

Sygn. akt: KIO 705/21

WYROK
z dnia 14 maja 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 maja 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 marca 2021 r. przez **A. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PHU AVI SYSTEM A. M., ul. Stanisława Moniuszki 68E, 58-300 Wałbrzych** w postępowaniu prowadzonym przez **Izbę Administracji Skarbowej w Szczecinie, ul. Roosevelta 1/2, 70-525 Szczecin**

przy udziale wykonawcy **MYDIR.PL COMPANY SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Kaliszu, ul. Majkowska 18, 62-800 Kalisz** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności z dnia 23 lutego 2021 r. (pismo z 22 lutego 2021 r.) odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych oraz nakazuje Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w ramach której nakazuje poprawienie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych – omyłki w ofercie Odwołującego poprzez wpisanie w formularzu ofertowym - części 3, pkt 2, lp 13 oraz części 4 pkt 2 lp. 2, 5 i 9 oferty jako proponowanego urządzenia „Konica Minolta Bizhub C280” zamiast omyłkowe-**

go wskazania „Konica Minolta Bizhub C220/C280”, z uwagi na potwierdzenie się zarzutów odwołania w tym zakresie.

2. Kosztami postępowania obciąża **Izbę Administracji Skarbowej w Szczecinie, ul. Roosevelta 1/2, 70-525 Szczecin** i:

2.1 zalicza na poczet kosztów postępowania kwotę **15 000,00 zł** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczona przez **A. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PHU AVI SYSTEM A. M., ul. Stanisława Moniuszki 68E, 58-300 Wałbrzych** tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od **Izby Administracji Skarbowej w Szczecinie, ul. Roosevelta 1/2, 70-525 Szczecin** na rzecz **A. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PHU AVI SYSTEM A. M., ul. Stanisława Moniuszki 68E, 58-300 Wałbrzych** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wpisu i zastępstwa prawnego.

Stosownie do art. 579 ust. 1 oraz art. 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 z późn. zm.) 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

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Kompleksowa obsługa serwisowa kserokopiarek, drukarek i urządzeń wielofunkcyjnych własnych oraz dzierżawa urządzeń wielofunkcyjnych w Izbie Administracji Skarbowej w Szczecinie, Zachodniopomorskim Urzędzie Celno-Skarbowym oraz w urzędach skarbowych województwa zachodniopomorskiego”, znak sprawy: 3201-ILZ.260.30.2020; zostało wszczęte ogłoszeniem w ogłoszeniu opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 22.12.2020 r. pod nr 2020/S 249-621321 przez: Izbę Administracji Skarbowej w Szczecinie, ul. Roosevelta 1/2, 70-525 Szczecin zwaną dalej: „Zamawiającym”. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm., zwanej dalej: „Pzp”).

W dniu 23.02.2021 r. (za pomocą platformy zakupowej: <https://zamowienia-iaszczecin.ezamawiajacy.pl>) Zamawiający przesłał informację o odrzuceniu oferty na Część nr 3 - Dzierżawa urządzeń wielofunkcyjnych (Szczecin i okolice) oraz na Część nr 4 - Dzierżawa urządzeń wielofunkcyjnych (Koszalin i okolice) – A. M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PHU AVI SYSTEM A. M., ul. Stanisława Moniuszki 68E, 58-300 Wałbrzych zwanego dalej: „PHU AVI SYSTEM A. M.” albo „Odwolującym” na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. W ramach uzasadnienia wskazał: „Zamawiający w załączniku nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wskazał minimalne wymagania urządzeń dzierżawionych oferowanych przez Wykonawcę dla Punktów Obsługi Podatnika. W zakresie prędkości pierwszej kopii (sekcja I ust. 7 lit. f) Zamawiający wymagał maksymalnie 7 sekund. Zgodnie z informacjami zawartymi na stronach internetowych, zaoferowane przez Wykonawcę PHU AVI System A. M. urządzenie Konica Minolta Bizhub C220, pierwszą kopię uzyskuje po 7,5 sekundach. W związku z powyższym Zamawiający wezwał Wykonawcę o złożenie wyjaśnień w zakresie spełniania przez urządzenie Konica Minolta Bizhub C220 przedmiotowego parametru. Wykonawca w wyznaczonym terminie udzielił odpowiedzi, w której wyjaśnił, iż model C220 nie spełnia wymagań postawionych przez Zamawiającego w zakresie prędkości pierwszej kopii. Jednocześnie wyjaśnił, iż model C220 został w ofercie wskazany omyłkowo a przy wykonywaniu zamówienia zamierza posługiwać się jedynie urządzeniami Konica Minolta Bizhub C280. Zamawiający uznał, iż wskazanie w ofercie szczegółowego modelu urządzenia nie można uznać za omyłkę, gdyż oba modele wskazane w ofercie występują w obrocie

handlowym a co za tym idzie są identyfikowalne zarówno co do nazwy jak i parametrów technicznych. O omyłce można by mówić wówczas, gdyby błąd dotyczyłby np. podania niewłaściwej cyfry czy litery w oznaczeniu urządzenia. Charakteru takiego nie ma natomiast błędne przywołanie modelu urządzenia, który występuje na rynku i znajduje się w ofercie handlowej, aczkolwiek nie spełnia wymagań siwz. Jest to z pewnością nieprawidłowość oferty, jednak nie mająca postaci oczywistej omyłki pisarskiej, ponieważ jej poprawa nie polegałaby na usunięciu nieprawidłowości o charakterze pisarskim, ale na wymianie jednego urządzenia na inne.

To właśnie na podstawie wskazania konkretnego producenta/ modelu /typu urządzenia, możliwa jest weryfikacja zgodności rozwiązań technicznych oferowanych urządzeń z wymogami postawionymi przez Zamawiającego w siwz. Wskazanie urządzenia niespełniającego wymagania siwz było wynikiem omyłki popełnionej przez Wykonawcę na etapie sporządzania oferty. Zdaniem Zamawiającego, jest to błąd w treści oferty niemożliwy w przedmiotowej sytuacji do jego poprawienia na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy.

Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, w przypadku gdy w treści oferty (tu: oznaczenia modelu) wynikają informacje dowodzące niezgodnych z wymaganiami siwz parametrów, stwierdzić należy materialną sprzeczność oferty z siwz.

Jeżeli nawet intencją Wykonawcy było zaoferowanie urządzenia odmiennego niż wynika to z treści oferty, a wskazanie urządzenia niespełniającego wymagania siwz było wynikiem błędu, to jest to błąd w treści oferty niemożliwy w przedmiotowej sytuacji do poprawienia na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Zgodnie z powołanym przepisem zamawiający poprawia omyłki polegające na niezgodności treści oferty z siwz, jeżeli nie spowoduje to istotnych zmian treści oferty. W omawianym przypadku możliwe byłoby skorygowanie na podstawie ww. przepisu pomyłek w oznaczeniu modelu urządzenia, tak aby prawidłowo referowały do rzeczywiście występującego na rynku i oferowanego sprzętu. Natomiast w przedmiotowym przypadku dla uzyskania zgodności treści oferty z siwz konieczne byłoby usunięcie oferowanego (istniejącego na rynku prawidłowo wskazanym typem) urządzenia. Mając powyższe na uwadze Zamawiający uznaje, iż zaoferowane przez Wykonawcę urządzenie Konica Minolta Bizhup C220 nie spełnia wymagań postawionych przez Zamawiającego.”.

W dniu 05.03.2021 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) PHU AVI SYSTEM A. M. wniosło odwołanie na czynności z 23.02.2021 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w tym samym dniu (e-mailem). Zaskarżonej/ym czynnościom Zamawiającego zarzucił naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez jego błędne zastosowanie oraz naruszenie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez jego niezastosowanie, przejawiające się w odrzuceniu oferty

Odwołującego jako nieodpowiadającej treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (zwanej dalej „SIWZ”), co było efektem błędnego uznania przez Zamawiającego, że wskazanie przez Odwołującego w ofercie, iż w przypadku czterech Punktów Obsługi Podatnika w Policach zamierza wykonywać zamówienie publiczne przy użyciu urządzenia „Konica Minolta Bizhub C220/C280” nie stanowiło „innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty”, podlegającej poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp (który to przepis Zamawiający winien zastosować) i bezzasadnego odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, podczas gdy – jak wskazał Odwołujący w wyjaśnieniach z dnia 19 lutego 2021 r. – wskazanie w ofercie „Konica Minolta Bizhub C220/C280” zamiast prawidłowego „Konica Minolta Bizhub C280” stanowiło inną omyłkę polegającą na niezgodności oferty z SIWZ, która (zgodnie z orzeczeniami KIO wydanymi w analogicznych sprawach) nie powoduje istotnych zmian w treści oferty i podlega poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

a w przypadku gdyby po wniesieniu niniejszego Odwołania, a przed jego rozstrzygnięciem przez Izbę Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty, zarzucił także:

2. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez wybór oferty innego wykonawcy jako oferty najkorzystniejszej, podczas gdy - wzięwszy pod uwagę kryteria oceny ofert określone w SIWZ - najkorzystniejszą ofertę złożył Odwołujący.

Wobec powyższego, wnosił o uwzględnienie odwołania oraz:

- I. unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- II. nakazanie Zamawiającemu poprawienie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp – omyłki w ofercie Odwołującego poprzez wpisanie w części 3, pkt 2, lp 13 oraz części 4 pkt 2 lp. 2, 5 i 9 oferty jako proponowanego urządzenia „Konica Minolta Bizhub C280” zamiast omyłkowego wskazania „Konica Minolta Bizhub C220/C280”
- III. nakazanie Zamawiającemu wykonanie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem oferty Odwołującego, a w konsekwencji dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej,
- IV. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego według norm przepisanych.

Alternatywnie, w przypadku gdyby po wniesieniu niniejszego Odwołania, a przed jego rozstrzygnięciem przez Izbę Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty, wnosił o:

- I. unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- II. nakazanie Zamawiającemu poprawienie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp – omyłki w ofercie Odwołującego poprzez wpisanie w części 3, pkt 2, lp 13 oraz części 4 pkt 2 lp. 2, 5 i 9 oferty jako proponowanego urządzenia „Konica Minolta Bizhub C280” zamiast omyłkowego wskazania „Konica Minolta Bizhub C220/C280”
- III. unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,

IV. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego z uwzględnieniem oferty Odwołującego, a w konsekwencji wybranie oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej,

V. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego według norm przepisanych.

Jednocześnie wnosił o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z:

1. oświadczenia R. K. (pracownika Odwołującego) z 04.03.2021 r. na okoliczność jego treści, w szczególności popełnienia przez pracownika Odwołującego omyłki polegającej na wpisaniu w części 3, pkt 2, lp 13 oraz części 4 pkt 2 lp. 2, 5 i 9 oferty jako proponowanego urządzenia „Konica Minolta Bizhub C220/C280”, podczas gdy poprawna nazwa oferowanego urządzenia to „Konica Minolta Bizhub C280”, która to omyłka była spowodowana skopiowaniem (/przepisaniem) tytułu katalogu Konica Minolta, który dotyczy urządzeń C220, C280 i C360,

2. katalogu Konica Minolta „office system bizhub C220/C280/C360” na okoliczność jego treści, w szczególności przyczyn popełnienia omyłki polegającej na wpisaniu w części 3, pkt 2, lp 13 oraz części 4 pkt 2 lp. 2, 5 i 9 oferty jako proponowanego urządzenia „Konica Minolta Bizhub C220/C280” (podczas gdy poprawna nazwa oferowanego urządzenia to „Konica Minolta Bizhub C280”), tkwiących w skopiowaniu (/przepisaniu) przez pracownika Odwołującego tytułu katalogu Konica Minolta, który dotyczy urządzeń C220, C280 i C360,

3. oferty Odwołującego

4. wyjaśnień Odwołującego z 19.02.2021 r.

dowody określone w pkt 3-4, na okoliczność ich treści, w szczególności popełnienia przez pracownika Odwołującego omyłki polegającej na wpisaniu w części 3, pkt 2, lp 13 oraz części 4 pkt 2 lp. 2, 5 i 9 oferty jako proponowanego urządzenia „Konica Minolta Bizhub C220/C280”, podczas gdy poprawna nazwa oferowanego urządzenia to „Konica Minolta Bizhub C280”, która to omyłka była spowodowana przepisaniem tytułu katalogu Konica Minolta, który dotyczy urządzeń C220, C280 i C360, a także na okoliczność sprostowania tej omyłki przez Odwołującego, co winno skutkować jej poprawieniem przez Zamawiającego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp

Jednym z kilkudziesięciu warunków określonych w SIWZ dotyczących usługi która jest przedmiotem zamówienia wskazano, że urządzenia dzierżawione dla Punktów Obsługi Podatnika Zamawiającego powinny drukować pierwszą kopię (o formacie bliżej nieokreślonym) w czasie nie większym niż 7 sekund. Odwołujący złożył, w przewidzianym ku temu terminie, ofertę, w której m.in. określił urządzenia, którymi zamierza się posługiwać przy wykonywaniu przedmiotu zamówienia publicznego. W czterech przypadkach (spośród 36-ciu), dotyczących Punktów Obsługi Podatnika (w części 3, pkt 2, lp 13 oraz części 4 pkt 2 lp. 2, 5 i

9 oferty), Odwołujący omyłkowo wskazał, że będzie to urządzenie cyt. „Konica Minolta Bizhub C220/C280”, podczas gdy poprawna nazwa oferowanego urządzenia to „Konica Minolta Bizhub C280”. Warto już w tym miejscu wskazać, że nie istnieje urządzenie „Konica Minolta Bizhub C220/C280”, natomiast istnieje urządzenie „Konica Minolta Bizhub C220” oraz „Konica Minolta Bizhub C280”. Omyłka, popełniona przez pracownika Odwołującego, powstała na skutek przypadkowego przepisania dwóch (zamiast jednego) numeru z katalogu Konica Minolta, który dotyczy trzech modeli – C220, C280 oraz C360 (i na którego pierwszej stronie widnieje treść „office system bizhub C220/C280/C360”).

Dnia 10.02.2021 r. Zamawiający dokonał otwarcia ofert. Okazało się, że oferta Odwołującego – co najmniej w zakresie części 3 i 4 – jest najkorzystniejsza. Dnia 18.02. 2021 r. Zamawiający wezwał Odwołującego – w trybie art. 87 ust. 1 Pzp - do złożenia wyjaśnień co do spełniania przez urządzenie „Konica Minolta Bizhub C220” wymogów w zakresie prędkości wydruku pierwszej kopii. Zamawiający wskazał bowiem, że wedle posiadanych przez niego informacji, urządzenie to drukuje pierwszą kopię po 7,5 sekundach, podczas gdy zgodnie z ww. wymogami SIWZ, urządzenie winno drukować pierwszą kopię po maksymalnie 7 sekundach. W odpowiedzi na to wezwanie, Odwołujący wskazał, że określenie „Konica Minolta Bizhub C220/C280” w części 3, pkt 2, lp 13 oraz części 4 pkt 2 lp. 2, 5 i 9 oferty stanowiło omyłkę i sprostował, że prawidłowa treść tych części oferty to „Konica Minolta Bizhub C280”. Wyjaśnił, że składając ofertę zamierzał się posługiwać urządzeniem Konica Minolta C280, zaś wskazanie „Konica Minolta Bizhub C220/C280” było błędem jego pracownika, który przepisał numer katalogowy z katalogu Konica Minolta, na którego pierwszej stronie widnieje napis „office system bizhub C220/C280/C360”. Do wyjaśnień załączył również rzeczony katalog. Pomimo tego, pismem datowanym na dzień 22.02.2021 r. (a przesłanym Odwołującemu dnia 23.02.2021 r.) Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego stwierdzając, że wskazanie uczynione przez Odwołującego w ofercie nie można uznać za omyłkę w rozumieniu art. 87 ust. 2 PZP 2004, a nawet gdyby uznać, że była to omyłka, to jest ona niemożliwa do poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, gdyż spowodowałoby to istotną zmianę oferty.

A) Posiadanie przez popełniony błąd charakteru omyłki

Odrzucając ofertę Odwołującego, Zamawiający stwierdził, iż *„wskazanie w ofercie szczegółowego modelu urządzenia nie można uznać za omyłkę, gdyż oba modele wskazane w ofercie występują w obrocie handlowym, a co za tym idzie są identyfikowalne zarówno co do nazwy jak i parametrów technicznych. O omyłce można by mówić wówczas, gdyby błąd dotyczyłby np. podania niewłaściwej cyfry czy oznaczenia urządzenia. Charakteru takiego nie ma natomiast błędne przywołanie urządzenia, które występuje na rynku i znajduje się w ofercie handlowej, aczkolwiek nie spełnia wymagań SIWZ. Jest to z pewnością nieprawi-*

dłowość oferty, jednak nie mająca postaci oczywistej omyłki pisarskiej, ponieważ jej poprawa nie polegałaby na usunięciu nieprawidłowości o charakterze pisarskim, ale na wymianie jednego urządzenia na inne (...) Zdaniem Zamawiającego, jest to błąd w treści oferty niemożliwy w przedmiotowej sytuacji do jego poprawienia na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy". Innymi słowy, zdaniem Zamawiającego, zaistniały błąd nie jest w ogóle „omyłką” w rozumieniu przepisów art. 87 ust. 2 pkt 1-3 Pzp (abstrahując już nawet od spełniania pozostałych przesłanek możliwości jej konwalidowania na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 1-3 Pzp, takich jak np. ich „oczywistość” o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 1 i 2 Pzp czy „niepowodowanie istotnych zmian w treści oferty”, o czym mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp). Ze stanowiskiem takim nie sposób się zgodzić.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że zgodnie z ugruntowanym orzecnictwem, *"błąd pisarski to widoczne, wbrew zamierzeniu, niewłaściwe użycie wyrazu, widocznie mylna pisownia albo widocznie niezamierzone opuszczenie jednego lub więcej wyrazów itp. Natomiast omyłki pisarskie to omyłki stojące na równi z błędami pisarskimi lub rachunkowymi, a zatem tylko omyłki polegające na tym, że wyrażono coś, co jest niezgodne z myślą niedwuznacznie wyrażoną przez podmiot, niewłaściwy dobór słów itp."* (wyrok SO w Gdańsku z 21.05.2008 r., sygn. akt: XII Ga 151/08). Przedstawiciele doktryny prawniczej omyłkę (i błąd) pisarską definiują podobnie, stwierdzając, że jest to „niewłaściwe użycie wyrazu, nieprzestrzeganie zasad gramatycznych, opuszczenie wyrazów lub liter, gdy okoliczność ta wynika z treści zdania”. Innymi słowy, sama „omyłka” oznacza tyle, co użycie wyrazu (*łów*) odmiennego, niż objęty wolą osoby, która omyłkę popełniła.

Co istotne, powyższe poglądy, wyrażono w zakresie analizy oczywistych omyłek pisarskich i rachunkowych, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 1 i 2 Pzp, zaś w przypadku „innej omyłki” w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp poglądy doktryny prawniczej i judykatury ulegają jeszcze dalszej liberalizacji.

Uznaje się bowiem, że *„omyłka w świetle art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy to błąd, pomyłka wykonawcy, której skutkiem jest niezgodność jego oferty z wymaganiami zawartymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.”* (Wyrok KIO z 10.03.2016 r., sygn. akt: KIO 269/16). *„Należy zastanowić się nad pojęciem "niezgodność oferty ze SIWZ". Wydaje się, że należy je rozumieć szeroko i objąć nim wszelkie niezamierzone niezgodności pomiędzy ofertą a wymaganiami zamawiającego określonymi w SIWZ.”* (M. Sieradzka, Prawo zamówień publicznych. Komentarz., Warszawa 2018, opubl. Legalis). *"Z powyższego wynika, że intencją ustawodawcy było uczynienie dopuszczalnym poprawianie wszelkiego rodzaju błędów, omyłek, nieścisłości i innych niedoskonałości oferty, o ile tylko nie spowodują one zniekształcenia woli wykonawcy w istotnym zakresie (...)* (art. 87 ust. 2 pkt 3 PrZamPubl)" (wyrok KIO z 26.02.2013 r., sygn. akt: KIO 354/13).

Co więcej, wobec faktu, że w przepisie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp mowa jest o „innej omyłce”, a zatem innej niż „oczywista” (bo takimi sformułowaniami posługuje się art. 87 ust. 2 pkt 1 i 2 Pzp), stwierdza się, że „o ile poprawienie oczywistych omyłek nie powinno być poprzedzone stosownymi w tym zakresie wyjaśnieniami wykonawcy, gdyż zaprzeczałoby to pojęciu oczywistości, o tyle poprawienie innych omyłek może, a często nawet musi być poprzedzone żądaniem wyjaśnień od wykonawców. Zamawiający w przypadku innych omyłek może bowiem nie wiedzieć, jak należy poprawić ofertę. Uzyskując wyjaśnienia, będzie też mógł łatwiej ocenić, czy poprawa spowoduje istotną zmianę w treści oferty. W wyr. z 7.2.2013 r. (KIO 140/13, Legalis) Izba podkreśliła, że skorzystanie przez zamawiającego z art. 87 ust. w pkt 3 może być nieodzowne nie tylko dla oceny, czy doszło w ogóle do pomyłki, lecz również dla stwierdzenia, w jaki sposób należałoby ją poprawić.” (J. Pieróg, Prawo zamówień publicznych. Komentarz., W-wa 2019).

De facto zatem jedynym warunkiem uznania błędu pisarskiego za omyłkę jest niezgodność napisanego tekstu z wolą jego autora. Zakres art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp dotyczy bowiem „tylko takich nieprawidłowości w ofertach wykonawców, które nie wynikają ze świadomego i celowego działania” (M. Sieradzka, Prawo zamówień publicznych. Komentarz., Warszawa 2018, opubl. Legalis; vide także: wyr. KIO z 10.3.2016 r., KIO 269/16, wyr. KIO z 14.7.2015 r., KIO 1329/15, Legalis).

Przenosząc powyższe na grunt przedmiotowej sprawy, należy stwierdzić, że nie ma wątpliwości, iż powstały błąd pisarski ma – wbrew twierdzeniu Zamawiającego – charakter „omyłki” w rozumieniu art. 87 ust. 2 Pzp, tym bardziej, że – zdaniem Odwołującego – stanowi on „inną omyłkę”, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp (nie zaś „oczywistą omyłkę pisarską” czy „oczywistą omyłkę rachunkową”, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 1 i 2 Pzp). Wolą Odwołującego było posłużenie się wyrazami „Konica Minolta Bizhub C280”, zaś w ofercie nieprawidłowo wskazano „Konica Minolta Bizhub C220/C280”. Odwołujący, niezwłocznie po zorientowaniu się – wskutek otrzymania wezwania z 18.02.2021 r. - o zaistnieniu omyłki, złożył wyjaśnienia, w których wskazał na niezgodność jego woli ze sformułowaniem użytym w ofercie (i wyjaśnił jego przyczyny).

Ponadto, o niezamierzonym charakterze użycia ww. sformułowania świadczy także pozostała treść złożonej oferty. Zdaniem Zamawiającego Odwołujący składając ofertę miał zamiar przy obsłudze Punktów Obsługi Podatnika posłużyć się dwoma urządzeniami – Konica Minolta Bizhub C220 i Konica Minolta Bizhub C280, zaś dopiero na etapie wyjaśnień stwierdził, że będzie te jednostki obsługiwał tylko przy wykorzystaniu urządzenia Konica Minolta Bizhub C280. Takie twierdzenie pozostaje niezgodne z prawdą, co można dostrzec w treści oferty. Należy bowiem zwrócić uwagę, że we wszystkich (trzydziestu dwóch) przypadkach, w których Odwołujący miał zamiar wykonywania zamówienia publicznego przy użyciu dwóch urządzeń wskazał pełne nazwy urządzeń – cyt. „Konica Minolta Bizhub 364 / Konica

Minolta Bizhub C364". Natomiast w tych miejscach, w których popełnił omyłkę użył sformułowania „Konica Minolta Bizhub C220/C280”, tj. nie wymienił pełnej nazwy obu urządzeń (nie powtórzył słów „Konica Minolta Bizhub” po ukośniku), lecz dodał (nadmiarowe) oznaczenie literowe i cyfrowe. Gdyby w tych czterech (spośród 36-ciu) przypadkach Odwołujący miał zamiar posługiwać się obydwoma urządzeniami, to wszakże konsekwentnie posłużyłby się stwierdzeniem „Konica Minolta Bizhub C220 / Konica Minolta C280”, nie zaś stwierdzeniem „Konica Minolta C220/C280”.

Nie można także pomijać przyczyn zaistniałej omyłki, które zostały wskazane przez Odwołującego Zamawiającemu już na etapie udzielania wyjaśnień. Przypomnieć bowiem należy, że pracownik Odwołującego, skopiował (/przepisał) omawiane tu oznaczenia z katalogu firmy Konica Minolta, który dotyczy trzech urządzeń, w tym właśnie C220 i C280. Na pierwszej stronie tegoż katalogu widnieje napis „bizhub C220/C280/C360”. Wedle informacji uzyskanych przez Odwołującego od jego pracownika, to właśnie było przyczyną powstania omyłki, na dowód czego pracownik ten złożył stosowne oświadczenie.

Podsumowując tą część należy stwierdzić, że nie ulega żadnej wątpliwości, iż zaistniały błąd polegający na wskazaniu przez Odwołującego w ofercie „Konica Minolta Bizhub C220/C280” zamiast „Konica Minolta Bizhub C280” ma charakter „omyłki” w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 1-3 Pzp.

B) Niepowodowanie przez zaistniałą omyłkę istotnych zmian w treści oferty

Zdaniem Odwołującego, powstały – opisywany tu – błąd, ma charakter „innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujący istotnych zmian w treści oferty”, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Zamawiający, abstrahując od tego że – jak wyżej wskazano – uważa, iż zaistniały błąd nie jest omyłką, w piśmie z dnia 22 lutego 2021 r. odrzucającym ofertę Odwołującego, z ostrożności wskazał także, iż „jeżeli nawet intencją Wykonawcy było zaoferowanie urządzenia odmiennego niż wynikające z treści oferty, a wskazanie urządzenia niespełniającego wymagania SIWZ było wynikiem błędu, to jest to błąd w treści oferty niemożliwy w przedmiotowej sytuacji do poprawienia na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Zgodnie z powołanym przepisem zamawiający poprawia omyłki polegające na niezgodności treści oferty z SIWZ, jeżeli nie spowoduje to istotnych zmian oferty. W omawianym przypadku możliwe byłoby skorygowanie na podstawie ww. przepisu pomyłek w oznaczeniu modelu urządzenia, tak aby prawidłowo referowały do rzeczywiście występującego na rynku i oferowanego sprzętu. Natomiast w przedmiotowym przypadku dla uzyskania zgodności treści oferty z SIWZ konieczne byłoby usunięcie oferowanego (istniejącego na rynku prawidłowo wskazanym typem) urządzenia.”. Zamawiający twierdzi też, że na przeszkodzie dokonania poprawienia omyłki stoi także fakt, że powoduje ona „materialną sprzeczność oferty z SIWZ”. Innymi słowy, zdaniem Zamawiającego, za niemożnością poprawy omyłki

przemawia po pierwsze to, że dotyczy ona przedmiotu świadczenia, zaś po drugie to, że zarówno urządzenie „Konica Minolta Bizhub C220” jak i „Konica Minolta Bizhub C280” istnieją (występują na rynku). Również z takim twierdzeniem nie sposób się zgodzić.

Przede wszystkim należy stwierdzić, że dla możliwości zastosowania przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp bez znaczenia pozostaje, czy omyłka dotyczy przedmiotu zamówienia publicznego (przedmiotu świadczenia). Jak wskazała bowiem KIO w wyroku z 08.01.2013 r., sygn. KIO 2813/12: *„w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych konsekwentnie przyjmuje się np. możliwość poprawiania treści oferty odnoszących się bezpośrednio do ich essentialiae negotii. Dopuszcza się więc możliwość poprawienia samej ceny ofertowej czy określenia przedmiotu świadczenia pod warunkiem ograniczenia zakresowego, ilościowego czy jakościowego tego typu zmian.”*. W doktrynie prawniczej słusznie zauważa się także, że „w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 można dokonać poprawienia wszelkich omyłek powodujących niezgodność oferty z siwz, z wyjątkiem oczywistych omyłek pisarskich i rachunkowych, które poprawiane są na mocy innych przepisów. (...) Praktycznie tylko przedmiot oferty w zasadniczej swej części nie może ulec żadnym zmianom (...) Nie dotyczy to już jednak poszczególnych elementów składających się na przedmiot zamówienia, a wykazywanych w specyfikacjach technicznych (J. Pieróg, Prawo zamówień publicznych. Komentarz., W-wa 2019). Zasadniczo w orzecznictwie przyjmuje się wręcz, 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. Tym samym możliwe jest poprawienie omyłek skutkujących zmianą ceny oferty czy wpływających bezpośrednio na wybór oferty najkorzystniejszej, jeśli tylko czynność ta przywraca zniekształconą na skutek omyłki treść zamierzonego oświadczenia woli wykonawcy.”* (M. Jaworska, Prawo zamówień publicznych. Komentarz., W-wa 2020, opubl. Legalis).

Powyższe oznacza, że nieprawidłowym jest uznawanie przez Zamawiającego (co wynika poniekąd z treści pisma z 22.02.2021 r. o odrzuceniu oferty Odwołującego), że już sam fakt, iż omyłka dotyczy przedmiotu świadczenia (a w zasadzie – ubocznego jego elementu i ubocznej cechy, o czym będzie jeszcze mowa) przesądza o niemożności zastosowania przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Zgodnie z ugruntowanymi poglądami judykatury jedyną *„przesłanką warunkującą możliwość poprawienia oferty odwołującego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ZamPublU jest istotność zmian w treści oferty, którą poprawka taka pociąga, tzn. ww. przepis zakazuje dokonywania zmian istotnych. Izba potwierdza, że pojęcie istotności zmiany w treści oferty jest pojęciem nieostrym. W związku z tym decyzja w przedmiocie możliwości zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ZamPublU winna być podejmowana każdorazowo z uwzględnieniem całości kształtu indywidualnych okoliczności sprawy, zarówno z uwzględnieniem następstw i konse-*

kwencji zmian dla treści oferty, jak i z uwzględnieniem samego rodzaju i charakteru poprawianych niezgodności oraz sposobu ich przeprowadzenia." (wyrok KIO z 08.01.2013 r., sygn. akt: KIO 2813/12).

Jakkolwiek brak jest ustawowych kryteriów oceny, jakie zmiany wywołane poprawą omyłki są istotne, wskazuje się, że „kwalifikator istotnych zmian (...) należy odnosić do całości treści oferty i konsekwencję tych zmian należy oceniać, biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia i całość oferty. Ocena, czy poprawienie innej omyłki przez zamawiającego powoduje (lub nie) istotną zmianę w treści oferty, musi być dokonywana na tle konkretnego stanu faktycznego. To co w ramach danego zamówienia może prowadzić do istotnej zmiany w treści oferty, nie musi rodzić takiego efektu przy ocenie ofert innego podobnego zamówienia” (wyrok SO w Krakowie z 23.04.2009 r., sygn. akt: XII Ga 102/09).

Również Krajowa Izba Odwoławcza niejednokrotnie w swoich orzeczeniach wskazywała, jakie determinanty bierze pod uwagę dokonując opisywanej tu oceny. Przykładowo, w wyroku z 21.03.2017 r., sygn. akt KIO 401/17: „Izba - do oceny czy niezgodność ta ma charakter istotny - wzięła pod uwagę, rodzaj popełnionej niezgodności, przedmiot oraz zakres oferty złożonej przez Odwołującego, uznając że wszystkie okoliczności faktyczne wskazywały na konieczność zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 PrZamPubl”. W innym wyroku zauważono z kolei, że „za nieistotne łatwiej będzie uznawać omyłki, które nie dotyczą podstawowego aspektu oferowanego świadczenia, lecz świadczeń ubocznych lub wręcz akcesoryjnych” (wyrok KIO z 18.07.2013 r., sygn. akt: KIO 1631/13).

Do aspektu uboczności (marginalności) zmienianego elementu odniesiono się także w wyroku KIO z 13.01.2012 r., sygn. akt KIO 2810/11), w którym stwierdzono, że przy dokonywanej ocenie „rozważyć należy, czy ww. omyłka doprowadzi do istotnych zmian w treści oferty. Poprawieniu bowiem ulegają wyłącznie niezgodności niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Ustawodawca przyjął więc a priori, że usuwanie omyłek doprowadzi do zmiany treści oświadczenia woli. Dozwolony został jednak tylko taki zakres zmian, których marginalność nie naruszy istoty zobowiązania wynikającego z oferty. Posłużenie się przez ustawę pojęciem niedookreślonym przy nakładaniu obowiązku poprawiania omyłek („niepowodujące istotnych zmian”) sprawia, że to do zamawiającego należy w pierwszej kolejności ocena, czy w danej sytuacji musi poprawić omyłki. Istotność omyłki winna być przez zamawiającego oceniona z uwzględnieniem jej znaczenia dla osiągnięcia celu, jaki przyświecał wszczęciu postępowania. Jeśli oferta, mimo omyłki, spełniłaby oczekiwania zamawiającego, gdyby w tej treści miała być przyjęta - można rozważyć nieistotność omyłki. Jeśli jednak treść oferty wskutek omyłki staje się całkowicie rozbieżna z oczekiwaniami zamawiającego, trudno mówić o nieistotności.”.

Sumując powyższe poglądy stwierdził, że przy ocenie czy omyłka powoduje istotną zmianę w treści oferty, należy brać pod uwagę: (1) przedmiot zamówienia i całość oferty, tj.

analizować jak ważna jest to zmiana w kontekście całego przedmiotu zamówienia / całej oferty; (2) rodzaj popełnionej niezgodności, (3) znaczenie dla osiągnięcia celu, jaki przyświecał wszczęciu postępowania oraz czy oferta, mimo omyłki, spełniałaby oczekiwania zamawiającego czy też stałaby się z nimi całkowicie rozbieżna. Nadto, za nieistotnością przemawia (4) marginalność / uboczność / akcesoryjność świadczenia, którego dotyczy omyłka.

Przenosząc powyższe na grunt przedmiotowej sprawy, należy w przede wszystkim dostrzec, jak marginalna, drobna jest zmiana spowodowana przez poprawienie omyłki będącej meritum niniejszej sprawy, niezależnie od płaszczyzny na jakiej dokonuje się tej oceny. W pierwszej kolejności należy przypomnieć, że przedmiotem zamówienia jest usługa polegająca na kompleksowej obsłudze serwisowej kserokopiarek, drukarek i urządzeń wielofunkcyjnych własnych oraz dzierżawa urządzeń wielofunkcyjnych (które to urządzenia również mają być objęte usługą serwisową). Urządzenie wielofunkcyjne „Konica Minolta Bizhub C280” ma być zatem jedynie narzędziem do wykonania usługi będącej przedmiotem zamówienia (przedmiotem świadczenia). Nie jest to zatem przedmiot zamówienia per se, a jedynie uboczny jego element. Inaczej sytuacja wyglądała by np. gdyby zamówienie publiczne dotyczyło zakupu przez Zamawiającego takich urządzeń (a co w przedmiotowej sprawie nie ma miejsca).

Co więcej, omyłka w zakresie modelu urządzeń dotyczy zaledwie 3 spośród 259 urządzeń mających być rozlokowanych w jedynie 3 spośród 36 lokalizacji (sic!), w jakich Odwołujący miałby dzierżawić i serwisować urządzenia. Zmiana oferty na skutek poprawienia omyłki dotyczy (i to nie bezpośrednio, bo świadczeniem jest usługa) zatem około 1 % całości świadczenia. Zwrócił uwagę, że prędkość wydruku pierwszej strony była jedynie jednym z kilkudziesięciu wymagań stawianych wykonawcom i jednym z kilkudziesięciu wymagań technicznych urządzeń, przy użyciu których Zamawiający oczekiwał realizacji zamówienia publicznego.

Nie bez znaczenia pozostaje także to, że niezgodność z SIWZ urządzenia „Konica Minolta Bizhub C220” polega na tym, że drukuje ono pierwszą kopię po około 7,5 sekundy (przy czym jest to czas orientacyjny, o czym dalej będzie jeszcze mowa), podczas gdy zgodnie SIWZ maksymalny czas na wydruk pierwszej kopii powinien wynosić 7 sekund. Jakkolwiek Odwołujący co do zasady nie kwestionuje faktu, że urządzenie to nie spełnia tych wymagań (choć, wobec orientacyjnego charakteru czasu wydruku i to jest niepewne, a o czym szerzej w dalszej części odwołania), to należy zwrócić uwagę, że jedynie dlatego, że drukuje pierwszą kopię zaledwie 0,5 sekundy za długo. To z kolei ukazuje – na czwartej już płaszczyźnie – z jak nieistotnym rodzajem zmiany mamy do czynienia w przedmiotowej sprawie. Trudno założyć, że wydruk pierwszej strony o 0,5 sekundy później przekreśla możliwość osiągnięcia celu, jaki przyświecał wszczęciu postępowania przez Zamawiającego oraz że oferta, mimo omyłki stałaby się całkowicie rozbieżna z oczekiwaniami Zamawiającego (a co

ma znaczenie, w kontekście przywołanego wyżej orzecznictwa – vide: wyrok KIO z 13.01.2012 r., sygn. akt: KIO 2810/11). Jest to tak drobna różnica, że można z całą pewnością stwierdzić, iż Zamawiający nie dostrzegłby nawet, że wydruk następuje o 0,5 sekundy później. To z kolei prowadzi do wniosku, że nawet urządzenie „Konica Minolta Bizhub C220” spełniałoby oczekiwania Zamawiającego (abstrahując od tego, że Odwołujący nie miał zamiaru się nim posługiwać przy wykonywaniu zamówienia publicznego).

W tym miejscu, na marginesie dodał, że Załącznik nr 1, sekcja I ust. 7 lit. f nie określa dla jakiego rodzaju formatu papieru czas wydruku pierwszej kopii ma wynosić 7 sekund (Odwołujący może się jedynie domyślać, że chodzi o najpopularniejszy format, tj. A4). Jest to natomiast o tyle istotne, że w przypadku każdego urządzenia drukującego czas wydruku różni się od formatu papieru, na jakim następuje wydruk. Co do zasady, im mniejszy format, tym szybszy wydruk i na odwrót. Przykładowo, czas wydruku kopii na papierze formatu A5 w urządzeniu „Konica Minolta Bizhub C220” jest krótszy niż 7 sekund, co przesądzałoby o spełnianiu przez to urządzenie wymagań określonych w SIWZ. Co więcej, czas podawany przez producenta jest orientacyjny i w praktyce może się różnić od wielu czynników, takich jak gramatura papieru, temperatura urządzenia (rozgrzanie), temperatura powietrza, wilgotność powietrza, wiek urządzenia itd. Przykładowo, producent omawianego tu urządzenia „Konica Minolta Bizhub C220” zakłada, że czas wydruku pierwszej strony wynoszący około 7,5 sekundy urządzenie to osiąga przy formacie A4, gramaturze papieru 80g/m² i temperaturze 23 stopnie Celsjusza. Konica Minolta w swych katalogach podkreśla przy tym, że jest to czas orientacyjny, a zarazem maksymalny, na co wskazuje posługiwanie się stwierdzeniem „7,5 seconds or less” (7,5 sekundy lub mniej). Nie jest zatem nawet pewne, że rzeczony urządzenie w praktyce będzie przekraczało wymagane przez SIWZ 7 sekund (faktycznie może ono spełniać ten wymóg). Przy zmianie ww. parametrów czas ten może różnić się w jeszcze większym stopniu, a wahania te z pewnością są większe niż 0,5 sekundy, które w konsekwencji doprowadziło do odrzucenia oferty Odwołującego. Wziąwszy pod uwagę opisywaną tu względność tego parametru można nawet stwierdzić, iż paradoksalnie urządzenia zaoferowane przez innych Wykonawców w przedmiotowym postępowaniu – przy wystąpieniu określonych czynników - również drukują pierwszą kopię w czasie dłuższym niż 7 sekund, nie spełniając w ten sposób wymogów określonych w SIWZ. Przykładowo, urządzenie Konica Minolta Bizhub C224 drukuje pierwszą kopię w ciągu 6,9 sekundy jedynie w przypadku papieru formatu A4, gramatury 80g/m² i temperaturze 23 stopnie Celsjusza. Gdyby np. format ten był większy (np. A3) albo gramatura papieru była większa (np. 120g/m²) czas ten z pewnością byłby dłuższy. Ukazuje to tym dobitniej jakże błahy jest element oferty, który miałby zostać poprawiony przez Zamawiającego. Wszystkie powyższe okoliczności - zdaniem Odwołującego - przesądzają, że zmiana, jaka miałaby zostać dokonana na skutek po-

prawienia omyłki nie powoduje istotnych zmian w treści oferty, a co za tym idzie winna być dokonana w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Co przy tym istotne, wśród bogatego orzecznictwa dotyczącego opisywanych tu zagadnień, można odnaleźć także wyroki tut. Izby, które dotyczą analogicznych stanów faktycznych i wprost potwierdzają możliwość poprawienia oznaczenia modelu urządzenia.

Przykładowo, w wyroku KIO z 18.07.2013 r., sygn. akt: KIO 1631/13, którym rozstrzygnięto sprawę, w której wykonawca omyłkowo wskazał, że model oferowanego serwera to „IBM Flex System x240” podczas gdy prawidłowy model nosił nazwę „IBM Flex System x220”, Izba wskazała, że *„odmowa poprawienia przez Zamawiającego omyłki w treści oferty Odwołującego - polegająca jedynie na uzgodnieniu fragmentu oznaczenia modelu z symbolem i parametrami oferowanego serwera, a zatem bez zmiany przedmiotu oferty i jej ceny - była zupełnie bezpodstawna”*. Podobnie za omyłkę (i do tego oczywistą omyłkę, a zatem usuwalną w trybie art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp) uznano użycie błędnej nazwy modelu „typu SL220-20P” zamiast „typu SL280- 20P” (wyrok KIO z 19.08.2019 r., sygn. akt: KIO 1501/19). W jeszcze innym wyroku tut. Izby, za podlegającą skorygowaniu omyłkę uznano zmianę modelu duplikatora z „EPSON PP-100II” na „EPSON PP-100III” (wyrok KIO z 12.12.2019 r., sygn. akt: KIO 2442/19).

Nie ma także racji Zamawiający, że o dopuszczalności poprawienia omyłki w trybie art. 87 ust. 2 Pzp, przesądza to, czy model urządzenia, który jest korygowany istnieje (występuje na rynku) czy nie. Z analizy orzecznictwa tut. Izby wynika, że może mieć to znaczenie tylko w kontekście podstawy prawnej, którą należy zastosować poprawiając omyłkę. W przypadku, gdy korygowany model urządzenia nie istnieje, tut. Izba uznawała taką omyłkę za „oczywistą omyłkę pisarską” i nakazywała jej skorygowanie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp. Natomiast w przypadku, gdy korygowany model istniał (występował na rynku), tut. Izba uznawała taką omyłkę za „inną omyłkę polegającą na niezgodności z SIWZ, niepowodującą istotnych zmian w treści oferty” i nakazywała jej skorygowanie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Przykładowo, w wyroku z 27.05.2020 r., sygn. akt KIO 614/20 tut. Izba rozpatrywała sprawę, w której wykonawca omyłkowo wskazał model krzesła „WNIA086N11N” podczas gdy prawidłowym modelem był model „WNIA086N21N”, przy czym oba modele istniały i występowały na rynku. W tej sprawie Izba, „oceniając niezgodność oferty z SIWZ w zakresie części 1 oraz możliwość jej poprawy Izba uznała, że w tym zakresie istniał po stronie zamawiającego obowiązek poprawy stwierdzonej omyłki. Niespornym jest, że zakres niezgodności treści oferty z SIWZ (odwołujący zaoferował kompletna dostawkę D1), dotyczyła tylko waloru wizualnego, a nie funkcjonalnego, gdyż odwołujący podał nr katalogowy dostawki z nogami okrągłymi zamiast wymaganych kwadratowych. Nadto sytuacja ta wynikła, z błędnego wpisania jednej cyfry numeru katalogowego - numer katalogowy wpisany w Kalkulacji cenowej

to WNIA086N11N, podczas, gdy prawidłowo wpisany numer katalogowy to WNIA086N21N. Biorąc pod uwagę powyższą niebudzącą wg. uznania Izby omyłkę we wpisaniu numeru katalogowego, Izba uwzględniła podnoszony zarzut i nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru ofert z którymi zostanie zawarta umowa ramowa i dokonanie ponownej oceny tej oferty wraz z dokonaniem poprawą ww. omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ZamPUBU” (wyrok KIO z 27.05.2020 r., sygn. akt: KIO 614/20).

Co więcej, abstrahując od powyższego, warto dostrzec, że – wbrew twierdzeniu Zamawiającego – analizując ściśle użyte przez Odwołującego w ofercie słowa, należałoby stwierdzić, iż podany w przedmiotowej sprawie przez Odwołującego model urządzenia, tj. „Konica Minolta Bizhub C220/C280”, nie istnieje. Nie ma bowiem na rynku urządzenia o oznaczeniu „C220/C280”. Istnieją jedynie urządzenia „Konica Minolta Bizhub C220” oraz „Konica Minolta Bizhub C280”. Dlatego też, na co już wskazywano w pkt II lit. A uzasadnienia, Odwołujący chcąc zaoferować dwa urządzenia postąpił w ofercie pełnymi nazwami urządzeń przełamując je ukośnikiem (cyt. „Konica Minolta Bizhub 364 / Konica Minolta Bizhub C364”), nie zaś – jak uczynił to w przypadku omawianej omyłki – przełamując ukośnikiem jedynie ostatnie litery i cyfry nazwy urządzenia („Konica Minolta Bizhub C220/C280”). Powyższe wyroki, odnoszące się wprost do poprawiania omyłek w zakresie (istniejących i nieistniejących) modeli urządzeń i produktów, tym bardziej przesądzają o obowiązku Zamawiającego poprawienia omyłki zaistniałej w przedmiotowej sprawie. Czyniąc odmiennie, Zamawiający naruszył – zdaniem Odwołującego – przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez jego niezastosowanie i art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie wyrażające się w odrzuceniu oferty Odwołującego. Nadto, w przypadku gdyby po wniesieniu niniejszego Odwołania, a przed jego rozstrzygnięciem przez tut. Izbę Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty, dopuściłby się w konsekwencji również – w ocenie Odwołującego – naruszenia przepisu art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez wybór oferty innego wykonawcy jako oferty najkorzystniejszej, podczas gdy - wzięwszy pod uwagę kryteria oceny ofert określone w SIWZ - najkorzystniejszą ofertę złożył Odwołujący.

Zamawiający w dniu 09.03.2021 r. (za pomocą platformy zakupowej: <https://zamowienia-ias-szczecin.ezamawiajacy.pl>) wezwał wraz kopią odwołania, w trybie art. 524 NPzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 11.03.2021 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) MYDIR.PL COMPANY SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Kaliszu, ul. Majkowska 18, 62-800 Kalisz zwana dalej: „MYDIR.PL COMPANY SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ” albo „Przystępującym” zgłosiło przystąpienie do postę-

powania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwoływającemu. W konsekwencji Izba uznała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego: MYDIR.PL COMPANY SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ.

W dniu 15.03.2021 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) DKS sp. z o.o., ul. Energetyczna 15, 80-180 Kowale zwana dalej: „DKS sp. z o.o.” zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwoływającemu. Biorąc pod uwagę, że wezwanie do zgłoszenia przystąpienia miało miejsce 09.08.2021 r. Nie został dochowany 3 dniowy termin. W konsekwencji Izba nie uznała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego: DKS sp. z o.o.

W dniu 11.05.2021 r. (e-mailem - podpisano kwalifikowanym podpisem elektronicznym) Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 521 NPzp, odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie zarzutów odwołania w całości. Odwołujący w Formularzu ofertowym w Części nr 3 w pozycji nr 13 oraz w Części nr 4 w pozycji nr 2, 5 i 9, wskazał urządzenie „Konica Minolta Bizhub C220/C280”. Zamawiający podczas badania oferty Odwoływającego nie miał wątpliwości co do faktu, iż zostały zaoferowane dwa urządzenia: „Konica Minolta Bizhub C220” oraz „Konica Minolta Bizhub C280”. Według wiedzy Zamawiającego w obrocie handlowym istnieją urządzenia „Konica Minolta Bizhub C220”, „Konica Minolta Bizhub C280” oraz „Konica Minolta Bizhub C360”, nie istnieje natomiast urządzenie „Konica Minolta Bizhub C220/C280”. Według Zamawiającego taki sposób zapisania nazwy urządzeń był wyłącznie „skrótem” pełnej nazwy urządzeń. Także Wykonawca DKS Sp. z o.o., ul. Energetyczna 15, 80-180 Kowale, odczytał określenie zaoferowanych modeli urządzeń jako model C220 oraz model C280 (pismo DKS Sp. z o.o. z 17.02.2021 r.). Zgodnie z argumentami przywołanymi w odwołaniu z 05.03.2021 r. błąd w oznaczeniu modelu urządzenia polegał na „dodaniu po nazwie „Konica Minolta Bizhub” po ukośniku, nadmiarowego oznaczenia literowego i cyfrowego”. Zamawiający zwraca uwagę, iż wyjaśnienia Odwoływającego jednoznacznie wskazują, iż Odwołujący zaproponował model „Konica Minolta Bizhub C220” a omyłkowo dodał po nazwie „Konica Minolta Bizhub” po ukośniku, nadmiarowe oznaczenie literowe i cyfrowe „C280”. Ponadto zdaniem Zamawiającego Odwołujący świadomie zaoferował urządzenia Konica Minolta Bizhub C220 oraz C280. Gdyby, zgodnie z przytoczoną w odwołaniu argumentacją, omyłkowo został przepisany numer katalogowy z katalogu Konica Minolta, do oferty zostałyby wpisane oznaczenie „Konica Minolta Bizhub C220/C280/C360”.

Zamawiający nie podziela zdania Odwołującego, iż wskazanie modelu urządzenia, który nie spełnia wymagań postawionych w SIWZ, nosi znamiona „innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty” (art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp).

a) Uznanie, iż zaoferowanie modelu urządzenia, które nie spełnia wymagań Zamawiającego, jest „inną omyłką” skutkowałoby dokonaniem przez Zamawiającego poprawienia oferty Odwołującego, co prowadziłoby do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców. Dopuszczenie bowiem przed upłynięciem terminu otwarcia ofert, możliwości zaoferowania urządzenia o dłuższym czasie wydruku pierwszej kopii, spowodowałyby, iż pozostali wykonawcy przedmiotowego postępowania, mogliby zaoferować inne urządzenia o niższych parametrach, co mogłoby wpłynąć na cenę ich oferty.

b) Zdaniem Zamawiającego, zaoferowanie przez Wykonawcę dwóch urządzeń, z których jedno spełnia wymagania SIWZ a drugie ich nie spełnia, mogłoby umożliwić wykonawcy kształtowanie ostatecznej oferty po terminie jej złożenia. W odpowiedzi bowiem na wezwanie Zamawiającego dot. wyrażenia zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, Wykonawca miałby możliwość „dopasowania” oferty w zależności od swojej sytuacji w danym postępowaniu (w przypadku braku zainteresowania wygraną w postępowaniu wskazać np. drugie z urządzeń jako te właściwe, jednocześnie uniemożliwiając Zamawiającemu zatrzymanie wadium).

c) Ponadto. wg opinii Zamawiającego przyjęcie przez Zamawiającego wyjaśnień Odwołującego wskazujące, że w ofercie omyłkowo zostało wskazane urządzenie nie spełniające wymagań, a Odwołujący będzie świadczył usługę wyłącznie na urządzeniach które spełniają wymagania Zamawiającego, nosiłoby znamiona niedopuszczalnych przez ustawodawcę negocjacji (art. 87 ust. 1 zdanie drugie Pzp).

Odnosząc się do przedstawionego w „Odwołaniu” zarzutu dot. braku doprecyzowania w SIWZ, dla jakich parametrów (formatu, gramatury oraz temperatury otoczenia) wymagany był czas wydruku pierwszej kopii, Zamawiający informuje, iż do dnia otwarcia ofert, Odwołujący nie zwrócił się do Zamawiającego o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w przedmiotowym zakresie. Należy więc przyjąć, iż na etapie przygotowywania oferty Odwołujący (a także pozostali uczestnicy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego) nie miał wątpliwości co do wymagań postawionych przez Zamawiającego w zakresie minimalnych wymagań dla urządzeń dzierżawionych oferowanych przez wykonawcę. Jednocześnie Wykonawca w swojej odpowiedzi z dnia 19.02.2021 r. nie kwestionował parametru a jedynie wskazał na omyłkę. Dlatego też podniesiony w Odwołaniu argument braku doprecyzowania w SIWZ parametru urządzenia, należy uznać za podniesiony tylko ze względu na potrzeby odwołania.

Ponadto Zamawiający zwraca uwagę, iż Odwołujący realizuje aktualnie obowiązującą umowę na obsługę serwisową kserokopiarek zawartą w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w 2019 r., w którym to postępowaniu Zamawiający postawił identyczne wymagania techniczne dla urządzeń dzierżawionych. Odwołujący przystępując do realizacji ww. umowy a także w trakcie jej realizacji, nie miał wątpliwości co do wymagań postawionych przez Zamawiającego w zakresie minimalnych wymagań dla urządzeń dzierżawionych.

Podnoszona przez Wykonawcę PHU AVI System A. M. „nieistotność” drukowania pierwszej kopii 0,5 sekundy dłużej od wymaganego czasu pierwszej kopii, która wg. Odwołującego byłaby niezauważalna w trakcie realizacji zamówienia, wg opinii Zamawiającego ma jednak bardzo istotne znaczenie. To właśnie te 0,5 sekundy w omawianym przypadku powoduje, że mamy do czynienia z innym (lepszym) urządzeniem. Chęć zaoferowania innego produktu powinna być podniesiona na etapie przygotowywania oferty, w dopuszczalnym przez ustawę trybie wyjaśnień treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Do dnia otwarcia ofert Odwołujący nie zwrócił się do Zamawiającego z powyższym zapytaniem.

Podkreślił, iż zaproponowanie w ofercie dwóch różnych modeli, zdaniem Zamawiającego było dopuszczalne, z uwagi na zapisy SIWZ (Załącznik nr 1 do SIWZ), zgodnie z którymi Zamawiający dopuścił zaoferowanie przez wykonawców pięciu różnych urządzeń. Oczywistym wydaje się, iż w momencie składania oferty Wykonawca mógł nie mieć pewności co do modelu urządzenia, które finalnie zostanie dostarczone do lokalizacji Zamawiającego, celem realizacji zamówienia. Należy jednak podkreślić, iż każde z zaproponowanych przez Wykonawcę urządzeń winno posiadać parametry techniczne wymagane przez Zamawiającego.

W związku z wątpliwościami dotyczącymi parametrów zaoferowanego urządzenia „Konica Minolta Bizhub C220”, Zamawiający wezwał Odwołującego o wyjaśnienie treści oferty w zakresie czasu wydruku pierwszej kopii. W odpowiedzi Odwołujący wyjaśnił, iż w ofercie omyłkowo zostało wskazane urządzenie Konica Minolta Bizhub C220.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron (na rozprawie obecny jedynie Odwołujący) złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

W związku z brzmieniem art. 90 ust. 1 Przepisów wprowadzających ustawę - Prawo zamówień Publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r., poz. 2020), zgodnie z którym do postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie uchylanej

w art. 89, wszczętych i niezakończonych przed dniem 01.01.2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe. Uwzględniając okoliczność, iż postępowanie wszczęte zostało 22.12.2020 r., ilekroć w treści uzasadnienia mowa o przepisach materialnych ustawy Pzp należy przez to rozumieć ustawę z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (zwana dalej: „Pzp”)

Jednocześnie, z uwagi na treść art. 92 ust. 2 Przepisów wprowadzających ustawę - Prawo zamówień Publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r., poz. 2020), zgodnie z którym do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31.12.2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 01.01.2021 r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1, odwołanie czyni zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych. (zwana dalej: „NPzp”)

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 NPzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 505 ust. 1 NPzp, uprawniający do jego złożenia. Odwołujący, którego oferta została odrzucona, w wypadku potwierdzenia zarzutów ma szansę na uzyskanie zamówienia.

Izba nie uznała skuteczności zgłoszonego przystąpienia - DKS sp. z o.o., gdyż nie został dochowany termin wynikający z art. 525 ust. 2 Pzp (dawny art. 185 ust. 2 Pzp.) Wykonawca doręczył zgłoszenie w dniu 15.03.2021 r. Biorąc pod uwagę, że wezwanie do zgłoszenia przystąpienia miało miejsce 09.08.2021 r. Nie został dochowany 3 dniowy termin. Zgodnie z przepisem zgłoszenie doręcza się więc zastosowanie ma teoria doręczenia a nie wysłania, istotny jest więc termin otrzymania takiego zgłoszenia, a nie jego wysłania. Podobnie wskazano w wyroku KIO z 10.09.2020 r., sygn. akt: KIO 1948/20.

Skład orzekający Izby dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w postaci elektronicznej, w tym w szczególności postanowień SIWZ, załącznika nr 1 Opis Przedmiotu Zamówienia, oferty Odwołującego, pisma DKS Sp. z o.o. z 17.02.2021 r., wezwania Zamawiającego z 18.02.2021 r. w trybie art. 87 ust. 1 Pzp skierowane do Odwołującego, wyjaśnień Odwołującego z 19.02.2021 r. oraz pisma Zamawiającego z 22.02.2021 r. dot. odrzucenia oferty Odwołującego.

Izba zaliczyła również w poczet materiału dowodowego załączone przez Odwołującego do odwołania na okoliczności w nim wskazane:

1) kopie oferty Odwołującego (zaliczona uprzednio w ramach dokumentacji postępowania),

- 2) oświadczenie R. K. (pracownika Odwołującego) z 04.03.2021 r.,
- 3) wydruk katalogu Konica Minolta „office system bizhub C220/C280/C360”,
- 4) wydruk Specyfikacji Konica Minolta Bizhub c220/c280,
- 5) kopie wyjaśnień Odwołującego z 19.02.2021 r. (zaliczona uprzednio w ramach dokumentacji postępowania).

Izba zaliczyła również w poczet materiału dowodowego złożony przez Odwołującego na rozprawie:

- wydruk z katalogu drukarek Konica Minolta Bizhub / C360/ C280/ C220 na okoliczność tego rodzaju, że czas rozgrzania drukarek C 220 wynosi 22 sekundy, wydruku pierwszej kopii 7,5 sekundy, co daje łącznie wydruk pierwszej kopii po 29,5 sekundy, a czas rozgrzania drukarki C280 wynosi 27 sekundy, wydruk pierwszej kopii po 5,8 sekundy, co daje łącznie wydruk pierwszej kopii po 32,8 sekundy.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę stanowisko wynikające ze stanowiska pisemnego Odwołującego, stanowiska i oświadczenia stron złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się generalnie do podniesionych w treści odwołania zarzutów, stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący sformułował w odwołaniu zarzut naruszenia:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez jego błędne zastosowanie oraz naruszenie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez jego niezastosowanie, przejawiające się w odrzuceniu oferty Odwołującego jako nieodpowiadającej treści SIWZ, co było efektem błędnego uznania przez Zamawiającego, że wskazanie przez Odwołującego w ofercie, iż w przypadku czterech Punktów Obsługi Podatnika w Policach zamierza wykonywać zamówienie publiczne przy użyciu urządzenia „Konica Minolta Bizhub C220/C280” nie stanowiło „innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty”, podlegającej poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp (który to przepis Zamawiający winien zastosować) i bezzasadnego odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, podczas gdy – jak wskazał Odwołujący w wyjaśnieniach z dnia 19 lutego 2021 r. – wskazanie w ofercie „Konica Minolta Bizhub C220/C280” zamiast prawidłowego „Konica Minolta Bizhub C280” stanowiło inną omyłkę polegającą na niezgodności oferty z SIWZ, która (zgodnie z orzeczeniami KIO wydanymi w analogicznych sprawach) nie powoduje istotnych zmian w treści oferty i podlega poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. a w przypadku gdyby po wniesieniu niniejszego odwołania, a przed jego rozstrzygnięciem Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty, zarzucił także:

2. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez wybór oferty innego wykonawcy jako oferty najkorzystniejszej, podczas gdy - wzięwszy pod uwagę kryteria oceny ofert określone w SIWZ - najkorzystniejszą ofertę złożył Odwołujący.

Wobec nie dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej przez Zamawiającego drugi z zarzutów nie będzie rozpoznawany z uwagi na jego ewentualny charakter uzależniony od zaistnienia wskazanych wyżej okoliczności.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie do przedmiotowego odwołania.

W pierwszej kolejności Izba przywołuje stan faktyczny wynikający z treści odwołania oraz odpowiedzi na odwołanie, dotyczy to w szczególności treści oferty Odwołującego. Skład orzekający Izby stwierdził, że nie było sporu co do zaistniałego stanu faktycznego, ale dopuszczalności określonych działań ze strony Zamawiającego.

Dodatkowo w załączniku nr 1 do SIWZ, wskazano minimalne wymagania urządzeń dzierżawionych oferowanych przez Wykonawcę dla Punktów Obsługi Podatnika. W zakresie prędkości pierwszej kopii (sekcja I ust. 7 lit. f) Zamawiający wymagał maksymalnie 7 sekund. Z kolei w tym samym załączniku (sekcja I ust. 2) – Zamawiający wymagał, aby urządzenia dzierżawione montowane w urzędach (w części nr 3 i 4) obejmowały maksymalnie 5 modeli. W jednym obiekcie urządzenia winny być tego samego modelu (dopuszcza się rozróżnienie na urządzenia czarno-białe i kolorowe).

W piśmie z 17.02.2021 r. Wykonawca DKS Sp. z o.o. wskazał Zamawiającemu: „(...) Jednocześnie uprzejmie informuję, że konkurencyjna oferta firmy AVI System zawiera treści, które powinny skutkować jej odrzuceniem. Zaoferowane przez AVI System urządzenie Konica Minolta bizhub C220 nie spełnia wymogów SIWZ z powodu przekroczenia dopuszczalnych parametrów, a w szczególności parametru „wydruk pierwszej kopii maks. 7 sek”. Załączam fragment przewodnika producenta dla urządzenia C220 (Product Guide str. 15) z zaznaczonym parametrem „pierwsza kopia po 7,5 sek” (...).”

W ramach wezwania do wyjaśnień z 18.02.2021 r. skierowanego do Odwołującego Zamawiający stwierdził: „(...) 87 ust. 1 (...) wzywam Państwa do złożenia w terminie do dnia 19.02.2021 r. wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty do przedmiotowego postępowania.

Zamawiający w załączniku nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wskazał minimalne wymagania urządzeń dzierżawionych oferowanych przez Wykonawcę dla Punktów Obsługi Podatnika. W zakresie prędkości pierwszej kopii (sekcja I ust. 7 lit. f) Zamawiający wymagał maksymalnie 7 sekund.

Zgodnie z informacjami zawartymi na stronach internetowych, zaoferowane przez Państwa firmę urządzenie Konica Minolta Bizhub C220, pierwszą kopię uzyskuje po 7,5 se-

kundach. Mając powyższe na uwadze proszę o potwierdzenie (na podstawie np. kart katalogowych urządzenia lub innych dokumentów producenta) czy zaoferowane urządzenie Konica Minolta Bizhub C220 spełnia wymóg Zamawiającego w zakresie prędkości pierwszej kopii.(...)”.

Odpowiadając w ramach wyjaśnień Odwołującego z dnia 19.02.2021 r. stwierdził, że: „(...) W złożonej ofercie, jako model urządzenia, który ma zostać wydzierżawiony w ramach zamówienia publicznego Zamawiającemu z przeznaczeniem do Punktów Obsługi Podatnika (w Świdwinie, Łobzie, Sławnie i Policach) wskazałem, iż będzie to cyt. „Konica Minolta Bizhub C220/ C280”. W istocie jednak, zamówienie publiczne zamierzałem wykonywać z wykorzystaniem jedynie jednego z tych modeli, tj. Konica Minolta Bizhub C280, zaś model C220 został w ofercie wskazany omyłkowo (nie będzie on używany przy wykonywaniu zamówienia publicznego). Takie (omyłkowe) określenie urządzeń, wskazujące na dwa (zamiast jednego) modele było wynikiem zaczerpnięcia tego oznaczenia z oficjalnego katalogu firmy Konica Minolta, który dotyczy obydwu (C220 i C280) tych modeli urządzeń. Katalog ten przesyłam w załączeniu.

W związku z zaistniałą omyłką, w ramach udzielanych wyjaśnień prostuję, że przy wykonywaniu zamówienia publicznego zamierzam posługiwać się jedynie urządzeniem Konica Minolta Bizhub C280.

Jednocześnie wobec powstałych wątpliwości w zakresie czasu wydruku pierwszej kopii informuję, że model Konica Minolta C280 (przy użyciu którego zamierzam wykonywać zamówienie publiczne) drukuje pierwszą kopię po 5,8 sekundy. Na potwierdzenie tego faktu, w załączeniu przedkładam ww. Katalog Konica Minolta Bizhub C220, C280 and C360, w którym – na str. 10, w rubryce „1st copy/print time” – wskazano, że urządzenie C280 drukuje pierwszą kopię w ciągu 5,8 sekundy. Tym samym urządzenie to spełnia wymóg określony w sekcji I ust. 7 lut. f SIWZ.”. W pozostałym zakresie Izba odniesie się przy rozpoznawaniu zarzutu.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 552 ust.1 NPzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 542 ust. 1 NPzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnosząc się do istoty sporu, Izba podkreśla, że zarzut odwołania jest zasadny i podlega uwzględnieniu.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje za orzecznictwem, że: „(...) W odniesieniu do poprawek dokonywanych na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 P.z.p., czyli dotyczących niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, a niepowodujących istotnych

zmian w treści oferty, z przepisu tego wprost wynika, że taka poprawa nie może prowadzić do istotnej zmiany treści oferty. Oczywiście jest zatem, że przypadku zastosowania tego przepisu każdorazowo następuje zmiana treści oferty. Natomiast granicą dopuszczalności takiej zmiany jest to, aby nie miała ona istotnego charakteru. Przy czym ocena tej kwestii jest uzależniona od okoliczności konkretnej sprawy: na ile zmiana oddaje pierwotny sens i znaczenie treści oferty, a na ile stanowi wytworzenie całkowicie nowego oświadczenia, odmiennego od złożonego przez wykonawcę w stopniu nakazującym uznać, że wykonawca nie złożyłby takiego oświadczenia, gdyż nie odzwierciedla ono jego intencji co do treści składanej oferty. O istotności takiej zmiany może zatem decydować zmiana wielkości ceny, zmiana zakresu przedmiotu świadczenia lub oba te czynniki występujące jednocześnie. Może, ale nie musi, gdyż dla oceny istotności wprowadzanych zmian znaczenie ma ich zakres w stosunku do całości treści oferty i przedmiotu zamówienia. (...)" (za wyrokiem KIO z 17.04.2015 r., sygn. akt: KIO 674/15).

Nadto, Izba podkreśla, że: *"intencją ustawodawcy w zakresie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp jest umożliwienie brania pod uwagę w postępowaniu o zamówienie publiczne ofert obciążonych nieistotnymi wadami, będącymi wynikiem różnego rodzaju błędów i omyłek, które nie prowadzą do istotnych zmian w treści oferty - nie zniekształcają w znaczącym stopniu, niezgodnie z intencją oświadczenia woli wykonawcy ubiegającego się o zamówienie"* (za wyrokiem KIO z 21.03.2017 r., sygn. akt KIO 401/17).

W przedmiotowym stanie faktycznym Izba nakazała wskazana w sentencji poprawę w trybie art. 87 ust.2 pkt 3 Pzp uznając, że w przedmiotowym stanie faktycznym taka zmiana ma charakter nieistotny. Jednocześnie, Izba wzięła pod uwagę wszystkie okoliczności sprawy, uznając za własne stanowisko Odwołującego (za wyrokiem SO w Warszawie z 25.08.2015 r., sygn. akt: XXIII Ga 1072/15: *"Izba ma prawo podzielić zarzuty i wartościową argumentację jednego z uczestników, zgodnie z zasadą swobodnej oceny dowodów, co słusznie zauważył uczestnik w odpowiedzi na skargę."*) o zaistnieniu omyłki w toku kopiowania nazwy urządzenia z katalogu producenta. Jest one wiarygodne, także w kontekście doświadczenia życiowego każdego użytkownika urządzeń informatycznych i oprogramowania pozwalającego na tego rodzaju kopiowanie fragmentu tekstu.

Nadto, Izba uznała i wzięła pod uwagę, że omyłka miała miejsce jedynie w czterech z 36 przypadków formularza ofertowego Odwołującego. Zasadnie także podkreślał Odwołujący na rozprawie, że w innych pozycjach każdorazowo wymieniał pełną nazwę dwukrotnie urządzenia, odmiennie niż w zakwestionowanych pozycjach. Dodatkowo o nieistotności nakazanej zmiany świadczy tego rodzaju okoliczność, że dotyczy ona jedynie 1% urządzeń używanych przez Zamawiającego (biorą pod uwagę liczbę drukarek). Nadto, biorąc pod uwagę liczbę wydruków w tych czterech punktach – 10 tys. miesięcznie (Odwołujący jest Wykonawcą realizującym aktualnie zamówienie) do globalnej liczby wydruków we wszystkich

punktach – ok. 2 mln miesięcznie, daje to 0, 4 % usługi wykonywanej. Wymaga podkreślenia, iż przedmiotem zamówienia była usługa serwisu i dzierżawy, a nie sprzedaży, urządzenia są narzędziem do wykonywania usługi.

Jednocześnie Izba dostrzegła, że w innych pozycjach Odwołujący jednoznacznie oferował 1 urządzenie (mimo, że dwukrotnie wymieniał pełną nazwę urządzenia), brak jest jakichkolwiek podstaw do uznania, że w zakwestionowanych pozycjach zaoferował dwa urządzenia. W ocenie Izby, są to czyste spekulacje Zamawiającego wyrażone w odpowiedzi na odwołanie (nota bene ponad podstawę faktyczną odrzucenia oferty Odwołującego). Izba naturalnie dostrzegła sugestie Zamawiającego, że można było zaoferować dla danej pozycji do pięciu urządzeń, jednakże brak jest podstaw do uznania, że tak było w czterech zakwestionowanych pozycjach. Izba stoi na stanowisko, że Odwołujący konsekwentnie oferował jedno urządzenie we wszystkich pozycjach, a w owych czterech spornych zaistniała omyłka.

Odnosząc się do kwestii czasu wydruku pierwszej kopii należy zauważyć, że Odwołujący na rozprawie wykazał nieistotny charakter zmiany w tym zakresie, gdyż biorąc pod uwagę czas konieczny na rozgrzanie urządzenia, czas łączny wydruku pierwszej kopii będzie porównywalny, a nawet dłuższy przy urządzeniu C220 (dowód złożony na rozprawie przez Odwołującego na tą okoliczność, co Izba uznała także za de facto tłumaczenie zaznaczonych fragmentów podane do protokołu). Powoduje to że dokonana zmiana jest de facto nieistotną różnicą dla Zamawiającego i jego użytkowników. W tym także w kontekście braku podania szczegółowych parametrów dla wydruku pierwszej kopii (jaki format, gramatura papieru). Powoduje to, że wszelkie nieścisłości SIWZ muszą być rozpatrywane na korzyść Wykonawcy, w tym wypadku Odwołującego. Izba także kierowała się w tym zakresie stanowiskiem orzecznictwa, przykładowo w wyroku KIO z 16.04.2015 r. sygn. akt: KIO 660/15: *"Należy wskazać, że obowiązuje swoista "święta" zasada, że wszelkie niejasności, dwuznaczności, niezgodności postanowień SIWZ należy rozpatrywać na korzyść wykonawców"*. Podkreślono także w uchwale KIO z 03.08.2017 r., sygn. akt: KIO/KD 38/17, że: *"Reguła ta wynika z prawniczej paremii »In dubio contra proferentem« znaczącej w języku polskim »Wątpliwości należy tłumaczyć przeciw autorowi«*. Nie ulega wątpliwości, że Zamawiający jest autorem ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ, które zostały zredagowane przez Zamawiającego.". Podobnie w wyroku SO w Nowym Sączu z 18.03.2015 r., sygn. akt: III Ca 70/15: *"Zapisy w SIWZ (...) muszą mieć charakter precyzyjny i jednoznaczny; a wątpliwości powstałe na tym tle muszą być rozstrzygane na korzyść wykonawcy. Obowiązek takiego formułowania i tłumaczenia ma na celu realizację zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich wykonawców przystępujących do przetargu (...)"* oraz w wyroku SO w Szczecinie z 07.03.2018 r. (sygn. akt. VIII Ga 102/18) wskazujący, że: *"Wyrażona w art. 7 ust 1 p.z.p. zasada, obecnie formułowana jako zasada przejrzystości, oznacza również zakaz wyciągania negatywnych konsekwencji wobec wykonawcy wskutek niedopełnienia przez niego obowiąz-*

ku, który nie wynika wyraźnie z dokumentacji przetargowej lub obowiązujących przepisów prawa krajowego, lecz jedynie z wykładni tych przepisów lub dokumentacji, a także z uzupełnienia przez krajowe organy lub sądownictwo występujących w tej dokumentacji luk [por. postanowienie TSUE z 13.07.2017 r. w sprawie C-35/17, Saferoad Grawil sp. z o.o. i Saferoad Kabex sp. z o. o. v. Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Poznaniu; wyrok TSUE z 2.06.2016 r. w sprawie C-27/15, Pizzo v. CRGT Srl; wyrok TSUE z 7.04.2016 r. w sprawie C-324/14, P. A. D. v. Zarządowi Oczyszczania Miasta, Monitor Prawniczy z 2016 r., Nr 11, s. 570; oraz wyrok TSUE z 10.05.2012 r. w sprawie C-368/10, Komisja Europejska v. Królestwo Niderlandów". (za wyrokiem KIO z 10.07.2020 r., sygn. akt: KIO 1235/20, KIO 1266/20).

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 553 zdanie pierwsze, 554 ust. 1 pkt 1 i ust. 3 pkt 1 lit. a) b) Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437) na podstawie § 7 ust. 1 pkt 1 cyt. rozporządzenia obciążając kosztami Zamawiającego i nakazując Zamawiającemu dokonanie zwrotu Odwołującemu kwoty 15 000,00 zł tytułem zwrotu kosztów wpisu, 3 600,00 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa prawnego na podstawie dowodu uiszczenia wpisu i złożonego rachunku.

Przewodniczący:

.....