

WYROK

z dnia 22 września 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 20 września 2021 r. w sprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 lipca 2021r. **przez odwołującego:** ABER Sp. z o.o. ul. Ogrodowa 58, 00-876 Warszawa w postępowaniu prowadzonym **przez zamawiającego:** Mazowiecka Instytucja Gospodarki Budżetowej Mazovia ul. Kocjana 3, 01-473 Warszawa

orzeka

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego, unieważnienia czynności unieważnienia postępowania w części 10 zamówienia i nakazuje dokonanie poprawienia oferty odwołującego w trybie art.87 ust.2 pkt 3 PZP złożonej w częściach 10 i 12 zamówienia oraz ponowne badanie i ocenę ofert. W zakresie zarzutów i żądań skierowanych do wybranej oferty jako najkorzystniejszej w części 12 zamówienia umarza postępowanie odwoławcze
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Mazowiecka Instytucja Gospodarki Budżetowej Mazovia ul. Kocjana 3, 01-473 Warszawa

i

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego ABER Sp. z o.o. ul. Ogrodowa 58, 00-876 Warszawa tytułem wpisu od odwołania
- 2.2. zasądza od zamawiającego Mazowiecka Instytucja Gospodarki Budżetowej Mazovia ul. Kocjana 3, 01-473 Warszawa kwotę 18.600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) na rzecz odwołującego ABER Sp. z o.o. ul. Ogrodowa 58, 00-876 Warszawa stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2021 r. poz.1129) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Odwołanie złożone zostało w postępowaniu, prowadzonym przez zamawiającego w trybie przetargu nieograniczonego, na udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Sukcesywne dostawy artykułów spożywczych dla Mazowieckiej Instytucji Gospodarki Budżetowej Mazovia z podziałem na 18 części” a dotyczy części 10 i 12 zamówienia.

I. Odwołujący zaskarżył następujące czynności i zaniechania zamawiającego:

- 1) odrzucenie oferty odwołującego w częściach - 10 i 12 zamówienia,
- 2) wybór oferty wykonawcy P.U.H. „MIREX” Sp. J. K. i H. M. („MIREX”) jako najkorzystniejszej w postępowaniu część 12 zamówienia,
- 3) zaniechanie odrzucenia w postępowaniu - część 12 zamówienia - oferty złożonej przez MIREX,
- 4) unieważnienie postępowania część 10 zamówienia,
- 5) zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu część 10 i 12 zamówienia, ewentualnie zaniechaniu wezwania odwołującego do wyjaśnień treści oferty w postępowaniu część 10 i 12 zamówienia.

W związku z powyżej wskazanymi czynnościami i zaniechaniami czynności odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów pzp i k.c.:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 i 3 w zw. z art. 30 ust. 5 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 pzp oraz w zw. z art. 65 § 1 k.c. w zw. z art. 14 pzp przez odrzucenie oferty odwołującego pomimo, że oferta odwołującego zawierała:
 - a) oczywistą omyłkę pisarską (względnie inną omyłkę), którą zamawiający zobowiązany był poprawić, polegającą na omyłkowej zamianie danych przy kopiowaniu tekstu - pozycja 252 część 10 i 12 zamówienia (Filet z makreli w oleju 170 g Graal lub równoważne) wpisana została omyłkowo w pozycję 253 (Filet z makreli w oleju 170 g king Oskar lub równoważny) i odwrotnie tj. pozycja 253 wpisana została omyłkowo w pozycję 252, a w konsekwencji błędne przyjęcie, że odwołujący zaoferował produkt równoważny podczas gdy zaoferowano produkt wskazany w treści specyfikacji zatem nie istniała konieczność wykazywania jego równoważności;
 - b) inną omyłkę (względnie oczywistą omyłkę pisarską), którą zamawiający zobowiązany był poprawić, a w razie wątpliwości przed jej poprawieniem wezwać odwołującego do wyjaśnienia treści oferty w tym zakresie, polegającą na omyłkowym pominięciu przy wprowadzaniu tekstu w pozycji 336 Część 10 i

12 zamówienia (Herbata liściasta madras 100 g. Zas lub równoważna) zwrotu „Madras”, podczas gdy w przypadku ofert składanych przez innych wykonawców omyłki tego samego rodzaju nie zostały potraktowane przez zamawiającego jako niezgodności z treścią specyfikacji i nie skutkowały odrzuceniem ofert,

2. art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Mirex w postępowaniu część 12 zamówienia podczas gdy oferta Mirex jest w sposób oczywisty niezgodna z SIWZ w następującym zakresie:

a) w poz. 351 produkt zaproponowany przez Mirex (Herbata ekspresowa Ziółowa Fantazja Malwa 20 torebek asortyment, „Malwa Tea” W. F.) występuje jako pojedyncza pozycja asortymentowa a nie jako asortyment jak tego wymagał Zamawiający,

b) poz. 238 (Dżem wysokosłodzony 300 g Unamel asortyment lub równoważny) Mirex zaoferował „Dżem wysokosłodzony Unamel asortyment 300 g, Stoczek Natura Sp. z o.o.” podczas gdy taki produkt nie istnieje - Stoczek Sp. z o.o. nie posiada w ofercie zaoferowanego produktu,

c) w poz. 434 (Kawa zbożowa rozpuszczalna typu Inka wzbogacona o wapń i witaminy 100g lub równoważna) Mirex nie wskazał jaki konkretny produkt oferuje, ograniczając ofertę w tym zakresie do wskazania, że oferuje produkt „typu Inka” - („Kawa zbożowa rozpuszczalna typu Inka wzbogacona o wapń i witaminy 100g, Grana Sp. z o.o.”).

3. art. 93 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 89 ust. 1 i ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 pzp przez unieważnienie postępowania w części 10 zamówienia ze względu na brak ofert niepodlegających odrzuceniu, podczas gdy oferta odwołującego jest zgodna z treścią specyfikacji i nie powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp.

W związku z powyższym odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty Mirex jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu część 12 zamówienia i ponowne badanie i ocenę ofert,
- 2) unieważnienie czynności unieważnienia postępowania część 10 zamówienia i ponowne badanie i ocenę ofert,
- 3) odrzucenie oferty Mirex w postępowaniu część 12 zamówienia,
- 4) wybór oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu część 10 i 12 zamówienia, ewentualnie wezwanie odwołującego do wyjaśnień treści złożonej oferty.

Odwołujący wnosi o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego w tym zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika ewentualnie innych niezbędnych kosztów, zgodnie z fakturą złożoną na rozprawie.

Na podstawie art. 90 ust. 1 przepisów wprowadzających ustawę - Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 r. „do postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2020 r. stosuje się przepisy dotychczasowe” (tj. przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r.). Zgodnie z art. 92 ust. 2 przepisów wprowadzających, „do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylonej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1” (tj. przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r.).

Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania, ponieważ złożył ofertę w niniejszym postępowaniu. Gdyby Zamawiający przeprowadził czynności w postępowaniu zgodnie z przepisami pzp, oferta odwołującego zostałaaby uznana za najkorzystniejszą w części 10 zamówienia i sklasyfikowana jako druga w rankingu ofert w części 12 zamówienia. W części 12 zamówienia odwołujący kwestionuje zaniechanie odrzucenia oferty uznanej przez zamawiającego za najkorzystniejszą (Mirex) stąd także w tej części zamówienia odwołujący ma szansę na uzyskanie zamówienia. Innymi słowy, w przypadku braku odrzucenia oferty, oferta odwołującego zostałaaby uznana za najkorzystniejszą w częściach 10 i 12 zamówienia. W wyniku naruszenia przepisów ustawy przez zamawiającego opisanych w niniejszym odwołaniu, odwołujący został pozbawiony możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia, co skutkuje szkodą w postaci utraty korzyści, jakie osiągnąłby realizując zamówienie.

Zamawiający opublikował i przesłał odwołującemu informację o odrzuceniu oferty odwołującego oraz wyborze oferty wykonawcy Mirex jako oferty najkorzystniejszej dnia 14 lipca 2021 r. Zgodnie z art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a) nPZP, w przypadku zamówień, których wartość jest równa lub przekracza progi unijne, odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

Wobec powyższego, odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania w terminie 10 dni od dnia 14 lipca 2021 r. Zgodnie jednak z dyspozycją przepisu art. 509 ust. 2 npzp jeżeli koniec terminu do wykonania czynności przypada na sobotę lub dzień ustawowo wolny od pracy, termin upływa dnia następnego po dniu lub dniach wolnych od pracy. Wobec

powyższego termin na złożenie przedmiotowego odwołania upływa z dniem 26 lipca 2021 r., zatem termin został zachowany.

Odwołujący uiszczył wpis od odwołania w wymaganej wysokości 15.000 zł, a zamawiającemu została przesłana kopia odwołania.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 28 grudnia 2020 r., pod nr 2020/S 252-635086.

Izba, w związku z przeprowadzonym badaniem wniesionego odwołania, nie znajduje podstaw do odrzucenia odwołania, przy uwzględnieniu przesłanek wskazanych w art. 528 nPrawa zamówień publicznych.

Izba uwzględniając złożone w postępowaniu oferty, informację z dnia 23.04.2021r. z otwarcia ofert oraz zawiadomienie z dnia 14.07.2021r. o wyborze najkorzystniejszej oferty, stwierdza interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody, zgodnie z dyspozycją art.505 ust.1 nPZP, w przypadku naruszenia przez zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów prawa.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia z podziałem na 18 części zamówienia. Każda z części zamówienia została opisana w załącznikach do siwz od nr 2.1 do nr 2.18.

Przedmiotem zawisłego sporu są czynności czy też zaniechania zamawiającego w 10 i 12 części zamówienia.

W dniu 14 lipca 2021 r. w zakresie części 12 zamówienia zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty MIREX oraz poinformował o odrzuceniu oferty odwołującego. Zamawiający, fakt odrzucenia oferty odwołującego uzasadnił tym, że treść jego oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Również w dniu 14 lipca 2021 r. zamawiający poinformował odwołującego o odrzuceniu oferty w części 10 zamówienia. Uzasadniając, że odwołujący „w złożonej na Część Nr 10 i 12 ofercie zaoferował produkty równoważne. Zgodnie z zapisami SIWZ rozdział III pkt. 4 lit. i) „ciężar udowodnienia równoważności spoczywa na Wykonawcy, co oznacza, że Wykonawca zobowiązany jest przedstawić wraz z ofertą jego szczegółową specyfikację, z której w sposób nie budzący żadnej wątpliwości winno wynikać, iż oferowany przedmiot zamówienia jest o takich samych lub lepszych parametrach, jakościowych oraz użytkowych w odniesieniu do przedmiotu zamówienia określonego przez zamawiającego.

I tak ZAWIADOMIENIE O WYBORZE NAJKORZYSTNIEJSZEJ OFERTY - CZĘŚĆ 12

Zamawiający informuje, że: 1)W zakresie Części nr 12 wybrano najkorzystniejszą ofertę Wykonawcy: P.U.H. „MIREX” Uzasadnienie wyboru najkorzystniejszej oferty: Uzasadnienie prawne: Oferta najkorzystniejsza w rozumieniu art. 2 pkt 5 Ustawy tj. ”Przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny lub kosztu i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego...” Uzasadnienie faktyczne: Wybrany Wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, jego oferta nie podlega odrzuceniu oraz uzyskał najwyższą punktację wg. kryteriów oceny ofert opisanych w rozdziale XVI SIWZ. Oferta ABER Sp. z o.o oferta odrzucona. Oferta Nr 9 Wykonawcy ABER Sp. z o.o. w zakresie Części 10 i 12.Uzasadnienie prawne: Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 w/w Ustawy „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art 87 ust. 2 pkt. 3”. Uzasadnienie faktyczne: Wykonawca w złożonej na Część Nr 10 i 12 ofercie zaoferował produkty równoważne. Zgodnie z zapisami SIWZ rozdział III pkt. 4 lit. i) „ciężar udowodnienia równoważności spoczywa na Wykonawcy, co oznacza, że Wykonawca zobowiązany jest przedstawić wraz z ofertą jego szczegółową specyfikację, z której w sposób niebudzący żadnej wątpliwości winno wynikać, iż oferowany przedmiot zamówienia jest o takich samych lub lepszych parametrach, jakościowych oraz użytkowych w odniesieniu do przedmiotu zamówienia określonego przez Zamawiającego. Dokumentami na potwierdzenie parametrów jakościowych oraz użytkowych są np. certyfikaty jakościowe, karty charakterystyki, karty produktu”. Wykonawca nie dołączył do oferty wymaganych przez Zamawiającego dokumentów określonych powyżej. Brak potwierdzenia zaoferowania produktów równoważnych w zakresie Części nr 10 i 12 dotyczy niżej wymienionych pozycji. Część nr 10 Poz. 252, 253; Część nr 12 Poz. 252, 253. Dodatkowo w niżej wymienionej pozycji w Części nr 10 i 12 brak nazwy produktu (dotyczy herbaty) Część nr 10 Poz. 336. Część nr 12 Poz. 336.

ZAWIADOMIENIE O UNIEWAŻNIENIU POSTĘPOWANIA W ZAKRESIE CZĘŚCI 1 i 10
Zamawiający: zgodnie z art. 92 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „Pzp” informuje, że postępowanie w w/w Częściach zostało unieważnione na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 1 w/w Ustawy tj. „nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu albo nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu, z zastrzeżeniem pkt 2 i 3. Uzasadnienie faktyczne: W przedmiotowym postępowaniu w zakresie Części 1 i 10 Wykonawcy nie złożyli ofert niepodlegających odrzuceniu.

II. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2, w zw. z art. 87 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 i 3, w zw. z art. 30 ust. 5, w zw. z art. 7 pzp oraz w zw. a art. 65 § 1 k.c. w zw. z art. 14 pzp

Według odwołującego w pierwszej kolejności zamawiający nie wypełnił ciążącego na nim obowiązku wskazanego w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp, zgodnie z którym miał obowiązek dokonać poprawy w złożonej przez odwołującego ofercie omyłek pisarskich, rachunkowych i innych polegających na niezgodności oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty.

Podstawy odrzucenia oferty odwołującego wskazane przez zamawiającego w treści uzasadnienia odrzucenia ofert w części 12 dotyczą pozycji o łącznej wartości 0.095% łącznej wartości oferty, natomiast w części 10 dotyczą pozycji o łącznej wartości 0.051% łącznej wartości oferty odwołującego. Ich poprawa nie miałaby żadnego wpływu na klasyfikację ofert oraz liczbę przyznanych odwołującemu punktów. Dokonania poprawy omyłek w ofercie na podstawie art. 87 ust. 2 pzp zamawiający winien dokonać z następujących względów (ponieważ zamawiający dokonał odrzucenia z tych samych przyczyn w części 10 i 12 uzasadnienie dotyczy obu części):

1. Filety z makreli w oleju

Odwołujący przyznaje, że w ofertach w Części 10 i 12 przy wprowadzaniu danych, na skutek omyłki przy ich kopiowaniu, treść z pozycji 252 została wpisana w pozycję 253 i odwrotnie. Doprowadziło to do sytuacji, że w obu częściach w pozycji, gdzie winien być oferowany filet z makreli w oleju Graal lub równoważny zaoferowano filet z makreli w oleju King Oscar, i odwrotnie tj. tam, gdzie winien być zaoferowany filet z makreli w oleju King Oscar lub równoważny zaoferowano filet z makreli w oleju Graal. Obie pozycje ze sobą sąsiadują. W postępowaniu nie występowały obok wymienionych pozycji zbliżone produkty.

Obiektywna analiza wskazanych okoliczności, bez konieczności sięgania do procedury wyjaśnień treści oferty, w sposób naturalny prowadzić winna do ustalenia, że doszło do niezamierzonej omyłki przy wprowadzaniu danych. Ustalenie to winno skutkować poprawieniem przez Zamawiającego zauważonej omyłki. Z nieznanych Odwołującemu przyczyn (uzasadnienie faktyczne decyzji zamawiającego jest lakoniczne i niejednoznaczne) Zamawiający w tak ustalonych okolicznościach przyjął, że "intencją Odwołującego było celowe zaoferowanie produktu, który jest przedmiotem postępowania w jednej z pozycji, jako produkt równoważny w innej pozycji. Co więcej takie intencje Odwołującego miałyby dotyczyć dwóch sąsiadujących ze sobą pozycji produktów. Rozumowanie prezentowane przez zamawiającego jawi się jako sprzeczne z elementarnymi zasadami logiki i racjonalnego postępowania. Nie sposób bowiem przyjąć, by jakikolwiek wykonawca dysponując produktem odpowiadającym opisowi przedmiotu zamówienia miałby oferować go

jako produkt równoważny w innej pozycji, szczególnie kiedy sytuacja taka dotyczy dwóch sąsiadujących ze sobą pozycji produktów.

Zgodnie z przepisem art. 65 k.c. oświadczenia woli, a takim jest oświadczenie zawarte w ofercie, należy tłumaczyć tak jak tego wymagają ze względu na okoliczności w jakich zostały złożone m. in. ustalone zwyczaje. Zwyczajem natomiast w postępowaniach przetargowych jest, że wykonawca dysponujący produktem jaki specyfikuje Zamawiający oferuje go właśnie w tej pozycji, a nie jako produkt równoważny w pozycji innej. Zamawiający odczytując treść oferty naruszył art. 65 k.c., a w konsekwencji także inne wymienione w odwołaniu przepisy pzp, co skutkowało nieuzasadnionym odrzuceniem oferty Odwołującego.

Oferta złożona przez Odwołującego w Części 12 opiewa na łączną kwotę 5.039.487,51 zł. Pozycja 252 w formularzu ofertowym została wyceniona na kwotę 657,25 zł, natomiast pozycja 253 na kwotę 1.584,03 zł. co stanowi odpowiednio: 0,013% i 0,031% łącznej ceny oferty (łączna wartość pozycji, w których zamawiający winien dokonać poprawy - łącznie z pozycją 336 - herbata madras - całej Części to 0,095% łącznej wartości oferty). W ocenie odwołującego dokonanie poprawy wskazanej omyłki nie spowoduje istotnej zmiany treści oferty. Dokonanie zatem wskazanej poprawy omyłki stanowiło obowiązek Zamawiającego na gruncie obowiązującego prawa zamówień publicznych.

Oferta złożona przez Odwołującego w Części 10 opiewa na łączną kwotę 2.880.255,10 zł. Pozycja 252 w formularzu ofertowym została wyceniona na kwotę 374,69 zł, natomiast pozycja 253 na kwotę 913,71 zł. co stanowi odpowiednio: 0,013% i 0,032% łącznej ceny oferty (łączna wartość pozycji, w których zamawiający winien dokonać poprawy omyłek stanowi 0,051% łącznej wartości oferty). W ocenie Odwołującego dokonanie poprawy wskazanej omyłki nie spowoduje istotnej zmiany treści oferty. Nie miałyby żadnego wpływu na ranking ofert. Dokonanie zatem wskazanej poprawy omyłki stanowiło obowiązek Zamawiającego na gruncie obowiązującego prawa zamówień publicznych

2. Herbata liściasta

Odwołujący przyznaje, że w jego ofertach w Części 10 i 12 w poz. 336 (Herbata liściasta madras 100g Zas lub równoważna) zabrakło zwrotu „Madras”. Niemniej jednak Odwołujący opisując oferowany produkt tj. herbatę liściastą 100g wskazał producenta tj. Vivi Polska Sp. z o.o. Sp. k. Producent ten w swojej ofercie posiada herbatę liściastą 100g Madras.

W ocenie Odwołującego omyłkowe pominięcie jednego wyrazu winno skutkować poprawieniem omyłki, ewentualnie zastosowaniem procedury wyjaśnień treści oferty z art. 87 ust. 1 pzp. Należy zauważyć, że zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 Zamawiający ma nie tyle prawo, co obowiązek poprawy innych omyłek polegających na niezgodności oferty z treścią

specyfikacji o ile nie powoduje to istotnych zmian treści oferty. Oferta złożona przez Odwołującego w Części 12 opiewa na łączną kwotę 5.039.487,51 zł. Pozycja 336 w formularzu ofertowym została wyceniona na kwotę 2.542,19 zł co stanowi 0,050% łącznej ceny oferty. W ocenie odwołującego dokonanie poprawy wskazanej omyłki nie spowoduje istotnej zmiany treści oferty. Nie miało również wpływu na ranking ofert. Dokonanie zatem wskazanej poprawy omyłki stanowiło obowiązek Zamawiającego na gruncie obowiązującego prawa zamówień publicznych.

Odwołujący pragnie w tym miejscu zauważyć, że Zamawiający odrzucając w opisanym powyżej stanie faktycznym ofertę Odwołującego nie traktuje go na równi z innymi wykonawcami bowiem omyłki tego samego rodzaju w ich ofertach nie spotkały się z żadną reakcją Zamawiającego. Tytułem przykładu wskazać należy na ofertę Mirex w poz. 995. Zamawiający wymagał „Yerba mate classic 20 torebek Malwa lub równoważna” natomiast Mirex w tej pozycji zaoferował „Herbata Yerba mate Malwa 20 torebek Malwa Tea” pominał zatem żądany rodzaj herbaty „Classic”. Natomiast zgodnie z oświadczeniem producenta w jego ofercie znajdują się 3 rodzaje herbaty Yerba Mate 20 torebek Malwa a są to: Classic, z Limonką i z Imbirem. Zatem opisana sytuacja wpisuje się jeden do jednego w sytuację Odwołującego z herbatą liściastą. Zamawiający ma obowiązek równo traktować wszystkich wykonawców zatem czynność odrzucenia tylko oferty Odwołującego narusza wskazaną zasadę.

W ocenie Odwołującego słusznie z tej przyczyny oferta złożona przez wykonawcę Mirex nie została odrzucona. Skoro zgodnie z art. 7 ust. 1 pzp Zamawiający ma obowiązek równo traktować wszystkich wykonawców uczestniczących w postępowaniu, zasadnie Odwołujący oczekuje równego traktowania w postępowaniu i poprawy omyłek w treści złożonej przez niego oferty.

III. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp w zw. z art. 7 pzp - odrzucenie oferty wykonawcy Mirex – brak odrzucenia

1. Herbata Ziołowa Fantazja

Zamawiający w pozycji 351 Część 12 wyspecyfikował „Herbata Ziołowa Ekspresowa 20 torebek asortyment Malwa lub równoważna”. (...) Zatem zaoferowanie przez Mirex Herbaty Ziołowa Fantazja Malwa 20 torebek która nie występuje w asortymencie oczekiwanym przez Zamawiającego stanowiło w istocie zaoferowanie produktu niezgodnego z SIWZ i winno skutkować odrzuceniem oferty Mirex.

2. Dżem wysokosłodzony

Oferta Mirex jest niezgodna z SIWZ także w zakresie pozycji 238. Oferowany przez Mirex Dżem wysokosłodzony Unamel asortyment 300g nie występuje u wskazanego w ofercie producenta tj. Stoczek Natura Sp. z o.o. W konsekwencji z treści oferty nie wynika jaki produkt oferuje Mirex i jaki zostanie dostarczony na etapie realizacji. W konsekwencji oferta Mirex winna podlegać odrzuceniu jako niezgodna z treścią SIWZ na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp.

3. Kawa zbożowa

Oferta Mirex jest niezgodna z SIWZ także w zakresie pozycji w poz 434 (Kawa zbożowa rozpuszczalna typu Inka wzbogacona o wapń i witaminy 100g lub równoważna) Mirex nie wskazał jaki konkretny produkt oferuje, ograniczając ofertę w tym zakresie do wskazania, że oferuje produkt „typu Inka” - („Kawa zbożowa rozpuszczalna typu Inka wzbogacona o wapń i witaminy 100g, Grana Sp. z o.o.”) co uniemożliwia sprawdzenie czy oferowany produkt jest zgodny z treścią specyfikacji i jaki konkretnie produkt będzie dostarczany w trakcie realizacji umowy.

W konsekwencji z treści oferty nie wynika jaki produkt oferuje wykonawca Mirex i jaki zostanie dostarczony na etapie realizacji. W konsekwencji oferta złożona przez Mirex winna podlegać odrzuceniu jako niezgodna z treścią SIWZ na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp.

IV. Zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 7 ust.1 pzp

Zamawiający w uzasadnieniu prawnym i faktycznym unieważnienia postępowania w części 10 wskazał, że nie została złożona żadna niepodlegająca odrzuceniu oferta. Jak wskazano w niniejszym odwołaniu oferta złożona przez odwołującego jest zgodna z treścią specyfikacji, a zatem nie powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp. W konsekwencji nie wystąpiła przesłanka unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ponieważ została złożona oferta niepodlegająca odrzuceniu.

V. Podsumowanie odwołania

Mając na uwadze powyższe, w ocenie odwołującego, zamawiający naruszył przepisy wskazane w treści odwołania, co czyni je koniecznym i uzasadnionym. Na szczególną uwagę zasługuje również fakt szczególnej konstrukcji formularza ofertowego w przedmiotowym postępowaniu, co w ocenie odwołującego przekłada się na możliwość poprawy omyłek popełnionych przez odwołującego w treści oferty. **W formularzach ofertowych zamawiający dokładnie wskazał nazwę producenta oczekiwanych przez siebie produktów. Zatem w przypadku braku wskazania np. nazwy producenta (w szczególności**

innego niż wskazany w treści formularza), zamawiający bez zarzutu prowadzenia negocjacji z wykonawcami, na zasadzie tak/nie mógł w drodze procedury wyjaśnień treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 pzp ustalić, czy pomimo braku wskazania konkretnej nazwy producenta, wskazana przez wykonawcę i wyceniona pozycja dotyczy produktu wskazanego z nazwy w treści formularza ofertowego (inaczej niż w przypadku literalnego wskazania produktu niezgodnego z treścią siwz). Wyjątkowo marginalna wartość wskazanych przez zamawiającego pozycji w treści informacji o odrzuceniu oferty również przemawia za obowiązkiem zastosowania procedury poprawy omyłek w ofercie na podstawie art. 87 ust. 2 pzp, ewentualnie wezwania do wyjaśnień treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 pzp.

Odpowiedź zamawiającego na odwołanie z dnia 12.08.2021r.

Na podstawie art. 521 ust. 1 w zw. art. 522 ust. 4 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 z późn. zm.) zamawiający składa odpowiedź na odwołanie złożone do wyżej opisanego postępowania i oświadcza, że uznaje w części argumentację odwołania za uzasadnioną i w związku z powyższym zamawiający:

- 1) unieważnia czynność wyboru oferty P.U.H. Mirex Sp.j. K. i H. M. jako oferty najkorzystniejszej w zakresie części 12,
- 2) dokona ponownej czynności badania i oceny oferty w/w Wykonawcy.

W pozostałym zakresie zamawiający nie uwzględnia zarzutów zawartych w odwołaniu i w tym zakresie wnosi o jego oddalenie.

UZASADNIENIE

W pierwszej kolejności Zamawiający uznaje argumenty podniesione w odwołaniu, że dokonując analizy oferty Wykonawcy P.U.H. Mirex Sp.j. K. i H. M., w zakresie części 12 zamówienia nie przeprowadził dość dokładnej weryfikacji tej oferty i w tym zakresie unieważnia czynność wyboru i dokona ponownego badania i oceny oferty tego wykonawcy.

Zamawiający nie uznaje natomiast odwołania w zakresie dotyczącym unieważnienia postępowania w Części 10 i ponownego badania i oceny ofert oraz wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu w Części 10 i 12 zamówienia lub też do ewentualnego wezwania odwołującego do wyjaśnienia treści złożonej oferty

W Części 10 i 12 w poz. 252 Zamawiający wymagał produktu „Filet z makreli w oleju 170g Graal lub równoważne”. Odwołujący w złożonej ofercie zaoferował produkt „ Filet z makreli w

oleju 170g King Oskar lub równoważny”. W poz. 253 Zamawiający wymagał produktu „Filet z makreli w oleju 170g King Oskar lub równoważny”, Odwołujący natomiast w złożonej ofercie zaoferował produkt „Filet z makreli w oleju 170g Graal lub równoważne”. W opinii Zamawiającego Odwołujący w złożonej ofercie na Część 10 i 12 w poz. 252 i 253 formularzy cenowych zaoferował produkty równoważne i powinien dołączyć dokumenty na potwierdzenie równoważności zgodnie z zapisami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia rozdział III pkt. 4 lit. i) tj ciężar udowodnienia równoważności spoczywa na Wykonawcy, co oznacza, że Wykonawca zobowiązany jest przedstawić wraz z ofertą jego szczegółową specyfikację, z której w sposób niebudzący żadnej wątpliwości winno wynikać, że oferowany przedmiot zamówienia jest o takich samych lub lepszych parametrach, jakościowych oraz użytkowych w odniesieniu do przedmiotu zamówienia określonego przez zamawiającego. Dokumentami na potwierdzenie parametrów jakościowych oraz użytkowych są np. certyfikaty jakościowe, karty charakterystyki, karty produktu”. **Wykonawca nie dołączył do oferty wymaganych przez Zamawiającego dokumentów określonych powyżej. Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30.03.2018 r. (sygn. akt. KIO 524/18) „Wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne opisywanym przez Zamawiającego, zobowiązany jest udowodnić, że oferowane przez niego dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają określone przez Zamawiającego”.**

Odwołujący sam przyznał w treści odwołania, że się pomylił i zamienił zaoferowane produkty, a w tym przypadku Zamawiający w trakcie weryfikacji i oceny oferty Odwołującego nie mógł się tego domyślać, a tym bardziej nie mógł zwrócić się do Odwołującego o jakiegokolwiek wyjaśnienia, gdyż w ocenie Zamawiającego byłaby to ingerencja w treść oferty, co na gruncie ustawy p.z.p. jest niedopuszczalne.

W ocenie Zamawiającego nie występuje tu, jak twierdzi Odwołujący „oczywista omyłka pisarska” ani „inna omyłka polegająca na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty” jak opisuje Odwołujący w treści odwołania. Oczywista omyłka pisarska, to taka która jest widoczna gołym okiem. W doktrynie i orzecznictwie przyjmuje się, że oczywistość omyłki należy wiązać z jej niebudzącym wątpliwości charakterem, bezspornością i pewnością.

Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem „oczywista omyłka pisarska” jest to nie tylko fizyczne wprowadzenie omyłkowego zapisu w treści oferty, który nasuwa się samoczynnie, przez pierwszy ogląd danego dokumentu. W wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku z 21 maja 2008 r. (XII Ga 151/08, LEX nr 621204) określono, że: „Błąd pisarski to »widoczne, wbrew zamierzeniu, niewłaściwe użycie wyrazu, widocznie mylna pisownia albo widocznie niezamierzone opuszczenie jednego lub więcej wyrazów itp.«. Natomiast omyłki pisarskie są

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, a zostało wypowiedziane tylko przez przeoczenie, niewłaściwy dobór słów itp.”

Z kolei w KIO z 31.08.2015 r. (KIO 1792/15) określono, że „o omyłce można mówić, gdy jest ona jednoznaczna dla każdego i każdy taką omyłkę powinien jednakowo poprawić. Jeżeli dochodzi do różnic w traktowaniu czegoś jako omyłki, to trudno mówić, że mamy do czynienia z omyłką”. Co istotne omyłki pisarskie muszą cechować się oczywistością. „Istotą uznania dokonanej omyłki za oczywistą, jest możliwość jej stwierdzenia bez specjalistycznej wiedzy oraz jej bezsporność” (KIO 1169/15).

Biorąc powyższe pod uwagę trudno uznać, że wskazanie przez odwołującego w ofercie produktu innego, który mógł być uznany za produkt równoważny, jest oczywistą omyłką lub omyłką, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p.

W części 10 i 12 w poz. 336 formularzy cenowych Zamawiający wymagał produktu

„Herbata liściasta madras 100g Zas lub równoważna”. Odwołujący w złożonej ofercie na

Część 10 i 12 w poz. 336 formularzy cenowych zaoferował „Herbata liściasta Zas 100g, Vivi

Polska Sp. z o.o. Sp. k.”. Brak wskazania „rodzaju/typu” herbaty nie upoważnia Zamawiającego do skorzystania z art. 87 ust. 2 pkt. 1) lub 3) bowiem błąd ten również nie nosi znamion „oczywistej omyłki pisarskiej” ani „innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty”. Zamawiający oczekiwał herbaty liściastej madras w 100g opakowaniu producenta Zas lub produktu równoważnego. Tym samym przy składaniu ofert Odwołujący powinien zachować najwyższą staranność przy wypełnianiu formularza cenowego uwzględniając typ proponowanej herbaty, tj. podając wymagany przez Zamawiającego rodzaj herbaty. Zamawiający nie może się domyślać, czy Wykonawca miał na myśli herbatę Madras, czy np. Assam, Yunnan, Ceylon, Earl-Grey, Green o smaku cytrynowym, czy też Yunnan B 113, które są dostępne w asortymencie herbat liściastych firmy Zas.

Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16.11.2008 r., (sygn. akt. KIO 1326/08), „omyłki pisarskie” zgodnie z utrwaloną definicją, dotyczą takich błędów, które są łatwe do zauważenia, a „oczywistość” omyłki, rozumianej jako określona niedokładność nasuwa się każdemu, bez potrzeby przeprowadzania dodatkowych badań, czy też ustaleń. Może to być błąd pisarski, logiczny, przypadkowe przeoczenia lub inna niedokładność, która nasuwa się sama przez się każdemu, a przez dokonanie poprawki tej omyłki, właściwy sens

oświadczenia pozostaje bez zmian. Z powyższego względu Zamawiający nie uznaje tego wniosku za uzasadniony i wnosi o oddalenie odwołania w tej części.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła co następuje

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności należy podkreślić, że odwołanie uległo umorzeniu w zakresie zarzutów skierowanych do oferty wybranej jako najkorzystniejsza w części 12 zamówienia i odnosi się powyższe do oferty wykonawcy Mirex. W odpowiedzi na odwołanie (cytowanej powyżej) zamawiający w powyższym zakresie uwzględnił odwołanie unieważniając wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Mirex i zobowiązał się do ponownego badania i oceny oferty tego wykonawcy. Z kolei odwołujący na posiedzeniu/rozprawie cofnął zarzuty w części uwzględnionej przez zamawiającego w stosunku do oferty wykonawcy wybranego. W pozostałym zakresie zamawiający nie uznał zarzutów odwołania to jest co do oferty odwołującego uznając, że jego czynność odrzucenia oferty tego wykonawcy była prawidłowa. W związku z takim stanowiskiem zamawiającego, również nie zostało uznane odwołanie w części dotyczącej unieważnienia 10 części zamówienia na podstawie art.93 ust.1 pkt 1 pzp.. Część 10 zamówienia została unieważniona, ponieważ oferta odwołującego została uznana jako sprzeczna z treścią siwz i w efekcie nie pozostała żadna oferta ważna, przez co został wypełniony warunek unieważnienia postępowania przewidziany art.93 ust.1 pkt 1 ustawy pzp.

Odwołujący odnosząc się na posiedzeniu do czynności zamawiającego wycofał zarzuty dotyczące oferty wykonawcy wybranego Mirex a podtrzymał zarzuty dotyczące odrzucenia jego oferty w częściach 10 i 12 zamówienia oraz w konsekwencji unieważnienia postępowania w części 10 zamówienia na podstawie art.93 ust.1 pkt 1 ustawy pzp (brak ważnej co najmniej jednej oferty). Tak więc należy stwierdzić, że żądanie unieważnienia czynności unieważnienia postępowania części 10 zamówienia stanowi konsekwencję odrzucenia w tej części oferty odwołującego i zasłużyło na uwzględnienie.

Zasadniczą kwestią odwołania jest ustalenie czy zamawiający miał obowiązek skorzystania z regulacji ustawowych, które zobowiązują jego do poprawienia omyłek w ofercie w trybie art.87 ust.2 pkt 1 i pkt 3 ustawy Pzp, korzystając ewentualnie z procedury wyjaśnień przewidzianej w art.87 ust.1 ustawy pzp.

Z przedstawionego stanu rzeczy czy to w odwołaniu, czy to w odpowiedzi na odwołanie, a przede wszystkim z dokumentacji postępowania prowadzonej przez zamawiającego i przekazanej do akt sprawy wynika następujący stan faktyczny.

Zamówienie dotyczy sukcesywnych dostaw środków spożywczych, które zamawiający podzielił na 18 części zamówienia.

Przedmiotem sporu objęte są części 10 i 12 zamówienia. Z analizy załączników do siwz (formularze cenowe), które stanowią wykaz środków spożywczych objętych dostawą wynika, że każda z tych części zawiera 1018 pozycji. Omyłki, na które powołuje się odwołujący dotyczą trzech pozycji to jest dwie 252 i 253, które odnoszą się do konserw - makrele w oleju a trzeci produkt spożywczy to herbata madras liściasta opisana przez zamawiającego w poz. 336 specyfikacji. Charakterystycznym w sprawie jest to, że opis środków spożywczych zarówno w części 10 jak i w części 12 zamówienia w zakresie wymienionych pozycji (252,253,336) jest taki sam. Oznacza to, że zamawiający przygotowując specyfikację w obydwu częściach (10 i 12) w poz. 252 i 253 jak i 336 dokonał takiego samego opisu przedmiotu dostawy (makrele w oleju – poz. 252 i 253, herbata madras – poz. 336 – tak samo opisane w cz. 10 i 12 w tych samych pozycjach). Należy również podkreślić, że zamawiający dokonał opisu w sposób oznaczony co do pochodzenia (produkcji), ale w każdej z tych pozycji zaznaczył zastrzeżenie do produktu równoważnego. Charakterystycznym jest, że w formularzach cenowych przywołał po pozycjami postanowienia o warunku równoważności, przez dodatkowe przywołanie postanowień w tym zakresie siwz („Zamawiający dopuszcza możliwość składania ofert równoważnych o parametrach nie gorszych niż podane w opisie przedmiotu zamówienia – podstawa prawna: art. 29 ust. 3 Pzp. Jeżeli w opisie przedmiotu zamówienia zostały wskazane znaki towarowe w domyśle wskazaniu takiemu każdorazowo towarzyszy sformułowanie: lub równoważny. Wskazane przez Zamawiającego znaki towarowe, marki lub nazwy handlowe służą jedynie określeniu klasy produktu stanowiącego przedmiot zamówienia oraz ustaleniu standardu, a nie wskazują na konkretny produkt lub konkretnego producenta. Oryginalne nazewnictwo lub symbolika podana została w celu prawidłowego określenia przedmiotu zamówienia. Wzorcowy model stanowi przykładowy produkt spełniający wymogi Zamawiającego. W przypadku złożenia oferty równoważnej wymaga się, aby produkt równoważny posiadał identyczny/e lub lepszy/e parametry (właściwości), skład chemiczny oraz wartości odżywcze jak produkty wskazane przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia. Zgodnie z art. 30 ust. 5 ustawy Pzp. ciężar udowodnienia równoważności spoczywa na Wykonawcy, co oznacza, że Wykonawca zobowiązany jest przedstawić wraz z ofertą jego szczegółową specyfikację, z której w sposób nie budzący żadnej wątpliwości winno wynikać, iż oferowany przedmiot zamówienia jest o takich samych lub lepszych parametrach, jakościowych oraz użytkowych w odniesieniu do przedmiotu zamówienia określonego przez Zamawiającego. Dokumentami na potwierdzenie parametrów jakościowych oraz użytkowych są np. certyfikaty jakościowe, karty charakterystyki, karty produktu. Zamawiający dopuszcza zaoferowanie

produktów z niewielkimi odchyleniami w stosunku do wagi produktu określonego w Formularzu cenowym w zakresie (+/- 10%). Dotyczy wszystkich formularzy cenowych dla Części od 1 do 18. Zaoferowane produkty równoważne muszą posiadać te same walory (np. smak, zapach, barwę, estetykę, konsystencję oraz gramaturę))”.

Przywołanie tych regulacji jest o tyle istotne, że odrzucając ofertę odwołującego, zamawiający powołał się na brak wykazania równoważności na etapie złożenia oferty przez odwołującego. (Oferta Nr 9 Wykonawcy ABER Sp. z o.o. w zakresie Części 10 i 12. Uzasadnienie prawne: Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 w/w Ustawy „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art 87 ust. 2 pkt. 3”. Uzasadnienie faktyczne: Wykonawca w złożonej na Część Nr 10 i 12 ofercie zaoferował produkty równoważne. Zgodnie z zapisami SIWZ rozdział III pkt. 4 lit. i) „ciężar udowodnienia równoważności spoczywa na Wykonawcy, co oznacza, że Wykonawca zobowiązany jest przedstawić wraz z ofertą jego szczegółową specyfikację, z której w sposób niebudzący żadnej wątpliwości winno wynikać, iż oferowany przedmiot zamówienia jest o takich samych lub lepszych parametrach, jakościowych oraz użytkowych w odniesieniu do przedmiotu zamówienia określonego przez Zamawiającego. Dokumentami na potwierdzenie parametrów jakościowych oraz użytkowych są np. certyfikaty jakościowe, karty charakterystyki, karty produktu”. Wykonawca nie dołączył do oferty wymaganych przez Zamawiającego dokumentów określonych powyżej. Brak potwierdzenia zaoferowania produktów równoważnych w zakresie Części nr 10 i 12 dotyczy niżej wymienionych pozycji. Część nr 10 Poz. 252, 253 Część nr 12 Poz. 252, 253. Dodatkowo w niżej wymienionej pozycji w Części nr 10 i 12 brak nazwy produktu (dotyczy herbaty) Część nr 10 Poz. 336. Część nr 12 Poz. 336”).

Izba nie podziela stanowiska zamawiającego co do stwierdzenia, że oferta odwołującego w spornych pozycjach została złożona jako równoważna. Odwołujący tej okoliczności, podnoszonej przez zamawiającego co do równoważności złożonej oferty (poz.252,253,336), w sposób zdeterminowany zarówno w odwołaniu jak i na rozprawie zaprzeczał. Izba również dokonując badania oferty odwołującego (dokumentacja prowadzona przez zamawiającego w aktach sprawy) nie stwierdza jakichkolwiek przesłanek faktycznych i prawnych do uznania, że produkty spożywcze w poz. 252 i 253 oraz 336 są zaoferowane jako równoważne.

W tym miejscu należy opisać strukturę/budowę formularza zamówieniowego, który zawiera następujące kolumny:

- L.p. – wypełniona przez zamawiającego;
- nazwa artykułu – wypełniona przez zamawiającego;

- nazwa towaru oferowanego, producenta oraz gramatura – do wypełnienia przez wykonawcę;
- jednostka miary - wypełniona przez zamawiającego;
- przewidywana ilość - wypełniona przez zamawiającego;
- cena jednostkowa netto – do wypełnienia przez wykonawcę;
- wartość netto – do wypełnienia przez wykonawcę;
- stawka vat – do wypełnienia przez wykonawcę;
- wartość vat – do wypełnienia przez wykonawcę;
- wartość brutto – do wypełnienia przez wykonawcę,

ponieważ obrazuje zakres swobody wykonawcy w zakresie oferowanych produktów.

Dla zobrazowania, w celu rozstrzygnięcia sporu, mają znaczenie wypełnione pozycje przez zamawiającego i odwołującego (252,253 – makrele w oleju oraz 336 – herbata liściasta madras – te same pozycje w częściach 10 i 12 zamówienia), co do których zamawiający postanowił odrzucić ofertę w trybie art.89 ust.1 pkt 2 w zw. z art.30 ust. 5 pzp.

I tak na podstawie oferty odwołującego ustalono:

Poz. 252:

zamawiający- filet z makreli w oleju 170 g Grall lub równoważne;

odwołujący - filet z makreli w oleju king Oskar 170 g THAI UNION POLAND SP. Z O.O.

Poz. 253:

zamawiający- filet z makreli w oleju 170 g king Oskar lub równoważne;

odwołujący- filet z makreli w oleju Grall 170 g Grall SP. z o.o.

Poz. 336:

zamawiający- herbata liściasta madras 100g Zas lub równoważna;

odwołujący- herbata liściasta Zas 100g ViviPolska Sp. z o.o. Sp.K.

Izba rozstrzygając zawisły spór miała na uwadze postanowienia art.87 ust.1, art. 87 ust.2 pkt 1 i pkt 3 w zw. z art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy pzp.

Zamawiający podejmując czynność odrzucenia oferty na podstawie art.89 ust.1 pkt 2 ustawy pzp miał na uwadze art. 30 ust.5 ustawy pzp, stwierdzając podstawę do odrzucenia w

związku z brakiem wykazania wraz ze złożoną ofertą równoważności zaoferowanych produktów to jest makreli w oleju (poz. 252 i poz. 253 w cz.10 i 12 zamówienia) oraz braku wykazania równoważności w produkcie herbata liściasta (poz. 336 w cz.10 i 12 zamówienia). Zamawiający nie znalazł uzasadnienia do żądania od odwołującego wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty (art.87 ust.1pzp), czy do poprawienia w ofercie przez zamawiającego oczywistej omyłki pisarskiej (art.87 ust.2 pkt 1pzp), czy do poprawienia w ofercie przez zamawiającego innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty (art.87 ust.2 pkt 3pzp).

Izba dokonując badania oferty złożonej przez odwołującego nie znalazła żadnych informacji, wzmianek w ofercie na okoliczność oferty odwołującego jako oferty równoważnej (poz.352,353 i 336 w cz.10 i12 zamówienia). W ocenie Izby zakwalifikowanie oferty w wymienionych pozycjach jako równoważnej mogłoby co najwyżej nastąpić po zwróceniu się do odwołującego w trybie art.87 ust.1pzp z pytaniem co do równoważności ofert, zwłaszcza w sytuacji nie załączenia do oferty jakichkolwiek dokumentów wykazujących równoważność produktów w stosunku do oznaczonych w formularzu ofertowym. W związku z powyższym w ocenie Izby zamawiający nie miał podstaw do kwalifikacji tychże pozycji formularza cenowego jako równoważnych.

W zaistniałym stanie rzeczy, to jest na podstawie badania treści złożonych formularzy cenowych odwołującego w cz. 10 i 12 zamówienia we wskazanych pozycjach Izba stwierdza, że zaistniała niezgodność oferty z postanowieniami siwz co do opisu oferowanych produktów przez odwołującego. Do rozstrzygnięcia pozostaje zagadnienie jak powstałe niezgodności należy zakwalifikować to jest czy do wyjaśnienia, poprawienia czy to jako oczywistej omyłki, czy to jako niezgodności oferty z siwz, ale czy w trybie art.78 ust.2 pkt 1, czy pkt 3, czy do odrzucenia oferty (art.89 ust.1 pkt 2 pzp). Jak już wyżej Izba przedstawiła stanowisko, nie znajduje podstaw do odrzucenia oferty w trybie art.89 ust.1 pkt 2 pzp w związku z art.30 ust.5 pzp.

W pierwszej kolejności należy rozważyć najdalej idące skutki to jest odrzucenie oferty w trybie art.89 ust.1 pkt 2 pzp, bez zastrzeżenia art.87 ust. 2 pkt 3 pzp. Przepis art.89 ust.1 pkt 2 pzp mówi o sprzeczności treści oferty z treścią siwz. W ocenie Izby zaistniałe rozbieżności w opisie oferowanych produktów w poz. 352 i 353 oraz 336 nie stanowią o treści oferty, a co najwyżej stanowią o omyłce w ofercie, powodującej niezgodność oferty z siwz. Właśnie dla tak nieistotnych omyłek ustawodawca określił nie tylko warunki do poprawienia oferty z oczywistymi omyłkami pisarskimi, czy też rachunkowymi, ale także dla niezgodności między ofertą a siwz, w tym wypadku obligującym oferenta do wypełnienia 1018 pozycji w części 10

jak i w części 12 zamówienia. Przechodząc do sedna sprawy czyli rozstrzygnięcia, Izba stwierdza, że narosłe orzecznictwo sądów powszechnych nie daje kwalifikacji do potraktowania rozbieżności zaistniałych w ofercie odwołującego w stosunku do wymogów formularza cenowego, do oczywistych omyłek pisarskich. Izba w tym zakresie podziela w pełni argumentację prawną przytoczoną w odpowiedzi na odwołanie przez zamawiającego. Dla powstałych rozbieżności w poz. 352 i 353 i 336 cz.10 i 12 zamówienia należy zastosować regulacje art.87 ust.2 pkt 3 w zw. z art.89 ust.1 pkt 2 pzp. Zaistniałe omyłki, a opisane szczegółowo powyżej, stanowią w ocenie Izby wręcz tzw. książkowe przykłady gdzie zamawiający ma obowiązek poprawić omyłki, dostosowując opis sporządzony przez odwołującego do opisu zamawiającego w formularzu cenowym bez zwrotu „lub równoważne” i wezwać niezwłocznie wykonawcę do zgody na poprawienie omyłek. Racje ma odwołujący, który obowiązek motywuje nieistotnością zmian w ofercie to jest wartości pozycji, które stanowią nawet nie jeden procent wyceny odwołującego jak i nieistotność w ilości pozycji do wypełnienia to jest trzy omyłki na 1018 pozycji. Izba nie podziela argumentacji zamawiającego i jego obaw co do braku określenia granicy nieistotności, ponieważ to jest w interesie zamawiającego, aby każdorazowo oceniać i ewentualnie korzystać z instytucji art.87 ust.2 pkt 3 pzp, który został ustanowiony dla odzyskiwania przez zamawiającego najkorzystniejszych ofert obarczonych omyłkami, wykraczającymi poza dyspozycje art.87 ust.2 pkt 1 to jest oczywistych omyłek pisarskich. Izba podziela w pełni argumentację odwołania co do przyczyn omyłki to jest bezpośredniego sąsiedztwa pozycji 352 i 353 (makrele w oleju) i wynikłej omyłki w tych pozycjach ograniczających się tylko do producenta to jest Grall i King Oskar, a zachowania zgodności co do nazwy produktu (makrele w oleju) gramatury (100gr). Z kolei do poz.336 (herbata liściasta bez określenia, że chodzi o madras) to w ocenie Izby też zamawiający powinien uzupełnić poz. 336 o zwrot „madras” i wezwać do wyrażenia zgody na poprawienie omyłki w trybie art.87 ust.2 pkt 3 pzp. Izba nie znajduje, w tym opisanym przypadku, podstaw do stosowania przed poprawieniem w trybie art.87 ust.2 pkt 3 pzp wyjaśnień w trybie art.87 ust.1 pzp, wobec oznaczenia produktów spożywczych przez podanie ich pochodzenia.

W powyższym stanie rzeczy orzeczono jak w sentencji wyroku.

Na podstawie § 7 ust. 2 pkt 1) i ust.3 pkt 1) i pkt 2) w zw. z § 5 pkt 2 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) oraz art.557 i art.574 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) zasądzono na rzecz odwołującego od zamawiającego kwotę 18.600,00 złotych tytułem

zwrotu wpisu od odwołania 15.000,00zł. i wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego 3600,00 zł. według złożonej faktury vat.

Przewodniczący: