

WYROK
z dnia 31 grudnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Monika Kawa-Ogorzałek
Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 grudnia 2020 r. w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 grudnia 2020 r. przez wykonawcę "MAK" Sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu, w postępowaniu prowadzonym przez Centrum Obsługi Kancelarii Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej, ul. Wiejska 10, 00-902 Warszawa,

przy udziale wykonawcy Marcova Sp. z o.o. s.k. z siedzibą w Warszawie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów numer 1, 3 oraz 5 odwołania w związku z wycofaniem ich przez Odwołującego,
2. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej ponowną ocenę i badanie ofert w tym odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę Marcova Sp. z o.o. s.k. z siedzibą w Warszawie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych,
3. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Marcova Sp. z o.o. s.k. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego sprzeciw i:
 - 3.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę "MAK" Sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu tytułem wpisu od odwołania,
 - 3.2. zasądza od wykonawcy Marcova Sp. z o.o. s.k. z siedzibą w Warszawie na rzecz wykonawcy "MAK" Sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu kwotę 18 600 zł 00 gr. (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,
 - 3.3. zasądza od wykonawcy Marcova Sp. z o.o. s.k. z siedzibą w Warszawie na rzecz Zamawiającego: Centrum Obsługi Kancelarii Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej, ul.

Sygn. akt KIO 3221/20

Wiejska 10, 00-902 Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr. (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający - Centrum Obsługi Kancelarii Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej w Warszawie prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.; dalej „Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. *„Zakup wraz z sukcesywną dostawą materiałów eksploatacyjnych do drukarek, urządzeń wielofunkcyjnych, kserokopiarek i faksów – na okres 30 miesięcy (urządzenia na gwarancji)”*.

Odwołujący - MAK sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu w dniu 7 grudnia 2020r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp oraz art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp – poprzez zaniechanie poprawienia w ofercie Odwołującego innych omyłek polegających na niezgodności oferty Odwołującego ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ), niepowodujących istotnych zmian w treści oferty, jak również zaniechanie poprawienia tych omyłek jako omyłek pisarskich;

2) art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp – poprzez nieuprawnione dokonanie poprawy w ofercie Marcova Sp. z o. o. Sp. k. (dalej: „Marcova”) błędów zakwalifikowanych przez Zamawiającego, jako inne omyłki polegające na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, przy równoczesnym uznaniu, że podobne omyłki w ofercie Odwołującego nie podlegają poprawie na podstawie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp – co stanowi rażące naruszenie zasady równego traktowania wykonawców;

3) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp – poprzez błędne przyjęcie, że treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ i w konsekwencji bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego;

4) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp – poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Marcova, który w swojej ofercie zaoferował produkty nieodpowiadające treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, przy równoczesnym odrzuceniu oferty Odwołującego z tej przyczyny – co stanowi rażące naruszenie zasady równego traktowania wykonawców;

5) art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 3 Pzp – poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, pomimo, że po prawidłowym poprawieniu omyłek oferta Odwołującego byłaby ofertą najkorzystniejszą.

W oparciu o tak przedstawione zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty Marcova jako najkorzystniejszej;
- unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;

Sygn. akt KIO 3221/20

- dokonania ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego w taki sposób, że omyłki w pozycjach 97 oraz 102 formularza cenowego oferty Odwołującego zostaną poprawione przez Zamawiającego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp – jako inne omyłki;

- względnie, w przypadku oddalenia odwołania w zakresie odrzucenia oferty Odwołującego, nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty Marcova, jako najkorzystniejszej oraz odrzucenia tej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, jako nieodpowiadającej treści SIWZ.

Uzasadniając zarzuty dotyczące naruszenia przepisu art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp oraz art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, a także naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp Odwołujący wskazał, że Zamawiający pismem z dnia 30 września 2020 r. wezwał go, działając na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp, do udzielenia wyjaśnień dotyczących pozycji 102 w formularzu cenowym, w którym Zamawiający wymagał taśmy kolorowej Magicard YMCKO na 300 wydruków do drukarki Magicard 300. Zamawiający wskazał, że w pozycji 102 Odwołujący zaoferował produkt MAGICARD/XX300YMCKO/300 wydruków, który w ocenie Zamawiającego nie pasuje do urządzenia przez niego wskazanego, ponieważ jest to taśma dedykowana do drukarek Magicard Pronto, Enduro i Rio Pro.

Odwołujący wyjaśnił, że w odpowiedzi na powyższe wezwanie, pismem z dnia 7 października 2020 r., złożył wyjaśnienia z których wynikało, że w pozycji 102 formularza ofertowego został wyceniony poprawny materiał pasujący do wskazanego urządzenia, tzn. drukarki Magicard 300. Odwołujący wskazał, że w tej pozycji został wpisany symbol materiału XX300YMCKO zamiast MC300YMCKO/S, co stanowi oczywistą omyłkę pisarską, powstałą podczas przepisywania kodów z katalogu. Odwołujący podkreślił także, że do wskazanego przez Zamawiającego modelu pasuje tylko jedna taśma kolorowa na 300 wydruków, więc Odwołujący po prostu nie mógł zaoferować innej.

Kolejno Odwołujący wskazał, że pismem z dnia 2 listopada 2020 r. Zamawiający ponownie wezwał go na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp, do udzielenia wyjaśnień w zakresie pozycji 97 formularza cenowego, wskazując, że wymagał pojemnika na zużyty toner Develop ineo +250i, natomiast w pozycji 97 Odwołujący zaoferował produkt DEVELOP/406511 o symbolu wskazującym na producenta Konica-Minolta. Zamawiający wskazał, że w jego ocenie Odwołujący zaoferował produkt niezgodny z wymaganiami i zapisami SIWZ, również dlatego, że ww. produkt jest wycofany z produkcji i nie jest już dostępny.

W odpowiedzi na powyższe pismo Odwołujący, w dniu 6 listopada 2020 r., złożył wyjaśnienia wskazując, że podany błędny kod wynika z oczywistej omyłki pisarskiej i potwierdził, że dostarczy pojemnik na zużyty toner o symbolu AAVAWY1 w cenie podanej w

formularzu ofertowym, który jest w pełni kompatybilny z urządzeniem Develop ineo +250i, a także jest aktualnie produkowany i nie został wycofany z rynku.

Zamawiający nie uznał wyjaśnień Odwołującego i pismem z dnia 26 listopada 2020 r. odrzucił jego ofertę, uznając niezgodności oferty Odwołującego z SIWZ za jednoznaczne i oczywiste oraz stwierdzając również, że charakter owych niezgodności wyklucza możliwość uznania ich za omyłki i zastosowania dyspozycji wynikających z przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Zamawiający próbował zakwalifikować wskazane niezgodności z zastosowaniem przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, dotyczącego tzw. innych omyłek.

Odwołujący podkreślił, że w jego ocenie omyłki powstałe przy tworzeniu formularza cenowego stanowią omyłki pisarskie. Zauważył, że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej omyłki pisarskie to omyłki, które są widoczne gołym okiem, np. rozbieżności pomiędzy wartościami zapisanymi słownie oraz liczbowo (np. wyrok KIO z dnia 15 kwietnia 2019 r., sygn. KIO 587/19), na pominięciu określonego zapisu, w szczególności przez techniczne, często komputerowe i automatyczne przesunięcie tekstu, czy też pominięcie fragmentu tekstu (np. wyrok KIO z dnia 31 marca 2009 r., sygn. KIO/UZP 319/09, KIO/UZP 320/09, KIO/UZP 321/09). Zdaniem Odwołującego w przypadku omyłki w pozycji nr 102 formularza cenowego, polegającej na wpisaniu symbolu XX300YMCKO, zamiast MC300YMCKO, wydaje się niewątpliwe, że można ją zakwalifikować jako omyłkę pisarską, ponieważ oba symbole różnią się zaledwie dwiema pierwszymi literami. Omyłka powstała przy przepisywaniu kodów z katalogu do formularza ofertowego. Jej oczywistość i bezsporność wynika ponadto z faktu, że do wskazanego przez Zamawiającego modelu pasuje tylko jedna taśma kolorowa na 300 wydruków, więc Odwołujący po prostu nie mógł zaoferować innej. Odwołujący stwierdził, że również omyłka popełniona przez Odwołującego w pozycji nr 97 formularza cenowego ma podobny charakter. Powstała przy przepisywaniu kodów z katalogu do formularza, w którym była konieczność wyceny aż 107 pozycji. Zamawiający podał w formularzu cenowym nazwę urządzenia i minimalne wymagania wydajności/pojemności, ale wymagał podania symbolu nadanego przez producenta oferowanego produktu. Przy tak dużej ilości pozycji i przy takiej różnorodności asortymentowej nietrudno o takie omyłki, jednakże nadmierny formalizm postępowania nie powinien zastępować głównego celu postępowania o udzielenie zamówienia, jakim jest wybór najkorzystniejszej oferty. Należy podkreślić, że w praktyce wiele instytucji zamawiających podaje orientacyjnie symbol materiału oryginalnego opatrując go sformułowaniem „lub równoważny”, jednakże w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie podawał symboli i w konsekwencji należało je wyszukać i dopasować samodzielnie. Nawet mając wieloletnie doświadczenie na rynku w takiej sytuacji omyłki mogą się zdarzyć, a duża ilość pozycji w formularzu cenowym zwiększa ich ryzyko. Znajduje to potwierdzenie w przedmiotowym postępowaniu, w którym praktycznie wszyscy wykonawcy, łącznie z

wykonawcą, którego oferta bezpodstawnie została uznana za najkorzystniejszą, czyli Marcova błędnie przepisywali kody swoich dostawców.

Zdaniem Odwołującego, w przedmiotowym postępowaniu nie było żadnych przeszkód prawnych, aby Zamawiający uznał, że omyłki popełnione przez Odwołującego należy zakwalifikować jako inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty (art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, gdyż Odwołujący nie popełnił omyłek w pozycjach nr 97 oraz nr 102 formularza cenowego w sposób celowy, lecz obie omyłki wynikały z błędnego przepisywania kodów oferowanych produktów.

Uzasadniając zarzut drugi odwołania, Odwołujący wskazał, że Zamawiający pismem z dnia 14 października 2020 r. wezwał Przystępującego Marcova, na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp, do udzielenia wyjaśnień w zakresie pozycji 97 w formularzu cenowym, w której Zamawiający wymagał pojemnika na zużyty toner Develop ineo +250i. Zamawiający wskazał, że w pozycji 97 Przystępujący zaoferował produkt WX-103, który nie pasuje do urządzenia wskazanego przez Zamawiającego i w związku z tym Marcova zaoferował produkt niezgodny z wymaganiami i zapisami SIWZ. W odpowiedzi na powyższe pismo Marcova pismem z dnia 19 października 2020 r. wyjaśnił, że w poz. 97 formularza ofertowego popełnił inną omyłkę, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, podając błędny symbol WX-103. Według wyjaśnień Przystępującego bazował on na informacji otrzymanej od innej firmy drogą mailową, która wskazała omyłkowo niewłaściwy symbol, który błędnie powtórzył w swojej ofercie. Marcova wskazał również, że w jego ocenie możliwe jest zastąpienie w jego ofercie błędnego symbolu WX-103, prawidłowym symbolem WX-107.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający uznał powyższe wyjaśnienia Przystępującego, co w jego ocenie stanowi naruszenie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp. Zamawiający naruszył bowiem w sposób rażąco jedną z fundamentalnych zasad prawa zamówień publicznych, jaką jest zasada równego traktowania wykonawców. Podkreślił, że on w swojej odpowiedzi (z dnia 6 listopada 2020 r.) na wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie pozycji 97 również wyjaśnił, że wskazanie błędnego kodu wynikało wyłącznie z omyłki pisarskiej, która nastąpiła podczas uzupełniania oferty. Również w wyjaśnieniach z dnia 7 października 2020 r., dotyczących pozycji 102 formularza cenowego wskazał na błąd wynikający z przepisywania kodów z katalogu do formularza cenowego, który miał charakter omyłki (symbol „XX300YMCKO” zamiast „MC300YMCKO/S”), tym bardziej, że Odwołujący oferował jedyny produkt na rynku, spełniający wymagania Zamawiającego. Jednak w obu opisanych sytuacjach Zamawiający nie uznał wyjaśnień Odwołującego, co w konsekwencji doprowadziło do odrzucenia jego oferty.

Natomiast w analogicznej sytuacji dotyczącej Marcova Zamawiający uznał przepisanie błędnego kodu do formularza cenowego za inną omyłkę – dokonując jej poprawy na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Tym samym Zamawiający w sposób bezprawny zastosował różne standardy wobec oferty Odwołującego oraz oferty Marcova i naruszył zasadę równego traktowania wykonawców, uregulowaną w przepisie art. 7 ust. 1 Pzp. W konsekwencji naruszył również zasadę uczciwej konkurencji, której jednym z filarów jest równe traktowanie wykonawców. W związku z powyższym, zdaniem Odwołującego, Zamawiający powinien dokonać poprawek na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp zarówno w ofercie Odwołującego, jak i Marcova, co skutkowałoby wyborem oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, bądź – alternatywnie – odrzucić obie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp uznając, zgodnie z zasadą równego traktowania wykonawców, że nieprawidłowości w obu ofertach należy potraktować analogicznie. Tylko takie działania Zamawiającego, podjęte w analogicznych stanach faktycznych, mogłyby zostać uznane za zgodne z prawem zamówień publicznych.

Odwołujący stwierdził, że konsekwencją opisanych powyżej zarzutów, jest naruszenie przez Zamawiającego przepisów art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 3 Pzp. Zgodnie z treścią przepisu art. 91 ust. 1 Pzp Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ. Z kolei przepis art. 7 ust. 3 Pzp odnosi się do fundamentalnej wartości prawa zamówień publicznych, jaką jest zgodność z prawem udzielanych zamówień. Przepis ten stanowi bowiem, że zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami Pzp. Zamawiający naruszył przepis art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z przepisem art. 7 ust. 3 Pzp, ponieważ z jednej strony w konsekwencji swoich bezprawnych działań zaniechał wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, a z drugiej zaś dokonał bezpodstawnego wyboru oferty najkorzystniejszej, przedstawionej przez Marcova. W przedmiotowym postępowaniu, gdyby Zamawiający dokonał prawidłowej poprawy oferty Odwołującego w pozycjach 97 oraz 102 formularza cenowego, z uwzględnieniem przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, względnie zaś przepisu art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp, to właśnie oferta Odwołującego byłaby ofertą najkorzystniejszą i wyboru tej oferty zobowiązany byłby dokonać Zamawiający.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 29 grudnia 2020r. wniósł o oddalenie odwołania w zakresie zarzutów oznaczonych nr 1, 3 oraz 5 odwołania (dotyczących oferty Odwołującego) oraz uwzględnił odwołanie w zakresie zarzutów oznaczonych nr 2 i 4 odwołania (dotyczących oferty Przystępującego).

Zamawiający wskazał, że w piśmie z dnia 26 listopada 2020r. szczegółowo uzasadnił pod względem prawnym i faktycznym oraz zaprezentował dowody potwierdzające brak podstaw do poprawienia oferty Odwołującego w zakresie pozycji 97 i 102 formularza

cenowego oraz niezgodności jej treści w zakresie ww. pozycji, a w konsekwencji konieczność odrzucenia tej oferty Odwołującego. W „Informacji o odrzuceniu oferty” wskazał bowiem jednoznacznie, iż w zakresie poz. 102: „Zamawiający wymagał: Taśmy kolorowej Magicard YMCKO na 300 wydruków do drukarki Magicard 300. Wykonawca zaoferował produkt MAGICARD/XX300YMCKO/300 wydruków. Taśma ta jest dedykowana do Magicard Pronto, Enduro i Rio Pro i nie pasuje do urządzenia wskazanego przez Zamawiającego (na potwierdzenie załącznik nr 1 i 2). Tym samym zaoferowano produkt niezgodny z wymaganiami i zapisami SIWZ. Zamawiający wskazał, że w zakresie poz. 97: „Zamawiający, w poz. nr 97 Formularza cenowego — Opis przedmiotu zamówienia (Załącznik nr 6 do SIWZ) wymagał Pojemnika na zużyty toner Develop ineo +250i. Wykonawca Zaoferował produkt DEVELOP/4065611 o symbolu wskazującym na producenta Konica-Minolta. Producent Develop nie ma w swojej ofercie artykułu o wyżej wymienionym symbolu. Ponadto Zaoferowany produkt nie pasuje do urządzenia wskazanego przez Zamawiającego. Niezależnie od powyższego zaoferowany produkt jest wycofany z produkcji i nie jest już dostępny (na potwierdzenie załącznik nr 3).”.

Zamawiający stwierdził, że „opisane powyżej niezgodności są jednoznaczne i oczywiste, a ich charakter wyklucza możliwość uznania ich za omyłki i zastosowanie dyspozycji wynikających z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp”. Zamawiający podkreślił ponadto, że: „niedopuszczalne jest prowadzenie między Zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz dokonywanie jakiegokolwiek zmiany jej treści”, z zastrzeżeniem ust. 2 ustaw) Pzp, który w omawianych okolicznościach nie zachodził zarówno w wariantcie oczywistej omyłki pisarskiej z art. 87 ust. 1 pkt 1 Pzp, jak również innej omyłki z przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Podkreślił, że działając w celu ustalenia okoliczności popełnienia omyłki, jej charakteru i sposobu jej poprawienia — wystąpił m.in. do Odwołującego z wezwaniem do złożenia wyjaśnień w powyższym zakresie w trybie przepisu art. 87 ust. 1 Pzp. Niestety, wyjaśnienia złożone przez Odwołującego oparte były wyłącznie na deklaracjach Odwołującego i nie potwierdzały żadnych obiektywnych okoliczności, które Zamawiający mógłby zakwalifikować na okoliczność samodzielnego i zgodnego z przepisami Pzp poprawienia w ofercie Odwołującego omyłek, jako innej omyłki z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, a tym bardziej oczywistej omyłki pisarskiej z art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp. Zdaniem Zamawiającego w okolicznościach przedmiotowej sprawy, nie może budzić najmniejszych wątpliwości, że omyłki popełnione w ofercie Odwołującego nie mają charakteru oczywistej omyłki pisarskiej. Ponadto wyjaśnił, że przyczyną braku poprawienia omyłki w ofercie Odwołującego, na podstawie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp był przede wszystkim stwierdzony przez Zamawiającego (oraz niekwestionowany w odwołaniu przez Odwołującego) fakt, że Odwołujący wpisał w pozycji nr 97 i 102 formularza ofertowego symbole dotyczące istniejących produktów, mających

zastosowanie do innych drukarek niż określone w OPZ drukarki posiadane przez Zamawiającego. Ponadto, Zamawiający nie otrzymał od Odwołującego żadnych udowodnionych wskazówek pozwalających Zamawiającemu na samodzielne i obiektywnie uzasadnione poprawienie oferty Odwołującego w celu zapewnienia jej zgodności z SIWZ (w oparciu o treść SIWZ i oferty Odwołującego). Tym samym również, Zamawiający nie mógł samodzielnie i obiektywnie ustalić rzeczywistej woli Odwołującego, istniejącej w chwili przygotowywania oferty, a w konsekwencji doprowadzić zapisów oferty Odwołującego do pełnej zgodności z treścią SIWZ. Stwierdził także, że poprawienie w powyżej ustalonych okolicznościach omyłki w ofercie Odwołującego oraz przyjęcie wyjaśnień Odwołującego przez Zamawiającego miałyby charakter niedozwolonego przez przepis art. 87 ust. 1 Pzp negocjowania treści tej oferty, w celu doprowadzenia do jej zgodności z postanowieniami SIWZ, jak również zmiany treści oferty wykraczającej poza katalog dopuszczalnych przez Pzp w art. 87 ust. 2 Pzp poprawek omyłek w treści oferty składanej w postępowaniu o zamówienie publiczne.

Zamawiający odnosząc się do uwzględnienia zarzutów 2 i 4 wyjaśnił, że po szczegółowej analizie odwołania podzielił pogląd, iż omyłka popełniona przez Przystępującego ma charakter tożsamy z omyłkami popełnionymi w ofercie Odwołującego (oraz ofertach pozostałych 3 Wykonawców, których oferty zostały odrzucone w przedmiotowym postępowaniu), gdyż:

(-) dotyczy wpisania innego istniejącego produktu niespełniającego wymagań Zamawiającego,

(-) Zamawiający samodzielnie i obiektywnie, na podstawie treści oferty i SIWZ Zamawiający nie wskazywał w SIWZ, jakie materiały spełniają jego oczekiwania, a z innych elementów oferty Wykonawcy nie wynika, że chciał zaoferować produkt zgodny z SIWZ i Zamawiający nie jest w stanie poprawić tej oferty,

(-) jak również Zamawiający nie jest w stanie ustalić rzeczywistą wolę Wykonawcy lub dostawcy Wykonawcy w zakresie oferowanego w ofercie Wykonawcy (podwykonawczej) pojemnika, w szczególności w zakresie woli zaoferowania oryginalnego produktu albo zamiennika.

Odnosząc się do powyższego wyjaśnił, że Przystępujący w swojej ofercie w poz. 97 formularza ofertowego zaoferował produkt o symbolu: „WX-103”, zamiast produktu wymaganego przez Zamawiającego o symbolu: „WX-107 (AAVAWY1)”, a jak ustalił, na rynku oferowany jest również produkt o symbolu: „WX-103”, który nie spełnia jednak wymagań określonych w SIWZ.

W opinii Zamawiającego na uwzględnienie nie zasługiwały tłumaczenia Marcova, że omyłka została popełniona przez inny podmiot, który w przekazanej mu korespondencji

mailowej wskazał omyłkowo niewłaściwy symbol, a on opierając się na powyższej informacji powtórzył nieumyślnie tą omyłkę w swojej ofercie. Podkreślił, że wykonawca ponosi odpowiedzialność za wszystkie osoby (np. pracowników, zleceniobiorców, podwykonawców, dostawców itp.), którymi posłużył się do przygotowania oferty.

W związku z powyższym, stosownie do brzmienia przepisu art. 87 ust. 2 Pzp oraz zasady równego traktowania Wykonawców z przepisu art. 7 ust. 1 Pzp, nie ma podstaw do poprawienia błędu w ofercie Marcova a zatem treść tej oferty w poz. 97 jest niezgodna z treścią SIWZ, a w konsekwencji podlega odrzuceniu na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Przystępujący na posiedzeniu Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 grudnia 2020r. z udziałem stron postępowania, oświadczył, że wnosi sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania numer 2 oraz 4.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również oświadczenia, stanowiska stron złożone w trakcie rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp.

Następnie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a

zarzucane naruszenie przez Zamawiającego przepisów Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej na nieuzyskaniu zamówienia. Izba nie podzieliła stanowiska Przystępującego, że po wycofaniu przez Odwołującego zarzutów kwestionujących czynność odrzucenia jego oferty nie posiada on już interesu we wniesieniu odwołania, bowiem jego oferta nie zostanie wybrana ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu. Skład orzekający stwierdził, że nawet okoliczność, iż wykonawca na skutek wniesionego odwołania dążyłby do unieważnienia postępowania, to tak długo jak wykonawca ubiega się o udzielenie zamówienia i dąży do zawarcia umowy, to posiada interes i może dążyć do wyeliminowania wszystkich wykonawców i unieważnienia postępowania, tak aby móc wystartować w nowym postępowaniu. Tym samym Izba uznała, że Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania, bowiem z treści odwołania w tym z punktu 4 żądań wprost wskazywał, że w przypadku oddalenia zarzutów dotyczących punktów 1 i 3 odwołania, wnosi o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty Marcova, jako najkorzystniejszej

Sygn. akt KIO 3221/20

oraz odrzucenia tej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, jako nieodpowiadającej SIWZ, co w okolicznościach niniejszej sprawy będzie wiązało się z koniecznością unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawcę Marcova sp. z o.o., sp. k. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izba postanowiła nie dopuszczać do udziału w postępowaniu wykonawcy – A. P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą P.W. Multikom A. P.. Wskazać należy, że oferta ww. wykonawcy została odrzucona przez Zamawiającego w dniu 26 listopada 2020r., o czym wykonawca został powiadomiony w tym samym dniu. Jak ustaliła Izba, co potwierdził Zamawiający na posiedzeniu z udziałem stron postępowania w dniu 29 grudnia 2020r., wykonawca Multikom nie zaskarżył czynności odrzucenia jego oferty, co powoduje, że czynność odrzucenia jego oferty jest prawomocna. W konsekwencji skoro zgłaszający przystąpienie wykonawca Multikom został skutecznie wyeliminowany z przedmiotowego postępowania, to uznać należy, że w dacie wniesienia przystąpienia, tj. w dniu 10 grudnia 2020r. nie był już wykonawcą w rozumieniu art. 2 Pzp, zaś zgodnie z art. 185 ust. 2 i 3 Pzp prawo do wniesienia przystąpienia przysługuje wykonawcy.

Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów nr 1, 3 oraz 5 cofniętych na posiedzeniu przez Odwoływającego.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z:

- treści ofert wykonawcy Marcova oraz Odwoływającego,
- treści wezwań Zamawiającego skierowanych do Odwoływającego w dniach 30 września oraz 2 listopada 2020r. wezwań w trybie art. 87 ust. 1 Pzp do złożenia wyjaśnień w zakresie pozycji nr 97 oraz nr 102 w załączniku nr 6 do SIWZ,
- treści udzielonych przez Odwoływającego odpowiedzi na powyższe wezwania (z 7 października oraz 6 listopada 2020r.),
- treści wezwania Zamawiającego z dnia 14 października 2020r. skierowanego do Przystępującego w trybie art. 87 ust. 1 Pzp do udzielenia wyjaśnień w zakresie pozycji nr 97 załącznika nr 6 oraz udzielonej w dniu 19 października 2020r. odpowiedzi Przystępującego.

Na podstawie ww. dokumentów Izba ustaliła, że stan faktyczny sprawy został przedstawiony w odwołaniu oraz w odpowiedzi na odwołanie adekwatnie do treści przywołanych powyżej dokumentów, dlatego Izba za niecelowe uznała ponowne przytaczanie stanu faktycznego sprawy.

Izba zważyła:

Kwestią sporną wymagającą rozstrzygnięcia Izby jest okoliczność, czy Zamawiający dokonując w ofercie Przystępującego poprawy jako innej omyłki, błędu w pozycji 97 formularza cenowego, naruszył wynikającą z przepisu art. 7 ust. 1 Pzp zasadę równego traktowania wykonawców. Jak twierdził Odwołujący - w tożsamym stanie faktycznym Zamawiający uznał, że podobne omyłki w ofercie Odwołującego nie podlegają poprawie na podstawie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp w konsekwencji czego odrzucił jego ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, natomiast omyłka w ofercie Przystępującego została przez Zamawiającego poprawiona w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp i w konsekwencji wybrana jako najkorzystniejsza. Podkreślić należy, że aby rozstrzygnąć, czy Zamawiający naruszył zasadę równego traktowania wykonawców konieczne jest ustalenie, czy błąd w ofercie Odwołującego miał tożsamy charakter jak błąd popełniony przez Przystępującego, a Zamawiający – po przeprowadzeniu procedury wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp - w sposób odmienny potraktował wykonawców.

Izba w składzie orzekającym, stwierdziła, że Zamawiający w niniejszym postępowaniu naruszył przepis art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 oraz w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Na wstępie wskazać należy, że Izba nie podzieliła poglądu prezentowanego przez Przystępującego na rozprawie, zgodnie z którym sytuacja faktyczna dotycząca oferty Przystępującego i Odwołującego nie była analogiczna z uwagi po pierwsze na fakt, że Przystępujący popełnił jeden błąd w formularzu cenowym, a Odwołujący dwa, a po drugie, że wyjaśnienia Przystępującego udzielone na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 87 ust. 1 Pzp były uwiarygodnione złożonymi dowodami i bardziej szczegółowe niż Odwołującego. Skład orzekający stwierdził bowiem, że o tożsamości stanu faktycznego przesądzała okoliczność, że obaj wykonawcy w formularzu cenowym wpisali inne istniejące produkty, które nie spełniały wymagań Zamawiającego, a w wyjaśnieniach wskazali nowe nazwy symboli produktów właściwych, które spełniały wymogi SIWZ. Ponadto, zarówno w odniesieniu do oferty Odwołującego jak i Przystępującego, bez uzyskania dodatkowych wyjaśnień pochodzących od tych wykonawców Zamawiający samodzielnie i obiektywnie, na podstawie treści złożonych przez nich ofert nie miał możliwości ustalenia faktycznie zaoferowanego modelu produktu.

Izba w składzie orzekającym stwierdziła, uwzględniając stan faktyczny sprawy, że w rozpoznawanej sprawie brak było podstaw do uznania, że w treści oferty Odwołującego oraz Przystępującego znalazła się omyłka, która mogłaby zostać poprawiona przez Zamawiającego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Podkreślić należy, że obowiązek poprawienia omyłek na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp aktualizuje się w przypadku, gdy po pierwsze - oferta nie odpowiada treści SIWZ, po drugie - niezgodność ta ma charakter

omyłki, po trzecie - poprawienie tej omyłki nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty (a contrario - możliwe jest wprowadzenie do treści oferty zmian innych niż istotne).

Jednocześnie w świetle art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp omyłka nie musi mieć charakteru oczywistego, aby możliwa była jej poprawa, a ogólne sformułowanie tego przepisu wskazuje na pewną dozę elastyczności i uznaniowości pozwalającą odnieść ją do okoliczności konkretnego stanu faktycznego. Zauważyć należy, że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych przyjmuje się m.in. możliwość poprawiania treści oferty odnoszących się bezpośrednio do jej essentialia negotii. Dopuszcza się więc możliwość poprawienia samej ceny ofertowej czy określenia przedmiotu świadczenia, jednakże pod warunkiem ograniczenia zakresowego, ilościowego czy jakościowego tego typu zmian.

W ocenie Izby, analiza zakresu zmian w formularzu cenowym Przystępującego poprzez wprowadzenie do niego nowego symbolu oferowanego produktu (poz. 97 załącznika nr 6) prowadziła do wniosku, że poprawienie omyłki powodowało faktyczną istotną zmianę w treści złożonej oferty. Zamawiający bowiem uwzględniając wyjaśnienia Przystępującego, już po otwarciu ofert, otrzymałby zupełnie inny produkt niż pierwotnie wskazany w treści swoich ofert. Zmiana taka nosi natomiast znamiona zmiany istotnej i w konsekwencji jest niedopuszczalna w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

W konsekwencji Izba stwierdziła, że w rozpoznawanym stanie faktycznym nie sposób uznać, że błąd popełniony zarówno przez Odwołującego (poz. 97 i 102 formularza cenowego) jak i Przystępującego (poz. 97 formularza cenowego) nosił znamiona omyłki, co umożliwiałoby jej poprawę na podstawie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Natomiast stwierdzić należało, że treść udzielonych przez Przystępującego przez Odwołującego wyjaśnień w sposób niebudzący wątpliwości potwierdzała, że oferty tych wykonawców są niezgodne z SIWZ, a więc podlegały odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

W związku z powyższym Izba stwierdziła, że odrzucenie przez Zamawiającego oferty Odwołującego było działaniem prawidłowym, natomiast działaniem w sposób rażąco naruszającym zasadę równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 Pzp) było przyjęcie przez Zamawiającego wyjaśnień udzielonych przez Przystępującego, poprawa omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, a w konsekwencji wybór oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej. Podkreślić jeszcze raz należy, że obaj wykonawcy w formularzu cenowym wpisali inne istniejące produkty, które nie spełniały wymagań Zamawiającego, a tym samym Zamawiający winien był odrzucić na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oferty tych wykonawców. Umożliwienie natomiast Przystępującemu dokonania zmiany przedmiotu świadczenia poprzez poprawę innej omyłki dokonanej w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp stało w sprzeczności z zasadą równego traktowania wykonawców wyrażoną w art. 7 ust. 1 Pzp i umożliwiało temu wykonawcy kształtowanie treści oferty już po otwarciu ofert.

Końcowo wskazać należy, że Izba nie dopuściła i nie przeprowadziła wnioskowanych przez Odwołującego dowodów z karty katalogowej produktu WX-103 oraz treści wiadomości email, z której wynikało, że produkt WX-103 istnieje na rynku, z uwagi na fakt, że powyższe dowody pozostawały bez wpływu na wynik postępowania, a ponadto żadna ze stron postępowania nie twierdziła, że produkt WX-103 nie jest dostępny na rynku. Izba nie przeprowadziła także dowodu z karty katalogowej złożonej przez Przystępującego stwierdzając, że dotyczyła ona zarzutów wycofanych przez Odwołującego.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w wyroku.

Izba orzekła o kosztach na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do jego wyniku, zaś zgodnie z § 5 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. z 2018r. poz. 972), Izba zasądziła od Przystępującego (jako wnoszącego sprzeciw w niniejszej sprawie) na rzecz Odwołującego oraz Zamawiającego koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie po 3.600 zł dla każdej ze stron. Wyjaśnić należy, że Izba orzekła w oparciu o § 5 ust. 2 pkt 2 ww. rozporządzenia, z którego wynika, że strona wnosząca sprzeciw - w przypadku gdy Izba nie podzieli jej stanowiska - zobowiązana jest ponieść koszty o których mowa w § 3 pkt 2 ww. rozporządzenia (m. in. dotyczące wynagrodzenia pełnomocnika) na rzecz Odwołującego lub Zamawiającego. Skoro w niniejszym przepisie mamy do czynienia z alternatywą łączną, gdzie spójnik "lub" oznacza, że mogą być także jednocześnie spełnione obie przesłanki - t.j. wnoszący sprzeciw poniesie koszty na rzecz Odwołującego jak i Zamawiającego - zatem uzasadnionym jest zasądzenie od Przystępującego zarówno na rzecz Odwołującego jak i Zamawiającego po kwocie 3.600 zł dla każdej ze stron.

Przewodniczący:.....