

Sygn. akt KIO/KD 24/22

UCHWAŁA

KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ z dnia 26 sierpnia 2022 r.

Po rozpatrzeniu zastrzeżeń z 1 sierpnia 2022 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez zamawiającego:

Politechnikę Śląską

dotyczących Informacji o wyniku kontroli doraźnej sygn. KND/151/21/DKZP, przekazanej Zamawiającemu pismem z 26 lipca 2022 r., w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na dostawy pn. „Sukcesywna dostawa materiałów eksploatacyjnych do urządzeń biurowych dla Politechniki Śląskiej”, oznaczenie postępowania

IA1/D/21/30/MW,

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Beata Konik

Członkowie: Ernest Klauziński

Aleksandra Kot

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia Zamawiającego do wyniku kontroli doraźnej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nie zasługują na uwzględnienie.

U z a s a d n i e n i e

Politechnika Śląska (dalej: „Zamawiający”) przeprowadziła na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.), tj. tj. z dnia 22 lipca 2022 r. (Dz.U. z 2022 r. poz. 1710), dalej: „ustawa Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia, w trybie podstawowym na podstawie art. 275 pkt 1 ustawy Pzp, na dostawy pn. „Sukcesywna dostawa materiałów eksploatacyjnych do urządzeń biurowych dla Politechniki Śląskiej”, oznaczenie postępowania: IA1/D/21/30/MW.

Szacunkowa wartość zamówienia jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy Pzp.

OGŁOSZENIE O ZAMÓWIENIU ZOSTAŁO OPUBLIKOWANE W BIULETYNIE ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH 17 MAJA 2021 R., POD NR 2021/BZP 00056607/01.

I.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych po przeprowadzeniu kontroli doraźnej wyżej wymienionego postępowania stwierdził w informacji o jej wyniku naruszenie przez Zamawiającego następujących przepisów ustawy Pzp:

- 1) art. 107 ust. 2 ustawy Pzp przez niezgodne z dyspozycją tego przepisu uzupełnienie przedmiotowych środków dowodowych wykonawcy Golden Line Sp. z o.o.;
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. c przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Golden Line Sp. z o.o., który nie złożył w przewidzianym terminie

przedmiotowego środka dowodowego,

- 3) art. 223 ust. 1 ustawy Pzp przez niezgodne z dyspozycją tego przepisu wyjaśnianie treści oferty wykonawcy Golden Line Sp. z o.o., prowadzące do zmiany jej treści;
- 4) art. 223 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp przez niezgodne z dyspozycją tego przepisu poprawienie omyłek w treści oferty wykonawcy Golden Line Sp. z o.o.;
- 5) art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Golden Line Sp. z o.o. niezgodnej z treścią warunków zamówienia.

Na podstawie Protokołu kontroli KND/151/21/DKZP Izba stwierdziła, że w toku kontroli Prezes Urzędu ustalił w szczególności, co następuje:

Przedmiotem zamówienia była sukcesywna dostawa materiałów eksploatacyjnych do urządzeń biurowych (drukarek, kopiarek, urządzeń wielofunkcyjnych itp.) dla Politechniki Śląskiej. Szczegółowy wykaz materiałów eksploatacyjnych

zawiera „Arkusz ofertowy” – załącznik nr 2.4.1., który stanowił integralną część niniejszej SWZ oraz formularza ofertowego.

Załącznik nr 2.4.1 do SWZ (Arkusz ofertowy) zawierał 511 pozycji. Wymagane produkty w poz. 320 i 321 arkusza zostały opisane w 3 kolumnie jako „Tusz do HP Deskjet 2700, All-in-one-series” (black oraz kolor).

Zamawiający w rozdziale II.2 lit. i) i j) SWZ (Zasady wypełniania Arkusza ofertowego) przewidział zapis:

i) Kolumna 8 - wypełnia Wykonawca składający ofertę: należy wpisać wyczerpujące

informacje dotyczące oferowanego towaru, jednoznacznie go identyfikujące, tj. symbol, typ, oznaczenie towaru (kod produktu);

j) Kolumna 9 - wypełnia Wykonawca składający ofertę: należy wpisać nazwę producenta oferowanego towaru.

W przypadku zaoferowania towaru innego niż od oryginalnego producenta – tzn. zamiennika, Wykonawca składa wraz z ofertą kartę produktu, w której muszą znajdować się następujące informacje: - nazwa produktu, - kod/symbol produktu, - kolor, - wydajność/pojemność

- wykaz drukarek do których przeznaczony/dedykowany jest toner/tusz (kompatybilność)
- kod/symbol oryginalnego tuszu/tonera od producenta urządzenia

W Rozdziale II.4 SWZ Zamawiający wskazał w odniesieniu do przedmiotowych środków dowodowych:

5. Przedmiotowe środki dowodowe.

1. Zamawiający uznaje, że towar oryginalny, wytworzony przez producenta urządzenia

spełnia wszystkie żądania techniczne i jakościowe. W przypadku oferowania takich produktów, Wykonawca nie musi w żaden dodatkowy sposób dokumentować spełnienia

wymagań.

2. W przypadku oferowania zamienników Wykonawca jest zobowiązany wykazać za

pomocą przedmiotowych środków dowodowych, że oferowane przez niego towary spełniają wymagania techniczne i jakościowe określone przez Zamawiającego. Wykonawca składając ofertę na zamienniki musi dołączyć następujący dokument:

a) Karty katalogowe lub inne dokumenty wydane przez producenta, zawierające

informacje dotyczące oferowanych towarów zgodnie z zasadami wypełniania Arkusza Ofertowego tj. Rozdział II pkt j (str. 4 SWZ).

3. Jeżeli Wykonawca nie złoży przedmiotowych środków dowodowych lub złożone

przedmiotowe środki dowodowe będą niekompletne, Zamawiający wezwie Wykonawcę do ich złożenia lub uzupełnienia.

4. Zamawiający może żądać również wyjaśnień dotyczących treści przedmiotowych

środków dowodowych.

W postępowaniu oferty złożyło 4 wykonawców:

- 1) PRO OFFICE Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, cena brutto 546 998,22 zł;
- 2) WORLD TRADE TECHNOLOGY POLSKA Sp. z o.o., cena brutto 259 665,30 zł;
- 3) GOLDEN LINE Sp. z o.o., cena brutto 197 545,50 zł;
- 4) A. P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PRZEDSIĘBIORSTWO

WIELOBRANŻOWE MULTIKOM A.P., cena brutto 525 164,18 zł.

2 czerwca 2021 r. Zamawiający wezwał wykonawcę – Golden Line Sp. z o.o. do złożenia, na podstawie art. 107 ust. 2 ustawy Pzp, przedmiotowych środków dowodowych w postaci kart katalogowych lub innych dokumentów wydanych przez producenta, wymaganych w SWZ (str. 6 rozdz. II pkt 4 ppkt 2) wraz z ofertą w przypadku zaoferowania zamienników.

9 czerwca 2021 r. Wykonawca Golden Line Sp. z o.o. przedłożył w odpowiedzi na ww. wezwanie karty katalogowe oferowanych produktów.

10 czerwca 2021 r. Zamawiający ponownie na podstawie art. 107 ust. 2 ustawy Pzp wezwał wykonawcę Golden Line Sp. z o.o. do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych w zakresie kodu/symbolu oryginalnego tuszu/tonera od producenta urządzenia.

Zamawiający pismem z 17 czerwca 2021 r. zwrócił się do wykonawcy Golden Line z prośbą o zajęcie stanowiska w odniesieniu do uwag wniesionych przez wykonawcę WTTTP Sp. z o.o. m.in. w odniesieniu do poz. 320, 321 Arkusza ofertowego. Wykonawca udzielił 21 czerwca 2021 r. wyjaśnień następującej treści:

„W pozycjach tych zaproponowaliśmy oryginalne tusze producenta HP. Wskazuję, iż istnieją na rynku dwa urządzenia o bardzo podobnej nazwie, a mianowicie Drukarki HP DeskJet 2700 oraz Drukarki HP DeskJet Ink Advantage 2700, oznaczenie kodu również jest bardzo zbliżone, różniące się jedynie dwoma liczbami.

Drukarki HP DeskJet 2700, kody produktu 3YM61AE oraz 3YM60AE

Drukarki HP DeskJet Ink Advantage 2700, kody produktu 3YM75AE oraz 3YM74AE

(...) Po dogłębnym przeanalizowaniu po dostępnych hurtowniach oraz stronach internetowych wskazuję, iż sporządzając Opis przedmiotu zamówienia zgodnie z załącznikiem nr 3.1. do SWZ mylnie podaliśmy dwie liczby w całkowitym kodzie produktu.

W tym miejscu pragnę podkreślić, że wyżej opisane omyłki nie były celowym działaniem z naszej strony, polegającym na wprowadzeniu w błąd Zamawiającego, a jedynie oczywistą niezamierzoną omyłką.

Skoro zatem firma Golden Line sp. z o.o. składając ofertę, w której w sposób jasny i precyzyjny wynika, że jego wolą jest zaoferowanie produktów zgodnych z wymaganiami Zamawiającego stawianymi w SWZ, to nie sposób stwierdzić na podstawie dwóch pozycji formularza cenowego (spośród ogólnej liczby 511 pozycji), że treść oferty firmy Golden Line sp. z o.o. jest niezgodna z treścią SWZ. Istotną informacją jest również fakt, że pozycje 320, 321 stanowią jedynie 2 sztuki z 1757 sztuk wymaganego asortymentu (co stanowi 0,11% całości asortymentu). Należy również wskazać, iż ceny zakupu w hurtowniach są w zasadzie zbliżone do obu ww. urządzeń, co też w żadnym stopniu nie powoduje żadnej zmiany ceny zaoferowanej w niniejszym postępowaniu przez firmę Golden Line sp. z o.o. W związku z powyższym Zamawiający powinien kompleksowo analizować ofertę a nie w odniesieniu jedynie do 2 pozycji. (...) Z wymienionych wyżej względów uprzejmie prosimy o zastosowanie procedury przewidzianej w art. 223 ust. 2 pkt 3) ustawy Prawo Zamówień Publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019), tj. poprawienie przez Zamawiającego wyżej wskazanych omyłek, polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, przy przyjęciu, że nie powodują one istotnych zmian w treści oferty, ponieważ w trakcie realizacji zamówienia dostarczymy Państwu tusz do urządzenia Drukarki HP DeskJet 2700 o kodzie 3YM61AE (black) – pozycja 320 oraz 3YM60AE (CMY) – pozycja 321.”

21 czerwca 2021 r. Zamawiający na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp wezwał Wykonawcę Golden Line do wyjaśnienia treści złożonych środków dowodowych w zakresie pozycji 108, 109, 110, 111, 119, 120, 121, 122, 130, 145, 146, 150, 151, 153, 203, 208, 320, 321, 484, 485, 486, 487, 491, 492, 493, 494, 495, 496, 511 Arkusza ofertowego.

24 czerwca 2021 r. Wykonawca Golden Line złożył wyjaśnienia w odpowiedzi na ww.

wezwanie oraz złożył poprawione karty katalogowe dotyczące ww. produktów w zakresie ich kompatybilności.

28 czerwca 2021 r. Zamawiający dokonał poprawy oczywistych omyłek w ofercie Wykonawcy Golden Line w poz. 199-122, 153, 203, 320, 321, 491-496 i 511 Arkusza ofertowego.

W odniesieniu do poz. 320 i 321 Arkusza ofertowego dokonał poprawy w zakresie numerów kodów oferowanych produktów zgodnie z wnioskiem wykonawcy Golden Line sp. z o.o. zawartym w piśmie z 21 czerwca 2021 r., tj. w poz. 320 na 3YM61AE, zaś w poz. 321 na 3YM60AE (28 czerwca 2021 r. wykonawca Golden Line sp. z o.o. wyraził zgodę na dokonanie poprawy omyłek w jego ofercie).

29 czerwca 2021 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyniku przedmiotowego postępowania. Za najkorzystniejszą została uznana oferta złożona przez wykonawcę Golden Line Sp. z o.o., która otrzymała maksymalną liczbę punktów w ramach określonych przez zamawiającego kryteriów oceny ofert (100 pkt).

W trakcie przedmiotowego postępowania nie wniesiono odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Umowa o to zamówienie została zawarta między Zamawiającym a wykonawcą Golden Line Sp. z o.o. 16 lipca 2021 r.

Ogłoszenie o wyniku postępowania zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 19 lipca 2021 r. pod numerem 2021/BZP 00118904/01.

Kontrolujący dokonał następującej oceny prawnej tak ustalonego stanu faktycznego:

Ad naruszenia art. 107 ust. 2 ustawy Pzp przez niezgodne z dyspozycją tego przepisu uzupełnienie przedmiotowych środków dowodowych wykonawcy Golden Line Sp. z o.o. oraz naruszenia art. 226 ust. 1 ust. 1 pkt 2) lit. c przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Golden Line Sp. z o.o., który nie złożył w przewidzianym terminie przedmiotowego środka dowodowego.

Jak wynika z dokumentacji kontrolowanego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawca Golden Line Sp. z o.o. nie załączył do złożonej oferty przedmiotowych środków dowodowych. W związku z powyższym w dniu 2 czerwca 2021 r.

Zamawiający wezwał wykonawcę Golden Line Sp. z o.o. do złożenia, na podstawie art. 107 ust. 2 ustawy Pzp, przedmiotowych środków dowodowych w postaci kart katalogowych lub innych dokumentów wydanych przez producenta, wymaganych w SWZ (str. 6 rozdz. II pkt 4 ppkt 2) wraz z ofertą w przypadku zaoferowania zamienników.

9 czerwca 2021 r. Wykonawca Golden Line Sp. z o.o. przedłożył w odpowiedzi na ww. wezwanie karty katalogowe oferowanych produktów.

10 czerwca 2021 r. Zamawiający na podstawie art. 107 ust. 2 ustawy Pzp ponownie wezwał wykonawcę Golden Line Sp. z o.o. do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych w zakresie kodu/symbolu oryginalnego tuszu/tonera od producenta urządzenia.

Przepis art. 107 ustawy Pzp stanowi:

1. Jeżeli zamawiający żąda złożenia przedmiotowych środków dowodowych, wykonawca składa je wraz z ofertą.
2. Jeżeli wykonawca nie złożył przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne, zamawiający wzywa do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, o ile przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia.
3. Przepisu ust. 2 nie stosuje się, jeżeli przedmiotowy środek dowodowy służy potwierdzeniu zgodności z cechami lub kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert lub, pomimo złożenia przedmiotowego środka dowodowego, oferta podlega odrzuceniu albo zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.
4. Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści przedmiotowych środków dowodowych.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. c) ustawy Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub przedmiotowego środka dowodowego, potwierdzającego brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń.

Jak wynika z przesłanych przez Zamawiającego do Urzędu wyjaśnień i dokumentów, Zamawiający na podstawie przepisu art. 107 ust. 2 ustawy Pzp dwukrotnie (w dniach 2 i 10 czerwca 2021 r.) wezwał wykonawcę Golden Line Sp. z o.o. do złożenia, a następnie do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych (w związku z uznaniem, że przedmiotowe środki dowodowe złożone w odpowiedzi na pierwsze wezwanie zawierały braki).

Prezes Urzędu stwierdził, że tego rodzaju działanie jest niezgodne z dyspozycją przepisu art. 107 ust. 2 ustawy Pzp.

Art. 107 ust. 2 Pzp przewiduje, że uzupełnieniu mogą podlegać wyłącznie niezłożone lub złożone, ale niekompletne przedmiotowe środki dowodowe. Zamawiający, który przewidział możliwość uzupełniania przedmiotowych środków dowodowych, będzie zobowiązany w przedmiocie tego uzupełnienia wyłącznie do zażądania od wykonawcy:

- 1) złożenia przedmiotowego środka dowodowego, który nie został złożony,
- 2) uzupełnienia części złożonego dokumentu o brakującą (niezłożoną) część.

Prezes Urzędu wskazał, że przepis art. 107 ustawy Pzp nie upoważnia natomiast zamawiającego do wezwania o poprawienie złożonego dokumentu, jeśli budzi on jego wątpliwości lub nie potwierdza, że dostawy, usługi lub roboty budowlane oferowane przez wykonawcę spełniają wymogi zamawiającego. Wezwanie zamawiającego o uzupełnienie jest wezwaniem jednokrotnym w obrębie tego samego przedmiotowego środka dowodowego. Jeżeli braki w obrębie dokumentów przedmiotowych nie zostały usunięte (pomimo skorzystania z normy art. 107 ust. 2 Pzp) lub dokumenty przedmiotowe zawierają błędy, w tym nie potwierdzają okoliczności, jakich zamawiający wymagał od dokumentu, oferta, do której załączone zostały takie dokumenty, podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) Pzp.

Jak wyjaśnił Prezes Urzędu, z powyższego wynika zatem po pierwsze, że przedmiotowe środki dowodowe powinny być złożone przez wykonawcę wraz z ofertą. W przypadku ich niezłożenia (lub złożenia niekompletnych dokumentów) – pod warunkiem, że zostało to przewidziane w SWZ – Zamawiający będzie zobowiązany do wezwania wykonawcy odpowiednio o ich złożenie lub uzupełnienie (w zależności od tego, czy w ogóle nie zostały złożone, czy zostały złożone, ale są niekompletne). Przepis ten nie ustanawia natomiast – jak twierdzi Zamawiający – reguły, że w przypadku nie złożenia przedmiotowych środków dowodowych, zamawiający zobowiązany jest najpierw wezwać wykonawcę o ich złożenie, a następnie jeszcze (ewentualnie) o ich uzupełnienie. Prezes Urzędu podkreślił, że tego rodzaju interpretacja przeczyłaby również zasadzie jednokrotności wezwania w odniesieniu do tego samego dokumentu. Sytuacja taka wiąże się bowiem właśnie z wielokrotnym wezwaniem dotyczącym tego samego dokumentu. Zasada jednokrotności wezwania nie została wprawdzie wyrażona wprost w tym przepisie, ale można ją wywieść z zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Wprowadza ona bowiem

przejrzystość w działaniach zamawiającego i eliminuje uznaniowość w zakresie ewentualnego wielokrotnego kierowania wezwań do wykonawcy bądź wykonawców.

Prezes Urzędu wskazał, że nie sposób przy tym zgodzić się z argumentem Zamawiającego, że to wyłączenie możliwości wezwania o uzupełnienie przedmiotowych środków dowodowych w odniesieniu do dokumentu, w stosunku do którego zostało już skierowane wezwanie o jego złożenie (w związku z jego nie załączeniem do oferty) stanowiłoby nierówne traktowanie wykonawców. W ocenie Prezesa Urzędu zarówno zamawiający, jak i wykonawcy powinni być świadomi, że zgodnie z ustawą Pzp ich obowiązkiem wykonawcy jest złożenie przedmiotowych środków dowodowych już wraz z ofertą. Spójnik „lub” w treści art. 107 ust. 2 ustawy Pzp oddziela możliwe sposoby postępowania Zamawiającego w zależności od tego, czy wymagane przedmiotowe środki dowodowe zostały wraz z ofertą złożone (ale są niekompletne), czy też w ogóle nie zostały złożone. Prezes Urzędu zwrócił przy tym uwagę, że art. 107 ust. 2 ustawy Pzp (w odróżnieniu od art. 128 ust. 1 ustawy Pzp dotyczącego m.in. podmiotowych środków dowodowych) nie zawiera możliwości poprawienia błędów zawartych w złożonych przedmiotowych środkach dowodowych (co de facto miało miejsce w wyniku skierowania do wykonawcy Golden Line Sp. z o.o.). Prezes Urzędu wskazał, że Zamawiający zdaje się utożsamiać procedurę uzupełniania przedmiotowych środków dowodowych (art. 107 ust. 2 ustawy Pzp) z procedurą uzupełniania bądź poprawiania podmiotowych środków dowodowych, oświadczeń lub innych dokumentów, o której mowa w art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, podczas gdy nie są to identyczne instytucje ustawowe i procedura uzupełniania przedmiotowych środków dowodowych jest bardziej restrykcyjna, aniżeli ta przewidziana w art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. Prezes Urzędu podkreślił, że obowiązek złożenia przedmiotowych środków dowodowych materializuje się zawsze już w chwili złożenia oferty (nie zaś dopiero w wyniku skierowania w tym przedmiocie wezwania przez Zamawiającego, jak ma to miejsce w odniesieniu do podmiotowych środków dowodowych w związku z treścią art. 126 ust. 1 ustawy Pzp), a ponadto treść art. 107 ust. 2 ustawy Pzp nie przewiduje możliwości korygowania treści złożonych przedmiotowych środków dowodowych (możliwe jest jedynie uzupełnienie brakujących części złożonych dokumentów).

Prezes Urzędu wskazał, że powyższe znajduje potwierdzenie również w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej – przykładowo, w uzasadnieniu wyroku z dnia 28 marca 2022 r. (sygn. akt KIO 663/22) Izba wskazała, iż: art. 107 ust. 2 p.z.p. jest instrumentem dopuszczającym możliwość konwalidowania nieprawidłowego działania wykonawcy, ale w ograniczonym zakresie. Tutaj ustawodawca nie dopuścił do szerokiego umożliwienia uzupełnienia dokumentów, tak jak dla podmiotowych środków dowodowych (zgodnie z art. 128 ust. 1 p.z.p., zamawiający wzywa do złożenia/poprawienia/uzupełnienia

dowodów, które są niekompletne lub zawierają błędy).

Tryb z art. 107 ust. 2 p.z.p., przeciwnie do art. 128 ust. 1 p.z.p., nie dopuszcza uzupełnienia dokumentów zawierających błędy, co należy rozumieć jako błędy merytoryczne. Nie ma więc możliwości dokonania istotnej merytorycznej zmiany treści przedmiotowego środka dowodowego.

Na podstawie art. 107 ust. 2 p.z.p. zamawiający jest uprawniony do:

- 1) sanowania działania wykonawcy, który nie złożył wykazu urządzeń wraz z ofertą (zamawiający wzywa do złożenia przedmiotowych środków dowodowych, jeżeli wykonawca ich nie złożył z ofertą),
- 2) wezwania do uzupełnienia wykazu urządzeń, który jest niekompletny (zamawiający wzywa do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych, jeżeli złożone dokumenty są niekompletne).

(...) pierwsza sytuacja jest prosta i jest związana z biernością wykonawcy, który nie składa dokumentów przedmiotowych wraz z ofertą i uzyskuje jedną szansę na ich przedstawienie zamawiającemu (...).

Mając na uwadze powyższe ustalenia faktyczne oraz prawne Prezes Urzędu stwierdził, że wezwanie wykonawcy Golden Line sp. z o.o. z dnia 10 czerwca 2021 r. do uzupełnienia kart katalogowych o informacje dotyczące kodu/symbolu oryginalnego tuszu/tonera od producenta urządzenia naruszało dyspozycję art. 107 ust. 2 ustawy Pzp, ponieważ informacje te były niezbędne w celu potwierdzenia spełnienia przez oferowane wyroby (zamienniki) wymagań dotyczących ich kompatybilności z urządzeniami, do których miały być przeznaczone, zaś wykonawca Golden Line Sp. z o.o. był już uprzednio wezwany pismem z dnia 2 czerwca 2021 r. do złożenia przedmiotowych środków dowodowych w celu potwierdzenia spełnienia tych wymagań.

Ad naruszenia art. 223 ust. 1 ustawy Pzp przez niezgodne z dyspozycją tego przepisu wyjaśnianie treści oferty wykonawcy Golden Line Sp. z o.o., prowadzące do zmiany jej treści, naruszenia art. 223 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp przez niezgodne z dyspozycją tego przepisu poprawienie omyłek w treści oferty wykonawcy Golden Line Sp. z o.o. oraz naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Golden Line Sp. z o.o. niezgodnej z treścią warunków zamówienia.

W Arkuszu ofertowym stanowiącym załącznik do oferty, wykonawca Golden Line Sp. z o.o. w poz. 320 i 321 zaoferował tusze do drukarek HP DeskJet 2700 o następujących kodach produktu – 3YM75AE (czarny) i 3YM74AE (kolor):

320	008260	Tusze do HP DeskJet 2700, All-in-one series	Black	wydr. 120	szt.	1	3YM75AE	HP
321	008261	Tusze do HP DeskJet 2700, All-in-one series	Kolor	wydr. 100	szt.	1	3YM74AE	HP

Zamawiający pismem z 17 czerwca 2021 r. zwrócił się do wykonawcy Golden Line Sp. z o.o. z prośbą o zajęcie stanowiska w odniesieniu do uwag wniesionych przez wykonawcę WTTP Sp. z o.o. w odniesieniu do poz. 320, 321 Arkusza ofertowego, o treści jak niżej:

- W poz. 320, 321 zaoferowano oryginalne tusze firmy HP (3YM75AE, 3YM74AE),

które nie pasują do HP Deskjet 2700, All-in-one-series, poniżej link do stron producenta: pasujący tusz:

Wykonawca udzielił 21 czerwca 2021 r. wyjaśnień następującej treści: W pozycjach tych zaproponowaliśmy oryginalne tusze producenta HP. Wskazując, iż istnieją na rynku dwa urządzenia o bardzo podobnej nazwie, a mianowicie Drukarki HP DeskJet 2700 oraz Drukarki HP DeskJet Ink Advantage 2700, oznaczenie kodu również jest bardzo zbliżone, różniące się jedynie dwoma liczbami.

Drukarki HP Deskjet 2700, kody produktu 3YM61AE oraz 3YM60AE

Drukarki HP DeskJet Ink Advantage 2700, kody produktu 3YM75AE oraz 3YM74AE

(...) Po dogłębnym przeanalizowaniu po dostępnych hurtowniach oraz stronach internetowych wskazując, iż sporządzając Opis przedmiotu zamówienia zgodnie z załącznikiem nr 3.1. do SWZ mylnie podaliśmy dwie liczby w całkowitym kodzie produktu. (...)

21 czerwca 2021 r. Zamawiający na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp wezwał wykonawcę Golden Line Sp. z o.o. do wyjaśnienia treści złożonych środków dowodowych w zakresie pozycji 108, 109, 110, 111, 119, 120, 121, 122, 130, 145, 146, 150, 151, 153, 203, 208, 320, 321, 484, 485, 486, 487, 491, 492, 493, 494, 495, 496, 511 Arkusza ofertowego.

W zakresie poz. 320 i 321 Arkusza ofertowego Zamawiający wskazał następujące wątpliwości:

320	008260	Tusz do HP DeskJet 2700, All-in-one-series	wydr. 120	szt.	1	Z informacji podanych w Arkuszu Ofertowym w kol. 8 i 9 wynika, że zaoferowano towar producenta o kodzie 3YM75AE. Zamawiający wymagał w tej pozycji zaoferowania tonera do urządzenia DekJet 2700, All-in-one-series. Tymczasem z wiedzy Zamawiającego wynika, że zaoferowany toner nie spełnia wymagania Zamawiającego w zakresie kompatybilności.
321	008261	Tusz do HP DeskJet 2700, All-in-one-series	wydr. 100	szt.	1	Z informacji podanych w Arkuszu Ofertowym w kol. 8 i 9 wynika, że zaoferowano towar producenta o kodzie 3YM74AE. Zamawiający wymagał w tej pozycji zaoferowania tonera do urządzenia DekJet 2700, All-in-one-series. Tymczasem z wiedzy Zamawiającego wynika, że zaoferowany toner nie spełnia wymagania Zamawiającego w zakresie kompatybilności.

24 czerwca 2021 r. Wykonawca Golden Line Sp. z o.o. złożył wyjaśnienia w odpowiedzi na ww. wezwanie oraz złożył poprawione karty katalogowe dotyczące ww. produktów w zakresie ich kompatybilności.

28 czerwca 2021 r. Zamawiający dokonał poprawy oczywistych omyłek w ofercie Wykonawcy Golden Line Sp. z o.o. w poz.: 199-122, 153, 203, 320, 321, 491-496 i 511 Arkusza ofertowego. W odniesieniu do poz. 320 i 321 Arkusza ofertowego dokonał poprawy w zakresie numerów kodów oferowanych produktów zgodnie z wnioskiem wykonawcy Golden Line sp. z o.o. zawartym w piśmie z 21 czerwca 2021 r., tj. w poz. 320 na 3YM61AE, zaś w poz. 321 na 3YM60AE (w dniu 28 czerwca 2021 r. wykonawca Golden Line sp. z o.o. wyraził zgodę na dokonanie poprawy omyłek w jego ofercie).

Zgodnie z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści.

Zgodnie z art. 223 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp, Zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Prezes Urzędu wskazał, że w toku kontroli doraźnej ustalono, że Zamawiający w poz. 320 i 321 Arkusza ofertowego wymagał dostarczenia tuszu do urządzenia HP Deskjet 2700, All-in-one-series. Wykonawca Golden Line sp. z o.o. zaoferował natomiast tusz przeznaczony do innego urządzenia (HP DeskJet Ink Advantage 2700). Fakt ten nie jest sporny i został przyznany zarówno przez wykonawcę Golden Line sp. z o.o. w wyjaśnieniach z 21 czerwca 2021 r., jak i przez Zamawiającego w wyjaśnieniach udzielonych w toku postępowania wyjaśniającego. Zamawiający jednakże uznał, że powyższe działanie wykonawcy stanowiło omyłkę, podlegającą poprawie w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp, akceptując przytoczoną powyżej argumentację wykonawcy w tym zakresie.

W ocenie Prezesa Urzędu omyłki w zakresie poz. 320 i 321 nie podlegały poprawie w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp. Po pierwsze Prezes Urzędu zwrócił uwagę, że kody produktu wpisane przez wykonawcę w poz. 320 i 321 nie były błędnymi kodami tuszu do urządzenia wymaganego przez Zamawiającego, tylko prawidłowymi kodami tuszu do innego urządzenia, aniżeli wymagane przez Zamawiającego. Niewątpliwie zamiarem każdego wykonawcy składającego ofertę jest złożenie oferty zgodnej z SWZ. Powyższe domniemanie nie powinno jednakże stanowić uniwersalnego środka służącego do sanowania wszelkiego rodzaju błędów popełnionych w ofercie. Zgodnie z art. 7 pkt 16) ustawy Pzp, w

postępowaniu o udzielenie zamówienia obowiązuje zasada pisemności, przez którą należy rozumieć sposób wyrażenia informacji przy użyciu wyrazów, cyfr lub innych znaków pisańskich, które można odczytać i powielić, w tym przekazywanych przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Z kolei po stronie wykonawców zasada ta ma odzwierciedlenie m. in. w treści art. 63 ustawy Pzp, zgodnie z którym w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub konkursie o wartości równej lub przekraczającej progi unijne ofertę, wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub w konkursie, wniosek, o którym mowa w art. 371 ust. 3, oraz oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1, składa się, pod rygorem nieważności, w formie elektronicznej, zaś w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub konkursie o wartości mniejszej niż progi unijne ofertę, wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub w konkursie, oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1, składa się, pod rygorem nieważności, w formie elektronicznej lub w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym. Powyższe oznacza, że nadrzędne znaczenie (zarówno w przypadku oświadczeń zamawiającego, jak i wykonawców uczestniczących w postępowaniu) z punktu widzenia wykładni należy przypisać informacjom utrwalonym w formie tekstowej, nie zaś intencjom i zamiarom im towarzyszącym. Zasada pisemności ma na celu zapewnienie obiektywizmu w postępowaniu,

a także służy zachowaniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Nie można również w ocenie Prezesa Urzędu uznać za przekonujący argument, że urządzenie wymagane przez Zamawiającego oraz urządzenie do którego omyłkowo zaoferował tusz wykonawca Golden Line sp. z o.o. były podobne i podobne były również ich oznaczenia kodowe. Tego rodzaju sytuacja stanowi bowiem specyfikę tej branży - nazwy i kody poszczególnych produktów często różnią się między sobą w niewielkim stopniu, jednym lub dwoma znakami; potwierdza to również nawet pobieżna lektura arkusza ofertowego wykonawcy Golden Line sp. z o.o.:

Poz	Kod towaru	Nazwa towaru oraz nazwa producenta i model urządzenia do którego dany towar jest przeznaczony	Kod produktu	producent
157	008097	Tusz do HP DJ Ink Advantage 2135/4535	F6V24AE	HP
158	008098	Tusz do HP DJ Ink Advantage 2515/3515	CZ101AE	HP
159	008099	Tusz do HP DJ Ink Advantage 2515/3515	CZ102AE	HP
160	008100	Tusz do HP DJ IA 5645, OJ 202/252	C2P10AE	HP
161	008101	Tusz do HP DJ IA 5645, OJ 202/252	C2P11AE	HP

Prezes Urzędu podkreślił, że jakkolwiek zatem niewątpliwie wymaga dużej uważności, aby w takiej sytuacji nie popełnić błędu, wykonawca jako profesjonalista w tej branży powinien mieć tego świadomość w stopniu dużo większym aniżeli nieprofesjonalista. Ponadto, jak wskazano wyżej, błąd popełniony przez wykonawcę nie polegał na pozbawionej praktycznego znaczenia omyłce w numerze kodu, tylko na omyłkowym wskazaniu (prawidłowego) kodu produktu dotyczącego innego urządzenia, aniżeli był wymagany.

W tej sytuacji Prezes Urzędu uznał, iż potraktowanie niezgodności z treścią SWZ w poz. 320 i 321 arkusza ofertowego jako omyłki wykraczało poza dyspozycję przepisu art. 223 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp.

Odnosząc się do wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 lipca 2020 r. (sygn. akt KIO 1472/20), przywołanego przez Zamawiającego w wyjaśnieniach Prezes Urzędu zauważył, że ww. wyrok został wydany na tle innego stanu faktycznego, aniżeli mający miejsce w niniejszej sprawie – dotyczył on zarzucanych niezgodności treści oferty z treścią siwz związanych z brakiem wyszczególnienia w kosztorysie (zestawieniu materiałów) dodatkowych w stosunku do standardowego opisu trzech pozycji materiałów, które jednakże – jak wykazało postępowanie dowodowe przed Izbą – zostały wycenione w ofercie odwołującego. Po drugie, nie negując słuszności poglądu Izby, na który powołuje się Zamawiający, że skala (liczba, wartość) błędnych zapisów w stosunku do całości oferty

powinna być wzięta pod uwagę przy ocenie zgodności oferty z treścią warunków zamówienia, Prezes Urzędu podkreślił, że nie jest to jedyny aspekt w świetle którego kwestia ta powinna być oceniana.

W szczególności Izba w uzasadnieniu orzeczenia zwraca również uwagę na konieczność dokonywania tej oceny przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności faktycznych sprawy a także na następującą generalną zasadę obowiązującą przy dokonywaniu oceny zgodności oferty z treścią siwz (obecnie: warunkami zamówienia):

O ile każdorazowo treść oświadczenia woli składanego w postępowaniu w ramach oferty należy rozpatrywać przez pryzmat zamiaru wykonawcy, wyrażającego się wolą uczestnictwa w postępowaniu, a w konsekwencji - złożenia oferty zgodnej z s.i.w.z. {tak m.in. wyroki Izby z: 3 kwietnia 2012 r. (sygn. akt KIO 556/12), 9 listopada 2012 r. (sygn. akt: KIO 2343/12, KIO 2346/12), 22 listopada 2012 r. (sygn. akt: KIO 2396/12, KIO 2416/13), 10 czerwca 2013 r. (sygn. akt KIO 1266/13) - o tyle kluczową sprawą jest, czy w konkretnym stanie faktycznym możliwe jest ustalenie treści oświadczenia co do oferowanego przedmiotu w sposób nie naruszający nadrzędnej zasady zachowania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami.

Jak z kolei wskazano w Komentarzu Urzędu Zamówień Publicznych do art. 223 ust. 2 pkt 3) ustawy Prawo zamówień publicznych:

Przepis ten nie stanowi zatem narzędzia do naprawiania błędnie złożonych ofert, lecz jest podstawą poprawiania omyłek, którego może dokonać zamawiający, a znaczenie tych poprawek dla całości złożonego oświadczenia woli (oferty) wykonawcy nie będzie istotne. Proces poprawiania omyłek nie może prowadzić przy tym do konieczności znaczącej ingerencji ze strony zamawiającego w treść oferty. Wystąpienie omyłki nie może też pozostawiać wątpliwości co do zamierzonej treści oświadczenia wykonawcy. (...) Jak stanowi art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp, poprawieniu podlegają omyłki

niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Powyższa regulacja poprzez odniesienie do „istotności zmian” wyraża zasadę, że skoro to zamawiający ma dokonać weryfikacji oferty, to poprawki muszą mieścić się w ramach korekty możliwej dla zamawiającego. Tym samym zamawiający ofertę może „poprawiać”, ale nie może zastępować wykonawcy w jej tworzeniu.

Prezes Urzędu wskazał, że powyższe ograniczenie – dotyczące możliwości samodzielnego poprawienia omyłki przez Zamawiającego – wynika z wyrażonego w art. 223 ust. 1 ustawy Pzp zakazu negocjacji treści złożonej oferty. Powyższe nie oznacza oczywiście generalnego zakazu kierowania do wykonawcy wezwania o wyjaśnienia treści złożonej oferty przed poprawieniem omyłki – ustawa Pzp zakazu takiego nie zawiera. Jednakże treść

udzielonych wyjaśnień w tym przypadku wskazywała na niedozwoloną modyfikację treści oferty i należy uznać, że w okolicznościach faktycznych przedmiotowej sprawy samodzielne poprawienie przez Zamawiającego arkusza ofertowego w poz. 320 i 321 w sposób analogiczny do dokonanego przez Wykonawcę Golden Line sp. z o.o., na podstawie innych informacji zawartych w ofercie, byłoby niemożliwe. Wykonawca ten w przesłanych przez siebie wyjaśnieniach złożył bowiem de facto nowe oświadczenie woli.

W konsekwencji Prezes Urzędu uznał, że przez poprawienie oczywistej omyłki w zakresie poz. 320 i 321 arkusza ofertowego wykonawcy Golden Line sp. z o.o., Zamawiający naruszył art. 223 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 223 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp przez niedozwoloną zmianę treści oferty. Powyższe naruszenie miało wpływ na wynik postępowania, ponieważ umożliwiło wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy, która powinna być odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp.

II.

Zamawiający nie zgodził się z ustaleniami kontroli, wnosząc następujące zastrzeżenia:

Zamawiający podtrzymał stanowisko wyrażone pismem z 4 sierpnia 2021 r. (znak pisma: I.dz. IA1/D/21/30/MW/915).

Zamawiający przypomniał, że w odniesieniu do interpretacji treści art. 107 ust. 2 ustawy Pzp Zamawiający podniósł w wyżej przywołanym piśmie argumentację związaną z zasadami legislacji, a dotyczącą użycia w tym przepisie spójnika „lub”, do której nie znajduje się odniesienia w treści otrzymanej informacji o wyniku kontroli doraźnej. W swojej argumentacji Zamawiający zwrócił uwagę, że zgodnie z zasadami logiki spójnik „lub” oznacza alternatywę nierozłączną, skutkiem czego za prawidłowe postępowanie należy uznać następujące sytuacje:

- 1) wezwanie do złożenia przedmiotowych środków dowodowych,
- 2) wezwanie do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych,
- 3) wezwanie do złożenia, a następnie wezwanie do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych.

W ocenie Zamawiającego interpretacja treści przywołanego przepisu sprowadzająca znaczenie zastosowanego spójnika „lub” do znaczenia spójnika „albo” jest niezgodna z zasadami legislacji.

W treści otrzymanej informacji o wyniku kontroli doraźnej wskazano wyraźnie, że zasada jednokrotności wezwania nie została wyrażona wprost w tym przepisie. Następnie dodano, że taka interpretacja jest możliwa do wywiedzenia z zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający wskazał, że nie może się zgodzić z takim kierunkiem analizy znaczenia przepisu, ponieważ w ocenie Zamawiającego to właśnie brak możliwości wezwania o uzupełnienie dokumentów prowadziłby do nierównego traktowania Wykonawców. Wykonawca, który złożył przedmiotowe środki dowodowe wraz z ofertą, mógłby zostać wezwany do ich uzupełnienia, natomiast takiej możliwości byłby pozbawiony Wykonawca, który złożył dokumenty dopiero na wezwanie Zamawiającego.

Zamawiający zwrócił także uwagę, że przedmiotowe postępowanie było prowadzone w niedługim czasie po wejściu w życie przepisów nowej ustawy Prawo zamówień publicznych i na ówczesny moment Zamawiający nie mógł dysponować stosownym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej (dalej: KIO), które stanowiłoby dla Zamawiającego istotny punkt odniesienia w interpretacji niejednoznacznych przepisów nowego prawa. Wyrok KIO z dnia 28 marca 2022 r., który to został przywołany w treści informacji o wyniku kontroli doraźnej, pochodzi z okresu znacznie późniejszego niż okres, w którym było prowadzone przedmiotowe postępowanie (tj. maj – lipiec 2021 r.). Ponadto Zamawiający wskazał, że wyrok ten został wydany na tle innego stanu faktycznego aniżeli mający miejsce w niniejszej sprawie.

W ocenie Zamawiającego istotny jest także przedmiot, którego dotyczyło wezwanie z 10 czerwca 2021 r. skierowane do Wykonawcy GOLDEN LINE Sp. z o.o., a przedmiotem tego wezwania nie było podanie przez Wykonawcę nazwy oferowanego przedmiotu zamówienia, tudzież jakiegokolwiek parametru go identyfikującego. Co za tym idzie, Zamawiający już po złożeniu przez Wykonawcę przedmiotowych środków dowodowych wiedział co jest przedmiotem oferty, natomiast dla własnych potrzeb organizacyjnych, ze względu na fakt zaoferowania tzw. zamienników, chciał uzyskać informacje poboczne zawarte w treści Arkusza Ofertowego, a dotyczące kodu/symbolu oryginalnego tuszu/tonera pochodzącego od producenta urządzenia.

W ocenie Zamawiającego wyżej wskazany przedmiot pisma skierowanego do Wykonawcy także powinien mieć znaczenie przy ocenie wagi i znaczenia czynności zakwalifikowanej w treści otrzymanej informacji o wyniku kontroli doraźnej jako naruszenie przepisu ustawy Pzp. Być może w odniesieniu do przedstawionej interpretacji art. 107 ust. 2 ustawy Pzp Zamawiający winien był zwrócić się do Wykonawcy w innym trybie niż wyżej wymieniony artykuł, natomiast

w ocenie Zamawiającego, przy ocenie poprawności podjętych działań, konieczne jest także uwzględnienie treści pisma i jego przedmiotu.

W odniesieniu do zarzutów w zakresie wyjaśniania treści oferty prowadzącego do zmiany jej treści oraz poprawiania omyłek w treści oferty, Zamawiający wskazał, że wyraża swoje poważne zastrzeżenia co do dokonanej interpretacji przepisów ustawy Pzp zawartej w otrzymanej informacji o wyniku kontroli doraźnej.

Zamawiający wskazał, że szanując literę obowiązującego prawa nie może się zgodzić z interpretacją wskazującą na uznaniowość sposobu oceny ofert ze względu na branżę i jej specyfikę oraz wskazywanie na konieczność profesjonalizmu w odniesieniu do którejkolwiek z branż. Zamawiający wskazał, że żaden z obowiązujących przepisów prawa nie mówi o tym, że Wykonawca winien być profesjonalistą. Znaczna obszerność wypełnianego Arkusza Ofertowego stanowi zawsze wyzwanie dla Wykonawców i na podstawie swojego wieloletniego doświadczenia Zamawiający może stwierdzić, że co do zasady nie zdarza się aby Wykonawcy od razu na etapie składania ofert eliminowali wszystkie błędy możliwe do wystąpienia przy ich opracowywaniu. Szczególnie gdy mają do czynienia z kilkusetstronicową płataniną liter i cyfr w postaci rozmaitych symboli, a nie powszechnie używanego języka.

Zamawiający podkreślił, że Arkusz Ofertowy w przedmiotowym postępowaniu opiewa na ponad 500 pozycji wymagających wypełnienia ciągiem liter i cyfr, co w oczywisty sposób implikuje możliwość popełnienia omyłek. Charakter i zakres ilościowy tego Arkusza Ofertowego przyrównać należy do kosztorysów ofertowych występujących w postępowaniach dotyczących robót budowlanych. Bardzo bogate orzecznictwo w zakresie poprawiania kosztorysów ofertowych (patrz np.: KIO 2784/15, KIO 803/20, KIO 881/16, KIO/UZP 246/09, KIO/UZP 21/09, KIO/UZP 86/09 i KIO/UZP 87/09) ewidentnie wskazuje na pewną akceptowalność dla możliwości popełnienia omyłek przez Wykonawców, pod warunkiem ich niezamierzenia oraz braku istotnej zmiany treści oferty.

Zamawiający argumentował, że akceptowalność ta i wprowadzona regulacja prawna w postaci art. 223 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp mają na celu eliminację nadmiernego odrzucania ofert ze względu na drobne i niezamierzone uchybienia. Zamawiający podkreślił, że doktryna i orzecznictwo jednoznacznie dopuszczają, mimo profesjonalnego charakteru tych postępowań i ich uczestników, możliwość popełnienia omyłek. Ale fakt, iż doktryna i orzecznictwo dotyczą postępowań na roboty budowlane, nie oznacza, że możliwość popełnienia omyłek dotyczy tylko tej branży, albowiem wynika to ze zwyczajowej komplikacji i obszerności zamówień na roboty budowlane, gdzie łatwiej o omyłkę. Nie ulega jednak wątpliwości, że przepisy w tym zakresie są uniwersalne, wspólne dla zamówień na roboty budowlane, usługi i dostawy, a doktryna i dorobek orzecznictwa wypracowany na gruncie zamówień na roboty budowlane należy stosować także do zamówień na usługi i dostawy.

Zamawiający podkreślił, że decyzja Zamawiającego o poprawieniu innej omyłki i tym samym możliwości zastosowania art. 223 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp, jest każdorazowo podejmowana z uwzględnieniem całokształtu indywidualnych okoliczności sprawy, z uwzględnieniem następstw i konsekwencji zmian dla treści oferty. W ocenie Zamawiającego istotnym jest aby Wykonawcy wszystkich branż byli traktowani jednakowo i inne omyłki były dopuszczalne w odniesieniu do każdej branży na analogicznych zasadach.

Zamawiający podkreślił również, że poprawa omyłek innych, o których mowa w pkt 3) przepisu, może prowadzić do zmian w treści oferty, a jedynie te omyłki, które powodują istotne zmiany w treści oferty są przez ustawodawcę niedopuszczalne. W treści Komentarza Urzędu Zamówień Publicznych do art. 223 ust. 2 pkt 3) ustawy Prawo zamówień publicznych wprost wskazano wyjątek od reguły niezmienności oferty jako znajdujący swoje odzwierciedlenie właśnie w tzw. innych omyłkach:

11. Inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty – założenia i cel przepisu. Trzecia grupa omyłek to omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp daje zamawiającemu możliwość poprawiania uchybień w ofertach merytorycznie poprawnych, w celu zapobieżenia ich eliminacji z postępowania z przyczyn wyłącznie formalnych lub niemających istotnego znaczenia w kontekście oferowanego świadczenia. Przepis ten nie stanowi zatem narzędzia do naprawiania błędnie złożonych ofert, lecz jest podstawą poprawiania omyłek, którego może dokonać zamawiający, a znaczenie tych poprawek dla całości złożonego oświadczenia woli (oferty) wykonawcy nie będzie istotne. Proces poprawiania omyłek nie może prowadzić przy tym do konieczności znaczącej ingerencji ze strony zamawiającego w treść oferty. Wystąpienie omyłki nie może też pozostawiać wątpliwości co do zamierzonej treści oświadczenia wykonawcy.

12. Inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty – zakres zastosowania. Poprawienie nieprawidłowości z art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp występującej w ofercie uzależnione jest od spełnienia dwóch przesłanek: 1) po pierwsze, zauważona niezgodność musi mieć charakter omyłki, a nie celowego działania wykonawcy polegającego na świadomym złożeniu oświadczenia woli o określonej treści. Obowiązek zamawiającego poprawiania omyłek nieoczywistych wprowadzony w celu uniknięcia licznych niegdyś przypadków odrzucania ofert z powodu błahych pomyłek dopuszcza poprawienie niedopatrzeń, błędów niezamierzonych, opuszczeń, drobnych różnic itp., lecz wszystkie te zmiany muszą mieścić się w pojęciu „omyłki”. Zatem z założenia umyślne zastosowanie rozwiązania całkowicie odmiennego od wymagań zamawiającego nie może być traktowane jako omyłka w tym

sensie, który nadaje jej przepis art. 223 ust 2 pkt 3, 2) po drugie, poprawienie niezgodności nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. Punktem wyjścia przy ocenie dopuszczalności dokonania poprawy jest jej odniesienie do całości oferowanego przez wykonawcę świadczenia. Okoliczność, że zmiana miałaby dotyczyć elementów przedmiotowo istotnych umowy (essentialia negotii) lub elementów uznanych za istotne przez zamawiającego, a nawet fakt, że

skutkiem dokonanej poprawy miałyby być zmiana ceny oferty, nie stanowi okoliczności uniemożliwiającej dokonanie poprawy na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp. Znaczenie ma bowiem, czy poprawienie omyłki w sposób istotny zmienia treść oferty w znaczeniu treści oświadczenia woli wykonawcy, a nie czy tkwi w jej istotnych postanowieniach. Zamawiający jest zobowiązany poprawić omyłkę w szczególności wtedy, gdy sposób, w jaki ma być dokonana poprawa, wynika z innych elementów składających się na ofertę, przy czym nie jest wykluczone, że w pewnych okolicznościach poprawienie omyłki będzie miało miejsce po uzyskaniu od wykonawcy wyjaśnień w trybie art. 223 ust. 1 Pzp (...). Jak stanowi art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp, poprawieniu podlegają omyłki niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Powyższa regulacja poprzez odniesienie do „istotności zmian” wyraża zasadę, że skoro to zamawiający ma dokonać weryfikacji oferty, to poprawki muszą mieścić się w ramach korekty możliwej dla zamawiającego. Tym samym zamawiający ofertę może „poprawiać”, ale nie może zastępować wykonawcy w jej tworzeniu (...).

Zamawiający zauważył, że w treści otrzymanej informacji o wyniku kontroli doraźnej na str. 12 wskazano naruszenie przez Zamawiającego przepisów w wyniku poprawy oczywistej omyłki w zakresie arkusza ofertowego Wykonawcy. Zamawiający zwraca uwagę, że przedmiotowa sytuacja nie dotyczyła omyłki oczywistej, ale tzw. omyłki innej, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp. Poprawa tego rodzaju omyłki może zostać czasem poprzedzona stosownym wyjaśnieniem ze strony Wykonawcy. Ustawodawca rozdzielił możliwe do poprawienia rodzaje omyłek w treści ofert i jedynie te oczywiste, tj. pisarskie oraz rachunkowe, nie wymagają wyjaśnienia.

Przedmiotowa sytuacja mieściła się w ocenie Zamawiającego w ramach korekty możliwej do dokonania po uprzednim wyjaśnieniu treści oferty. Także sam Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego powołał się na niezamierzone omyłki w zapisie symboli zaoferowanych produktów. Ponownie Zamawiający podkreślił, iż poprawienie ww. omyłek nie wpłynęło w sposób istotny na zmianę treści oferty oraz ogólną zaoferowaną cenę. Inna omyłka nie musi mieć także charakteru oczywistego, aby możliwa była jej poprawa, a jeżeli Zamawiający stwierdzi wystąpienie innej omyłki, zawsze jest obowiązany do jej poprawienia w sposób przewidziany ustawie Pzp.

III.

Prezes Urzędu 11 sierpnia 2022 r. poinformował Zamawiającego, że nie uwzględni jego zastrzeżeń oraz przekazuje je na podstawie art. 610 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

IV.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpatrując zastrzeżenia zgłoszone przez Zamawiającego do wyniku kontroli doraźnej, ustaliła i zważyła, co następuje:

Na podstawie przekazanych akt kontroli Izba stwierdziła, że przywołane powyżej za protokołem kontroli i informacją o wyniku kontroli okoliczności faktyczne odpowiadają rzeczywistości stanowi rzeczy wynikającemu z tej dokumentacji.

Zgodnie z treścią art. 107 ustawy Pzp ust. 1. Jeżeli zamawiający żąda złożenia przedmiotowych środków dowodowych, wykonawca składa je wraz z ofertą. Stosownie do treści ust. 2. Jeżeli wykonawca nie złożył przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne, zamawiający wzywa do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, o ile przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia. Jak natomiast stanowi ust. 3. Przepisu ust. 2 nie stosuje się, jeżeli przedmiotowy środek dowodowy służy potwierdzeniu zgodności z cechami lub kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert lub, pomimo złożenia przedmiotowego środka dowodowego, oferta podlega odrzuceniu albo zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania. Z ust. 4 wynika natomiast, że Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści przedmiotowych środków dowodowych.

Zamawiający nie zgadza się z poczynioną przez Prezesa Urzędu oceną prawną, zgodnie z którą wezwanie wykonawcy Golden Line sp. z o.o. z dnia 10 czerwca 2021 r. do uzupełnienia kart katalogowych o informacje dotyczące kodu/symbolu oryginalnego tuszu/tonera od producenta urządzenia naruszało dyspozycję art. 107 ust. 2 ustawy Pzp, ponieważ informacje te były niezbędne w celu potwierdzenia spełniania przez oferowane wyroby (zamienniki) wymagań dotyczących ich kompatybilności z urządzeniami, do których miały być przeznaczone, zaś wykonawca Golden Line Sp. z o.o. był już uprzednio wezwany pismem z dnia 2 czerwca 2021 r. do złożenia przedmiotowych środków dowodowych w celu potwierdzenia spełnienia tych wymagań.

Zamawiający przy tym uważa, że sporny przepis art. 107 ust. 2 ustawy Pzp powinien być interpretowany z uwzględnieniem użytego w tym przepisie spójnika „lub”, który oznacza alternatywę nierozłączną, skutkiem czego za prawidłowe postępowanie należy uznać następujące sytuacje:

- 1) wezwanie do złożenia przedmiotowych środków dowodowych,
- 2) wezwanie do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych,
- 3) wezwanie do złożenia, a następnie wezwanie do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych.

W ocenie Zamawiającego interpretacja treści przywołanego przepisu sprowadzająca znaczenie zastosowanego spójnika „lub” do znaczenia spójnika „albo” jest niezgodna z zasadami legislacji.

Odnosząc się do stanowiska Zamawiającego, Izba wskazuje, że zaproponowany przez Zamawiającego sposób interpretacji przepisu nie zasługuje na aprobatę. Zwrócić bowiem należy uwagę, że w art. 107 ust. 1 ustawy Pzp ustawodawca przesądził, że w przypadku żądania złożenia przedmiotowych środków dowodowych, wykonawca ma

obowiązek złożyć je wraz z ofertą („wykonawca składa je wraz z ofertą”). Tym samym nie jest tak, że wykonawca składa przedmiotowe środki dowodowe dopiero na wezwanie Zamawiającego. Zatem dyspozycja art. 107 ust. 2 ustawy Pzp, w której ustawodawca dopuścił możliwość wezwania wykonawcy do złożenia przedmiotowych środków dowodowych lub do ich uzupełnienia dotyczy sytuacji, gdy wykonawca nie złożył wraz z ofertą przedmiotowych środków dowodowych lub gdy złożone z ofertą przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne.

W ocenie Izby użycie spójnika „lub” w tym przepisie ustawy Pzp należy rozumieć w ten sposób, że w zależności od sytuacji, która wystąpi w postępowaniu o zamówienie, Zamawiający kieruje wezwaniem do złożenia przedmiotowego środka dowodowego (w sytuacji, gdy nie został on złożony wraz z ofertą) lub kieruje wezwaniem do uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego (gdy złożony wraz z ofertą przedmiotowy środek dowodowy jest niekompletny). Zauważyć bowiem należy, że w okolicznościach danego postępowania może być wymagane złożenie wielu przedmiotowych środków dowodowych i w zależności od tego jaka sytuacja będzie mieć miejsce wobec danego środka, treść wezwania może być zróżnicowana, tj. może w odniesieniu do niektórych środków dowodowych dotyczyć złożenia, a wobec innych ich uzupełnienia. Podobnie jak w przypadku wezwania z art. 128 ustawy Pzp, również tutaj obowiązuje zasada jednokrotnego wezwania. Zaznaczyć przy tym należy, że przepis art. 107 ust. 2 ustawy Pzp nie będzie mieć zastosowania w sytuacji, gdy przedmiotowe środki dowodowe wprost potwierdzają, że oferta

jest niezgodna z treścią dokumentów zamówienia jak i nie będzie mieć zastosowania w sytuacji, gdy jego treść wprost nie potwierdza zgodności przedmiotu oferty z treścią SWZ. Tego rodzaju sytuacje nie są bowiem objęte dyspozycją omawianej regulacji. Zatem regulacja z art. 107 ustawy Pzp jest bardziej restrykcyjna niż dyspozycja art. 128 ustawy Pzp.

Podkreślić należy, że interpretacja przepisu art. 107 ust. 2 ustawy Pzp, na którą Zamawiający powołuje się w piśmie z 4 sierpnia 2021 r., a którą następnie podtrzymał w zastrzeżeniach do wyniku kontroli, nie uwzględnia osadzenia omawianej normy prawnej w systemie zamówień publicznych, w tym pomija zupełnie konsekwentnie od lat wyrażaną w orzecznictwie Izby zasadę jednokrotnego wezwania do złożenia lub uzupełnienia zarówno podmiotowych jak i przedmiotowych środków dowodowych wywodzoną z zasad zamówień publicznych wskazanych w treści art. 16 ustawy Pzp.

W ocenie Izby wykonawca, który nie składa wraz z ofertą przedmiotowych środków dowodowych naraża się na ryzyko odrzucenia jego oferty, w sytuacji gdy w odpowiedzi na wezwanie do złożenia przedmiotowych środków dowodowych na podstawie art. 107 ust. 2 ustawy Pzp złoży przedmiotowe środki dowodowe, które są niekompletne, tak jak miało to miejsce w tym postępowaniu. Nie ma bowiem, wbrew stanowisku Zamawiającego, w takiej sytuacji możliwości do wezwania wykonawcy do uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego, ponieważ byłoby to złamaniem zasad postępowania. Te powinny być przez zamawiającego uwzględniane nie tylko przy przygotowaniu postępowania o zamówienie ale również przy jego przeprowadzeniu. Postępowanie Zamawiającego narusza zasadę przejrzystości postępowania, równego traktowania wykonawców i związanej z nimi zasady jednokrotności wezwania do złożenia lub uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego, przez nieuprawnione stworzenie dla wykonawcy Golden Line sp. z o.o. dodatkowej szansy w postaci kolejnego, nieuprawnionego w świetle art. 107 ust 2 w zw. z ust. 1 ustawy Pzp wezwania do uzupełnienia braków złożonych na pierwsze wezwanie przedmiotowych środków dowodowych.

Dodatkowo, wbrew wątpliwości wyrażonej przez Zamawiającego w zastrzeżeniach do wyniku kontroli, Izba podkreśla, że powszechnie przyjmuje się zarówno w orzecznictwie Izby jak i w doktrynie, że postępowanie o udzielenie zamówienia toczy się z udziałem podmiotów profesjonalnych, do których stosuje się podwyższony miernik staranności. W kontekście powyższego poglądu, tym bardziej od wykonawcy oczekuje się działania z należytą starannością właściwą dla podmiotu profesjonalnego. Wyraża się to nie tylko w obowiązku wszechstronnego zapoznania się z warunkami danego zamówienia ale również w starannym udzielaniu odpowiedzi na kierowane do wykonawcy wezwania.

Zgodnie z treścią art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń. Ocena zgodności zaofertowanych przez wykonawcę produktów zamiennych w tym postępowaniu odbywała się w oparciu o przedmiotowe środki dowodowe, które miały być złożone wraz z ofertą. Oczywiście jest, że ocena ta mogła się odbyć tylko w oparciu o kompletne środki dowodowe, tj. zawierające wszystkie informacje, jakie zostały wskazane przez Zamawiającego w treści SWZ (vide: rozdział II.2 lit. i) i j) SWZ), tj.:

W przypadku zaofertowania towaru innego niż od oryginalnego producenta – tzn. zamiennika, Wykonawca składa wraz z ofertą kartę produktu, w której muszą znajdować się następujące informacje:

- nazwa produktu,
- kod/symbol produktu,
- kolor,
- wydajność/pojemność
- wykaz drukarek do których przeznaczony/dedykowany jest toner/tusz (kompatybilność)
- kod/symbol oryginalnego tuszu/tonera od producenta urządzenia

Jest bezsporne, że wykonawca Golden Line sp. z o.o. w odpowiedzi na wezwanie do złożenia przedmiotowych środków dowodowych złożył je niekompletne, tj. bez informacji zawierających kod/symbol oryginalnego tuszu/tonera od producenta urządzenia. W ocenie Izby okoliczność ta słusznie została zakwalifikowana przez Prezesa Urzędu jako wypełniająca dyspozycję art. 226 ust. 1 pkt 2 lit c) ustawy Pzp, jako równoznaczna z niezłożeniem przedmiotowego środka dowodowego. W konsekwencji Prezes Urzędu zasadnie stwierdził naruszenie ww. przepisu ustawy Pzp przez zaniechanie jego zastosowania w okolicznościach przedmiotowego postępowania o zamówienie.

Odnosząc się do naruszenia art. 223 ust. 1 ustawy Pzp przez niezgodne z dyspozycją tego przepisu wyjaśnianie treści oferty wykonawcy Golden Line Sp. z o.o., prowadzące do zmiany jej treści, naruszenia art. 223 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp przez niezgodne z dyspozycją tego przepisu poprawienie omyłek w treści oferty wykonawcy Golden Line Sp. z o.o. oraz naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Golden Line Sp. z o.o. niezgodnej z treścią warunków zamówienia, Izba wskazuje, że w tym zakresie zastrzeżenia do wyniku kontroli również nie zasługują na uwzględnienie.

Jak wynika z treści art. 223 ust. 1 ustawy Pzp w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Przepis art. 223 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp stanowi, że Zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty

- niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Natomiast stosownie do treści art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Podkreślić należy, że przedmiot oferty (tj. przedmiot świadczenia) nie może podlegać zmianie ponieważ stanowi merytoryczną treść oferty, tj. treść zobowiązania wykonawcy względem zamawiającego. Zobowiązanie to spełniać musi warunki zamówienia m.in. co do zakresu, ilości, jakości warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia a wskazanych w dokumentach zamówienia. Powyższe powoduje, że „Oferta niespełniająca merytorycznych wymagań określonych w SWZ podlega odrzuceniu i - z wyjątkami dotyczącymi poprawienia omyłek - nie może zostać na etapie badania ofert zmieniona, w celu doprowadzenia jej treści do zgodności z oczekiwaniami zamawiającego. Wszelkie uzupełnienia dokumentów czy składane przez wykonawcę wyjaśnienia muszą mieścić się w granicach złożonej oferty i mogą służyć wyłącznie do wykazania prawidłowości jej treści, zakazane jest natomiast oferowanie w tej drodze świadczeń o innych parametrach czy właściwościach, niż wynikające ze złożonej oferty - działanie takie godziłoby w podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych określone w art. 16 pkt 1 i 2 Prawa zamówień publicznych.” (vide: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 lutego 2022 r. sygn. akt KIO 122/22).

Przepis art. 223 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp daje możliwość poprawienia w ofercie tzw. innych omyłek polegających na niezgodności treści oferty z dokumentami zamówienia, z zastrzeżeniem, że nie spowoduje to istotnych zmian w treści oferty. Kwestia istotności zmian nie została w ustawie wprost zdefiniowana, jednak w orzecznictwie udało się wypracować zasady pomocne przy ocenie czy mamy do czynienia z tego rodzaju zmianą. Podkreślić bowiem należy, że ocena w tym zakresie odbywa się każdorazowo z uwzględnieniem okoliczności danego stanu faktycznego. Jak wskazała Izba m.in. w wyroku z dnia 13 stycznia 2022 r. sygn. akt KIO 3772/21: „Przede wszystkim, istotna zmiana treści oferty powinna

stanowić znaczącą, istotną zmianę treści oświadczenia woli wykonawcy. Ponadto, zamawiający jest zobowiązany poprawić omyłkę w szczególności wtedy, gdy sposób, w jaki ma być dokonana poprawa, wynika z innych elementów składających się na ofertę. Omyłki, o których mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3 ww. ustawy, muszą mieć taki charakter, aby ich poprawy mógł dokonać zamawiający samodzielnie, co do zasady bez udziału wykonawcy w tej czynności. O tym, czy po poprawieniu omyłki nastąpi istotna zmiana treści oferty należy oceniać, biorąc pod uwagę zakres zmian, przedmiot zamówienia i całość oferty. O istotności innej omyłki nie decyduje to, czy zmiana wpływa na cenę lub czy dotyczy essentialia negotii oferowanego świadczenia. Zmiana nieistotna w treści oferty to zmiana o niewielką w stosunku do całego przedmiotu oferowanego świadczenia.” Innymi słowy zmiana nie ma charakteru istotnego gdy mimo, iż dotyczy istotnych części oferty, wiedzę na temat sposobu poprawienia omyłki zamawiający uzyskał z treści samej oferty, bez udziału wykonawcy.

Odnosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanej sprawy, wskazać należy, że Zamawiający w celu ustalenia treści oferty zmuszony był oprzeć się na wyjaśnieniach wykonawcy Golden Line sp. z o.o. z 21 czerwca 2021 r. Sama treść oferty nie była dla Zamawiającego wystarczająca w celu poprawienia spornych pozycji 320 i 321 Arkusza ofertowego (treść oferty była natomiast wystarczająca dla stwierdzenia jej niezgodności z treścią SWZ). Co więcej dostrzeżenia wymaga, że w toku prowadzonej z wykonawcą korespondencji w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, zarówno sam wykonawca Golden Line sp. z o.o. przyznał w piśmie z 21 czerwca 2021 r., że zaoferował przedmiot nie pasujący do wskazanego urządzenia (wykonawca bowiem wyjaśnił, że dla Drukarki HP DeskJet 2700, kody produktu to 3YM61AE oraz 3YM60AE, natomiast dla drukarki HP DeskJet Ink Advantage 2700, kody produktu to 3YM75AE oraz 3YM75AE) oraz również Zamawiający w piśmie z 21 czerwca 2021 r. wskazał wprost w odniesieniu do poz. 320 i 321 Arkusza ofertowego, że „(...) z wiedzy Zamawiającego wynika, że zaoferowany toner nie spełnia wymagania Zamawiającego w zakresie kompatybilności”. Sposób przeprowadzenia korespondencji jest wątpliwy i zasadnie został zakwalifikowany przez Prezesa Urzędu jako łamiący wyrażony w treści art. 223 ust. 1 ustawy Pzp zakaz prowadzenia między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty. Słusznie zauważył bowiem Prezes Urzędu, że

wprowadzona przez Zamawiającego modyfikacja treści oferty wykonawcy Golden Line sp. z o.o. odbyła się na jego wniosek wyrażony w piśmie z 21 czerwca 2021 r. Powyższe również stanowi naruszenie dyspozycji art. 223 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie w jakim odnosi się ona do niedopuszczalności dokonywania jakiejkolwiek zmian w treści oferty. Tym samym zmiana treści oferty wprowadzona przez Zamawiającego słusznie została oceniona przez Prezesa Urzędu jako naruszająca art. 223 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp, ponieważ stan faktyczny zaistniały w postępowaniu nie wpisuje się w

dyspozycję ww. normy prawnej. Zmiana miała charakter istotny, ponieważ w wyniku poprawienia oferty doszło do zmiany przedmiotu świadczenia i to z takiego niespełniającego wymogów SWZ, na taki który te wymogi spełniał. Nie ma przy tym znaczenia, że w kontekście ilości pozycji, czy też niezmienności ceny zmiana ta była nieistotna, ponieważ nie są to jedyne aspekty na tle których rozważana jest istotność zmiany. Kluczowe jest to, że Zamawiający nie miał wątpliwości, że zaoferowany pierwotnie w poz. 320 i 321 Arkusza ofertowego przedmiot zamówienia nie spełnia wymagań Zamawiającego, tj. nie jest kompatybilny ze wskazanymi w tych pozycjach urządzeniami, przy jednoczesnym braku w treści samej oferty informacji na temat tego jak taką niezgodność poprawić.

Reasumując powyższe, stwierdzić należy, że w odniesieniu do poz. 320 i 321 Arkusza ofertowego Zamawiający pismem z 28 czerwca 2022 r. poprawił numery kodów oferowanych produktów zgodnie z wnioskiem wykonawcy Golden Line sp. z o.o. z pisma z 21 czerwca 2021 r., tj. w poz. 320 z 3YM75AE na 3YM61AE, zaś w poz. 321 z 3YM74AE na 3YM60AE. Nowe kody produktów dotyczyły tonerów do innych urządzeń, niż kody pierwotnie wskazane przez wykonawcę Golden Line Sp. z o.o. w ofercie (3YM75AE, 3YM74AE). Ponadto pierwotnie wskazane kody dotyczyły tonerów nie pasujących do urządzenia wskazanego przez Zamawiającego, tj. HP Deskjet 2700, All-in-one-series. Tym samym Izba nie ma wątpliwości co do tego, że w zaistniałych okolicznościach faktycznych zmiana w zakresie poz. 320 i 321 Arkusza ofertowego skutkowałą zmianą treści oferty w znaczeniu merytorycznym, tj. zaoferowaniem innego produktu niż był oferowany pierwotnie. Dodatkowo źródłem tej zmiany był wniosek wykonawcy Golden Line sp. z o.o. a treść samej oferty nie dostarczyła informacji co do tego jak można by poprawić ofertę w tych pozycjach. Z tych względów nie było możliwe uznać, że mamy do czynienia z uprawnionym poprawieniem omyłki w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp, a w konsekwencji zmiana ta łamała zakaz wyrażony w treści art. 223 ust. 1 ustawy Pzp zdanie drugie.

Tym samym Izba w pełni podzieliła i uznała za własne stanowisko wyrażone przez Prezesa Urzędu Zamówień publicznych w informacji o wyniku kontroli, jak i w odpowiedzi na zastrzeżenia.

Krajowa Izba Odwoławcza – działając na podstawie art. 610 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych - wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

Członkowie: