

WYROK
z dnia 10 listopada 2022r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Monika Kawa-Ogorzałek

Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 listopada 2022r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 października 2022 r. przez wykonawcę **MBE Sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu** w postępowaniu prowadzonym przez **Województwo Kujawsko-Pomorskie, Urząd Marszałkowski Województwa Kujawsko-Pomorskiego, Plac Teatralny 2, 87-100 Toruń**

przy udziale wykonawcy **ATG Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Bydgoszczy** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2835/22 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. odrzuca odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 16 pkt 2 w zw. z art. 99 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych,
2. oddala odwołanie,
3. kosztami postępowania obciąża wykonawcę MBE Sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł (piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 t.j.) 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

Zamawiający - Urząd Marszałkowski Województwa Kujawsko-Pomorskiego prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022r., poz. 1710 ze zm.; dalej: „Pzp”) postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Zakup i dostawa wyposażenia na potrzeby Młyna Kultury w Toruniu z podziałem na części.”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2022/S 152-434029 z dnia 9 sierpnia 2022r.

W dniu 21 października 2022r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone w tym ofertę Odwołującego – wykonawcy MBE Sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu.

Na powyższą czynność Zamawiającego Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 16 pkt 1 i 3 w zw. z art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp – naruszenie zasady przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców przejawiające się w zaniechaniu czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia polegające na niedokonaniu poprawy innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty – omyłka przejawia się tym że Odwołujący w formularzu cenowym na stronie 15 dla biurka, dla którego Zamawiający przypisał symbol „S3”, wpisał cenę w wysokości 1.1218,14 zł. (4.872,56 zł. dla czterech sztuk), która uwzględnia również podstawę wskazaną we wierszu poniżej;
- 2) ewentualnie w przypadku powstania wątpliwości Zamawiającego, naruszenie art. 16 pkt 1 i 3 w zw. z art. 223 ust. 1 i ust. 2 pkt 3 - naruszenie zasady przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców przejawiające czynności polegające na braku wezwania do wyjaśnień w zakresie nie uzupełnienia wiersza w formularzu cenowym dotyczącym podstawy (str. 15 Formularza cenowego), a w konsekwencji na niedokonaniu poprawy innej omyłki zgodnie z opisem z pkt 1 powyżej;
- 3) art. 16 pkt 2 w zw. z art. 99 ust. 1 Pzp poprzez nieprzygotowanie i nieprzeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób przejrzysty, w związku z przygotowaniem opisu w sposób niejednoznaczny bez dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń przejawiających się w rozbieżnościach pomiędzy załącznikami (Załącznik nr 7a - Załącznik nr 11a), rozbieżności w samych załącznikach, w zakresie oznaczenia odmiennych

asortymentów symbolem „S3” oraz braku istotnych parametrów dla podstawy wydzielonej do osobnego wiersza w załączniku nr 7a, w przypadku gdyby próbować oceniać ją w oderwaniu od reszty biurka oznaczonego symbolem „S3”.

4) art. 16 pkt 2 Pzp przejawiającego się w rozpatrywaniu wątpliwości związanych z błędami w zakresie załączników nr 7a i 11a na niekorzyść Wykonawcy, który widząc brak jednoznaczności w opisach podjął logiczną próbę ominięcia błędu, a w efekcie jego oferta została odrzucona, pomimo, iż rozbieżności są wynikiem przygotowania postępowania przez Zamawiającego.

5) art. 17 ust. 2 w zw. z art. 204 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty ATG Sp. z o.o. Sp. k. jako najkorzystniejszej w postępowaniu, pomimo, iż ofertą najkorzystniejszą na podstawie kryterium oceny ofert określonej w specyfikacji pozostaje oferta Odwołującego.

Odwołujący w oparciu o tak sformułowane zarzuty odwołania wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. powtórzenie czynności badania i oceny złożonych ofert, i dokonanie ponownej oceny ofert, dokonania poprawy innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty.

Uzasadniając zarzuty odwołania wskazał, że Zamawiający w Informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp wskazując, iż jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, gdyż *„w formularzu cenowym nie wycenił pozycji nr S3 „Podstawa: 4 nogi stalowe lub aluminiowe, wykonane z profili zamkniętych o przekroju min. 50x25mm i grubości ścianki min. 2mm, usytuowane w narożach blatu. Nogi wyposażone w stopki min. fi 25mm, pozwalające na regulację poziomu nie mniejszą niż 15mm. Nogi powinny być montowane do ramy na zasadzie „metal-metal”. Kolorystyka: płyta meblowa BIAŁA Podstawa nogi kolor chrom”.*

Odwołujący odnosząc się do powyższego wskazał, że w jego ocenie oznaczenie „S3” to nie jest żadna pozycja w formularzu cenowym, a jest to symbol oznaczający konkretny asortyment. W tym wypadku z całości okoliczności sprawy wynika, iż przywołany symbol dotyczy biurka kompletnego, tj. blatu, ramy i podstawy. Zamawiający w taki właśnie sposób opisuje tożsame asortymenty pod względem parametrów, że przypisuje im takie same symbole. Dlatego błędne jest stwierdzenie w uzasadnieniu do odrzucenia oferty Odwołującego, że ten nie wycenił pozycji „S3”, gdy dokonał tego w wierszu dotyczącym

biurka oznaczonego symbolem „S3” na str. 15 złożonego formularza cenowego. Ponadto, stwierdził, że Zamawiający błędnie uznał, iż Odwołujący nie dokonał wyceny asortymentu „Podstawa: 4 nogi stalowe lub aluminiowe, wykonane z profili zamkniętych o przekroju min. 50x25mm i grubości ścianki min. 2mm, usytuowane w narożach blatu. Nogi wyposażone w stopki min. fi 25mm, pozwalające na regulację poziomu nie mniejszą niż 15mm. Nogi powinny być montowane do ramy na zasadzie „metal-metal”. Kolorystyka: płyta meblowa BIAŁA Podstawa nogi kolor chrom” (dalej „Wydzielona Podstawa”). Wydzielona Podstawa została wyceniona na 15 str. formularza cenowego (dalej „Złożony Formularz Cenowy”) we wierszu powyżej oznaczonym symbolem S3 dotyczącym „Bierka prostokątnego na 4 nogach o wymiarach: szerokość 1400mm, głębokość 600mm, wysokość 720-740mm...”. Wyjaśnił, że wypełniając ww. formularz cenowy zauważył błąd w jego treści, przejawiający się w tym, że dla asortymentu oznaczonego symbolem „S3” przeznaczonego dla Książnicy Kopernikańskiej, doszło do oddzielenia podstawy od reszty biurka. W jego ocenie powyższe wynikało z tego, że:

1. Asortyment oznaczony symbolem „S3” pojawiał się w dwóch innych miejscach wzoru formularza cenowego (załącznik nr 11a): dla parteru oraz dla Wojewódzkiego Ośrodka Animacji Kultury. W obu tych miejscach zapis był tożsamy, dotyczył biurka i obok parametrów dla blatu i ramy zawierał w swoim zakresie również podstawę;
2. Zaskarżone postępowanie jest drugim postępowaniem w sprawie. Pierwsze postępowanie zostało unieważnione przez Zamawiającego ze względu na przekroczenie kwoty jaką Zamawiający mógł przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. W tym postępowaniu Zamawiający dla asortymentu „Bierko prostokątne na 4 nogach o wymiarach: szerokość 1400mm, głębokość 600mm, wysokość 720-740mm” przypisał symbol produktu „S3” i oczekiwał dostarczenia 8 sztuk biurek. Ilość biurek i opis co do wymagań korespondują z biurkami oznaczonymi symbolem „S3” z zaskarżonego postępowania. Skoro poprzednio Zamawiający oczekiwał 8 biurek oznaczonych symbolem „S3” i w drugim postępowaniu też chce 8 biurek oznaczonych symbolem „S3”, to logicznym wydaje się, że chce zamówić biurka wraz z pasującymi do nich nogami (podstawami), a nie same blaty z ramą bez podstawy (bez nóg) i osobno podstawy (nogi) o niesprecyzowanych parametrach;
3. Zamawiający przedmiotowemu biurku przypisał symbol „S3” w Załączniku nr 7a - OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA CZĘŚĆ I – DOSTAWA MEBLI. Warto podkreślić, iż w tym załączniku Zamawiający posługuje się symbolem „S3” pięciokrotnie: raz dla przedmiotowego biurka dla parteru, dwa razy dla Książnicy Kopernikańskiej w tożsamy sposób jak we wzorze formularza cenowego (czyli raz dla biurka bez podstawy i raz dla samej podstawy) i dwa razy dla Wojewódzkiego Ośrodka Animacji Kultury (czyli raz dla biurka bez podstawy i raz dla

samej podstawy), w tym wypadku odmiennie niż we wzorze formularza cenowego ale tak samo jak dla biurka dla Książnicy Kopernikańskiej. Wykonawca zestawiając te rozbieżności pomiędzy załącznikiem nr 7a i załącznikiem nr 11a doszedł do wniosku, że skoro cały czas jest mowa o tym samym modelu biurka i skoro Zmawiający raz rozdziela biurko od podstawy, a następnie traktuje jako jeden asortyment w formularzu cenowym, to zapewne tylko przez zwykły błąd doszło do takiego sztucznego wydzielenia podstawy od reszty konstrukcji biurka dla asortymentu przewidzianego dla Książnicy Kopernikańskiej.

Odwołujący podkreślił, że sama treść wzoru formularza ofertowego podpowiada, że asortyment oznaczony symbolem „S3” to biurko prostokątne na 4 nogach o wymiarach: szerokość 1400mm, głębokość 600mm, wysokość 720-740mm, składające się z blatu, stelaża i podstawy, gdyż w asortymencie oznaczonym symbolami „S16” i „S18”, które również dotyczą biurek prostokątnych, tylko o innych wymiarach, Zamawiający posługuje się zwrotem „Pozostałe parametry analogicznie jak poz. S3” i podaje opis podstawy taki sam jak w kompletnym opisie biurka oznaczonego symbolem „S3”.

Odwołujący podkreślił, że w jego ocenie rozbieżność przez Zamawiającego biurka oznaczonego symbolem „S3” osobno na blat z ramą oraz na nogi (podstawę), ma znamiona zwykłej omyłki Zamawiającego, i właśnie tak został potraktowany przez Odwołującego. Odwołujący interpretując wydzielenie podstawy jako omyłkę zdecydował się na uwzględnienie tej Wydzielonej Podstawy w cenie całego biurka, dlatego poprzez wpisanie ceny za biurko oznaczone symbolem „S3” na 15 str. Złożonego Formularza Cenowego dokonał jednocześnie wyceny pozycji poniżej, czyli właśnie Wydzielonej Podstawy. Tym samym poprzez niezuzupełnienie wiersza w Złożonym Formularzu Cenowym Odwołujący nie dopuścił się złożenia oferty niezgodnej z SWZ, a popełnił jedynie i wyłącznie inną omyłkę w rozumieniu Pzp, polegającą na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującymi jednak istotnych zmian w treści oferty. Ponadto w jego ocenie Zamawiający nie powinien mieć wątpliwości co do faktu dokonania wyceny Wydzielonej podstawy, gdyż w innych pozycjach Złożonego Formularza Cenowego oznaczonych symbolem „S3” widnieje taka sama cena za biurko, w którego opisie jest uwzględniona podstawa. Dodatkowo dla każdej z tych pozycji widnieje dokładnie taki sam opis nazwy oferowanego produktu – „SQART WORKSTATION- NOWY STYL”. W związku z powyższym Zamawiający dysponując tyloma informacjami nie powinien mieć problemu z dojściem do wniosku, że przedmiotowa omyłka to nic innego jak inna omyłka, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp i dokonać jej poprawienia. Ewentualnie w celu rozwiania wątpliwości zgodnie z art. 223 ust. 1 powinien zażądać złożenia stosownych wyjaśnień w tym aspekcie i wtedy dokonać poprawy innej omyłki.

Nie mamy do czynienia z niezgodnością, która jest zasadnicza, czy nieusuwalna. Poprawa omyłki nie stanowiłaby wytworzenia nowego oświadczenia, odmiennego od złożonego przez Odwołującego w stopniu nakazującym uznać, że Odwołujący nie złożyłby takiego oświadczenia, gdyż nie odzwierciedla ono jego intencji wyrażonych w poddawanej poprawie ofercie. W przedmiotowej sytuacji jest wręcz przeciwnie, czego odzwierciedleniem jest tok rozumowania Wykonawcy przy uzupełnianiu formularza cenowego.

Końcowo Odwołujący wskazał, że problemy związane z uzupełnieniem formularza cenowego wynikają z błędu leżącego po stronie Zamawiającego. W takiej sytuacji Zamawiający nie powinien rozstrzygać tych wątpliwości na niekorzyść Odwołującego. „

W związku z powyższymi naruszeniami Zamawiający dokonał wadliwego wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez ATG Sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Bydgoszczy czym dokonano naruszenia przepisów Pzp. Gdyby zgodnie z przepisami Pzp Zamawiający dokonał poprawy innej omyłki w ofercie Odwołującego, to właśnie jego oferta zostałaby uznana jako najkorzystniejsza w związku z najniższą ceną i zaoferowaniem terminu dostawy do 60 dni co dawało maksymalną ilość pkt w drugim kryterium oceny ofert.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie w całości. Podtrzymał stanowisko, że oferta Odwołującego jako niezgodna z SWZ została prawidłowo odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp. Wskazał ponadto, że w sprawie nie zachodziły przesłanki do zastosowania art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron zaprezentowane ustnie do protokołu rozprawy, a także złożone dowody ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania wynikający z art. 505 Pzp.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała sprawę na rozprawę.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawcę ATG Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Bydgoszczy zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Sygn. akt KIO 2835/22

Izba postanowiła nie dopuścić do udziału w postępowaniu wykonawcy Tronus Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie stwierdzając, że zgłoszone przystąpienie nie jest skuteczne. Wskazać należy, że zgodnie z art. 525 ust. 1 Pzp wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Wykonawca Tronus zgłaszając przystąpienie do postępowania odwoławczego nie wskazał strony postępowania do której przystępuje, a zatem nie uczynił zadość przesłankom wskazanym w ww. przepisie warunkującym skuteczność przystąpienia.

Izba ustaliła:

Zamawiający w załączniku nr 7a (opis przedmiotu zamówienia) oraz 11a do SWZ wymagał, aby wykonawcy w odniesieniu do lokalizacji „Książnica Kopernikańska” wycenili w pozycji określonej jako „S3”:

- *"Biuurko prostokątne na 4 nogach o wymiarach: szerokość 1400mm, głębokość 600mm, wysokość 720-740mm. Blat: wykonany z płyty obustronnie melaminowana o klasie higieniczności E1, grubości 25 - 28 mm, oklejonej obrzeżem ABS grubości 2-3 mm, w kolorze blatu. Rama: mocowana do blatu za pomocą śrub wkręcanych w metalowe mufy. Rama stalowa lub aluminiowa o szerokości dopasowanej do szerokości biurka i głębokości pomiędzy 350-450mm umożliwiające zainstalowanie pojemnych kanałów kablowych, mieszczących min. 2 przedłużacze i wiązkę kabli. W celu zwiększenia komfortu użytkownika, rama powinna być przesunięta w stronę krawędzi przeciwległej do użytkownika i mocowanie powinno się rozpoczynać max. 150mm od krawędzi przeciwległej dla użytkownika. Rama prostokątna, spawana, wykonana z profili zamkniętych o przekroju min. 50x25mm i grubości ścianki min. 2mm. Maskownica ID do biurka, kolor blatu BIAŁY, nogi chrom"* (dalej: „S3 biurko”)

- *"Podstawa: 4 nogi stalowe lub aluminiowe, wykonane z profili zamkniętych o przekroju min. 50x25mm i grubości ścianki min. 2mm, usytuowane w narożach blatu. Nogi wyposażone w stopki min. fi 25mm, pozwalające na regulację poziomu nie mniejszą niż 15mm. Nogi powinny być montowane do ramy na zasadzie „metal-metal”. Kolorystyka: płyta meblowa BIAŁA Podstawa nogi kolor chrom".* (dalej: „ S3 podstawa”).

Izba ustaliła, że pozycje te w odniesieniu do ww. lokalizacji zostały rozbite na dwie pozycje zarówno w opisie przedmiotu zamówienia (załącznik nr 7a do SWZ) oraz w formularzu cenowym (załącznik nr 11a do SWZ).

Izba ustaliła również, że w złożonym wraz z ofertą załączniku nr 11a Odwołujący w pozycji S3 podstawa dokonał modyfikacji formularza cenowego poprzez usunięcie zapisów kolumn w zakresie wymaganych ilości, cen, nazwy oferowanego produktu, oraz że nie wycenił powyższej pozycji. W załączniku nr 11a w zakresie pozycji S3 dotyczącej lokalizacji nr 2 „Książnica Kopernikańska” Odwołujący wycenił tylko pozycję dot. S3 biurko.

Izba zważyła:

Zgodnie z art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp Zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty - niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. Podkreślić należy, że pierwszym warunkiem umożliwiającym dokonanie poprawy jest stwierdzenie, że niezgodność oferty z wymaganiami Zamawiającego nastąpiła w sposób niezamierzony przez wykonawcę. Ze stanu faktycznego sprawy wynika natomiast, że Odwołujący samodzielnie, z pełną świadomością i w sposób zamierzony dokonał modyfikacji załącznika nr 11a do SWZ poprzez usunięcie zapisów dotyczących pozycji S3 podstawa co do ilości, ceny oraz nazwy oferowanego produktu. Powyższe w ocenie Izby potwierdza, że w sprawie nie wystąpiła żadna omyłka podlegająca poprawie, gdyż sposób wypełnienia załącznika 11a był celowym działaniem Odwołującego. Natomiast zakres art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp dotyczy tylko takich nieprawidłowości w ofertach wykonawców, które nie wynikają ze świadomego i celowego działania, gdyż uznanie niezgodności treści oferty z SWZ za omyłkę stanowi wyjątek od ogólnej zasady, że obowiązkiem wykonawcy jest szczegółowe zapoznanie się z treścią SWZ, w tym również z ewentualnymi zmianami czy wyjaśnieniami jej treści. Ponadto wskazać należy, że 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 miałaby być zmiana ceny oferty, nie stanowi okoliczności uniemożliwiających dokonanie poprawy na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 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 mielibyśmy do czynienia, gdyby Zamawiający dokonał poprawy załącznika nr 11a do SWZ. Ingerencja Zamawiającego wiązałaby się bowiem z koniecznością uzupełnienia oferty o dane, które pierwotnie nie

wynikały z jej treści, poprzez podanie informacji, które pozwalały na konkretyzację pozycji S3 podstawa i w konsekwencji ustalenie, co wykonawca zamierza dostarczyć w ramach zawartej z Zamawiającym umowy. Izba stwierdziła również, że na podstawie złożonej oferty nie sposób wywnioskować również jaka cena miałyby zostać wpisana do pozycji S3 podstawa, co z kolei wiązałoby się z koniecznością przeprowadzenia przez Zamawiającego negocjacji dotyczącej tej pozycji, które są niedopuszczalne.

W konsekwencji Izba stwierdziła, że Odwołujący w sposób świadomy złożył ofertę niezgodną z SWZ i wymaganiami Zamawiającego wynikającymi z dokumentacji postępowania w tym załącznika nr 7a oraz 11a do SWZ. Podkreślić należy, że Odwołujący nie miał żadnych podstaw aby na etapie składania oferty samodzielnie dokonać modyfikacji załącznika 11a do SWZ, co wynikało z jego subiektywnego przekonania, że Zamawiający popełnił omyłkę przy formułowaniu ww. załączników. Zauważyć należy, że Odwołujący mógł w odpowiednim czasie zwrócić się do Zamawiającego albo o modyfikację ww. pozycji załącznika nr 11a do SWZ, albo o udzielenie wyjaśnień jeżeli w jego ocenie ta pozycja była nieczytelna lub źle sformułowana. Takich czynności Odwołujący jednak nie dokonał. W konsekwencji brak działania Odwołującego w zakresie kwestionowanych pozycji załącznika 11a oraz 7a do SWZ spowodował, że postanowienia te stały się wiążące.

Uwzględniając powyższe, Izba stwierdziła, że w niniejszym stanie faktycznym nie wystąpiła omyłka o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp, a więc brak było możliwości dokonania przez Zamawiającego poprawienia pozycji S3 podstawa. Stwierdzone w tym zakresie braki słusznie zostały zakwalifikowane przez Zamawiającego jako niezgodność oferty z warunkami zamówienia, co prawidłowo skutkowało odrzuceniem oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp. Powyższe ustalenia przyczyniły się do oddalenia zarzutów odwołania, jako niezasadnych.

Izba za spóźniony uznała zarzut dotyczący naruszenia art. 16 pkt 2 w zw. z art. 99 ust. 1 Pzp. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu przygotowanie opisu w sposób niejednoznaczny bez dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń przejawiających się w rozbieżnościach pomiędzy załącznikami (Załącznik nr 7a - Załącznik nr 11a), rozbieżności w samych załącznikach, w zakresie oznaczenia odmiennych asortymentów symbolem „S3” oraz braku istotnych parametrów dla podstawy wydzielonej do osobnego wiersza w załączniku nr 7a, w przypadku gdyby próbować oceniać ją w oderwaniu od reszty biurka oznaczonego symbolem „S3”. Wskazać należy, że jedynym z warunków formalnych, od których uzależnione jest merytoryczne rozpoznanie odwołania przez Izbę, jest wniesienie go w określonym w Pzp terminie. Zgodnie z wyrażoną w art. 515 ust. 2 pkt 1 Pzp zasadą, odwołanie wobec treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia

Sygn. akt KIO 2835/22

lub konkurs lub wobec treści dokumentów zamówienia wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia dokumentów zamówienia na stronie internetowej, w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne. Termin na wniesienie odwołania jest terminem zawitym, niepodlegającym przywróceniu, a uchybienie temu terminowi powoduje wygaśnięcie prawa do skorzystania ze środka ochrony prawnej. W świetle omawianej regulacji, dziesięciodniowy termin na wniesienie odwołania wobec treści dokumentów zamówienia należy liczyć od dnia publikacji ogłoszenia lub zamieszczenia dokumentów na stronie internetowej. W rozpoznawanym stanie faktycznym publikacja ogłoszenia miała miejsce w dniu 9 sierpnia 2022r., a więc Odwołującemu przysługiwało prawo wniesienia odwołania wobec treści załącznika nr 11a do SWZ do dnia 19 sierpnia 2022r. W konsekwencji zaskarżenie na obecnym etapie postępowania opisu przedmiotu zamówienia jest działaniem spóźnionym, skutkującym koniecznością odrzucenia odwołania w tym zakresie.

Mając powyższe na względzie orzeczono jak w sentencji.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 Pzp.

Przewodniczący: