

Sygn. akt: KIO 2339/21

WYROK

z dnia 30 sierpnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Osiecka

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 sierpnia 2021 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 sierpnia 2021 r. przez wykonawcę **Spoleczne Przedsiębiorstwo Usługowe Spółdzielnia Socjalna z siedzibą w Kostrzynie nad Odrą**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - **Ośrodek Rozwoju Polskiej Edukacji za Granicą z siedzibą w Warszawie**

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy QLINK Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz w zakresie zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Prawo zamówień Publicznych i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawcy QLINK Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.**
- 2. W pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala.**
- 3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego - Ośrodek Rozwoju Polskiej Edukacji za Granicą z siedzibą w Warszawie w części 1/2 oraz wykonawcę Spoleczne Przedsiębiorstwo Usługowe Spółdzielnia Socjalna z siedzibą w Kostrzynie nad Odrą w części 1/2 i:**

- 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty poniesione przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
- 3.2. zasądza od zamawiającego - **Ośrodek Rozwoju Polskiej Edukacji za Granicą z siedzibą w Warszawie** na rzecz wykonawcy - **Społeczne Przedsiębiorstwo Usługowe Spółdzielnia Socjalna z siedzibą w Kostrzynie nad Odrą** kwotę **6 144 zł 68 gr** (słownie: sześć tysięcy sto czterdzieści cztery złote sześćdziesiąt osiem groszy), stanowiącą 1/2 część kosztów postępowania odwoławczego, poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika, opłaty skarbowej oraz kosztów dojazdu.

Stosownie do art. 579 i art. 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) 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

Ośrodek Rozwoju Polskiej Edukacji za Granicą z siedzibą w Warszawie, dalej „Zamawiający”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym pn. *Świadczenie usługi magazynowania, konfekcjonowania, pakowania oraz dostarczania przesyłek krajowych i zagranicznych na rzecz Ośrodka Rozwoju Polskiej Edukacji za Granicą z siedzibą w Warszawie*. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129), dalej „ustawa Pzp”.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 1 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 22 czerwca 2021 r. pod numerem 2021/BZP 00089932.

W dniu 2 sierpnia 2021 r. wykonawca Społeczne Przedsiębiorstwo Usługowe Spółdzielnia Socjalna z siedzibą w Kostrzynie nad Odrą, dalej „Odwołujący”, wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez nieuprawnione uznanie, że treść oferty nie spełnia warunków zamówienia, tj. odrzucenie oferty Odwołującego,
2. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy QLINK sp. z o.o. i wybór jego oferty jako najkorzystniejszej, w związku z niedopuszczalnym zastosowaniem art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp,
3. art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp przez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania równego traktowania wykonawców i stosowanie odmiennych zasad podczas badania i oceny złożonych ofert względem wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia,
4. art. 18 ust. 1 i 3 w zw. z art. 74 ustawy Pzp przez odmowę udostępnienia załączników do protokołu, stanowiących dokumenty podmiotowe wykonawcy w postaci wykazu wykonanych usług oraz potwierdzeń należytej realizacji wymienionych w nim usług.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, powtórzenia czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego oraz odrzucenia oferty wykonawcy QLINK sp. z o.o.

Do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie nie przystąpił żaden wykonawca.

Zamawiający pismem z dnia 24 sierpnia 2021 r. złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie w części.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania, w szczególności z: protokołu postępowania o udzielenie zamówienia, ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ofert wykonawców, informacji Zamawiającego o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz odrzuceniu oferty Odwołującego. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie, a także oświadczenia i stanowiska stron wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 25 sierpnia 2021 r.

Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności.

Dalej, Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Następnie, Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności 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. 554 ust. 1 ustawy Pzp, rozpoznawane odwołanie zasługiwało na uwzględnienie w części.

Izba stwierdziła, że niezasadny jest zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Odwołujący podnosił, że Zamawiający błędnie odrzucił jego ofertę uznając, że brak możliwości odbycia wizyty referencyjnej w magazynie wskazanym w ofercie uniemożliwia dokonanie oceny czy oferta spełnia wymagania

Zmawiającego. Odwołujący podnosił, że sama informacja o adresie magazynu jest pomocnicza i marginalna.

Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą *Świadczenie usługi magazynowania, konfekcjonowania, pakowania oraz dostarczania przesyłek krajowych i zagranicznych na rzecz Ośrodka Rozwoju Polskiej Edukacji za Granicą z siedzibą w Warszawie*. Szczegółowe wymagania dotyczące magazynu określone zostały w załączniku nr 7 do wzoru umowy, który stanowi załącznik nr 8 do SWZ. Szczegółowe wymagania dotyczące sposobu świadczenia usługi określone zostały we wzorze umowy, w szczególności w załącznikach nr 1-7 do wzoru umowy.

Zgodnie z Rozdziałem I.1 pkt 4 specyfikacji warunków zamówienia, dalej „SWZ”, *W celu zweryfikowania czy magazyn zaoferowany przez Wykonawcę, którego oferta zostanie najwyżej oceniona według kryterium oceny ofert, spełnia wymagania opisu przedmiotu zamówienia, Zamawiający zastrzega sobie możliwość aby przed wyborem najkorzystniejszej oferty, przeprowadzić wizyty referencyjne w magazynie. Zamawiający zastrzega sobie możliwość odstąpienia od przeprowadzenia wizyty referencyjnej. W trakcie wizyt referencyjnych sprawdzone zostanie, czy magazyn wskazany przez danego Wykonawcę spełnia wymagania zawarte w opisie przedmiotu zamówienia, określone w niniejszej SWZ. W trakcie wizyty referencyjnej Zamawiający zastrzega sobie możliwość weryfikacji dowolnie wybranych przez siebie wymagań określonych w SWZ. Termin przeprowadzenia wizyty referencyjnej we wskazanym magazynie zostanie uzgodniony z Wykonawcą. Wykonawca jest zobowiązany umożliwić przeprowadzenie wizyty referencyjnej w uzgodnionym z Zamawiającym terminie, jednakże nie później niż w ciągu 2 dni roboczych od dnia zaproponowanego przez Zamawiającego. Uzgodniony termin wizyty referencyjnej zostanie potwierdzony przez strony poprzez e-mail. Zamawiający zastrzega sobie możliwość przeprowadzenia wizyty referencyjnej w innym terminie. Wizyty referencyjne odbywać się będą w dni robocze (od poniedziałku do piątku w godz. 9:00 — 15:00). W przypadku gdy Wykonawca nie umożliwi Zamawiającemu przeprowadzenia Wizyty referencyjnej lub nie uzgodni z Zamawiającym terminu wizyty referencyjnej, oferta takiego Wykonawcy zostanie odrzucona. Przedstawiciel Wykonawcy zobowiązany jest uczestniczyć w wizycie referencyjnej przeprowadzanej przez Zamawiającego. W trakcie wizyty referencyjnej sporządzony zostanie protokół, którego wzór stanowi załącznik nr 9 do niniejszej SWZ. Na żądanie przedstawicieli Zamawiającego uczestniczących w wizycie referencyjnej przedstawiciel Wykonawcy zobowiązany jest potwierdzić własnym podpisem prawdziwość informacji zawartych w protokole. W przypadku gdy w trakcie wizyty referencyjnej okaże się, że magazyn zaoferowany przez Wykonawcę nie spełnia, któregośkolwiek z wymagań, zawartych w niniejszej SWZ, oferta takiego Wykonawcy zostanie odrzucona jako niezgodna*

warunkami zamówienia. W takim przypadku Zamawiający zastrzega sobie prawo do przeprowadzenia wizyty referencyjnej w magazynie, zaoferowanym przez Wykonawcę, którego oferta zostanie sklasyfikowana, jako kolejna najwyżej oceniona według kryterium oceny ofert określonego w niniejszej SWZ. Zamawiający zastrzega sobie prawo do zastosowania wskazanych powyżej zasad także w przypadku stwierdzenia, że kolejne z najwyżej ocenionych ofert są niezgodne z treścią niniejszej SWZ.

W dniu 6 lipca 2021 r. na pytanie nr 21 wykonawcy *Czy Zamawiający wyraża zgodę na zmianę lokalizacji magazynu*, Zamawiający udzielił negatywnej odpowiedzi, tj. *Zamawiający nie wyraża zgody.*

W formularzu ofertowym Zamawiający wymagał wskazania informacji na temat dokładnego adresu, w którym wykonawca oferuje świadczenie usługi objętej przedmiotem zamówienia poprzez wypełnienie i wskazanie dokładnego adresu magazynu. Odwołujący podał magazyn zlokalizowany w Warszawie przy ul. Posag 7 Panien.

12 lipca 2021 r. Zamawiający podjął działania zmierzające do ustalenia terminu wizyty referencyjnej w magazynie wskazanym w ofercie Odwołującego i zaproponował przeprowadzenie wizyty referencyjnej 14 lub 15 lipca 2021 r. Odwołujący nie potwierdził możliwości wizyty w zaproponowanym terminie. Następnie strony ustaliły termin wizyty na dzień 16 lipca 2021 r. godz. 13:00. Odwołujący potwierdzając termin wizyty referencyjnej wskazał, że jest ona możliwa w innym niż podany w ofercie magazynie zlokalizowanym pod adresem Dziekanów Polski, ul. Kolejowa 25A. W trakcie dalszych ustaleń Odwołujący podtrzymał stanowisko w sprawie braku możliwości przeprowadzenia wizyty referencyjnej w magazynie wskazanym w ofercie, podnosząc jednocześnie, że magazyn wskazany w ofercie wykorzystany będzie na inne cele. Zamawiający zwrócił się do Odwołującego z wezwaniem do umożliwienia odbycia wizyty referencyjnej w magazynie podanym w ofercie w terminie określony w SWZ tj. w ciągu dwóch dni roboczych od dnia zaproponowanego przez Zamawiającego, tj. w dniach 16 lub 19 lipca 2021 r. Wykonawca pomimo wezwania nie wskazał terminu, w którym możliwe by było odbycie wizyty referencyjnej w magazynie podanym w ofercie.

Zamawiający w dniu 28 lipca 2021 r. dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucił ofertę Odwołującego wskazując, że *zmiana lokalizacji magazynu stanowiłaby zmianę treści oferty, co jest niedopuszczalne w świetle art. 223 ust. 1 ustawy (...) Zaakceptowanie przez Zamawiającego takiej zmiany umożliwiłoby Wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, który poznał treść oferty konkurencji, na swobodne kształtowanie treści oferty w sposób dla niego korzystniejszy, co stanowiłoby złamanie jednej z podstawowych zasad udzielania zamówienia publicznego określonej w art. 16 ustawy, tj.*

zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców. W zaistniałej sytuacji ewentualna zmiana adresu magazynu stanowiłaby niedopuszczalną zmianę treści oferty w rozumieniu art. 223 ust. 1 ustawy. W związku z powyższym w związku z uniemożliwieniem Zamawiającemu odbycia wizyty referencyjnej w magazynie wskazanym w ofercie ziściła się przesłanka odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy.

W pierwszej kolejności, należy wskazać, że art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp jest następcą prawnym art. 89 ust. 1 pkt 2 poprzednio obowiązującej ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) Oba przepisy regulują ten sam zakres przedmiotowy, różnią się jedynie nazewnictwem, na co wskazywała już Izba w wyroku o sygn. akt KIO 1995/21, podnosząc, że tożsamość obu norm powoduje aktualność myśli orzeczniczej wypracowanej pod rządami poprzedniej ustawy. Treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, czyli aktualnie warunków zamówienia, to przede wszystkim zawarty w opisie przedmiotu zamówienia katalog potrzeb i wymagań zamawiającego, które mają być zaspokojone w wyniku postępowania przez zawarcie i zrealizowanie z należytą starannością umowy. Treść oferty to jednostronne zobowiązanie wykonawcy do wykonania oznaczonego świadczenia, które zostanie zrealizowane na rzecz zamawiającego, jeśli oferta złożona przez wykonawcę zostanie uznana za najkorzystniejszą i zostanie z nim zawarta umowa.

Rzeczona niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia musi mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny, dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w warunkach zamówienia oraz zobowiązania oferowanego w ofercie, tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami warunków zamówienia. Możliwe być winno także wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega, co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi i ustalonymi fragmentami czy normami warunków zamówienia.

Nadto, uwzględniając art. 218 ust. 2 ustawy Pzp, treść oferty musi być zgodna z wymaganiami zamawiającego określonymi w dokumentach zamówienia. Wycofanie oferty jest dopuszczalne wyłącznie na etapie poprzedzającym składanie ofert, zgodnie z art. 219 ust. 2 ustawy Pzp. Dodatkowo, zgodnie z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, poza wyjaśnianiem treści oferty na wezwanie Zamawiającego nie są dopuszczalne zmiany oferty. Jediną możliwością korekty oferty wykonawcy jest art. 223 ust. 2 ustawy Pzp, jednak pod pewnymi warunkami. Jak podkreśla orzecznictwo Izby i Trybunału Sprawiedliwości UE zasady równego traktowania i niedyskryminacji oraz obowiązek przejrzystości stoją na przeszkodzie negocjacom między zamawiającym a oferentem w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Co do zasady oferta nie może być modyfikowana po jej złożeniu,

ani z inicjatywy zamawiającego ani oferenta (wyrok TSUE z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14, wyrok z dnia 11 maja 2017 r. w sprawie C-131/16).

Na uwagę zasługuje również fakt, że wyjaśnienie, udzielone przez Zamawiającego w odpowiedzi na pytanie z 6 lipca 2021 r., zostało zamieszczone na stronie internetowej i stało się integralną częścią SWZ oraz na równi z jej pozostałymi postanowieniami obowiązywało wszystkich wykonawców. Zamawiający, prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia, winien przestrzegać naczelnych zasad postępowania o udzielenie zamówienia, a zwłaszcza zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, wynikającej z art. 16 ustawy Pzp. Przejawia się ona również w tym, że wykonawca ma prawo działać w zaufaniu do udzielanych mu odpowiedzi, traktować je jako wykładnię autentyczną i oczekiwać, że zastosowanie się do nich będzie wiążące dla wszystkich wykonawców.

W okolicznościach sporu Izba stwierdziła, że postanowienie Rozdziału I.1 pkt 4 SWZ, będące podstawą odrzucenia oferty Odwołującego jest jednoznaczne, a zmiana miejsca lokalizacji magazynu po upływie terminu na składanie ofert jest niedopuszczalna. W tej sytuacji Izba stwierdziła, że oferta Odwołującego jest niezgodna z warunkami zamówienia, z uwzględnieniem odpowiedzi na pytanie dotyczące możliwości zmiany lokalizacji magazynu. Tym samym zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez bezprawne odrzucenie oferty Odwołującego należy uznać za bezzasadny. Izba nie podzieliła argumentacji Odwołującego, że informacja o adresie magazynu była pomocnicza, czy też marginalna, przeczą temu postanowienia SWZ, które określają szczegółowe wymagania dotyczące magazynu. Dodatkowo, należy podkreślić, że o kształcie zobowiązania wykonawcy decydują szczegóły jego oferty, nie zaś ogólne zapewnienia dotyczące jej treści. Ogólnikowe sformułowania mogą mieć znaczenia jedynie w sytuacjach, w których zamawiający nie precyzuje pewnych kwestii, co nie miało miejsca w rozpoznawanej sprawie.

Nie sposób również zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego jakoby uznano, że Zamawiający odstąpił od weryfikacji magazynu. Zamawiający w dniach 14-19 lipca 2021 r. był w gotowości do przeprowadzenia wizyty w magazynie podanym przez Odwołującego, jednakże takiej zgody od wykonawcy nie uzyskał. Powyższe potwierdza korespondencja prowadzona z Odwołującym, który oświadczył, że nie miał możliwości zrealizowania zamówienia w magazynie wskazanym w ofercie. Biorąc pod uwagę powyższe, w szczególności uniemożliwienie Zamawiającemu odbycia wizyty referencyjnej w magazynie wskazanym w ofercie oraz treść Rozdziału I.1 pkt 4 SWZ, ziszcza się przesłanka odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy.

Izba uznała natomiast za zasadny zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy QLINK sp. z o.o. i wybór jego oferty jako

najkorzystniejszej, w związku z bezpodstawnym zastosowaniem art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że zgodnie z pkt 9 lit. c) załącznika nr 2 do projektowanych postanowień umowy paczki międzynarodowe poza Europą miały być dostarczane *nie później niż w ciągu 7 dni roboczych*. W formularzu ofertowym należało wskazać liczbę dni, tj. *czas dostawy w dniach roboczych (dzień nadania jest dniem 0)*. Wykonawca QLINK sp. z o.o., w pozycji nr 19, tj. Kuwejt, wpisał 9 dni. Następnie Zamawiający, pismem z 9 lipca 2021 r. poinformował wykonawcę QLINK sp. z o.o. o poprawieniu jego oferty na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, zmieniając 9 dni na 7 dni w zakresie przesyłek dla Kuwejtu.

Stosownie do art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy 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. Zatem, zanim zamawiający podejmie decyzję o odrzuceniu oferty jako niezgodnej z warunkami zamówienia, zobowiązany jest wszechstronnie ją zbadać bacząc, by wyjaśnić w trybie opisanym w art. 223 ust. 1 ustawy Pzp stwierdzone nieścisłości i dokonać poprawy omyłek zgodnie z dyrektywami wyrażonymi w art. 223 ust. 2 pkt 1 - 3. Dopiero wyczerpanie tej procedury uprawnia zamawiającego do ustalenia, że treść oferty nie odpowiada warunkom zamówienia, a w konsekwencji odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Granice dopuszczalnej ingerencji zamawiającego w treść oferty zakreśla art. 223 ust. 2 pkt 1 - 3 opisujący zasady rządzące poprawianiem omyłek.

Przenosząc powyższe rozważania na stan faktyczny niniejszej sprawy należy wskazać, że warunkiem skutecznej poprawy omyłki w ofercie jest okoliczność, że dokonana poprawa nie może prowadzić do istotnej zmiany treści oferty. Ponadto, aby dokonać poprawienia innej omyłki w rozumieniu ww. przepisu, Zamawiający musi mieć wiedzę w jaki sposób omyłkę poprawić, a wiedza ta musi wynikać z warunków zamówienia oraz z treści oferty wykonawcy. Istota omyłki polega na tym, że jej zauważenie i uznanie, że dana treść została błędnie wpisana, możliwe jest bez konieczności występowania do wykonawcy o informacje w tym zakresie. Ponadto musi istnieć wyłącznie jeden możliwy do samodzielnego ustalenia przez Zamawiającego sposób poprawienia oferty.

W rozpoznawanej sprawie wskazane wyżej warunki umożliwiające poprawienie oferty wykonawcy nie zaistniały. Termin dostawy przesyłek do Kuwejtu został wskazany przez wykonawcę QLINK sp. z o.o. jako 9 dni i był wyższy niż wymagał tego Zamawiający (nie później niż w ciągu 7 dni roboczych). Ewentualne poprawienie oferty wykonawcy nie mogłoby polegać wyłącznie na prostym wskazaniu 7 dni. Podkreślić bowiem należy, że czas ten nie miał stanowić dokładnie 7 dni, ale miał nie przekraczać 7 dni. Oznacza to, że mógł to

być czas z zakresu 1-7 dni, a zatem Zamawiający, aby dokonać stosownej poprawy, musiałby uzyskać informację od wykonawcy co do konkretnej liczby dni, na podstawie której miałby dokonać takiej zmiany. Uzyskanie zaś tego rodzaju wyjaśnień wykracza poza art. 223 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp, zgodnie z którym niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Poprawienie oferty wykonawcy po uprzednim złożeniu wyjaśnień doprowadziłoby do istotnych zmian w jego ofercie.

Tym samym Izba uznała, że Zamawiający, dokonując poprawy oferty wykonawcy QLINK sp. z o.o. naruszył przepisy ustawy Pzp.

W konsekwencji zmaterializował się zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp przez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania równego traktowania wykonawców i stosowanie odmiennych zasad podczas badania i oceny złożonych ofert względem wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. Z jednej strony Zamawiający odrzucił prawidłowo ofertę Odwołującego, z drugiej strony w sposób nieuprawniony poprawił termin doręczenia paczki w ofercie wykonawcy QLINK sp. z o.o.

Nie potwierdził się natomiast zarzut naruszenia art. 18 ust. 1 i 3 w zw. z art. 74 ustawy Pzp przez odmowę udostępnienia załączników do protokołu, stanowiących dokumenty podmiotowe wykonawcy w postaci wykazu wykonanych usług oraz potwierdzeń należytej realizacji wymienionych w nim usług. Odwołujący podnosił, że mimo złożonych wniosków: 8, 28, 31 lipca oraz 2 sierpnia 2021 r. Zamawiający nie udostępnił wykazu usług przedłożonego przez QLINK sp. z o.o. oraz referencji. Izba ustaliła, że Zamawiający w dniu 29 lipca 2021 r. poinformował, że ww. dokumentów nie może udostępnić, gdyż ich odtajnienie nastąpiło 28 lipca 2021 r. i będą one jawne po upływie terminu na wniesienie odwołania na czynność odtajnienia. Dalej, Izba ustaliła, że 3 sierpnia 2021 r. Zamawiający przekazał Odwołującemu wnioskowane dokumenty.

Zgodnie z art. 18 ust. 1 i 3 ustawy Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2020 r. poz. 1913), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5. Stosownie do art. 74 ust. 1 ustawy Pzp protokół postępowania jest jawny i udostępniany

na wniosek. Art. 552 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego.

Mając na względzie treść ww. przepisów ustawy Pzp należy wskazać, co następuje. Po pierwsze, na moment wniesienia odwołania istniał substrat zaskarżenia – czynność zaniechania udostępnienia dokumentów. Po drugie, skoro Izba wydając orzeczenie zobowiązana jest uwzględnić stan rzeczy ustalony w toku postępowania, zatem zobowiązana jest również uwzględnić czynności Zamawiającego, które miały miejsce po wniesionym odwołaniu, do czasu zamknięcia rozprawy. W niniejszej sprawie Zamawiający udostępnił Odwołującemu wnioskowane dokumenty 3 sierpnia 2021 r. Tym samym czynność stanowiąca podstawę zarzutu przestała istnieć na moment zamknięcia rozprawy. Po trzecie, Odwołujący posiadał instrumenty prawne umożliwiające mu wniesienie odrębnego odwołania na czynności, które miały miejsce w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w tym niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę Qlink sp. z o.o., z czego nie skorzystał. Ponadto, należy podkreślić, iż czynność zamawiającego jest skuteczna po upływie terminu na wniesienie odwołania. Po czwarte, ustawa Pzp nie określa terminu, w którym powinno nastąpić udostępnienie protokołu. Zależy on wyłącznie od zamawiającego, chociaż udostępnienie co do zasady winno nastąpić niezwłocznie. Art. 74 ust. 2 ustawy Pzp przewiduje wyjątek od generalnej zasady, zgodnie z którą załączniki do protokołu zamawiający udostępnia dopiero po wyborze oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniu postępowania. Wyjątek ten dotyczy m.in. ofert wraz z załącznikami, których udostępnienie musi nastąpić niezwłocznie, nie później niż w terminie 3 dni. Izba ustaliła, że wykonawca QLINK sp. z o.o. nie załączył do oferty ani wykazu usług ani referencji. Oferta wykonawcy QLINK sp. z o.o. w terminie składania ofert zawierała jedynie formularz ofertowy oznaczony stronami od 1 do 4. Nie zawierała natomiast dokumentów oznaczonych stronami od 11 do 14. Dlatego też w odpowiedzi na wniosek Odwołującego z 8 lipca 2021 r. Zamawiający 9 lipca 2021 r. udostępnił Odwołującemu dokumenty, które posiadał, zaś wykaz usług oraz referencje zostały przekazane 3 sierpnia 2021 r.

Dalej, Izba wskazuje, że ewentualne niewykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez wykonawcę QLINK sp. z o.o. nie było objęte zarzutami odwołania, w związku z powyższym nie stanowiło przedmiotu rozpoznania przez Izbę. Z tego samego powodu Izba nie dopuściła i nie przeprowadziła dowodu z ekspertyzy kryminalistycznej z zakresu badań technicznych dokumentów.

W przedmiotowej sprawie rozpoznaniu podlegały cztery zasadnicze zarzuty. Mając na względzie fakt, że odwołanie zostało uwzględnione tylko w zakresie dwóch spośród czterech wzmiankowanych zarzutów, Izba uznała za zasadne podzielenie kosztów postępowania odwoławczego w proporcji 1/2 i 1/2, a w konsekwencji zasądzeniu od Zamawiającego na

rzeczą Odwołującego podlegała kwota 6 144 zł 68 gr, stanowiącą 1/2 część kosztów postępowania odwoławczego, poniesione z tytułu wpisu od odwołania (7 500 zł), wynagrodzenia pełnomocnika (3 600 zł), opłaty skarbowej (51 zł) oraz kosztów dojazdu (1 138,36 zł).

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: