

WYROK
z dnia 21 sierpnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Katarzyna Odrzywolska**

Protokolant: **Piotr Cegłowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 sierpnia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 lipca 2020 r. przez wykonawcę: **Veggo K i J Bis Spółka Jawna z siedzibą w Warszawie;**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Jednostkę Wojskową Nr 2063 z siedzibą w Warszawie;**

przy udziale wykonawcy **ROBS Sp. z o.o. z siedzibą w Ożarowie Mazowieckim,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;

orzeka:

1. **uwzględnić odwołanie** w zakresie naruszenia przez zamawiającego art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zażądanie od wykonawcy Robs Sp. z o.o. z siedzibą w Ożarowie Mazowieckim wyjaśnień w zakresie dokumentu jakim jest Formularz cenowy, art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez poprawienie w ofercie tego wykonawcy innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, które spowodowały istotne zmiany w treści oferty; art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy w związku z tym, iż treść złożonej przez niego oferty nie odpowiadała treści SIWZ, a w konsekwencji naruszenie art. 91 ustawy Pzp i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części IV zamówienia oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert w części IV, w tym odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę Robs

- Sp. z o.o. z siedzibą w Ożarowie Mazowieckim na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
2. w pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala;
 3. kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego, i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych i zero groszy) uiszczoną przez odwołującego, tytułem wpisu od odwołania;
 - 3.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego 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 (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Jednostka Wojskowa Nr 2063 z siedzibą w Warszawie (dalej „zamawiający”) prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zakup i dostawę produktów pochodzenia niezwierzęcego; znak sprawy zamawiającego: 19/20 (dalej „postępowanie” lub „zamówienie”).

Wartość zamówienia jest wyższa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) - dalej „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej pod nr 2020/S 075-177877 w dniu 16 kwietnia 2020 r.

W dniu 30 lipca 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawcę **Veggo K i J Bis Spółka Jawna z siedzibą w Warszawie** (dalej „odwołujący”).

Odwołujący, działając na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy Pzp, wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy czynności zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu polegających na wyborze w części IV oferty złożonej przez wykonawcę Robs Sp. z o.o. z siedzibą w Ożarowie Mazowieckim (dalej „Robs” lub „przystępujący”), zarzucając zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zażądanie od wykonawcy Robs wyjaśnień w stosunku do dokumentu jakim jest Formularz cenowy, które to wyjaśnienia w sposób oczywisty prowadziły do zmiany treści oferty wykonawcy Robs po upływie terminu składania ofert w drodze przyjętych przez zamawiającego wyjaśnień, a w rzeczywistości polegających na uzupełnieniu treści Formularza cenowego o brakujące dane w kolumnie 2A;
2. art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez poprawienie w ofercie wykonawcy Robs innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”), które to zmiany spowodowały istotne zmiany w treści oferty;
3. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Robs w związku z faktem, iż treść złożonej przez tego wykonawcę oferty nie odpowiadała treści SIWZ;
4. art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Robs w związku z niewykazaniem braku podstaw do wykluczenia;
5. art. 91 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy Robs pomimo tego, że nie jest to oferta najkorzystniejsza w postępowaniu;

6. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w przedmiotowym postępowaniu.

W związku z wymienionymi czynnościami i formułowanymi wyżej zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności polegającej na wyborze w części IV oferty wykonawcy Robs;
2. dokonania ponownego badania oferty wykonawcy Robs i odrzucenia oferty złożonej przez tego wykonawcę w części IV na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz jego wykluczenie na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp;
3. dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu w części IV zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący sprecyzował zarzuty za pomocą następujących okoliczności faktycznych i prawnych, uzasadniających wniesienie odwołania.

W zakresie naruszenia przez zamawiającego art. 87 ust. 1 ustawy Pzp podnosił, że wskazany przepis daje zamawiającemu prawo zwrócenia się do wykonawcy o wyjaśnienie tych elementów oferty, które są niejasne lub nie dają się jednoznacznie zinterpretować. Niemniej jednak należy pamiętać, iż z treści tego przepisu wynika zakaz prowadzenia negocjacji dotyczących złożonej oferty i co ważne zakaz zmiany jej treści. Bezwzględność tego zakazu została złagodzona okolicznościami wskazanymi w art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. W konsekwencji powyższego zamawiający ma prawo do poprawienia treści złożonej oferty w takim zakresie, który: nie powoduje jej zmiany (przez poprawienie oczywistej omyłki pisarskiej); nie powoduje jej zmiany, lecz może wpłynąć na ranking ofert (przez poprawienie oczywistej omyłki rachunkowej); nie powoduje istotnej zmiany tej treści w zakresie postanowień umownych (przez poprawienie omyłki nieistotnej) i nie wpływa na wynik postępowania.

Odwołujący zwrócił uwagę, że przepisy ustawy Pzp, ani przepisy kodeksu cywilnego nie określają, jakie dokumenty należy uznać za ofertę. Zwyczajowo jako ofertę traktuje się pakiet dokumentów zawierający formularz ofertowy, formularz obliczenia ceny, wzór umowy wypełniony w zakresie istotnych postanowień, oświadczenia wykonawcy. O wyjaśnienie treści oferty rozumianej w znaczeniu szerokim zamawiający zwraca się zatem wtedy, gdy elementy oferty są niejasne. Zamawiający powinien odstąpić od żądania wyjaśnień w sytuacji gdy jest to zbędne, ponieważ zachodzą przesłanki do odrzucenia oferty wykonawcy. Dokonując analizy powołanego przepisu, jak również art. 87 ust. 2 ustawy Pzp w ocenie odwołującego należy mieć na uwadze zwroty jakimi posługuje się ustawodawca, a mianowicie na prawidłowe zrozumienie wykładni pojęcia „omyłka”.

Słownik języka polskiego określa omyłkę i błąd jako słowa bliskoznaczne, a w sensie potocznym wręcz zamienne. Z punktu widzenia przepisów ustawy Pzp i kodeksu cywilnego użycie tych słów rodzi jednak odmienne skutki prawne. W kodeksie cywilnym ustawodawca

posługuje się wyłącznie pojęciem błędu, który może rodzić istotne skutki prawne. Przykładem takiej sytuacji jest działanie osoby pod wpływem błędu i przyjęcie domniemania, że wiedząc o błędzie, osoba nie złożyłaby takiego oświadczenia woli, co powoduje możliwość wycofania się, o czym stanowi art. 84 kodeksu cywilnego.

W przepisach prawa zamówień publicznych błąd traktuje się jako wadę oświadczenia woli lub czynności, która wpływa na ważność złożonej oferty. Błędy w dokumentach potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia i brak podstaw do wykluczenia z postępowania, w tym polegające na niespełnieniu warunków udziału w postępowaniu i niepotwierdzeniu braku podstaw do wykluczenia, można poprawić przy zastosowaniu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, w drodze uzupełnienia dokumentów w terminie wyznaczonym przez zamawiającego. Należy jednak wskazać, iż błędów w treści złożonej oferty nie wolno poprawiać z uwagi na brzmienie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, ponieważ prowadziłyby to do zmiany wyniku postępowania o udzielenie zamówienia. W konsekwencji nie wzywa się do uzupełnienia dokumentów dotyczących przedmiotu oferty, jeśli z ich treści wynika, że oferta lub jej część nie spełnia wymagań zamawiającego i zachodzą przesłanki do jej odrzucenia. W przeciwieństwie do błędu omyłka jest tym elementem treści oferty, który można poprawić, nie wpływając na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. W tym zatem sensie nie można utożsamiać omyłek z błędami. Wykrycie błędów w ofercie skutkuje jej odrzuceniem, ponieważ ich poprawienie prowadzi do istotnych zmian jej treści, wykrycie omyłek natomiast skutkuje obowiązkiem ich poprawienia.

W niniejszym postępowaniu w ocenie odwołującego zamawiający w sposób ewidentny naruszył art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Pismem z 5 czerwca 2020 r. wezwał wykonawcę w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień w zakresie nazw producentów dla zaoferowanego asortymentu oraz wyjaśnienie nazw towarów z uwagi na ich nie wskazanie przez wykonawcę. Następnie kolejnym pismem z 16 maja 2020 r., po udzieleniu przez wykonawcę niewystarczających wyjaśnień, wezwał go ponownie do złożenia wyjaśnień w zakresie nazw producentów z uwagi na wskazanie w odpowiedzi na wezwanie (pismo z 10 czerwca 2020 r.) krajów pochodzenia, a nie nazw producentów.

Odwołujący wskazał, iż takie działanie zamawiającego narusza przepisy ustawy. Zamawiający nie może wyjaśniać treści oferty co do danych, których nie ma w ofercie, bowiem taka czynność w sposób oczywisty wykracza poza wykładnię art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Należy stwierdzić, iż formularz cenowy stanowiący załącznik nr 2 do SIWZ nie ma charakteru informacyjnego, lecz jest to oświadczenie woli. Odwołujący przywoływał orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, potwierdzające prezentowane przez niego stanowisko: wyrok KIO w sprawie o sygn. akt 2607/19 oraz o sygn. akt KIO 1531/19. Wywodził, że dokonując oceny prawidłowości działań zamawiającego należy wskazać, iż na podstawie dyspozycji art. 87 ust. 1 ustawy Pzp nie mógł on wezwać wykonawcy do wyjaśnień prowadzących do podania

nazw producentów oraz nazw oferowanego asortymentu towarów. Zamawiający w treści formularza cenowego, stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ, wymagał podania w kolumnie 2A następujących danych dot. oferowanego asortymentu: nazwa towaru, nazwa producenta, pojemność opakowania lub gramatura. Dane zawarte w w/w kolumnie są istotne, bowiem identyfikują przedmiot oferowanego przez wykonawcę asortymentu i stanowią istotny element oferty.

Dalej odwołujący zwrócił uwagę, że zgodnie z zapisem w Rozdziale XIII ust. 2 SIWZ: „2. Pominięcie chociażby jednej porcji będzie skutkowało odrzuceniem oferty. Pod tabelą cenę oferty brutto należy potwierdzić słownie. Wypełniony Formularz Cenowy należy obowiązkowo dołączyć do składanej oferty”. Ponownie wskazał, iż przepis art 87 ust. 1 Pzp pozwala na wyjaśnienie treści oferty w przyjętym kształcie, często jest sposobem na uzyskanie dodatkowych informacji, rozwianie wątpliwości co do rzeczywistej treści oferty. Granicą zastosowania tego przepisu jest niezmiennosc treści oferty i zakaz złożenia i przyjęcia przez zamawiającego takich wyjaśnień, które prowadziłyby do istotnych zmian w treści oferty lub zmierzałyby do prowadzenia negocjacji między wykonawcą a zamawiającym. Dopuszczono w oparciu o w/w przepis poprawienie niedopatrzeń, błędów niezamierzonych, opuszczeń, drobnych różnic itp. pod warunkiem, że wszystkie te zmiany muszą mieścić się w pojęciu "omyłki". Nie dopuszczono jednak czynności jakie wykonał zamawiający.

Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, punktem odniesienia przy ocenie dopuszczalności dokonania poprawy jest odniesienie dokonanej poprawy do całości oferowanego przez wykonawcę świadczenia. Okoliczność, że zmiana miałaby dotyczyć elementów przedmiotowo istotnych umowy (*essentialia negotii*) lub elementów uznanych za istotne przez zamawiającego, a nawet fakt, że skutkiem dokonanej poprawy miałaby być zmiana ceny oferty, nie stanowi okoliczności uniemożliwiających dokonanie poprawy na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Przeszkody w zastosowaniu cytowanego przepisu nie stanowi również, co do zasady fakt, że poprawiona oferta stanie się ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu. Znaczenie ma bowiem, czy poprawienie omyłki w sposób istotny zmienia treść oferty, w znaczeniu treści oświadczenia woli wykonawcy. Zamawiający jest zobowiązany poprawić omyłkę w szczególności wtedy, gdy sposób, w jaki ma być dokonana poprawa, wynika z innych elementów składających się na ofertę.

Tymczasem wykonawca Robs w kolumnie nr 2A wymienił jedynie pochodzenie producenta (krajowy / zagraniczny), nie podając wymaganej przez zamawiającego nazwy producenta. Ponadto wykonawca nie podał nazw oferowanego asortymentu w żadnej z oferowanych od 1 do 61 pozycji. Definicję producenta można odnaleźć we właściwej dla przedmiotu zamówienia ustawie z dnia 12 grudnia 2003 r. o ogólnym bezpieczeństwie produktów (tj. Dz. U. z 2016 r., poz. 2047). Ustawa ta określa ogólne wymagania dotyczące bezpieczeństwa produktów, obowiązki producentów i dystrybutorów w zakresie

bezpieczeństwa produktów oraz zasady i tryb sprawowania nadzoru w celu zapewnienia bezpieczeństwa produktów wprowadzanych na rynek. Natomiast zgodnie z art. 3 pkt 2 w/w ustawy przez producenta rozumie się: „a) przedsiębiorcę prowadzącego w Unii Europejskiej lub na terytorium państw członkowskich Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA) - stron umowy o Europejskim Obszarze Gospodarczym działalność, polegającą na wytwarzaniu produktu albo każdą inną osobę, która występuje jako wytwórca, umieszczając na produkcie bądź do niego dołączając swoje nazwisko, nazwę, znak towarowy bądź inne odróżniające oznaczenie, a także osobę, która naprawia lub regeneruje produkt, b) przedstawiciela wytwórcy, a jeżeli wytwórca nie wyznaczył przedstawiciela - importera produktu, w przypadkach gdy wytwórca nie prowadzi działalności w Unii Europejskiej lub na terytorium państw członkowskich Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA) - stron umowy o Europejskim Obszarze Gospodarczym, c) przedsiębiorcę uczestniczącego w dowolnym etapie procesu dostarczania lub udostępniania produktu, jeżeli jego działanie może wpływać na właściwości produktu związanego z jego bezpieczeństwem.” Biorąc zatem powyższe pod uwagę wskazać należy, iż wymagane dane dotyczące podania nazwy producenta nie mogą być spełnione poprzez użycie sformułowania: „producent krajowy / zagraniczny”. Podobnie w sytuacji, gdy zamawiający wymagał podania nazwy asortymentu - brak tych danych dyskwalifikuje możliwość podjęcia przez zamawiającego działań w oparciu o art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

W ocenie odwołującego brak podania nazw producentów było działaniem celowym i zamierzonym bowiem, jak wyjaśnił wykonawca Robs w jednym z pism kierowanych do zamawiającego w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp z 10 czerwca 2020 r., stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa. Zatem w/w wykonawca nie popełnił omyłki, lecz w sposób świadomy nie wypełnił formularza tak jak tego wymagał zamawiający. Wskazał ponadto, iż wykonawca nie może w drodze wyjaśnienia treści ofert dokonać jej korekty lub zmiany po upływie terminu składania ofert, bowiem działania te są zakazane przez treść przepisu art. 87 ustawy Pzp. Wykonawca Robs dokonując wyjaśnień treści oferty w rzeczywistości dokonał uzupełnienia, bowiem do złożonych wyjaśnień dołączył wypełniony jeszcze raz Formularz cenowy. Powyższe działania w rzeczywistości nie stanowią wyjaśnień lecz uzupełnienie treści oferty, które jest niedopuszczalne zarówno pod kątem treści art 87 ust. 1 ustawy Pzp jak i pod kątem art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Kalkulacja cenowa jest dokumentem, którego nie można uzupełnić ani wyjaśnić w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, a art. 87 ust. 1 ustawy Pzp można stosować z zastrzeżeniem braku możliwości dokonywania jakiegokolwiek zmiany w treści oferty - brak nazw producentów, nazw oferowanego asortymentu, czy oferowanej gramatury nie jest ani omyłką pisarską, ani omyłką rachunkową ani inną omyłką podlegającą poprawieniu i niepowodującą istotnych zmian w treści oferty.

W zakresie, w jakim odwołujący zarzucał naruszenie przez zamawiającego art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wskazywał, że niedopuszczalna jest również taka sytuacja, w której wykonawcy składają oferty dotyczące tego samego przedmiotu zamówienia, które różnią się od siebie w zasadniczy sposób. Dopuszczając takie oferty, zamawiający naruszyłby zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania (wyrok KIO z dnia 13 stycznia 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1516/08). Odwołujący wypełniając Formularz cenowy podał zarówno nazwy producentów jak i nazwy oferowanych asortymentów.

Zastosowanie przez zamawiającego art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wymaga spełnienia określonych przesłanek. Aby mógł on skorzystać z tej normy prawnej konieczne jest ustalenie, czy istotnie w danym stanie faktycznym mamy do czynienia z omyłką, czy też zidentyfikowana sprzeczność wynika z celowego, zamierzonego działania wykonawcy (tak w wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie z 29 stycznia 2010 r., sygn. akt XII GA 429/09). Wystąpienie omyłki nie może zatem budzić wątpliwości zamawiającego. Pamiętać należy również, że zamawiający nie ma prawa prowadzenia z wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty. Wyjaśnienia składane przez wykonawcę nie mogą więc zmieniać treści jego oferty, ani ukształtować treści oświadczenia tak, aby dostosować je do wymagań wynikających z SIWZ.

Tymczasem zamawiający w niniejszym postępowaniu pismem z 3 lipca 2020 r. poprawił w ofercie wykonawcy omyłkę dokonując poprawy kalkulacji cenowej - kolumny nr 2A, poprzez wpisanie nazw producentów, nazw oferowanych asortymentów i w dwóch pozycjach gramatury. Dokonując analizy poprawek zamawiającego i treści wyjaśnień Wykonawcy należy wskazać, iż poprawa omyłek dokonana przez Zamawiającego nastąpiła po dwukrotnym wezwaniu do wyjaśnień z uwagi na to, że pierwsze wyjaśnienia w dalszym ciągu nie wskazywały nazw wszystkich producentów dla wszystkich pozycji. Dla przykładu: wykonawca w wyjaśnieniach z 10 czerwca 2020 r. w dołączonym załączniku nr 2 wskazał: w poz. nr 1: „Awocado, PERU, CHILE, 1-3 kg”. Tymczasem zamawiający po złożeniu kolejnych wyjaśnień poprawił na: „Awokado, LA HACIENDA 1-3 kg”; w poz. nr 2: „Banany, Kostaryka, 18 kg”. Tymczasem zamawiający po złożeniu kolejnych wyjaśnień poprawił na: „Banany, Chiquita Brands, 18 kg”. Jak podkreśla w swoich orzeczeniach KIO aby możliwe było dokonanie zamiany treści oferty w oparciu o przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp - stwierdzone niezgodności powinny mieć taki charakter, aby ich poprany mógł zamawiający dokonać samodzielnie, bez udziału wykonawcy w tej czynności (tak w orzeczeniu z 25 października 2019 r.; sygn. akt KIO 2021/19; w orzeczeniu z 15 października 2019 r., sygn. akt KIO 1950/19; w orzeczeniu z dnia 18 grudnia 2019 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2479/19).

Biorąc powyższe pod uwagę należy wskazać, iż zamawiający po analizie złożonej przez wykonawcę oferty nie mógł stwierdzić, iż znane są mu nazwy producentów, czy nazwy oferowanych przez wykonawcę asortymentów.

W ocenie odwołującego zamawiający dopuścił się także naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Robs w związku z faktem, iż treść złożonej przez tego wykonawcę oferty nie odpowiada treści SIWZ.

Jak wskazuje w swoich orzeczeniach KIO niezgodność treści oferty z treścią SIWZ może polegać także na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami, uniemożliwiający rzetelne porównanie ofert złożonych w postępowaniu. Z taką właśnie sytuacją mamy do czynienia, gdyż brak wskazania nazw producentów i nazw produktów w formularzu cenowym jest elementem istotnym, bowiem odnosi się do oświadczenia woli wykonawcy. Zamawiający zamieszczając w treści w/w formularza kolumnę 2A wymagał podania konkretnych danych. Złożenie zatem formularza bez prawidłowego wypełnienia w/w kolumny stanowi o niezgodności treści oferty w sensie merytorycznym, bowiem wykonawca nie zastosował się do instrukcji zamawiającego. Powyższa niezgodność stanowi o niezgodności oferty z treścią SIWZ i stanowi podstawę do odrzucenia oferty w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, iż oferta to zgodnie z przepisami kodeksu cywilnego, oświadczenie woli, które określa istotne postanowienia przyszłej umowy. Analiza treści SIWZ wskazuje, że kalkulacja cenowa zawiera elementy oświadczenia woli wykonawcy, odnoszące się do kluczowych części przedmiotu oferty, a konkretnie tego, co wykonawca zaoferował. Powyższe przesądza w sposób jednoznaczny, że treść objęta kalkulacją cenową kształtuje essentialia negotii oświadczenia woli wykonawcy, a więc składanej przez niego oferty. Brak wskazania w kolumnie 2A nazw producentów i nazwy oferowanego artykułu dyskwalifikuje ofertę i wada ta nie podlega konwalidowaniu. Przy złożeniu oferty nie chodzi jedynie o fizyczne złożenie dokumentów stanowiących przygotowane przez zamawiającego druki, lecz chodzi o faktyczne zaoferowanie danego przedmiotu, wskazanie w formularzu cenowym tego, co oferuje wykonawca. Podanie danych identyfikujących dany oferowany przedmiot (a w tym wypadku poszczególne pozycje formularza cenowego) stanowi złożenie oferty na ten przedmiot, w ten sposób wykonawca oświadcza co oferuje, jednocześnie oświadczając, że oferowany przedmiot zgodny jest parametrami określonymi przez zamawiającego. Należy wskazać, iż z mocy art. 14 ustawy Pzp zastosowanie znajdzie definicja zawarta w art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którą oświadczenie woli stanowi ofertę, jeśli zawiera istotne postanowienia umowy. Zindywidualizowany przedmiot dostawy stanowi element przedmiotowo istotny przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zamawiający nie ma możliwości zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i zakwalifikowania błędu wykonawcy, jako innej omyłki, gdyż wiązałoby się to z uzupełnieniem oferty w tym zakresie. O niezgodności formalnej możemy bowiem mówić wówczas, gdy oferta nie odpowiada przyjętemu przez zamawiającego szablonowi, np. nie jest sporządzana na przygotowanym przez zamawiającego formularzu ofertowym, niemniej jednak zawiera wszystkie wymagane

przez zamawiającego elementy, nie ma ponumerowanych stron bądź też jej strony są podpisane, a nie parafowane. Brak o którym mowa powyżej stanowi uchybienie niedające się zakwalifikować jako uchybienie formalne.

Zamawiający, na podstawie treści oferty, musi mieć możliwość ustalenia w sposób jednoznaczny, jaki produkt został mu zaoferowany, aby nie dopuścić do jego uzupełniania i precyzowania na dalszym etapie postępowania, po upływie terminu składania ofert. Dane te są niezbędne także, aby zamawiający mógł poddać ocenie skonkretyzowany w ofercie produkt. Jeżeli zamawiający wymagał od wykonawców składających oferty - poza ogólnym oświadczeniem o zgodności oferowanego produktu z opisem przedmiotu zamówienia - podania danych dotyczących producenta, typu i modelu, pozwalających na jednoznaczną identyfikację przedmiotu oferty, to brak zastosowania się do tego wymogu może być podstawą do odrzucenia oferty.

Zamawiający dopuścił się również, w ocenie odwołującego, naruszenia art 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Robs w związku z niewykazaniem braku podstaw do wykluczenia.

Wykonawca Robs w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do złożenia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia, o których mowa w Rozdziale VII ust. 6 przedłożył dokument dot. Pana R. Ś., pełniącego funkcję Prezesa Zarządu, który nie został opatrzony podpisem elektronicznym wykonawcy, lecz stanowi wyłącznie skan informacji z wymazanymi danymi osobowymi. Z uwagi na fakt, iż w/w dokument nie został opatrzony podpisem elektronicznym - jest on niezgodny z przepisami ustawy Pzp. Ustawa z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r., poz. 1020, 1579 i 1920) wprowadziła w Rozdziale 2a Dziale I ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 i 2215 oraz z 2019 r, poz. 53), obowiązek komunikowania się zamawiającego z wykonawcami przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Obowiązek ten obejmuje w szczególności składanie przez wykonawców ofert w postaci elektronicznej. W myśl art. 10a ust. 5 ustawy Pzp oferty, wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz oświadczenie, o którym mowa w art. 25a, w tym jednolity dokument, sporządza się, pod rygorem nieważności, w postaci elektronicznej i opatruje się kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 27 czerwca 2017 r. w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz udostępniania i przechowywania dokumentów elektronicznych (Dz.U. z 2017 r. poz. 1320), zwane dalej „rozporządzeniem w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej” (1) posługuje się pojęciami dokumentu elektronicznego i elektronicznej kopii dokumentów, ponadto (2) w § 5 ust. 2 stanowi, że opatrzenie elektronicznej kopii dokumentu kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez wykonawcę (...) jest równoznaczne z poświadczeniem elektronicznej kopii dokumentu lub

oświadczenia za zgodność z oryginałem.

Odwołujący podkreślił, iż nie każdy dokument elektroniczny, podpisany kwalifikowanym podpisem elektronicznym, stanowiący odwzorowanie dokumentu, który pierwotnie został sporządzony w postaci papierowej (np. skan w PDF), będzie uznany za elektroniczną kopię. Należy bowiem w każdym przypadku brać pod uwagę kontekst wystawienia i złożenia danego oświadczenia lub dokumentu. Dla zobrazowania powyższego mogą posłużyć następujące dokumenty elektroniczne: skan referencji posiadanych przez wykonawcę oraz „skan oferty”. Skan referencji, które wykonawca uzyskał w postaci papierowej podpisanej przez podmiot wystawiający referencje, uznać należy za elektroniczną kopię referencji. Opatrzenie tego zeskanowanego pliku kwalifikowanym podpisem elektronicznym oznacza, że wykonawca zaświadcza, że graficzne odwzorowanie referencji (skan) w kopii elektronicznej jest tożsame z posiadanymi przez niego referencjami w wersji papierowej. Istotna jest także okoliczność, że to nie wykonawca jest wystawcą referencji w postaci papierowej, a zatem dokonując powielenia elektronicznego i opatrując to powielenie (skan) podpisem - wykonawca nie kreuje (bo nie może) elektronicznie wystawionej referencji, a jedynie potwierdza podpisem kwalifikowanym zgodność kopii z oryginałem. To o takich sytuacjach faktycznych stanowi, przepis § 5 ust. 2 rozporządzenia w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej, który nie określa w jakich okolicznościach występuje w obrocie kopia dokumentu elektronicznego. Oznacza on jedynie, że jeżeli dany dokument elektroniczny funkcjonalnie będzie kopią (np.: skanem referencji) to opatrzenie go kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez wykonawcę jest równoznaczne z poświadczeniem tego dokumentu elektronicznego (tutaj: tej elektronicznej kopii dokumentu lub oświadczenia) za zgodność z oryginałem.

Ponadto wykonawca Robs nie przedłożył w/w informacji z Krajowego Rejestru Karnego dla Prokurenta Spółki - Pana M. Ś., jak również nie przedłożył informacji z KRK dla podmiotu zbiorowego.

Konsekwencją powyżej zacytowanych zapisów w SIWZ, jak również w ustawie Pzp jest rozszerzenie (w stosunku do stanu prawnego sprzed nowelizacji, w którym taki obowiązek dotyczył wyłącznie urzędującego członka organu zarządzającego) katalogu osób, w stosunku do których wykonawca zobowiązany będzie wykazać brak prawomocnego wyroku. Obecnie wykonawcy zobowiązani zostali do wykazywania powyższej okoliczności także w stosunku do członków organu nadzorczego, w szczególności członków rady nadzorczej oraz prokurentów.

Powyższe odpowiada wskazaniom §5 pkt 1 rozporządzenia z dnia 26 lipca 2016 r. Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r., poz. 1126). W celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu zamawiający

może żądać informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13,14 i 21 ustawy Pzp oraz, odnośnie skazania za wykroczenie na karę aresztu w zakresie określonym przez zamawiającego na podstawie art 24 ust. 5 i 6 Pzp, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Bezspornie zamawiający wymagał złożenia wraz z ofertą między innymi informacji z KRK w zakresie przytaczanych wyżej norm. Postanowienia SIWZ zostały ostatecznie ukształtowane i na etapie oceny ofert mają charakter wiążący. Zgodnie z postanowieniem ustawy Pzp, przytoczonego rozporządzenia oraz postanowień SIWZ, zamawiający uprawniony jest żądać informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13,14 i 21 ustawy Pzp oraz, odnośnie skazania za wykroczenie na karę aresztu w zakresie określonym przez zamawiającego na podstawie art. 24 ust. 5 i 6 Pzp, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia. Zaświadczenie o niekaralności powinno być wydane, w przypadku spółki z o.o., dla: urzędującego członka organu zarządzającego lub nadzorczego oraz prokurenta oraz o nie figurowaniu spółki z o.o. w KRK, jako podmiotu zbiorowego.

Odwołujący podkreślał, że nadal wykonawca jest zobowiązany wykazać spełnienie warunków udziału w postępowaniu i brak podstaw do wykluczenia na dzień składnia ofert, co pod rygorem odpowiedzialności wynikającej z przepisów odrębnych, i wykluczenia z postępowania - potwierdza swoim zapewnieniem w dokumencie JEDZ i w odrębnych oświadczeniach pisemnych załączonych do oferty, a taki stan ma się utrzymywać aż do zawarcia umowy. Zmiana brzmienia art. 26 ust, 3 ustawy Pzp, ma jedynie taki skutek, że powinny być przez zamawiającego przyjmowane dokumenty uzupełniane przez wykonawców na wezwanie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wystawione z datą bieżącą, ale jednocześnie takie, które w swojej treści potwierdzają spełnianie warunku przez wykonawcę na dzień złożenia oferty.

Należy wskazać, iż zgodnie z przepisem art. 26 ust. 3 ustawy Pzp mówiącym, że jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art 25a ust, 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Biorąc powyższe pod uwagę odwołujący wskazał, iż zamawiający winien wykluczyć

wykonawcę z udziału w postępowaniu.

Uzasadniając zarzuty naruszenia art. 91 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp podniósł, że w przedmiotowym postępowaniu w ocenie ofert zamawiający dopuścił udział oferty wykonawcy Robs, która nie została prawidłowo zweryfikowana, zatem powinna podlegać odrzuceniu - mamy w tym przypadku zatem do czynienia z naruszeniem podstawowych zasad udzielenia zamówień publicznych.

Zamawiający, 31 lipca 2020 r., poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, wzywając ich do złożenia przystąpienia. Do postępowania odwoławczego przystąpił 3 sierpnia 2020 r. wykonawca **Robs Sp. z o.o. z siedzibą w Ożarowie Mazowieckim**, zgłaszając swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Zamawiający, działając na podstawie art. 186 ust. 1 ustawy Pzp, 18 sierpnia 2020 r., złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości jako bezzasadnego.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, treścią SIWZ, treścią oferty złożonej w postępowaniu przez odwołującego i przystępującego, treścią korespondencji prowadzonej pomiędzy zamawiającym a wykonawcami w toku postępowania, po zapoznaniu się z odwołaniem i odpowiedzią na nie, a także po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i uczestnika postępowania, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje

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

Ponadto Izba stwierdziła, że odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Działania zamawiającego, polegające na wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy, który winien zostać wykluczony z postępowania a jego oferta odrzucona - uniemożliwiły odwołującemu pozyskanie przedmiotowego zamówienia. W przypadku, gdyby zamawiający dokonał oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego jego oferta byłaby najkorzystniejsza i miałby on szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez zamawiającego do akt sprawy oraz złożone

w formie kopii dokumentów sporządzonych przez skład orzekający na rozprawie, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ, treści oferty złożonej w postępowaniu przez odwołującego i przystępującego, treści korespondencji prowadzonej pomiędzy zamawiającym a wykonawcami w toku postępowania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu doszło do naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba uznała, że doszło do naruszenia w postępowaniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie w sprawie i w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego.

Na wstępie należy przypomnieć, że obowiązkiem zamawiającego jest prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z poszanowaniem zasad zamówień publicznych oraz w zgodzie z obowiązkami nałożonymi przez przepisy ustawy Pzp. Przepisy ustawy zobowiązują zamawiającego między innymi do odrzucenia oferty, na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, jeśli treść złożonej oferty nie odpowiada treści SIWZ.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje się, w zakresie instytucji odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, iż niezgodność treści oferty z SIWZ ma mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie przez ustawodawcę obowiązku poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp), ma dotyczyć sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SIWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie lub też polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami SIWZ (z zaznaczeniem, że chodzi tu o wymagania SIWZ dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/ świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które to również są zamieszczane w SIWZ). Można zatem generalnie przyjąć, iż niezgodność oferty z SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy polega albo na niezgodności zobowiązania, które w swojej ofercie wyraża wykonawca i przez jej złożenie na siebie przyjmuje (zaciąga), z zakresem zobowiązania, którego przyjęcia oczekuje zamawiający i które opisał w SIWZ, albo też na niezgodnym z SIWZ sposobie wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zakresu owego zobowiązania w ofercie. Powyższe koresponduje z definicją zawartą w art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego, według której oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę,

jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oświadczenie woli składane przez wykonawcę w ofercie, ma określić istotne postanowienia umowy, która zostanie zawarta z wybranym wykonawcą.

SIWZ, jako podstawowy dokument w postępowaniu, określający zakres zobowiązania wykonawcy, warunki przetargu, wymagania których spełnienie jest konieczne w postępowaniu, sporządzona zgodnie z art. 36 ustawy Pzp, determinuje treść oferty, rozumianą jako wyrażony w niej zakres zobowiązania wykonawcy, które musi on zadeklarować składając ofertę. Tym samym wszystkie istotne postanowienia umowy określone będą bezpośrednio w treści oferty, w szczególności jeżeli takie wymagania wynika z treści SIWZ sporządzonej przez zamawiającego w sytuacji, gdy ten takiej konkretyzacji oczekuje. W treści SIWZ wskazuje się także w jaki sposób wykonawcy mają zaprezentować dane dotyczące treści składanego zobowiązania tj. na ile szczegółowo określić co i na jakich zasadach - oferując.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanej sprawy Izba zauważa, że w treści SIWZ zamawiający sprecyzował podania jakich danych, odnoszących się do oferowanego przedmiotu zamówienia, oczekuje. Sporządzony przez zamawiającego Formularz cenowy (załącznik nr 2 do SIWZ), którego wypełnienia oczekiwał zamawiający, przygotowany został w taki sposób, że w kolumnie 2 opisany został asortyment w sposób ogólnikowy, poprzez podanie nazwy zamawianego produktu, natomiast w kolumnie 2A, którą miał wypełnić wykonawca znalazły się takie informacje jak: nazwa towaru, nazwa producenta pojemność opakowania i/lub gramatura (jeśli występuje). Nie ulega zatem wątpliwości, że składający ofertę wykonawca zobowiązany był wskazać jaki produkt zamierza dostarczyć zamawiającemu a poprzez podanie tych danych, jak słusznie zauważył odwołujący, możliwe było zweryfikowanie czy oferowany przedmiot zamówienia spełnia wymagania, które zamawiający opisał w SIWZ - opisie przedmiotu zamówienia.

Wykonawca Robs w swoim Formularzu cenowym, w kol. 2A podał poniższe informacje, prezentując je w następujący sposób: wpisał zamiast nazwy producenta jedynie czy producent jest krajowy czy zagraniczny oraz, w większości pozycji, uzupełnił dane dotyczące pojemności i gramatury. W odniesieniu do żadnego z asortymentu nie określił nazwy towaru, a w istocie nie podał jaki produkt oferuje. Nie ulega bowiem wątpliwości, że to nazwa towaru pozwala na identyfikację przedmiotu zamówienia. Zabrakło również informacji dotyczących nazwy producenta. Za niepełną i nie odpowiadającą instrukcji zawartej w SIWZ należy uznać informację o treści: „producent krajowy” lub „producent zagraniczny”. W przedmiotowym postępowaniu mamy zatem do czynienia z sytuacją, w której oferta została sporządzona i przedstawiona w sposób niezgodny z wymaganiami SIWZ co do wymagań odnoszących się do sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/ świadczenia ofertowego, a więc wymagania co do treści oferty.

Nie sposób podzielić stanowiska zamawiającego, zaprezentowanego w odpowiedzi na odwołanie, że nie stwierdził on aby oferta był niezgodna z treścią SIWZ, a błąd wykonawcy polegał jedynie na braku doprecyzowania danych, zawartych w Formularzu cenowym w kolumnie 2A. Zamawiający zdaje się nie dostrzegać, że przygotowując SIWZ sam wskazał jaki zakres informacji, odnoszący się do oferowanego przez wykonawcę w ofercie zobowiązania, jest konieczny. Przypomnieć należy, że zapisy SIWZ wiążą zarówno wykonawcę, który zgodnie z instrukcją musi przygotować swoją ofertę, ale też zamawiającego, który zobowiązany jest na równych zasadach, traktując równo wszystkie podmioty ubiegające się o zamówienie - złożone oferty oceniać. Tym samym niedopuszczalne jest stanowisko, jeśli po złożeniu ofert zamawiający umniejsza wagę informacji odnoszących się do zakresu oferowanego zobowiązania stwierdzając, że ich pominięcie nie ma wpływu na ocenę tych ofert.

Nie sposób też przyjąć wyjaśnień zamawiającego, że skoro przy sporządzaniu Formularza cenowego nie została pominięta żadna pozycja, nie zaistniała okoliczność opisana w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, a tym samym zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia oferty wykonawcy Robs. Fakt, że wszystkie pozycje w Formularzu cenowym zostały wymienione i wycenione nie oznacza jeszcze, że nie zaistniała sprzeczność treści oferty z treścią SIWZ. W dokumentacji przetargowej, obok wymogu, aby żadna pozycja nie została pominięta, pod sankcją odrzucenia oferty, znalazły się także wymagania odnośnie prezentacji danych w samym Formularzu cenowym. Stwierdzone w tym zakresie braki świadczą niewątpliwie o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ.

Następnie należy zauważyć, że zamawiający stwierdzając, że zaistniała niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, winien dokonać oceny czy możliwe jest w niniejszej sprawie zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że intencją ustawodawcy przy wprowadzaniu aktualnie obowiązującego brzmienia art. 87 ust. 2 ustawy Pzp było zniwelowanie formalizmu występującego na gruncie przepisów o zamówieniach publicznych tak, aby umożliwić branie pod uwagę w postępowaniach ofert obarczonych nieistotnymi wadami, będącymi wynikiem różnego rodzaju błędów i omyłek, których skorygowanie nie prowadzi do istotnych zmian w treści oferty. Wynika to z wprost uzasadnienia do ustawy z 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych: W projekcie wprowadza się istotne zmiany dotyczące sposobu poprawiania oczywistych omyłek pisarskich i rachunkowych (art. 87 ust. 2 ustawy Pzp). Rezygnuje się z zamkniętego katalogu sposobu poprawiania omyłek rachunkowych, pozostawiając jednocześnie zamawiającemu uprawnienie do poprawiania oczywistych omyłek pisarskich, rachunkowych oraz innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Proponowane rozwiązanie przyczyni się do usprawnienia procedury udzielania zamówienia publicznego oraz do zmniejszenia liczby odrzucanych ofert i unieważnianych postępowań. Ogranicza się sytuacje, w których oferty

uznane za najkorzystniejsze podlegają odrzuceniu ze względu na błędy rachunkowe w obliczeniu ceny, które nie są możliwe do poprawienia w myśl ustawowo określonych reguł. Jest to szczególnie istotne w kontekście zamówień na roboty budowlane, w których oferty wykonawców, niezwykle obszerne i szczegółowe, liczące nieraz po kilkadziesiąt tomów, często podlegają odrzuceniu ze względu na drobne błędy w ich treści. Proponowany przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w szczególności ma na celu umożliwienie poprawiania tego rodzaju błędów, które mogą pojawić się w trakcie sporządzania kosztorysu ofertowego. Należy również podkreślić, że proponowane rozwiązanie nie stoi na przeszkodzie temu, aby zamawiający samodzielnie precyzował w specyfikacji istotnych warunków zamówienia przykładowe okoliczności, w których będzie dokonywał poprawy omyłek w ofertach. Powyższe prowadzi do przejrzystości postępowania, ogranicza kazuistykę ustawy i może ograniczyć ewentualne spory z wykonawcami. Tym samym przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp został wprowadzony w celu uniknięcia licznych niegdyś przypadków odrzucania ofert z powodu błahych pomyłek, dopuszcza poprawienie niedopatrzeń, błędów niezamierzonych, opuszczeń, drobnych różnic itp. lecz wszystkie te zmiany muszą mieścić się w pojęciu "omyłki". Z omyłką nie mamy jednak do czynienia w przypadku, gdy wykonawca celowo składa w swojej ofercie oświadczenie o określonej treści.

Aby możliwe było poprawienie nieprawidłowości występujących w ofercie na podstawie cytowanego przepisu, konieczne jest zaistnienie dwóch przesłanek, które muszą wystąpić łącznie.

Po pierwsze dostrzeżona w ofercie niezgodność z treścią SIWZ musi mieć charakter omyłki, a nie celowego działania wykonawcy, polegającego na świadomym złożeniu oświadczenia woli o określonej treści. W niniejszym postępowaniu nie sposób wywieść, iż mamy do czynienia z omyłką, o której stanowi przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zakres danych zaprezentowanych przez wykonawcę Robs w Formularzu cenowym ograniczał się do informacji, które wykonawca ten zamierzał podać. Potwierdza to treść korespondencji prowadzonej pomiędzy zamawiającym a przystępującym. W szczególności z treści pisma wykonawcy z 10 czerwca 2020 r., w którym w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnienia treści oferty wskazał, iż w ocenie wykonawcy nazwy producentów stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa oraz, że nazwy towarów (których nie podał) są zgodne z opisem zamawiającego zawartym w kolumnie nr 2. Pomimo zatem wezwania zamawiającego - wykonawca odmówił podania danych, których zamieszczenie w treści Formularza cenowego było konieczne, gdyż tak przewidział zamawiający w SIWZ. Potwierdza to tezę, że działanie wykonawcy Robs było celowe, nie mieściło się w charakterze omyłki.

Ponadto, aby móc zastosować powyższy przepis, niezgodności z którymi mamy do czynienia nie mogą powodować istotnych zmian w treści oferty. Podkreśla się, że okoliczność, że zmiana miałaby dotyczyć elementów przedmiotowo istotnych umowy

(essentialia negotii) lub elementów uznanych za istotne przez zamawiającego, a nawet fakt, że skutkiem dokonanej poprawy miałyby być zmiana ceny oferty, nie stanowi okoliczności uniemożliwiających dokonanie poprawy na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Znaczenie ma bowiem, czy poprawienie omyłki w sposób istotny zmienia treść oferty w znaczeniu treści oświadczenia woli wykonawcy, a nie czy tkwi w jej istotnych postanowieniach. Zamawiający więc poprawia omyłkę wtedy, gdy sposób, w jaki ma być dokonana poprawa wynika z innych elementów składających się na ofertę.

Niedopuszczalne jest jednak dokonywanie takich zmian, które powodowałyby ingerencję w treść oferty i kreowały nową jej treść. Niewątpliwie z taką sytuacją mamy do czynienia w tym przypadku. Ingerencja zamawiającego doprowadziła w istocie do uzupełnienia oferty o dane, które pierwotnie nie wynikały z jej treści. W tym przypadku były to informacje, które pozwalały na konkretyzację przedmiotu zamówienia i ustalenie, co wykonawca zamierza dostarczyć w ramach zawartej z zamawiającym umowy.

Nie ma zatem wpływu na ocenę Izby argumentacja przystępującego, że w treści umowy (§ 10 ust. 2 i 3) przewidziano możliwość zmiany pozycji asortymentowych, bez konieczności podpisywania aneksu do umowy: w ust. 2 jeśli towar nie będzie dostępny na rynku, z kolei zgodnie z ust. 3 w każdym czasie, jeżeli wykonawca zaoferuje wyrób o parametrach lepszych. Zdaniem wykonawcy Robs potwierdza to, że dane te nie są przedmiotowo istotne, a zatem można je było uzupełnić po otwarciu ofert. Z takim stanowiskiem nie sposób się zgodzić. Przede wszystkim o zmianach w zakresie oferowanych produktów można mówić wówczas, gdy zamawiający ma wiedzę co oferuje wykonawca. Tych danych w ofercie zabrakło. Jednocześnie jak zauważył odwołujący, aby dokonać zmiany produktu na wyrób o parametrach lepszych trzeba odnieść te parametry do konkretnego, oferowanego przez wykonawcę w postępowaniu. Z kolei zmiany w ust. 2 dotyczyć mają tych przypadków, gdy z uwagi na sezonowość produktów, nie są one dostępne na rynku.

Z powyższych powodów należy uznać, że zamawiający nie mógł skorzystać w niniejszym przypadku z możliwości poprawienia oferty złożonej przez przystępującego, a zatem należało ofertę tą odrzucić jako niezgodną z SIWZ.

Izba doszła również do przekonania, że zamawiający naruszył przepis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, wzywając wykonawcę Robs do wyjaśnień treści złożonej oferty w zakresie, w jakim ten nie zamieścił danych w Formularzu cenowym. Izba podziela wprawdzie pogląd wyrażony w orzecznictwie, że nie jest wykluczone, że w pewnych okolicznościach poprawienie omyłki o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp będzie miało miejsce po uzyskaniu od wykonawcy wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Przyjmuje się jednak, że przywołany przepis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp określa granice w zakresie możliwości poprawienia omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Granicą tą stanowi zakaz prowadzenia między zamawiającym a wykonawcą

negocjacji dotyczących złożonej oferty. A zatem, nie jest możliwe poprawienie oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w sytuacji, w której prowadziłoby to do negocjacji pomiędzy zamawiającym a wykonawcą. Jakikolwiek zatem wyjaśnienia, dotyczące treści oferty, w myśl zakazu zawartego w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp nie mogą zmieniać tej treści, ani jej tworzyć poza zakresem określonym w SIWZ.

Odnosząc to do przedmiotowej sprawy należy uznać, że zamawiający dopuścił się naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż w rezultacie prowadzonych negocjacji ustalił z wykonawcą ostateczne brzmienie oferty w zakresie, który wynikał z Formularza cenowego. Uzupełnienie miało miejsce po upływie terminu składania ofert, w drodze przyjętych przez zamawiającego wyjaśnień składanych przez wykonawcę Robs w następujących pismach: pismo z 10 czerwca 2020 r, w którym wskazał, iż w jego ocenie nazwy producentów stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa oraz zadeklarował, iż nazwy towarów (których nie podał) są zgodne z opisem zamawiającego zawartym w kolumnie nr 2. Do przedmiotowych wyjaśnień przystępujący załączył ponownie sporządzoną Kalkulację cenową uzupełnioną częściowo o brakujące dane; pismo z 18 czerwca 2020 r. w którym przystępujący zrezygnował z zachowania tajemnicy i przedstawił ponownie uzupełnione dane w załączniku; pismo z 26 czerwca 2020 r. w którym wykonawca Robs uzupełnił dane dotyczące pojemności opakowania w pozycjach 54 i 61.

Zamawiający pismem z 3 lipca 2020 r. poprawił w ofercie wykonawcy omyłkę dokonując poprawy kalkulacji cenowej - kolumny nr 2A, poprzez wpisanie nazw producentów, nazw oferowanych asortymentów i w dwóch pozycjach gramatury. Tym samym doszło do ustalenia treści złożonej oferty, po upływie terminu składania ofert, a służyć temu miały wyjaśnienia, składane w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba podzieliła również stanowisko odwołującego w zakresie, w którym podnosił zarzuty naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie w sprawie polegające na dokonaniu wyboru, jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Robs. Należy zgodzić się z odwołującym, że sprzeczne z treścią cytowanego przepisu jest dokonanie wyboru oferty, która winna zostać odrzucona z uwagi na jej niezgodność z treścią SIWZ.

Na uwzględnienie zasługiwał również zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż czynności które zamawiający podejmował w postępowaniu, sprzeczne z obowiązującymi przepisami powodują, że postępowanie prowadzone było z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania. Bez znaczenia dla oceny tego zarzutu pozostaje okoliczność czy i w jakim zakresie zamawiający wzywał odwołującego do wyjaśnień dotyczących treści złożonej przez niego oferty, gdyż przedmiotem odwołania były czynności podejmowane przez zamawiającego w zakresie dotyczącym oceny oferty przystępującego, która następnie została wybrana jako najkorzystniejsza w postępowaniu.

Izba oddaliła zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Robs, w związku z niewykazaniem braku podstaw do wykluczenia z postępowania.

Jak ustalono na podstawie akt sprawy, zamawiający w Rozdziale VII ust. 6 SIWZ żądał, na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia z postępowania: Informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21 ustawy Pzp oraz odnośnie skazania za wykroczenie na karę aresztu, w zakresie określonym przez zamawiającego na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 5 i 6 ustawy Pzp, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Zamawiający pismem z 9 lipca 2020 r. wezwał wykonawcę Robs do przedłożenia przedmiotowych dokumentów, w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp.

W odpowiedzi na wezwanie, przystępujący przedłożył wymagane dokumenty dotyczące: informacji o podmiocie zbiorowym, w zakresie niekaralności Pana R. Ś., pełniącego funkcję Prezesa Zarządu oraz dla Pana M. Ś. – uwidocznionego w KRS jako prokurent spółki, z datą ich wystawienia nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert. Powyższe zostały przesłane zamawiającemu w formie skanu dokumentów, podpisanych przez wykonawcę przy pomocy kwalifikowanego podpisu elektronicznego. Tym samym stwierdzić należy, że wykonawca Robs przedłożył wszystkie wymagane informacje z Krajowego Rejestru Karnego, a forma ich przedłożenia jest zgodna z przepisami ustawy Pzp (art. 10a ust. 5 ustawy Pzp) oraz Rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 27 czerwca 2017 r. w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz udostępniania i przechowywania dokumentów elektronicznych, w tym z §5 ust. 2, który stanowi, że opatrzenie elektronicznej kopii dokumentu kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez wykonawcę (...) jest równoznaczne z poświadczeniem elektronicznej kopii dokumentu lub oświadczenia za zgodność z oryginałem.

Izba orzekła o oddaleniu tego zarzutu, mając na uwadze przedłożone przez zamawiającego dokumenty w postępowaniu, złożone na płycie CD, oraz przedłożone na rozprawie. Nie mogła mieć wpływu na wydane orzeczenie okoliczność, którą podnosił odwołujący, że zamawiający przekazał odwołującemu dokumenty w formie plików, po otwarciu których pokazuje się jedynie skan dokumentu, nie można natomiast stwierdzić czy dokument ten jest opatrzony podpisem elektronicznym, a weryfikacja prawidłowości podpisania kończy się niepowodzeniem.

Nie ulega wątpliwości, że przekazana przez zamawiającego dokumentacja postępowania w formie, w jakiej została przesłana odwołującemu, uniemożliwiła de facto zweryfikowanie okoliczności, czy wykonawca Robs dochował wymogów w zakresie zarówno zakresu, jak i formy przekazanych informacji z KRK. Niezależnie od powyższego, w związku

z ustaleniem przez Izbę, że dokumenty te zostały złożone w sposób prawidłowy - zarzut podlegał oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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 (tj. z dnia 7 maja 2018 r. Dz. U. z 2018 r., poz. 972), w tym w szczególności § 5 ust. 2 pkt 1).

Przewodniczący: