

WYROK

z dnia 20 października 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 października 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 października 2022 r. przez wykonawcę **Integra B.R.O.P. Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni, ul. Hutnicza 20, 81-061 Gdynia** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Narodowy Bank Polski w Warszawie, ul. Świętokrzyska 11/21, 00-919 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **Transactor Security Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Trakt Lubelski 257A, 04-667 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutów:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, mimo że treść oferty jest zgodna z warunkami zamówienia oraz została złożona przez wykonawcę, który nie podlega wykluczeniu z postępowania,
- 2) art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
- 3) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, mimo że jej treść jest zgodna z warunkami zamówienia,

i nakazuje: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz ponowne badanie i ocenę ofert i unieważnienie czynności wykluczenia wykonawcy **Integra B.R.O.P. Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni** oraz odrzucenia jego oferty.

2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.
3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę **Integra B.R.O.P. Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni, ul. Hutnicza 20, 81-061 Gdynia** w części 1/3 i **Narodowy Bank Polski w Warszawie, ul. Świętokrzyska 11/21, 00-919 Warszawa** w części 2/3 i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Integra B.R.O.P. Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni, ul. Hutnicza 20, 81-061 Gdynia** tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania poniesione przez wykonawcę **Integra B.R.O.P. Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni, ul. Hutnicza 20, 81-061 Gdynia** tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,
 - 3.2. zasądza od zamawiającego **Narodowego Banku Polskiego w Warszawie, ul. Świętokrzyska 11/21, 00-919 Warszawa** na rzecz wykonawcy **Integra B.R.O.P. Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni, ul. Hutnicza 20, 81-061 Gdynia** kwotę **13 600 złotych 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione tytułem 2/3 wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2022 r., poz. 1710) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Narodowy Bank Polski w Warszawie, zwany dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2022 r., poz. 1710), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na „Zakup prześwietlarek do bagażu”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 17 czerwca 2022 r. pod nr 2022/S 116-324532.

W dniu 6 października 2022 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca Integra B.R.O.P. Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni, zwany dalej „Odwołującym”, wniósł odwołanie wobec:

1. czynności odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp, oraz na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, gdyż oferta nie podlega odrzuceniu, a jej treść jest zgodna z warunkami zamówienia,
2. czynności wyboru oferty wykonawcy Transactor Security sp. o. o. z siedzibą w Warszawie, zwanego dalej „wykonawcą Transactor”, która to oferta powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp z uwagi na fakt, iż jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia,
3. zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Transactor, która to oferta powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp z uwagi na fakt, iż jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia,
4. czynności negocjacji, a następnie niedopuszczalnej zmiany oferty wykonawcy Transactor w zakresie oferowanej liczby przeglądów gwarancyjnych,
5. zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, mimo że treść oferty jest zgodna z warunkami zamówienia oraz została złożona przez wykonawcę, który nie podlega wykluczeniu z postępowania,
2. art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
3. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, mimo że jej treść jest zgodna z warunkami zamówienia,

4. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Transactor, mimo, że oferta ta podlega odrzuceniu,
5. art. 223 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nieuprawnione prowadzenie przez Zamawiającego negocjacji z wykonawcą Transactor. których efektem było dokonanie zmiany treści oferty, mimo, że przepis tego w sposób jednoznaczny zakazuje,
6. art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez nieuprawnione dokonanie poprawy omyłki w ofercie wykonawcy Transactor mimo, że błąd w ofercie wykonawcy nie podlegał poprawie z uwagi na swą doniosłość,
7. art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór oferty najkorzystniejszej z pominięciem zasad i kryteriów oceny ofert ustalonych w rozdziale 17 SWZ oraz uwzględnienie w rankingu ofert oferty podlegającej odrzuceniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Transactor,
2. unieważnienia czynności odrzucenia oferty wykonawcy Odwołującego,
3. powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz odrzucenie oferty niezgodnej z treścią swz, ewentualnie przyznanie wskazanemu Wykonawcy punktów w sposób zaprezentowany w załączniku nr 1 do odwołania wykonawcy Transactor,
4. dokonania ponownej oceny ofert i wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego,
5. zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego wedle norm przepisanych

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący odnośnie zarzutu nr 1 i 2 wskazał m.in., że w dniu 22 lipca 2022 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie złożonego formularza uszczegóławiającego oraz do podania producenta i symbolu oferowanych prześwietlarek, mimo, że w żadnym dokumencie zamówienia nie wymagał na etapie postępowania od żadnego z wykonawców wskazania producenta i symbolu oferowanych urządzeń. W dniu 26 lipca 2022 r. Odwołujący przedstawił stosowne wyjaśnienia, jak też mimo braku obowiązku w tym względzie w dobrej wierze wskazał, że oferowane przez niego prześwietlarki to model XRC 50-30, producenta X-RAY CENTER. W dniu 2 sierpnia 2022 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnień odnośnie parametrów zaoferowanego sprzętu, gdyż z kwerendy stron internetowych nie wynikało Zamawiającemu, by sprzęt spełniał jego wymagania mimo, że jak wskazano w sformułowanych dokumentach postępowania, nie oczekiwał podania jakichkolwiek danych odnośnie oferowanego sprzętu.

W dniu 4 sierpnia 2022 r. Odwołujący przedłożył Zamawiającemu wyjaśnienia potwierdzające, że oferowany sprzęt spełnia wymagania Zamawiającego zawarte w SWZ, dołączając także deklarację producenta odnośnie specyfikacji XRC-5030. Natomiast w dniu 9 sierpnia 2022 r. Zamawiający, działając na podstawie art. 126 ust. 1 oraz art. 139 ust. 2 ustawy Pzp, wezwał Odwołującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych z uwagi na fakt, że oferta Odwołującego została najwyższej oceniona,

W dniu 26 sierpnia 2022 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnienia czy dla oferowanych prześwietlarek produkcji X-RAY CENTER, model XRC 50-30 (170 KV) o parametrach zgodnych z Opisem przedmiotu zamówienia posiada zezwolenie w zakresie bezpieczeństwa jądrowego i ochrony radiologicznej na wykonywanie działalności związanej z narażeniem, polegającej na uruchamianiu lub stosowaniu urządzeń wytwarzających promieniowanie jonizujące, o której mowa w art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 29 listopada 2000 r. Prawo atomowe (Dz. U. z 2021 r. poz. 1941).

W dniu 30 sierpnia 2022 r. Odwołujący przekazał Zamawiającemu, że na etapie składanych wyjaśnień został powielony błąd popełniony przez producenta urządzenia firmę X-Ray Center, która podała błędnie nazwę modelu. W celu sprostowania Odwołujący poinformował, że pełna nazwa modelu, który jest przedmiotem jego oferty to X-RAY CENTER model XRC 50-30P.

W dniu 26 września br. Odwołujący otrzymał informację o odrzuceniu jego oferty z tytułu art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp.

Nadto Odwołujący podniósł, że omyłka, której dotyczyło sprostowanie Odwołującego dotyczyła wyłącznie pominięcia litery P w oznaczeniu urządzenia. Odwołujący nie zaoferował innego modelu urządzenia innego producenta. Zaistniała sytuacja była konsekwencją pomyłki producenta, który zauważył popełnioną omyłkę w chwili zadania pytania przez Zamawiającego w dniu 26 sierpnia 2022 r. Odwołujący zatem nie miał świadomości popełnionej omyłki. Co także istotne, w piśmie z dnia 30 sierpnia 2022 r. Odwołujący oświadczył, że zaoferowane urządzenia są w pełni zgodne ze specyfikacją techniczną i będą całkowicie odpowiadały parametrom określonym w opisie przedmiotu zamówienia. Zamawiający jednak nie tylko w żaden sposób nie odniósł się do pisma Odwołującego, ale przyjął, że swoim działaniem Odwołujący wyczerpał znamiona przepisu art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp.

Nawet gdyby przyjąć, że doszło do przedstawienia przez wykonawcę informacji niezgodnej z rzeczywistością, która wprowadziła zamawiającego w błąd oraz, że przedstawienie informacji było wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa z czym w sposób oczywisty Odwołujący się nie zgadza – bazował na informacji od producenta i to właśnie ten podmiot omyłkowo wskazał model bez litery P, o tyle z całą pewnością nie może zostać uznany za spełniony element w zakresie uznania, że przedstawienie takiej informacji mogło

mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu. Z uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty nie wynika, dlaczego Zamawiający przypisał zachowaniu Odwołującego cechę co najmniej lekkomyślności, co jest niezbędne dla zaistnienia przesłanki wykluczenia, jak też nie wskazał na jakie decyzje miała lub mogła mieć wpływ popełniona omyłka. Urządzenia X-RAY CENTER model XRC 50-30P spełniają wymagania określone przez Zamawiającego w SWZ, stąd popełniona omyłka nie może w żadnym razie nie tylko mieć wpływu na wynik postępowania, ale tym bardziej stanowić podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania, tym bardziej, że model i producent oferowanego sprzętu został przez Odwołującego podany dobrowolnie, a zgodnie z postanowieniami opz dopiero na etapie realizacji zamówienia Zamawiający miał potwierdzać parametry oferowanych urządzeń. Tym samym za zaskakującą należy uznać sytuację, w której mimo pełnej współpracy Odwołującego z Zamawiającym na etapie postępowania, brak jednej litery w określeniu sprzętu spowodował aż tak daleko idące skutki.

Nadto Odwołujący wskazał, że Zamawiający w pierwszym momencie prawidłowo uznał, że Odwołujący popełnił omyłkę w składanych przez siebie wyjaśnieniach, czego wyrazem było przyjęcie wyjaśnień w tym zakresie i skierowanie do Państwowej Agencji Atomistyki pisma z zapytaniem o oferowany sprzęt. To natomiast wyklucza, by omyłka mogła mieć wpływ lub miała wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego (warunek sine qua non zaistnienia przesłanki określonej w art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp). W związku z tym Odwołujący nie ma wiedzy jakie nowe okoliczności pojawiły się od momentu uznania, że oferowany sprzęt z omyłkowo niedopisaną literą P należy poddać szczegółowej weryfikacji, w tym przez Państwową Agencję Atomistyki, do momentu, w którym oferta Odwołującego została odrzucona z powodu jego wykluczenia. W treści zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp Zamawiający poza chronologią zdarzeń i wskazania, że wykonawca podlega wykluczeniu nie przedstawił żadnej analizy sytuacji i procesu wnioskowania, który stanowił podstawę do przyjęcia najdalej idących skutków dla Odwołującego w postaci odrzucenia jego oferty, mimo, że zgodnie z art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej zawierającej informację o ofertach odrzuconych Zamawiający zobowiązany jest podać uzasadnienie faktyczne i prawne.

Na uwagę zasługuje także, że Zamawiający w swoich działaniach podejmowanych w postępowaniu w sposób całkowicie niezrozumiały różnicuje sytuacje wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, co w sposób bezsprzeczny narusza dyspozycję art. 16 pkt 1 ustawy Pzp. Podczas gdy Odwołujący został za brak w nazwie oferowanych urządzeń litery P wykluczony z postępowania, a jego oferta odrzucona, w formularzu uszczegóławiającym wykonawcy Transactor Zamawiający w piśmie z dnia 5 sierpnia 2022 r.

dokonał – jego zdaniem - poprawy oczywistej omyłki pisarskiej z zaoferowanego 1 przeglądu gwarancyjnego w okresie 12 miesięcy na 18 przeglądów, dokonując jednocześnie zmiany liczby przeglądów gwarancyjnych, w okresie zaoferowanej gwarancji z 6 na 108. W tym przypadku zatem Zamawiający nie miał żadnych wątpliwości i działając na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp dokonał poprawy w ofercie innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, która nie powodowała w ocenie Zamawiającego istotnych zmian w treści oferty.

Dodatkowo, o naruszeniu dyspozycji art. 16 pkt 1 ustawy Pzp świadczy także okoliczność polegająca na tym, że w odniesieniu do Odwołującego Zamawiający nie tylko sprawdził poprawiony model urządzenia w Polskiej Agencji Atomistyki, ale też zdążył ofertę Odwołującego odrzucić z tytułu rzekomej niezgodności z warunkami zamówienia. W odniesieniu natomiast do wykonawcy Transactor Zamawiający zaniechał tak szczegółowego badania, mimo, że również ten wykonawca przekazał model i producenta oferowanego urządzenia. Jest to o tyle istotne, że powyższe zaniechanie doprowadziło do wyboru oferty najkorzystniejszej, podczas gdy nie spełnia ona wymagań określonych w SWZ. Powyższe znajduje potwierdzenie w korespondencji z przedstawicielem producenta urządzeń Autoclear, stanowiącej załącznik nr 3 do odwołania, jako, że urządzenie to nie jest produkowane od kilku lat, więc nie spełnia najbardziej aktualnych wymagań, w tym nie posiada funkcji wygrzewania/ autosezonowania generatora RTG, jak wymaga tego Zamawiający w opz, co winno być przyczyną odrzucenia oferty wykonawcy. Wskazać zatem należy, że Zamawiający prowadząc postępowanie nie traktował Wykonawców, którzy złożyli oferty w sposób równy.

Odnosnie zarzutu 3 Odwołujący podniósł m.in., że w toku badania ofert Zamawiający zwrócił się do Państwowej Agencji Atomistyki z zapytaniem, czy wykonawca posiada dla oferowanego urządzenia (tj. XRC 50-30, a po zmianie XRC50-30P) zezwolenie w zakresie bezpieczeństwa jądrowego i ochrony radiologicznej na wykonywanie działalności związanej z narażeniem, polegającej na uruchamianiu lub stosowaniu urządzeń wytwarzających promieniowanie jonizujące, o której mowa w art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 29 listopada 2000 r. Prawo atomowe (Dz. U. z 2021 r. poz. 1941). Z informacji uzyskanych od Państwowej Agencji Atomistyki wynika, że wykonawca nie posiada zezwolenia w zakresie bezpieczeństwa jądrowego i ochrony radiologicznej na wykonywanie działalności związanej z narażeniem, polegającej na uruchamianiu lub stosowaniu urządzeń wytwarzających promieniowanie jonizujące dotyczące oferowanego urządzenia model XRC50-30P o parametrach określonych w SWZ. Wykonawca zatem jak tylko powziął informację o omyłce producenta w zakresie podania modelu sprzętu wystąpił do Polskiej Agencji Atomistyki i uzyskał nawet wcześniej niż tego wymagał Zamawiający bo przed rozpoczęciem realizacji

zamówienia zezwolenie, o którym mowa w punkcie V ppkt 2 opz, stanowiącego załącznik nr 2 do umowy.

Skoro więc sam Zamawiający zdecydował wszczynając postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, że będzie sprawdzał wszystkie parametry łącznie z dokumentami uprawniającymi wykonawców do dostawy oferowanego sprzętu na etapie realizacji zamówienia, nie ma żadnego uzasadnienia dla odrzucenia oferty Odwołującego z powodu braku posiadania zezwolenia PAA w momencie, który arbitralnie określił Zamawiający. Gdyby Zamawiający wskazał, że wymagane zezwolenie ma dotyczyć sprzętu i być ważne np. w dniu składania ofert sytuacja byłaby jasna i zrozumiała, a przede wszystkim jednakowa dla wszystkich wykonawców ubiegających się o zamówienie. Odwołujący bowiem wskazuje, że nie można wykluczyć sytuacji, w której wszyscy pozostali oferenci złożyli oferty na sprzęt bez wymaganych zezwoleń, o które zamierzali ubiegać się dopiero wtedy gdy ich oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą. Każdy z oferentów złożył w formularzu uszczegóławiającym oświadczenie, że akceptuje zawarte w SWZ Projektowane Postanowienia Umowy i zobowiązuje się, w przypadku wyboru jego oferty, do zawarcia umowy zgodnie z Ofertą oraz na warunkach określonych w Projektowanych Postanowieniach Umowy, w miejscu i terminie wyznaczonym przez Zamawiającego. Skoro zatem Zamawiający przewidział powyższy mechanizm dostawy i weryfikacji spełniania wszystkich wymagań technicznych i formalnych na etapie wykonania zamówienia, nieuprawnionym jest wyciąganie konsekwencji względem Odwołującego, szczególnie, że zaoferowany sprzęt posiada określone prawem zezwolenie, które datowane jest jeszcze przed rozpoczęciem realizacji, czyli wcześniej, niż oczekiwał tego Zamawiający w dokumentach zamówienia. Obowiązkiem Zamawiającego było ustalenie w dokumentach zamówienia wszystkich reguł postępowania, w szczególności takich które są istotne z punktu widzenia realizacji zamówienia w sposób jednakowy dla wszystkich. Jeśli Zamawiający przygotował postępowanie z pominięciem najistotniejszych dla niego kwestii, w tym poprzez zaniechanie wymagania na etapie postępowania po pierwsze wskazywania przez oferentów modelu i producenta oferowanych urządzeń, a po drugie złożenia przedmiotowych środków dowodowych potwierdzających, że oferowane urządzenia spełniają wymagania zawarte w swz, nie może następnie wyciągać konsekwencji w stosunku do Odwołującego.

Odnosnie zarzutu 4 – 6 Odwołujący podniósł m.in., że w okolicznościach niniejszego postępowania Zamawiający dopuścił się naruszenia powyżej wskazanych przepisów z uwagi na niedopuszczalne zakwalifikowanie złożonego przez wykonawcę Transactor oświadczenia jako omyłki, w następstwie czego dokonał jej poprawy i tym samym doprowadził do zmiany treści oferty. Zamawiający wymagał w prowadzonym postępowaniu złożenia formularza uszczegóławiającego liczbę przeglądów oraz liczbę przeglądów oferowanych w okresie gwarancyjnym. W pkt 14 formularza w tabeli nr II Wykonawca wskazał, że oferuje w 72

miesięcznym okresie gwarancji 1 przegląd gwarancyjny w okresie 12 miesięcy i 6 przeglądów gwarancyjnych w okresie zaoferowanej gwarancji. Taka też wartość winna zostać przez Zamawiającego oceniana w świetle jego wymagań określonych w SWZ.

W związku z tym, że zaoferowana liczba przeglądów w sposób oczywisty nie spełniania wymagań zawartych w SWZ z uwagi na zbyt małą liczbę względem oferowanych urządzeń, Zamawiający w piśmie z dnia 22 lipca 2022 r. wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień poprzez zadanie pytania: Prosimy o złożenie jednoznacznych wyjaśnień jaka liczba prześwietlarek zostanie objęta jednym przeglądem gwarancyjnym w cenie podanej w uszczegółowieniu formularza oferty. Pytanie zatem w sposób oczywisty stanowiło prośbę o niedopuszczalne uzupełnienie treści oferty, gdyż w sposób ewidentny widać z powyższego, że zaoferowana liczba przeglądów jest całkowicie niewystarczająca do prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia. Z formularza wykonawcy bowiem jednoznacznie wynika, że oferowany jest 1 przegląd w okresie 12 miesięcy i 6 przeglądów w okresie gwarancji.

Wykonawca Transactor w swoich wyjaśnieniach dokonał zatem modyfikacji treści złożonej oferty poprzez zwiększenie liczby oferowanych przeglądów. Z treści pisma wykonawcy wynika także, że różni producenci zakładają np.: 2 przeglądy w roku. Z powyższego jednoznacznie wynika, że poprawa omyłki w ofercie wykonawcy nie może nosić znamion oczywistej, gdyż uzależniona jest wprost od wykonawcy Transactor. Powyższe ma o tyle znaczenie, że skoro każdy producent zakłada określoną liczbę przeglądów, a wykonawca w swojej ofercie wskazał 1 i 6 przeglądów w okresie gwarancji, to właśnie tyle zaoferował, nie więcej jak tego domaga się Zamawiający w piśmie o poprawieniu omyłki.

W ocenie Odwołującego informacja zawarta w formularzu szczegółowym ma o tyle istotne znaczenie, że liczby oferowanych przeglądów różnią się we wszystkich złożonych ofertach (Wykonawca DPIdea: 36 przeglądów w okresie 12 miesięcy i 216 w okresie gwarancji, Odwołujący i ITS Solutions: 18 przeglądów w okresie 12 miesięcy i 108 w okresie gwarancji oraz Transactor: 1 przegląd w okresie 12 miesięcy i 6 przeglądów w okresie gwarancji), a to bezsprzecznie oznacza, że poprawa omyłki nie ma charakteru oczywistego, bo jest nie konsekwencją prostych lub oczywistych działań matematycznych lub innego procesu wnioskowania. W okolicznościach faktycznych sprawy liczba ta musiała wynikać wprost z oświadczenia woli wykonawcy, co też znalazło swój wyraz w formularzu uszczegółowionym wykonawcy, tyle że wykonawca Transactor zaoferował liczbę niespełniającą wymagań SWZ w związku z czym jego ofertę należało odrzucić. W w okolicznościach sprawy Zamawiający dokonał poprawy w sposób niezgodny nie tylko z przepisami prawa, ale także z pominięciem dyrektyw w tym względzie ukształtowanych w dorobku orzecznictwym Krajowej Izby Odwoławczej.

Odnośnie zarzutu 7 Odwołujący podniósł m.in., że Zamawiający w rozdziale 17 pkt 1 SWZ wskazał, że oceniane będą wyłącznie oferty nie odrzucone a w rozdziale 17 pkt 1 swz określił kryteria oceny ofert w postaci:

- a) Cena prześwietlarek [C1] – znaczenie 85%
- b) Termin dostawy [T1] – znaczenie 5%
- c) Cena za wykonanie przeglądów gwarancyjnych w okresie jednego roku [C2] – znaczenie 5%
- d) Okres gwarancji [T2] – znaczenie 5%

Zamawiający w rozdziale 17 pkt 3 SWZ także wskazał, że za najkorzystniejszą ofertę zostanie uznana oferta, która uzyska największą liczbę punktów w ramach wszystkich kryteriów oceny ofert, tj. sumę C1+ T1 + C2 + T2. W kontekście powyższego Zamawiający w sposób nieuprawniony przyznał ofercie wykonawcy Transactor punkty, co doprowadziło do uznania jej za ofertę najkorzystniejszą.

Zamawiający poinformował Wykonawców o wniesieniu odwołania oraz w dniu 6 października 2022 r. przekazał drogą elektroniczną kopię odwołania.

W dniu 10 października 2022 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca Transactor zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia Odwołującemu i Zamawiającemu.

W dniu 18 października 2022 r. (pismem z tej samej daty) Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości oraz obciążanie kosztami postępowania odwoławczego Odwołującego.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym ogłoszenie o zamówieniu, SWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia wykonawcy Transactor do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacja postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła także stanowiska i oświadczenia Stron oraz Przystępującego wyrażone w pismach oraz złożone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy.

Izba dopuściła zawnioskowane przez Odwołującego i załączone do odwołania dowody, tj.:

1. Tabel zawierająca wyliczenia punktów w postępowaniu.
2. Korespondencja Odwołującego z Zamawiającym.
3. Korespondencja z producentem urządzeń.
4. Zezwolenie Polskiej Agencji Atomistyki, o którym mowa w V ppkt 2 opz, stanowiącego załącznik nr 2 do umowy.

oraz złożone w trakcie rozprawy, tj.: korespondencję Zamawiającego z producentem urządzenia zaoferowanego przez Odwołującego w dniu 6 września 2022 r.

Izba dopuściła zawnioskowane przez Zamawiającego i załączone do odpowiedzi na odwołanie dowody, tj.:

1. Zrzuty ze stron internetowych dotyczące prześwietlarki XRC 50-30- dwa modele 100kV i 170kV oraz xrc 50-30SE (str. 9-16).
2. Korespondencja Zamawiającego z Państwową Agencją Atomistyki z dnia 25 sierpnia 2022 r. i 2 września 2022 r. (str. 17-18).
3. Dokumentacja AC5333 i decyzja Państwowej Agencji Atomistyki (str. 19-20).
4. Decyzja o przyjęciu zgłoszenia nr R-8935 (str. 21-22).

Izba dopuściła dowody zawnioskowane przez Zamawiającego i złożone w trakcie rozprawy, tj.:

1. Zezwolenie Prezesa Państwowej Agencji Atomistyki z dnia 27 maja 2014 r. oraz decyzje zmieniające z dnia 4 kwietnia 2022 r. i 21 lipca 2022 r.
2. Oświadczenie z dnia 11 października 2022 r. oraz pismo ze świadectwem z dnia 11 października 2022 r.
3. Dwa oświadczenie z dnia 17 października 2022 r.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołania uznając, iż odwołanie podlega oddaleniu.

Zarzuty dotyczące naruszenia:

1. **art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, mimo że treść oferty jest zgodna z warunkami zamówienia oraz została złożona przez wykonawcę, który nie podlega wykluczeniu z postępowania (zarzut 1 odwołania),**
2. **art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (zarzut 2 odwołania),**
3. **art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, mimo że jej treść jest zgodna z warunkami zamówienia (zarzut 3 odwołania)**

potwierdziły się.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający w dniu 22 lipca 2022 r. wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie złożonego formularza uszczegóławiającego oraz do podania „producenta i symbolu” oferowanych prześwietlarek.

W odpowiedzi na powyższe Odwołujący w dniu 26 lipca 2022 r. złożył wyjaśnienia i podał, że oferowane przez niego prześwietlarki to model XRC 50-30, producenta X-RAY CENTER.

W dniu 2 sierpnia 2022 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnień odnośnie parametrów zaoferowanego sprzętu, gdyż – jak wskazał - z kwerendy stron internetowych nie wynikała, że sprzęt spełnia jego wymagania.

W 4 sierpnia 2022 r. Odwołujący odpowiedział, że oferowany sprzęt spełnia wymagania Zamawiającego zawarte w SWZ i załączył do złożonych wyjaśnień deklarację producenta dotyczącą specyfikacji XRC-5030.

W dniu 9 sierpnia 2022 r. Zamawiający, działając na podstawie art. 126 ust. 1 oraz art. 139 ust. 2 ustawy Pzp, wezwał Odwołującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych z uwagi na to, że oferta Odwołującego została najwyżej oceniona.

W dniu 26 sierpnia 2022 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnienia czy dla oferowanych prześwietlarek produkcji X-RAY CENTER, model XRC 50-30 (170 KV) o parametrach zgodnych z Opisem przedmiotu zamówienia posiada zezwolenie w zakresie bezpieczeństwa jądrowego i ochrony radiologicznej na wykonywanie działalności związanej z narażeniem, polegającej na uruchamianiu lub stosowaniu urządzeń wytwarzających promieniowanie jonizujące, o której mowa w art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 29 listopada 2000 r. Prawo atomowe (Dz. U. z 2021 r. poz. 1941).

W dniu 30 sierpnia 2022 r. Odwołujący przekazał Zamawiającemu, że na etapie składanych wyjaśnień został powielony błąd popełniony przez producenta urządzenia firmę X-Ray Center, która podała błędnie nazwę modelu. W celu sprostowania Odwołujący poinformował, że pełna nazwa modelu, który jest przedmiotem jego oferty to X-RAY CENTER model XRC 50-30P.

W dniu 26 września 2022 r. Zamawiający przekazał Odwołującemu informację o wyborze oferty wykonawcy Transactor jako najkorzystniejszej oraz o wykluczeniu go z postępowania i odrzuceniu jego oferty.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Niewątpliwym jest, że Zamawiający nie wskazał w treści SWZ obowiązku podania przez wykonawcę w Formularzu ofertowym, jak i Uszczegółowionym Formularzu Ofertowym danych dotyczących oferowanej prześwietlarki, jej producenta i symbolu. Zamawiający nie wymagał więc od wykonawców podania tych informacji. Zaistniała sytuacja jest prawdopodobnie wynikiem przeoczenia czy też błędu samego Zamawiającego powstałego na etapie sporządzania dokumentów zamówienia.

Niewątpliwym jest także, że żaden z wykonawców takiej informacji nie podał, jak również i to, że Zamawiający, działając na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał wszystkich wykonawców do podania producenta i symbolu oferowanego urządzenia. Zamawiający, zgodnie z ww. przepisem, w toku badania i oceny ofert, może żądać wyjaśnień od wykonawcy dotyczących treści złożonych ofert. Treść oferty to treść zobowiązania wykonawcy do zgodnego z żądaniami zamawiającego wykonania przedmiotu zamówienia publicznego. Na tak rozumianą treść oferty składa się formularz ofertowy oraz wszystkie dokumenty dookreślające i precyzujące zobowiązaniowe wykonawcy, składane wraz z formularzem ofertowym. Jeśli więc treść oferty danego wykonawcy budzi wątpliwości to Zamawiający może zwrócić się do tego wykonawcy o złożenie w określonym zakresie wyjaśnień, przy czym muszą one dotyczyć treści złożonej oferty. Wezwanie do złożenia wyjaśnień ma bowiem na celu uzyskanie jednoznacznych informacji i ustalenie czy oferta wykonawcy spełnia wymagania Zamawiającego. Podstawą oceny dokonywanej przez Zamawiającego jest więc treść oferty. Wyjaśniać można tylko te kwestie, która wynikają z treści oferty. W tym stanie faktycznym nie wskazano w treści oferty ani producenta, ani też

symbolu urządzenia. Taki wymóg nie wynikał bowiem z treści SWZ. Zamawiający nie wymagał podania nie tylko parametrów urządzenia, ale także jego producenta i symbolu. Nie wymagał również przedstawienia na tę okoliczność żadnych dokumentów. A ponieważ ocenie podlega tylko i wyłącznie treść oferty a wyjaśnienia uzyskane przez Zamawiającego w toku badania i oceny ofert dotyczą informacji, które z jej treści nie wynikają, a co więcej Zamawiający pozyskał te informacje dopiero w wyniku składanych wyjaśnień, oznacza to, że Zamawiający dopuścił się w tym zakresie naruszenia przepisów ustawy Pzp.

Odwołujący nie wskazał w ofercie producenta i symbolu oferowanego urządzenia a wobec braku wymogu jego wskazania jedynie oświadczył, że akceptuje zawarte w SWZ Projektowane Postanowienie Umowy i zobowiązuje się, w przypadku wyboru jego oferty, do zawarcia umowy zgodnie z Ofertą oraz na warunkach określonych w Projektowanych Postanowieniach Umowy, w miejscu i terminie wyznaczonym przez Zamawiającego”. W tym zakresie nie jest więc możliwa zmiana treści złożonej oferty. Wyjaśnienia wykonawcy stanowiłyby bowiem zmianę treści złożonej oferty.

Zamawiający w rozdziale II SWZ, pkt 2 „Tryb udzielania zamówienia informacje ogólne” wskazał, iż zgodnie z art. 139 ustawy „dokona najpierw badania i oceny ofert”, co powinno się odbyć na tym etapie postępowania a co wobec braku tych danych bez wzywania do złożenia wyjaśnień w tym zakresie, nie mogło by być zrealizowane, „a następnie dokona kwalifikacji podmiotowej wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, w zakresie braku podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu”.

Skoro więc treść oferty nie zawiera wskazanych wyżej informacji a informacje będące podstawą działania Zamawiającego pojawiają się dopiero na etapie badania i oceny ofert, nie może być mowy o niezgodności treści oferty (treści której nie ma w ofercie i, której nie wymagano) z treścią SWZ (wobec braku stosownych postanowień). Wobec tego brak było także podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Trudno, wobec nieuprawnionych działań Zamawiającego, upatrywać w działaniu wykonawcy takich działań, które są wynikiem jego zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa. Powstała sytuacja to efekt li tylko działań Zamawiającego, zaniechań jakich się dopuścił przygotowując to postępowanie.

W kontekście powyższego stwierdzić należy, że Izba ocenia czynność Zamawiającego, która dotyczy badania i oceny ofert. Tymczasem w tym stanie faktycznym oceniana była przez Zamawiającego czynność, która w świetle przepisów ustawy nie miała podstaw prawnych. Czynności przeprowadzone przez Zamawiającego dotyczą niespójności, które pojawiły się w trakcie wyjaśnień wykonawcy (Odwołującego) a które nie odnoszą się do treści oferty a wzajemnie do siebie.

Dlatego też Izba uznała, że zarzuty te potwierdziły się.

Zarzuty dotyczące naruszenia:

- 4. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Transactor, mimo, że oferta ta podlega odrzuceniu (zarzut 4 odwołania),**
- 5. art. 223 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nieuprawnione prowadzenie przez Zamawiającego negocjacji z wykonawcą Transactor. których efektem było dokonanie zmiany treści oferty, mimo, że przepis tego w sposób jednoznaczny zakazuje (zarzut 5 odwołania),**
- 6. art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez nieuprawnione dokonanie poprawy omyłki w ofercie wykonawcy Transactor mimo, że błąd w ofercie wykonawcy nie podlegał poprawie z uwagi na swą doniosłość (zarzut 6 odwołania),**

nie potwierdziły się.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Przedmiotem zamówienia jest sprzedaż, dostarczenie i instalacja fabrycznie nowych, wolnych od wad fizycznych i prawnych 18 szt. prześwietlarek do bagażu wraz z kompatybilnym do nich wyposażeniem dodatkowym do siedziby Zamawiającego oraz do Oddziałów Okręgowych NBP zlokalizowanych na terenie Polski.

Zamawiający w Rozdziale XIV SWZ „Opis sposobu przygotowywania oferty” wskazał:

1. „Treść oferty musi być zgodna z wymaganiami określonymi w SWZ.
2. Wykonawca może złożyć tylko jedną ofertę, zgodnie z postanowieniami SWZ.
3. Na ofertę, zwaną dalej Ofertą, składa się:
 - 1) „Oferta – Formularz ofertowy” (wypełniony na Platformie Zakupowej NBP na portalu ONEPLACE);
 - 2) „Uszczegółowienie Formularza ofertowego” (załącznik nr 4 do SWZ); którą Wykonawca sporządzi i przekaże zgodnie z wymaganiami określonymi w załączniku nr 2 do SWZ. Do Oferty Wykonawca dołączy dokumenty wskazane w załączniku nr 2 do SWZ (pozycje zaznaczone kolorem żółtym: “w terminie składania ofert”).”.

W tabeli II „Uszczegółowionego formularza ofertowego”, stanowiącego Załącznik nr 4 do SWZ wykonawcy zobowiązani byli podać informacje dotyczące „Oferowanego okresu gwarancji w miesiącach (T2)” (kolumna 1), „Liczby przeglądów gwarancyjnych w okresie 12 m-cy” (kolumna 2), „Liczby przeglądów gwarancyjnych, w okresie zaoferowanej gwarancji” (kolumna 3), „Ceny jednostkowej brutto za wykonanie 1 przeglądu gwarancyjnego” (kolumna 4), „Wartości brutto za wykonanie wszystkich przeglądów gwarancyjnych w okresie 12 m-cy (C2) [kol. 2x4]” (kolumna 5) i „Wartości brutto za wykonanie wszystkich przeglądów gwarancyjnych w całym okresie gwarancji (C3) [kol. 3x4]” (kolumna 6).

Zamawiający w Rozdziale 17 SWZ „Opis kryteriów oceny ofert wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert” podał, że „przy wyborze najkorzystniejszej oferty Zamawiający będzie kierował się niżej opisanymi kryteriami:

- 1) Cena prześwietlarek [C1] – znaczenie 85%
- 2) Termin dostawy [T1] – znaczenie 5%
- 3) Cena za wykonanie przeglądów gwarancyjnych w okresie jednego roku [C2] – znaczenie 5%
- 4) Okres gwarancji [T2] – znaczenie 5%”.

W ramach kryterium „Termin gwarancji” (T2) oferta będzie oceniana na podstawie podanego przez Wykonawcę w ust. 13 Uszczegółowionego formularza ofertowego Terminu: okresu udzielonej gwarancji jakości na dostarczony towar wraz z niezbędnym serwisem, licząc od daty zatwierdzenia przez Zamawiającego bez zastrzeżeń „Protokołu odbioru w obiekcie NBP” zgodnie z § 2 ust. 10, przy czym oferowany termin nie może być krótszy niż 24 miesiące i nie dłuższy niż 72 miesiące. Oferta z zaoferowanym terminem krótszym lub dłuższym niż wskazano powyżej, zostanie odrzucona, jako niezgodna z SWZ.”.

Wykonawca Transactor w „Formularzu ofertowym” w tabeli „Kryteria”, pkt 5 „Okres gwarancji[T2]” w kolumnie 5 „Wartość” wpisał „72”, natomiast w „Uszczegółowionym formularzu ofertowym” wpisał odpowiednio następujące informacje: „Oferowany okres gwarancji w miesiącach (T2)” (kolumna 1) – „72”, „Liczba przeglądów gwarancyjnych w okresie 12 m-cy” (kolumna 2) – „1”, „Liczba przeglądów gwarancyjnych, w okresie zaoferowanej gwarancji” (kolumna 3) – „6”, „Cena jednostkowa brutto za wykonanie 1 przeglądu gwarancyjnego” (kolumna 4) - „1.230,00”, „Wartość brutto za wykonanie wszystkich przeglądów gwarancyjnych w okresie 12 m-cy (C2) [kol. 2x4]” (kolumna 5) – „1.230,00” i „Wartości brutto za wykonanie wszystkich przeglądów gwarancyjnych w całym okresie gwarancji (C3) [kol. 3x4]” (kolumna 6) – „7.380,00”.

Zamawiający, pismem z dnia 22 lipca 2022 r., działając na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonej oferty w następującym zakresie. „W ust. 14 Tabela II „Uszczegółowienia Formularza ofertowego” w kolumnie 2 Wykonawca podał, że w okresie jednego roku wykona 1 przegląd gwarancyjny, którego cena jednostkowa brutto wynosi 1 230, 00 zł”. Jednocześnie poprosił o złożenie jednoznacznych wyjaśnień „jaka liczba prześwietlarek zostanie objęta jednym przeglądem gwarancyjnym w cenie podanej w uszczegółowieniu formularza oferty”.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie wykonawca Transactor, pismem z dnia 26 lipca 2022 r., wskazał „W Tabela II „Uszczegółowienia Formularza ofertowego” w kolumnie nr 2 została podana liczba przeglądów gwarancyjnych dla 1 urzędnika w skali roku. Analogicznie w kolumnie nr 3 została podana liczba przeglądów gwarancyjnych dla 1 urzędnika w okresie zaoferowanej gwarancji tj. 72 miesiące = 6 lat x 1 przegląd na rok = 6

przeглядów w okresie obowiązywania gwarancji. Zatem cena wskazana w kolumnie 4 (zgodnie z zawartym opisem kolumny) obejmuje cenę brutto (koszt) 1 przeglądu gwarancyjnego. Konsekwentnie w kolumnie nr 5 (stosownie do formuły obliczenia tj. kolumna nr 2 x 4) określono wartość brutto za wykonanie wszystkich przeglądów w okresie 12 miesięcy (1 roku). W zakresie zaoferowanego urządzenia przewiduje się 1 przegląd gwarancyjny w skali roku (inni producenci zakładają np.: 2 przeglądy w roku), zatem cena jest tożsama z wartością wyrażoną w kolumnie nr 4. Mając na uwadze powyższe oraz konsekwencję obliczeń zgodnie z wskazaną w opisie kolumn formułą w kolumnie nr 6 zawarto cenę za wykonanie wszystkich przeglądów w okresie gwarancji tj. 6 przeglądów (kolumna nr 3) x cena za 1 przegląd (kolumna nr 4).”.

Pismem z dnia 5 sierpnia 2022 r. Zamawiający zawiadomił wykonawcę Transactor o poprawieniu innej omyłki w ofercie tego wykonawcy na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp polegającą na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, która nie powoduje istotnych zmian w treści oferty. W uzasadnieniu wskazał, że „zgodnie z pkt 3 rozdziałem 16 SWZ, cena oferty powinna obejmować m.in. wszystkie elementy cenotwórcze realizacji zamówienia oraz warunki i obowiązki umowne określone w Projektowanych postanowieniach umownych (tj. wykonanie wszystkich przeglądów gwarancyjnych 18 sztuk prześwietlarek). W Państwa Ofercie w Tabela II „Uszczegółowienia Formularza ofertowego” wpisano w kol. 2 „Liczby przeglądów gwarancyjnych w okresie 12 m-cy” oraz w kol. 3 „Liczby przeglądów gwarancyjnych, w okresie zaoferowanej gwarancji” liczby dla jednego urządzenia, a powinny zostać wpisane dla wszystkich (tj. 18 sztuk) urządzeń.” W związku z powyższym Zamawiający poprawił omyłkę w ofercie wykonawcy Transactor, dodając że „w związku z powyższą zmianą w Uszczegółowieniu formularza ofertowego w Tabeli III łącznie cena oferty brutto za wykonanie całego przedmiotu Umowy po poprawieniu ww. omyłki wynosić będzie 1 977 249,60 zł. Brutto”.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Zamawiający – zgodnie z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp - w toku badania i oceny ofert, może żądać wyjaśnień od wykonawcy dotyczących treści złożonych ofert. Badanie i ocena oferta obejmuje bowiem nie tylko kwestie formalne, ale i badanie jej treści. Jeśli więc treść oferty badanego wykonawcy budzi wątpliwości to Zamawiający może zwrócić się do tego wykonawcy o złożenie w określonym zakresie wyjaśnień treści oferty. Wezwanie do złożenia wyjaśnień ma bowiem na celu uzyskanie jednoznacznych informacji i ustalenie czy oferta spełnia wymagania Zamawiającego. Przepis pozwala na dokonanie takiego wezwania.

Tak więc Zamawiający, mając wątpliwości, w tym przypadku co do treści oferty wykonawcy Transactor – „Uszczegółowienia Formularza ofertowego” a mianowicie tabeli nr II tego formularza i kolumny 2, wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Wezwanie dotyczyło wyjaśnienia „jaka liczba prześwietlarek zostanie objęta

jednym przeglądem gwarancyjnym w cenie podanej w uszczegółowieniu formularza oferty”. I takich wyjaśnień Odwołujący udzielił. Podał bowiem, że w tej kolumnie (kolumnie nr 2) „została podana liczba przeglądów gwarancyjnych dla 1 urządzenia w skali roku”.

Oczywistym jest, iż zasadą jest zasada niezmienności treści oferty. Jednak zasada ta doznaje ograniczeń. Jednym z nich są przepisy przewidujące możliwość poprawienia omyłek w ofercie wykonawcy. Wszelkie omyłki, które nie są omyłkami pisarskimi ani rachunkowymi oraz polegają na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia a ich poprawienie nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty są innymi omyłkami. W tym przypadku tak sytuacja ma miejsce. W treści oferty doszło do omyłki wykonawcy. Omyłka ta jest widoczna i niemal oczywista. Wykonawca miał objąć gwarancją wszystkie dostarczone urządzenia a objął jedno.

Tymczasem już sama nazwa kolumny 2, tj. „Liczba przeglądów gwarancyjnych w okresie 12 m-cy” nie była dla wykonawców oczywista. Nie wynikało z niej jednoznacznie co należy w tej kolumnie wpisać, a więc czy wykonawca ma podać jedno, czy też wszystkie zaoferowane urządzenia. Wykonawca Transactor podał więc „liczbę przeglądów gwarancyjnych dla 1 urządzenia w skali roku” zamiast liczby wszystkich urządzeń. Niezgodność w treści oferty tego wykonawcy ma więc charakter omyłki. Warunkiem dokonania poprawienia takiej omyłki jest także nieistotność zmian w treści oferty. 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. A ponadto należy ją odnieść do okoliczności danej sprawy. W okolicznościach tej sprawy poprawienie omyłek nie ma charakteru istotnego. Żaden z elementów poprawianych w kolumnie 2 i następnych nie jest bowiem elementem pozacenowego kryterium oceny ofert. W tym przypadku poprawienie omyłki – jak słusznie podniósł wykonawca Transactor – dotyczy świadczenia akcesoryjnego/ubocznego w stosunku do przedmiotu zamówienia. Natomiast jej skutkiem, skutkiem poprawienia tabeli jest także korekta wartości brutto za wykonanie wszystkich przeglądów gwarancyjnych w okresie 12 miesięcy a także wartości brutto za wykonanie wszystkich przeglądów gwarancyjnych w całym okresie gwarancji i ceny oferty, przy czym nie jest ona znaczna.

Poprawienie omyłki może być bowiem wynikiem wyjaśnień przeprowadzanych z wykonawcą przez Zamawiającego i w tym stanie faktycznym tak było. Zamawiający kwestie te ustalił, wzywając wykonawcę do złożenia wyjaśnień, a ich konsekwencją było poprawienie omyłki w ofercie wykonawcy Transactor na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp ze zmianami wynikającymi z dokonanej poprawy.

Tym samym Izba uznała, że zarzuty Odwołującego podniesione pod adresem oferty wykonawcy Transactor nie potwierdziły się.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2022 r., poz. 1710) oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437). Izba obciążyła strony kosztami postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, Odwołującego w części 1/3 oraz Zamawiającego w części 2/3. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis w kwocie 15 000 zł uiszczony przez Odwołującego oraz kwota 3 600 zł stanowiąca koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego. Tym samym Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 13 600 zł.

Przewodniczący:

