków jakie miały miejsce w momencie jej złożenia po to, aby mogła podlegać ocenie w przyjętych w postępowaniu kryteriach oceny ofert. Bez podania przez Odwołującego konkretnych danych, uzupełnionych wyjaśnieniami z dnia 2 lipca 2018 r., Zamawiający nie byłby w stanie samodzielnie poprawić treści oferty Odwołującego, co przesądza o braku możliwości zakwalifikowania zaniechania wykonawcy jako innej omyłki w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

W konsekwencji na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp Izba orzekła w formie wyroku, uwzględniając odwołanie. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do jego wyniku. Zgodnie zaś z § 3 pkt 1 i 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972 t.j.), Izba zasądziła od Zamawiających na rzecz Odwołującego koszty strony poniesione z tytułu wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika stanowiące łącznie kwotę 18 600 zł.

Przewodniczący: .....