

Dz. 11380/17
Urząd Zamówień Publicznych

2017 -05- 24

W P L Y N Ę Ł O



WYROK



00376146

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Poznań, dnia 10 maja 2017 r.

Sąd Okręgowy w Poznaniu X Wydział Gospodarczy - Odwoławczy

w składzie następującym:

Przewodniczący SSO Jolanta Waltrowska

Sędziowie SSO Piotr Marciniak

SSO Grażyna Weleđa

Protokolant stażysta Ewelina Czerwińska

po rozpoznaniu w dniu 26 kwietnia 2017 r., w Poznaniu

na rozprawie

sprawy z odwołania

z udziałem zamawiającego

zamawiającego wykonawcy

na skutek skargi Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych

na postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 listopada 2016 roku, sygn. akt KIO

2162/16,

- I. zmienia zaskarżone postanowienie w punkcie 1 w ten sposób, że oddala odwołanie,
- II. nie obciąża stron kosztami postępowania skargowego.

SSO Piotr Marciniak

SSO Jolanta Waltrowska

SSO Grażyna Weleđa

Oryginał należy podpisać.
Odpis sporządzono

Poznań, dnia 2017 -05- 18 .r.
Sekretarz SO



Agata Marciniak
Agata Marciniak

***** poczatek tekstu

[Sędzia sprawozdawca 00:02:48.027]

Skargę Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych należało uznać za uzasadnioną. Podniesione w niej zarzuty skutecznie bowiem podważały trafność wydanego przez Krajową Izbę Odwoławczą postanowienia w przedmiocie odrzucenia odwołania wykonawcy [REDAKTOWANE] wobec czynności zamawiającego, polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty i zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę [REDAKTOWANE]. Mianowicie na uwzględnienie zasługiwał zarzut skarżącego co do naruszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą artykułu 189 ustęp 2 punkt 6 ustawy prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że w postępowaniu o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie artykułu 11 ustęp 8 odwołanie dotyczy innych czynności niż określone w artykule 180 ustęp 2. W niniejszej sprawie bez wątpienia swoje zastosowanie znajdował zaś artykuł 180 ustęp 2 prawo... ustawy prawo zamówień publicznych, stosownie do którego, jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie artykułu 11 ustęp 8, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec wymienionych w nim czynności, w tym wyboru najkorzystniejszej oferty, o czym stanowi punkt 6 tego przepisu, bowiem wartość zamówienia została oszacowana na kwotę mniejszą niż kwota określona w wydanym na podstawie artykułu 11 ustęp 8 ustawy prawo zamówień publicznych w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 grudnia 2015 roku w sprawie kwot wartości zamówienia oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego miało charakter tak zwanego postępowania podprogowego. Oznaczało to zatem, że odrzucenie przez Krajową Izbę Odwoławczą odwołania [REDAKTOWANE] mogło nastąpić tylko w razie stwierdzenia, że nie dotyczy ono czynności określonych w artykule 180 ustęp 2 ustawy prawo zamówień publicznych, w tym jego punktu 6. Odrzucając odwołanie wykonawcy [REDAKTOWANE] Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zasadnicze zarzuty odwołania nie odwoływały się do żadnej z czynności wymienionych w artykule 180 ustęp 2 punkt 1, 5 ustawy prawo zamówień publicznych, zaś ocenić należało, czy można było

dokonać subsumpcji okoliczności faktycznych i prawnych sporu pod normę [? 00:05:30.550] punktu 6 tego przepisu, czyli wyboru najkorzys... oferty najkorzystniejszej. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej użyte w artykule 189 ustęp 2 punkt 6 ustawy prawo zamówień publicznych pojęcie czynność wyboru najkorzystniejszej oferty oznacza niedokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty, zgodnie z kryteriami oceny ofert, określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Mianowicie Izba zwróciła uwagę, że w kontekście artykułu 189 ustęp 2 punkt 3 i 4 ustawy prawo zamówień publicznych, czynność wyboru najkorzystniejszej oferty, o której mowa w artykule 180 ustęp 2 punkt 6 ustawy prawo zamówień publicznych, nie może obejmować czynności wykluczenia z postępowania innych niż odwołujący wykonawców lub odrzucenia złożonych przez nich ofert, bowiem przesłanka z artykułu 180 ustęp 2 punkt 6 ustawy prawo zamówień publicznych służy wyłącznie zakwestionowaniu wyboru oferty, która nie jest najkorzystniejsza. Ponadto uznała, że skoro artykuł 180 ustęp 2 ustawy prawo zamówień publicznych ma charakter wyjątku od zasady, że w tak zwanych postępowaniach podprogowych odwołanie nie przysługuje, to przesłanki skorzystania z tego środka ochrony prawnej nie mogą być interpretowane rozszerzająco. A zatem podkreśliła, że katalog przesłanek z artykułu 180 ustęp 2 ustawy prawo zamówień publicznych zawsze miał charakter pozytywny i obejmował zachowania zamawiającego o charakterze czynnym, a nie jego zaniechania. Jednocześnie w związku z treścią artykułu 92 ustęp 1 ustawy prawo zamówień publicznych, w brzmieniu sprzed i po nowelizacji ustawy prawo zamówień publicznych dokonanej ustawą nowelizującą, Izba doszła do wniosku, że skoro obecnie zamawiający nie ma obowiązku jednoczesnego informowania wykonawców o czynnościach wyboru najkorzystniejszej oferty, ofertach odrzuconych i wykonawcach wykluczonych, to nie sposób uznać, że pod pojęciem wybór najkorzystniejszej oferty mieści się zaniechanie czynności wykluczenia i zaniechanie czynności odrzucenia w sytuacji, gdy zamawiający nie dokona jeszcze wyboru oferty najkorzystniejszej. Z zaprezentowaną przez Krajową Izbę Odwoławczą zawężającą wykładnię stosowania artykułu 180 ustęp 2 punkt 6 ustawy prawo zamówień publicznych nie sposób było się zgodzić. W tym zakresie należało bowiem w całej rozciągłości podzielić prezentowane w orzecznictwie Sądów powszechnych stanowisko co do tego, że zaskarżeniu odwołania w postępowaniach

przed Krajową Izbą Odwoławczą podlegają wszystkie zachowania zamawiającego w ramach badań i oceny ofert, prowadzące do wadliwego, niezgodnego z przepisami prawa ustawy prawo zamówień publicznych wyboru najkorzystniejszej oferty, w tym również zaniechanie wykluczenia wykonawcy, którego zamawiający zobowiązany był wykluczyć, a także zaniechanie odrzucenia oferty, która winna była zostać przez niego odrzucana. Mianowicie, kierując się stanowiskiem Sądów powszechnych, w tym między innymi Sądu Okręgowego w Krakowie, wyrażonym w uzasadnieniu wyroku z 9 marca 2017 roku, wydanym w sprawie II Ca 145/17, zauważyć wymagało, że odwołując się do literalnej wykładni pojęcia wybór najkorzystniejszej oferty należy mu przypisać taki zakres, jaki składa się na proces wyboru z wszystkimi koniecznymi dla jego zaistnienia przesłankami. Oznacza to poddanie badaniu tych przesłanek, które o odrzuceniu decydowały i stosownie do wyniku tego badania podjęcie decyzji co do wyboru najkorzystniejszej oferty. Taka interpretacja nie prowadzi zaś do sprzeczności w zapisach ustawy, a mianowicie z artykułem 180 ustęp 2 punkt 3 i 4 ustawy prawo zamówień publicznych, które przewidują odrębne odwołania wobec czynności wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia i odrzucenia oferty odwołującego, bowiem stanowią one środki ochrony prawnej przyznanych podmiotom, które w etapie wyboru ofert w znaczeniu ścisłym nie będą już brały udziału, co powoduje, że ustawodawca daje im możliwość skarżenia takiej czynności odrębnie. Ponadto zauważyć należało, że aby doszło do końcowego etapu właściwego wskazania najkorzystniejszej oferty muszą zostać przedsięwzięte z pozytywnym dla wykonawcy skutkiem inne czynności przewidziane w ustawie, a mianowicie jej rozdziale czwartym, zaś przede wszystkim muszą zostać uwzględnione zasady wynikające z artykułu 7 ustęp 3 ustawy prawo zamówień publicznych, czyli że zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Nie można bowiem przyjąć, że wcześniejsze potencjalne naruszenie przepisów ustawy, poprzedzające dokonanie wskazania oferty najkorzystniejszej, jest w świetle artykułu 7 ustęp 3 przywołanej ustawy nieistotne. W szczególności nie można przyjąć, aby wcześniejsze naruszenia przepisów wymykały się kontroli i przez fakt przejścia do następnego etapu związanego z wyłanianiem wykonawcy ulegały sanowaniu. Poza tym nie można nie dostrzec tego, że ustawodawca dopuścił możliwość wniesienia odwołania od czynności wyboru oferty

najkorzystniejszej, nie uszczegóławiając w żadnym przepisie tego zakresu pojęciowego, nie zawężając go przy tym. Natomiast, gdyby w istocie miał na względzie zakres wskazany przez Krajową Izbę Odwoławczą, to wówczas użyłby pojęcia na przykład wskazanie najkorzystniejszej oferty, czy pojęć zawartych w artykule 91 ustęp 1 ustawy prawo zamówień publicznych, czyli wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wykładnia językowa i systemowa artykułu 180 ustęp 2 punkt 6 ustawy prawo zamówień publicznych nie daje zatem podstaw do zawężenia pojęcia wybór najkorzystniejszej oferty, jak to uczyniła Krajowa Izba Odwoławcza. Stąd też podstawą odwołania może być każde zdarzenie niezgodne z prawem, w szczególności z zasadami wynikającymi z rozdziału czwartego ustawy prawo zamówień publicznych. Czynność wyboru oferty jest bowiem zwińczeniem szeregu czynności i działań i to ta końcowa czynność w łańcuchu decyzyjnym podlega odwołaniu. Ponadto za stanowiskiem Sądu Okręgowego w Lublinie, zaprezentowanym w uzasadnieniu wyroku z 21 grudnia 2016 roku, wydanego w sprawie IX Ga 501/16 [? 00:12:44.864] zauważyć należało, że nie ma też znaczenia, że artykuł 180 ustęp 2 ustawy prawo zamówień publicznych jest wyjątkiem od zasady i że w związku z tym jeszcze dodatkowo należy zawężyć pojęcie zaskarżenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, uzależniając dopuszczalność odwołania tylko od określonych przyczyn wadliwego wyboru. Nie można bowiem tego w żaden sposób uzasadnić w świetle wykładni językowej przedmiotowego przepisu. Zawęzałoby to bowiem znacząco kognicję organu odwoławczego, pozbawiałoby ochrony prawnej, kontroli przez uczestników przetargu. Zaprezentowana zaś przez Krajową Izbę Odwoławczą interpretacja, zgodnie z wymogami wykładni językowej, wymagałaby określenia wprost dodatkowych przesłanek wyboru najkorzystniejszej oferty, których wystąpienia albo brak warunkowałoby dopuszczalność kontroli wyboru najkorzystniejszej oferty, zaś taki wniosek w świetle wykładni językowej byłby wadliwy. Niezależnie od powyższego, za stanowiskiem Sądów powszechnych, w tym między innymi Sądu Okręgowego w Lublinie, jak i Sądu Okręgowego w Krakowie, zaprezentowanych w uzasadnieniach przywołanych wyroków, zauważyć należało, że przeciwko przyjęciu proponowanej przez Krajową Izbę Odwoławczą wykładni przedmiotowego przepisu przemawia również wykładnia celowościowa. Nie może

bowiem umknąć uwadze, że celem ustawodawcy było... przy wprowadzeniu przywołanego unormowania było rozszerzenie podstaw do składania odwołań w tak zwanych postępowaniach podprogowych. Wartościowanie przyczyn, u podstaw których leży spreczna z prawem decyzja o wyborze najkorzystniejszej oferty, leży zaś w sprzeczności z celem ustawodawcy i nowelizacją. Nie można bowiem wybrać najkorzystniejszej oferty, która podlega wykluczeniu w świetle przepisów prawa i wyłączyć możliwość odwołania na podstawie takiej przyczyny. Natomiast wyniki proponowanej przez Krajową Izbę Odwoławczą wykładni wykluczałyby dopuszczalność odwołań w szeregu przypadkach wadliwego i niezgodnego z prawem wyboru oferty najkorzystniejszej, a zarazem nie tylko pozbawiłyby ochrony prawnej, ale również wykluczałyby funkcję ustawy prawo zamówień publicznych i normatywny charakter sankcji zaniechania wykluczenia. Pomimo istnienia podstaw ku temu, brak wykluczenia oferenta mógłby bowiem prowadzić do wyboru jego oferty, jako najkorzystniejszej, zaś czynność taka nie podlegałaby możliwości zaskarżenia w ramach odwołania, a więc funkcjonowałaby w obrocie gospodarczym jako w pełni skuteczna. Natomiast intencją ustawodawcy było to, by wprowadzenie zmiany chroniło interes wykonawcy i poszerzało katalog przypadków, w których można złożyć odwołanie. Stąd też proponowana przez Krajową Izbę Odwoławczą wykładnia artykułu 180 ustęp 2 punkt 6 ustawy prawo zamówień publicznych była spreczna także z wykładnią celowości. Uwzględniając powyższe, dokonując wykładni artykułu 180 ustęp 2 punkt 6 w związku z artykułem 7 ustęp 3 ustawy prawo zamówień publicznych, należało stwierdzić, że zaskarżeniu odwołania w postępowaniach przed Krajową Izbą Odwoławczą podlegają wszystkie zachowania zamawiającego w ramach badania i oceny ofert, prowadzące do wadliwego, niezgodnego z przepisami prawa ustawy prawo zamówień publicznych, wyboru najkorzystniejszej oferty, w tym również zaniechanie wykluczenia wykonawcy, którego zamawiający zobowiązany był wykluczyć, a także zaniechania odrzucenia oferty, która winna była zostać przez niego odrzucona. Oznaczało to zatem, że odwołanie wykonawcy ██████████ od czynności zamawiającego w postaci wyboru najkorzystniejszej oferty było dopuszczalne, co sprawiało, że odrzucenie przez Krajową Izbę Odwoławczą odwołania tego wykonawcy na podstawie artykułu 189 ustęp 2 punkt 6 ustawy prawo zamówień publicznych pozostawało nieuzasadnione, co czyniło zarzuty

skarżącego, co do naruszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą artykułu 180 ustęp 2 punkt 6 w związku z artykułem 7 ustęp 3 ustawy prawo zamówień publicznych, jak i artykułu 189 ustęp 2 punkt 6 tej ustawy, zasadnymi. W tej sytuacji, stosownie do wynikającej z artykułu 198 [ns 00:17:43.272] punkt 2 ustawy prawo zamówień publicznych zasady, należało merytorycznie rozpoznać wniesione przez wykonawcę [REDAKTOR] odwołanie, a to wskutek uwzględnienia złożonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych skargi, stosując przy tym odpowiednio artykuł 192 do 195. Nie można było przy tym za zamawiającym przyjąć, że wykonawca [REDAKTOR] nie miał legitymacji do występowania w niniejszej sprawie, a to z uwagi na odrzucenie wniesionej przez niego skargi z powodu jej nieopłacenia. Nie ulegało bowiem wątpliwości, że wykonawca [REDAKTOR] miał przymiot strony w ramach toczącego się przez Krajową Izbę Odwoławczą postępowania odwoławczego, bowiem wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego. Przymiot ten, co można wywieść z wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu, wydanego w sprawie X Ga 213/11 rozciągał się zaś w skutkach na postępowanie przed Sądem, wszczęte ze skargi Prezesa Zamówień... Urzędu Zamówień Publicznych i nie było przy tym żadnych normatywnych podstaw, aby w ramach dodatkowych czynności strona ta musiała ubiegać się o zaliczenie jej do kręgu podmiotów legitymowanych do udziałów w niniejszym postępowaniu. Zatem wykonawca [REDAKTOR] był bezsprzecznie stroną niniejszego postępowania. Odnosząc się zatem do podniesionych przez odwołującego [REDAKTOR] w odwołaniu zarzutów, należało stwierdzić, że nie mogły one zasługiwać na uwzględnienie. Mianowicie nietrafny okazał się zarzut odwołującego co do naruszenia przez zamawiającego artykułu 89 ustęp 1 punkt 1 w związku z artykułem 87 ustęp 1 i artykułem 7 ustęp 3 ustawy prawo zamówień publicznych przez zaniechanie czynności odrzucenia niezgodnej z ustawą oferty złożonej przez wykonawcę [REDAKTOR] o udzielenie zamówienia. Zasadności tego zarzutu odwołujący upatrywał w braku odrzucenia oferty wykonawcy [REDAKTOR] w sytuacji, gdy w toku badania i oceny ofert doszło do niedopuszczalnej zmiany jej treści poprzez zmianę paneli laminat typu [REDAKTOR] [? 00:20:09.393] na system typu [REDAKTOR] [? 00:20:13.531], której nie można było uznać za omyłkę w rozumieniu artykułu 87 ustęp 1 ustawy prawo zamówień publicznych, niepowodującej przy tym istotnych zmian w treści oferty. Nie

ulega wątpliwości, że zgodnie z artykułem 87 ustęp 1 ustawy prawo zamówień publicznych w toku badania i oceny ofert, zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, przy czym niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji złożonej oferty oraz z zastrzeżeniem ustępu 1a) i 2 dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Natomiast, stosownie do ustępu 1a) tego przepisu w postępowaniu prowadzonym w trybie dialogu konkurencyjnego w toku badania i oceny ofert, zamawiający może żądać od wykonawców sprecyzowania i dopracowania treści ofert oraz przedstawienia informacji dodatkowych, z tym że niedopuszczalne jest dokonywanie istotnych zmian w treści ofert oraz zmian wymagań zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W myśl zaś jego ustępu 2 - zamawiający poprawia w ofercie oczywiste omyłki pisarskie - o czym stanowi jego punkt 1 - oczywiste omyłki rachunkowe z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek - o czym stanowi jego punkt 2 - a także inne omyłki, polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty - o czym stanowi jego punkt trzeci - niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. Jak słusznie zauważył odwołujący, ustęp 1a) artykuł 87 przywołanej ustawy nie miał w niniejszej sprawie zastosowania, bowiem postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone było w trybie tak zwanej procedury odwróconej, o której stanowi artykuł 24 aa [? 00:22:27.276] ustawy prawo zamówień publicznych. Z kolei z punktów 1, 2 i 3 ustępu 2 [? 00:22:35.201] artykułu 87 powołanej ustawy, swoje w okolicznościach przedmiotowej sprawy zastosowanie znajdował jedynie punkt 3. Zgodnie z ostatnim z wymienionych przepisów, zamawiający może poprawić w ofercie tak zwane inne omyłki, czyli takie, które nie stanowią omyłek pisarskich ani rachunkowych oraz podlegają na niezgodności oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia tak merytoryczną, jak i formalną, z tymże pod warunkiem, że nie powodują istotnych zmian w treści oferty. Przyjmuje się, że poprawienie innych omyłek może nastąpić w wyniku prowadzenia z wykonawcą wyjaśnień w trybie artykułu 87 ustęp 1 ustawy prawo zamówień publicznych, czy nawet po uzyskaniu przez zamawiającego informacji z innych źródeł. Podobnie jak w przypadku omyłek rachunkowych i pisarskich, inne omyłki muszą mieć charakter przypadkowych,

niezamierzonych błędów. W żadnym zaś wypadku za inną omyłkę nie można przyjąć świadomego i celowego działania wykonawcy, co można wywieść chociażby z wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie z 29 stycznia 2010 roku wydanego w sprawie XII Ga 429/09. Drugim warunkiem poprawienia omyłki, jako innej, jest nieistotność zmian treści oferty, jakie pociąga za sobą dokonanie poprawy. Zasadniczo w orzecznictwie przyjmuje się, że o tym, czy poprawienie omyłki powoduje istotne zmiany w treści oferty, decyduje nie fakt, czy omyłka dotyczy istotnych elementów zamówienia, ale to, czy w istotny sposób zmienia się oświadczenie woli wykonawcy zawarte w ofercie. Tym samym możliwe jest poprawienie omyłek skutkujących zmianą ceny oferty, czy wpływających bezpośrednio na wybór oferty najkorzystniejszej, jeśli czynność... jeśli tylko czynność ta przywraca zniekształconą na skutek omyłki treść zamierzonego oświadczenia woli wykonawcy. W związku z tym, że pojęcie istotności zmiany w treści oferty jest pojęciem nieostrym, decyzja w przedmiocie możliwości zastosowania artykułu 87 ustęp 2 punkt 3 ustawy prawo zamówień publicznych winna być podejmowana każdorazowo z uwzględnieniem całokształtu indywidualnych okoliczności sprawy, zarówno z uwzględnieniem następstw i konsekwencji zmian dla treści oferty, jak i z uwzględnieniem samego rodzaju i charakteru poprawianych niezgodności oraz sposobu ich przeprowadzenia. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i Sądów Okręgowych konsekwentnie przyjmuje się na przykład możliwość poprawienia treści ofert odnoszących się bezpośrednio do ich essentialia negotii. Dopuszcza się więc możliwość poprawienia samej ceny ofertowej czy określenia przedmiotu świadczenia, pod warunkiem ograniczenia zakresowego, ilościowego, czy jakościowego tego typu zmian. Można to wywieść chociażby z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 czerwca 2013 roku wydanego w sprawie KIO 1341/14. Uwzględniając powyższe, jak i całokształt indywidualnych okoliczności niniejszej sprawy, wbrew zaprezentowanemu przez odwołującego stanowisku, należało stwierdzić, że wskazanie przez wykonawcę [REDAKTION] w treści załącznika numer 2 do oferty paneli laminat typu [REDAKTION] [? 00:26:23.566] zamiast systemu typu [REDAKTION] [? 00:26:26.253] stanowiło inną omyłkę w rozumieniu artykułu 87 ustęp 2 punkt 3 ustawy prawo zamówień publicznych, polegającą na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującą istotnych zmian w treści oferty. Można było bowiem przyjąć, że omyłka

ta miała charakter przypadkowego, niezamierzonego błędu, który nie wynikał ze świadomego i celowego działania wykonawcy, zaś jego poprawienie miało przywrócić zniekształconą na skutek omyłki treść zamierzonego przez niego oświadczenia woli, nie powodując de facto istotnych zmian w treści oferty. W tym przedmiocie należało bowiem odwołać się do przywołanej przez odwołującego [redacted] chronologii zdarzeń. Otóż, jak zauważył odwołujący, nie można było pominąć tego, że odpowiadając na zadane przez oferentów w toku postępowania o udzielenie zamówienia pytania, zamawiający uściślił specyfikację istotnych warunków zamówienia, wyjaśniając rozbieżności w zakresie wymogu zastosowania paneli laminat typu [redacted] [? 00:27:38.943] lub równoważnych, wskazując, że ochrona ścian powinna zostać wykonana w systemie [redacted] [? 00:27:48.406]. Odpowiedź tą [? 00:27:47.473], jak również dostrzegł odwołujący, opublikował zaś w korespondencji z 21 września 2016 roku. Skoro zatem zamawiający wyraźnie oświadczył, w jakim systemie ochrona ścian ma zostać wykonana, publikując tę informację, to nie sposób było przyjąć, aby wykonawcy [redacted], składając ofertę, świadomo i celowo wskazał w niej na panele laminat typu [redacted] [? 00:28:17.083]. Wskazanie takie narażałoby bowiem na odrzucenie przez zamawiającego oferty, zgodnie z artykułem 89 ustęp 1 punkt 2 ustawy prawo zamówień publicznych. Zatem świadome i celowe w tym zakresie działanie wykonawcy pozostawałoby nieracjonalne i nielogiczne, jeśli niewątpliwym pozostaje, że udział danego wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia ma zmierzać do uzyskania przez niego zamówienia w wyniku wyboru jego oferty, jako najkorzystniejszej, a nie jej odrzucenia. Za przyjęciem takiego stanowiska przemawiała przy tym treść odpowiedzi wykonawcy [redacted] na żądanie zamawiającego odnośnie wyjaśnienia treści złożonej oferty w zakresie paneli laminat. Mianowicie w piśmie z 2 listopada 2016 roku wykonawca ten powołał się jednoznacznie na popełnioną w tym zakresie omyłkę, polegającą na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, wskazując, że w ramach oferty przyjął system typu [redacted] [? 00:29:25.566] i że takie rozwiązanie zamierza zastosować w ramach przedmiotowej inwestycji, dodając przy tym, że omyłka ta nie była celowym działaniem. Oznaczało to, że składając takie oświadczenie, zmierzał on do przywrócenia zniekształconej na skutek omyłki treści zamierzonego przez siebie oświadczenia woli. Ponadto nie sposób było

przyjąć, że poprawienie przywołanej omyłki spowodowało istotne zmiany w treści oferty. Jak już bowiem zaznaczono, o tym, czy poprawienie omyłki powoduje istotne zmiany w treści oferty, decyduje nie fakt, czy omyłka dotyczy istotnych elementów zamówienia, ale to, czy w istotny sposób zmienia się oświadczenie woli wykonawcy zawarte w ofercie. Tymczasem mając na uwadze indywidualne okoliczności niniejszej sprawy i zgromadzony w niej materiał, nie można było przyjąć, że doszło do zmiany oświadczenia woli wykonawcy [REDACTED] zawartego w ofercie, skoro jego zamierzonym oświadczeniem woli, co wyraził w piśmie z 2 listopada 2016 roku, było wskazanie na system typu [REDACTED] [? 00:30:33.652]. Okoliczności tej, a zarazem, że w niniejszej sprawie wskazanie przez wykonawcę [REDACTED] na panele laminat typu [REDACTED] [? 00:30:43.083] zamiast na system typu [REDACTED] [? 00:30:47.765] należało uznać za omyłkę. Odwołujący [REDACTED] nie zdołał zaś zaoferowanym materiałem dowodowym podważyć, a to na nim, jako odwołującym, zgodnie artykułem 6 kc, spoczywał ciężar dowodu, skoro z faktu tego wywodził korzystne dla siebie skutki prawne, w postaci żądania nakazania zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty złożonej przez wykonawcę [REDACTED] jako najkorzystniejszej w postępowaniu, oraz nakazania zamawiającemu dokonania czynności ponownego badania i oceny ofert, jak i ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej, a w jej następstwie nakazanie odrzucenia postępowania oferty złożonej przez wykonawcę [REDACTED] oraz dokonanie wyboru oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej, zarzucając zamawiającemu naruszenie artykułu 89 ustęp 1 punkt 1 w związku z artykułem 87 ustęp 1 i artykułu 7 ustęp 3 ustawy prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie czynności odrzucenia niezgodnej z ustawą oferty złożonej przez wykonawcę [REDACTED] o udzielenie zamówienia. Za takie nie można było bowiem uznać przywołanych przez odwołującego twierdzeń. Ponadto nie sposób było przyjąć, że poprawienie przywołanej omyłki spowodowało istotne zmiany w treści oferty. Mianowicie nie można było stwierdzić, że dokonanie tego doprowadziło do zmiany zakresu ilości czy jakości dokonanych zmian, skoro wykonawca [REDACTED] jednoznacznie w piśmie z 2 listopada 2016 roku oświadczył, że poprawienie niezgodności nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty, w tym w szczególności nie spowoduje zmiany ceny ofertowej, zaś brak było w sprawie dowodów, które okoliczność tę mogłyby podważyć. Tymczasem, wbrew

zaprezentowanemu przez odwołującego stanowisku, ciężar dowodu w tym zakresie, a mianowicie, że poprawienie niezgodności spowodowało istotne niedopuszczalne zmiany w treści oferty, zgodnie z artykułem 6 kc, również spoczywał na odwołującym, jako że to on z faktu tego wywodził korzystne dla siebie opisane już skutki prawne. Mianowicie poprzez przedstawienie dowodów pozytywnych winien był wykazać, że składając ofertę, wykonawca [REDACTED] wycenił panel laminat typu [REDACTED] [? 00:33:25.621], a nie system typu [REDACTED] [? 00:33:25.592], względnie, że ceny materiałów wycenionych w ofercie odbiegają od cen materiałów prawidłowych, czyli że nie można było przyjąć, że doszło do omyłki w rozumieniu artykułu 87 ustęp 2 punkt 3 ustawy prawo zamówień publicznych, a zarazem, że poprawienie omyłki spowodowało istotne zmiany treści oferty. Stwierdzenie tego wymagało zaś wiadomości specjalnych w rozumieniu artykułu 278 kpc, czyli przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego. Z wnioskiem takim, celem wykazania powyższej okoliczności, odwołujący zaś nie wystąpił. Bez przeprowadzenia tego dowodu, twierdzenia odwołującego nie poddawały się zaś żadnej weryfikacji. Skoro zatem dopuszcza się możliwość poprawienia samej ceny ofertowej, czy określenia przedmiotu świadczenia pod warunkiem ograniczenia zakresowego, ilościowego, czy jakościowego tego typu zmian, a w sprawie nie można było przyjąć, że do przekroczenia tych zakresów doszło, to nie sposób było uznać, że przedmiotowa "zamiana" omyłki w rozumieniu artykułu 87 ustęp 2 punkt 3 ustawy prawo zamówień publicznych nie stanowiła, a zarazem, że poprawienie tej omyłki spowodowało istotne zmiany w treści oferty, co w konsekwencji miało być niedopuszczalne. W tej opisanej sytuacji nie sposób było stwierdzić, że zamawiający dopuścił się naruszenia artykułu 89 ustęp 1 punkt 1 w związku z artykułem 87 ustęp 1 i artykułem 7 ustęp 3 ustawy prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie czynności odrzucenia niezgodnej z ustawą oferty złożonej przez wykonawcę [REDACTED] o udzielenie zamówienia. Na uwzględnienie nie mógł również zasługiwać zarzut odwołującego w przedmiocie naruszenia przez zamawiającego artykułu 89 ustęp 1 punkt 2 w związku z artykułem 82 ustęp 3 i artykułem 7 ustęp 3 ustawy prawo zamówień publicznych, poprzez zaniechanie czynności odrzucenia niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia oferty złożonej przez wykonawcę [REDACTED]. Zasadności tego zarzutu odwołujący upatrywał w braku odrzucenia oferty

██████████ w sytuacji, gdy nie odpowiadała ona specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie oferowanych central wentylacyjnych, a mianowicie ich mocy akustycznej i wydzielonych sekcji pustych o odpowiednich rozmiarach na ewentualną chłodnicę, bowiem nie można było ich uznać za równoważne do urządzeń wskazanych przez zamawiającego, jako referencyjne, z uwagi na fakt, że urządzenia zadeklarowane przez ██████████ są głośniejsze i brak jest w nich wydzielonych sekcji pustych o odpowiednich rozmiarach na ewentualną chłodnicę. W tym zakresie wskazał zaś na moce akustyczne central wentylacyjnych produkowanych przez firmę ██████████ [? 00:36:31.334] oczekiwanych od wykonawcy przez zamawiającego i zaproponowanych przez ██████████ jako równoważne, central wentylacyjnych produkowanych przez firmę ██████████ [? 00:36:45.860], odwołując się przy tym do dokumentacji technicznej stanowiącej integralną część dokumentacji projektowej, projekt budowlano wykonawczy, instalacje sanitarne, to jest do zawartych w nich kart katalogowych urządzeń referencyjnych, central klimatyzacyjnych, produkowanych przez firmę ██████████ [? 00:37:06.360] oraz do załącznika numer 2 do oferty ██████████. Ponadto podał, że wymogiem zamawiającego, sformułowanym w dokumentacji przetargowej było, aby zastosowane centrale wyposażone były w pustą sekcję w przypadku, gdy zamawiający zdecyduje się na chłodnicę w centrali, zaś w karcie doborowej centrali ██████████ [? 00:37:31.168] brak jest sekcji pustej pod przyszłościową zabudowę chłodnicy, zgodnie z założeniami projektu budowlano-wykonawczego, opisując przy tym, w jakim miejscu chłodnica firmy ██████████ [? 00:37:45.039] miałaby zostać umieszczona, jakie to miałoby znaczenie dla funkcjonalności proponowanego przez ██████████ urządzenia, jak i podkreślając, że przy przyjęciu proponowanego przez ██████████ rozwiązania zaistnieje konieczność montażu regulacyjno-pompowego na zewnątrz centrali w sytuacji, gdy zespoły takie powinny być montowane wewnątrz. Poza tym powołał się na możliwość założenia z dużym prawdopodobieństwem, że wentylatory nie uwzględniają dodatkowego oporu po zamontowaniu chłodnicy, że rezultatem tego mogą być problemy eksploatacyjne po montażu chłodnicy i konieczność wymiany wentylatorów oraz że także sposób wprawiania wentylatora w ruch jest niezgodny z opisami projektu, to jest kartami doboru w projekcie branżowym. Stąd też stwierdził, że central wentylacyjnych zaproponowanych przez ██████████ nie można uznać za równo zna... równoważne z

urządzeniami wskazanymi przez zamawiającego, czego dobitnym świadectwem jest oświadczenie złożone przez magistra inżyniera [? 00:39:00.292] z 8 listopada 2016 roku, co winno skutkować odrzuceniem przez zamawiającego oferty, jako że nie spełnia ona wymogów określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zgodnie z artykułem 89 ustęp 1 punkt 2 ustawy prawo zamówień publicznych. Przywołane przez odwołującego wyżej opisane okoliczności nie mogły jednak same w sobie przemawiać za trafnością prezentowanego przez niego stanowiska co do tego, że zaproponowane przez wykonawcę [?] centrale klimatyzacyjne firmy [?] [? 00:39:41.961] nie stanowiły urządzeń równoważnych co do tych, które oczekiwał od wykonawcy zamawiający, nie spełniając tym samym wymogów określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Stanowiły one bowiem jedynie twierdzenia pozwanego, które wprawdzie oparte zostały na danych wskazanych w wymienionych przez odwołującego dokumentach, lecz nie można było zweryfikować ich prawidłowości co do tego, czy w istocie centrale klimatyzacyjne zaproponowane przez wykonawcę [?] nie stanowiły urządzeń równoważnych do oczekiwanych przez wykonawcę. Stwierdzenie tego wymagało bowiem wiadomości specjalnych w rozumieniu artykułu 278 kpc, a mianowicie przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego, który dokonałby porównania parametrów central wentylacyjnych oczekiwanych przez zamawiającego, a określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i stanowiącej jej integralną część dokumentacji przetargowej z parametrami central wentylacyjnych zaproponowanych przez wykonawcę [?] określonych w złożonej przez niego ofercie i to w kwestionowanym przez odwołującego zakresie. Zaś dopiero następnie, w wyniku tego porównania, stwierdził czy w istocie proponowane przez wykonawcę [?] centrale można było uznać za równoważne z centralami oczekiwanymi przez zamawiającego. Z wnioskiem o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego, celem wykazania powyższej okoliczności, odwołujący zaś nie wystąpił i to pomimo tego, że to na nim, jako odwołującym, zgodnie z artykułem 6 kc, także spoczywał ciężar dowodu, skoro z faktu tego wywodził korzystne dla siebie, opisane wcześniej, skutki prawne w postaci żądania nakazania zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru złożonej przez [?], jako najkorzystniejszej w postępowaniu, oraz nakazania zamawiającemu dokonania

czynności ponownego badania i oceny ofert, jak i ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej, a w jej następstwie nakazanie odrzucenia z postępowania oferty złożonej przez [REDAKTOWANE] oraz dokonanie wyboru oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej, zarzucając zamawiającemu naruszenie artykułu 89 ustęp 1 punkt 2 w związku z artykułem 82 [? 00:42:07.422] ustęp 3 i artykułem 7 ustęp 3 ustawy prawo zamówień publicznych, poprzez zaniechanie czynności odrzucenia niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia oferty złożonej przez wykonawcę [REDAKTOWANE]. Bez przeprowadzenia tego dowodu twierdzenia odwołującego w przywołanym przedmiocie nie poddawały się zaś żadnej weryfikacji. Przytoczenie przez odwołującego danych, płynących z powołanej przez niego dokumentacji, wskazywały bowiem jedynie na to, co w niej podano, nie przesądzając przy tym samo w sobie o braku równoważności proponowanych przez wykonawcę [REDAKTOWANE] central klimatyzacyjnych z centralami oczekiwanymi przez zamawiającego i to tym bardziej, że udzielając odpowiedzi na żądanie zamawiającego odnośnie wyjaśnienia treści złożonej oferty w zakresie treść... central wentylacyjnych, wykonawca [REDAKTOWANE] podał, że głośność pracy urządzeń jest parametrem, który nie został wskazany przez zamawiającego w odniesieniu do przedmiotowego zakresu prac w dokumentacji przetargowej, że zaproponowane przez niego centrale spełniają wymogi zamawiającego, wskazane w dokumentacji przetargowej, oraz że w centralach przewidziano miejsce na montaż chłodnicy, zaś zamawiający, przyjmując te [? 00:43:27.636] wyjaśnienia, ostatecznie wybrał ofertę wykonawcy [REDAKTOWANE], jak można wywodzić, przyjmując, że w kwestionowanym przez odwołującego zakresie odpowiadała ona specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Stąd też, jeżeli odwołujący twierdził, że było inaczej, to zgodnie z rozkładem ciężaru dowodu winien był to udowodnić, czego w okolicznościach niniejszej sprawy zaniechał. Dowodu na to, na powyższą okoliczność, wbrew zaprezentowanemu przez odwołującego stanowisku, nie mogło także samo w sobie stanowić oświadczenie magistra inżyniera [REDAKTOWANE] [? 00:44:11.071] z 8 listopada 2016 roku, jako że stanowiło ono jedynie dokument prywatny w rozumieniu artykułu 245 kpc, który zaświadcza jedynie to, że osoba, która go podpisała, złożyła zawarte w nim oświadczenie, nie korzystając z domniemania zgodności z prawdą tego, co zostało w nim zaświadczone. Oznaczało to zatem, że

jedynie kompleksowe oceny [? 00:44:37.471] wymogów zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w porównaniu z ofertą wykonawcy [REDACTED] pozwalałyby na przesądzenie, czy proponowane przez wykonawcę [REDACTED] centrale można było uznać za równoważne z centralami oczekiwanymi przez zamawiającego, spełniające wymagania spec... istotnych warunków zamówienia. To jak zaznaczono, możliwe zaś było jedynie w drodze dowodu z opinii biegłego, którego przeprowadzenia odwołujący zaniechał. W opisanej sytuacji nie sposób było zatem stwierdzić, że zamawiający dopuścił się naruszenia artykułu 89 ustęp 1 punkt 2 w związku z artykułem 82 ustęp 3 i artykułem 7 ustęp 3 ustawy prawo zamówień publicznych, poprzez zaniechanie czynności odrzucenia niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia oferty złożonej przez wykonawcę [REDACTED]. Uwzględniając powyższe, jak i całokształt indywidualnych okoliczności niniejszej sprawy, a także zaoferowany przez odwołującego [REDACTED] materiał dowodowy, nie można było zatem przesądzić, że zamawiający naruszył artykuł 91 ustęp 1 i artykuł 7 ustęp 3 ustawy prawo zamówień publicznych przez dokonanie wyboru oferty, która nie mogła być uznana za ofertę najkorzystniejszą w postępowaniu, bowiem powinna ona podlegać odrzuceniu. W tym stanie rzeczy, mając na uwadze poczynione rozważania, odwołanie [REDACTED] [REDACTED] jako nieuzasadnione, należało oddalić. O kosztach postępowania skargowego orzeczono zaś na podstawie artykułu 102 kpc, zgodnie z wnioskiem skarżącego [? 00:46:26.487].

[Koniec części 00:46:29.000]