

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierżędzki

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 listopada 2024 r. przez wykonawcę **Zakład Przetwórstwa Owocowo-Warzywnego Rolfroz sp. z o.o. w Chromowoli** w postępowaniu prowadzonym przez **3 Regionalną Bazę Logistyczną w Krakowie** przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy **M.S., prowadzącego w Pępowie działalność gospodarczą pod nazwą Agro-Anna, M.S.**

orzeka:

1. **uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie zadań nr 1-7, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego w zakresie zadań nr 1-7, oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert w zakresie zadań nr 1-7, w tym wykonanie na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych czynności poprawiania oczywistych omyłek pisarskich znajdujących w formularzach cenowych odwołującego dla części nr 1-7 w kolumnie „gramatura opakowania”,**
2. **kosztami postępowania obciąża 3 Regionalną Bazę Logistyczną w Krakowie i:**
 - 2.1. **zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Zakład Przetwórstwa Owocowo-Warzywnego Rolfroz sp. z o.o. w Chromowoli tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,**
 - 2.2. **zasądza od 3 Regionalnej Bazy Logistycznej w Krakowie za rzecz wykonawcy Zakład Przetwórstwa Owocowo-Warzywnego Rolfroz sp. z o.o. w Chromowoli kwotę 18.600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.**

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 4234/24

Uzasadnienie

3 Regionalna Baza Logistyczna w Krakowie, zwana dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 1320), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, którego przedmiotem jest dostawa ziemniaków obranych sterylizowanych do jednostek wojskowych rejonu odpowiedzialności 3 Regionalnej Bazy Logistycznej w 2025 roku.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 11 września 2024 r., Dz.U. S: 177/2024, nr 546657-2024.

Wobec czynności i zaniechań zamawiającego w ww. postępowaniu 13 listopada 2024 r. do prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł odwołanie wykonawca Zakład Przetwórstwa Owocowo-Warzywnego Rolfroz sp. z o.o. w Chromowoli, zwany dalej „odwołującym”.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp przez zakwalifikowanie omyłki pisarskiej jako treści oferty niezgodnej z warunkami zamówienia;
- 2) art. 223 Pzp przez zaniechanie wezwania go do złożenia wyjaśnień.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty,
- 2) powtórzenia czynności wyboru i oceny oferty i dokonanie jej zgodnie z przepisami Pzp.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi i w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca M.S., prowadzący w Pępowie działalność gospodarczą pod nazwą Agro-Anna, M.S.. Wniósł o oddalenie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji warunków zamówienia (SWZ), odpowiedzi na pytania dotyczące treści SWZ, modyfikacje SWZ, oferty wykonawców, wezwania zamawiającego kierowane do wykonawców w toku postępowania, odpowiedzi wykonawców na ww. wezwania, zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu oferty odwołującego, załączniki do pism procesowych stron, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dokumenty złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Art. 16 ustawy Pzp stanowi, że Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- 2) przejrzysty;
- 3) proporcjonalny.

Art. 226 ust. 1 Pzp stanowi, że Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

- 5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;

Art. 223 ust. 1 Pzp stanowi, że 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.

Art. 223 ust. 2 Pzp stanowi, że Zamawiający poprawia w ofercie:

- 1) oczywiste omyłki pisarskie,
- 2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek,
- 3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty

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

Ustalono, że w SWZ zamawiający przewidział m.in.:

III. Przedmiot zamówienia

1. Przedmiotem zamówienia jest dostawa ziemniaków obieranych sterylizowanych do Jednostek Wojskowych rejonu odpowiedzialności 3 Regionalnej Bazy Logistycznej w 2025 roku.
 2. Zamówienie zostało podzielone na 7 zadań zgodnie z obszarem dostaw (każde zadanie stanowi oddzielny arkusz) - załączniku nr 2 do SWZ – Formularz cenowy.
 3. Rodzaj (asortyment) oraz ilości zamawianego przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia określa załącznik nr 2 do SWZ – Formularz cenowy (każde zadanie znajduje się w oddzielnych arkuszu).
 4. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia określa załącznik nr 4 do SWZ – Opis przedmiotu zamówienia.
 5. Przedmiot zamówienia musi zostać dostarczony w ilościach określonych w formularzu cenowym (załącznik nr 2 do SWZ) oraz spełniać wymagania zawarte w opisie przedmiotu zamówienia (załącznik nr 4 do SWZ).
15. Zamawiający na podstawie art. 134 ust. 2 ustawy Pzp informuje, że:

- dopuszcza możliwość składania ofert częściowych, w odniesieniu do 7 ww. zadań - wykonawca może złożyć ofertę na dowolną ilość zadań. Wykonawca zobowiązany jest wypełnić wszystkie pozycje formularza cenowego stanowiącego załącznik nr 2 do SWZ dotyczące danego zadania (numery zadań odpowiadają numerom arkuszy), w przeciwnym wypadku oferta będzie podlegała odrzuceniu, z uwagi na niezgodność jej treści z warunkami zamówienia,

XIV. Opis sposobu przygotowania i złożenia ofert

3. Oferta Wykonawcy musi zawierać następujące oświadczenia i dokumenty:

- 1) wypełniony i podpisany kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez osoby upoważnione do reprezentowania wykonawcy druk Oferta sporządzony z wykorzystaniem wzoru stanowiącego Załącznik nr 1 do SWZ, zawierający wszystkie informacje i oświadczenia zawarte w jego treści.
- 2) sporządzony w postaci elektronicznej wypełniony i podpisany kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez osoby upoważnione do reprezentowania wykonawcy formularz cenowy - załącznik nr 2 do SWZ. (Formularz winien zawierać wszystkie ewentualne zmiany wprowadzone w czasie trwania postępowania). Wykonawca zobowiązany jest wypełnić wszystkie pola formularza cenowego stanowiącego załącznik nr 2 do SWZ dotyczące danego zadania, w przeciwnym wypadku oferta będzie podlegała odrzuceniu, z uwagi na niezgodność jej treści z warunkami zamówienia.

Kolejno ustalono, że w załączniku nr 4 do SWZ (opis przedmiotu zamówienia) zamawiający przewidział m.in.:

3. Masa netto

Masa netto powinna być zgodna z deklaracją producenta.

Dopuszczalna ujemna wartość błędu masy netto powinna być zgodna z obowiązującym prawem.

Dopuszczalna masa netto:

- 4,5kg,
- 5kg.

Kolejno ustalono, że we wzorze formularza cenowego (załącznik nr 2 do SWZ) zamawiający wymagał, aby wykonawcy wypełnili również kolumnę wzoru formularza zatytułowaną „gramatura opakowania”.

(por. SWZ z załącznikami, na nośniku elektronicznym przekazanym przez zamawiającego).

Kolejno ustalono, że do upływu terminu składania ofert, ofertę zamawiającemu w zakresie części nr 1-7 złożył zamawiającemu m.in. odwołujący.

(por. informacja z otwarcia ofert, na nośniku elektronicznym przekazanym przez zamawiającego).

Kolejno ustalono, że odwołujący w formularzu ofertowym złożył oświadczenia, że:

3. *Oświadczam iż, zrealizuję dostawę przedmiotu zamówienia zgodnie z zapisami SWZ oraz jej załączników.*

4. *Oświadczam, że oferowany a następnie dostarczony przeze mnie asortyment będzie zgodny z wymaganiami określonymi w SWZ i jej załącznikach.*

Ustalono także, że odwołujący w formularzu cenowym dla części 1-7, w kolumnie zatytułowanej gramatura opakowania, wskazał „4-5 kg”.

(por. oferta odwołującego, w aktach sprawy na nośniku elektronicznym przekazanym przez zamawiającego).

Kolejno ustalono, że 5 listopada 2024 r. zamawiający zawiadomił odwołującego o wyborze oferty przystępującego jako najkorzystniejszej w zakresie zadań nr 1-7 oraz o odrzuceniu oferty odwołującego w zakresie części nr 1-7 na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp. W uzasadnieniu faktycznym czynności odrzucenia oferty odwołującego zamawiający wskazał, co następuje.

Zgodnie z zapisami rozdziału III specyfikacji warunków zamówienia (dalej: SWZ) opis przedmiotu zamówienia oraz szczegółowe wymagania względem przedmiotu zamówienia określono w załączniku nr 4 do SWZ — Opis przedmiotu zamówienia (OPZ). Powyższy załącznik jednoznacznie określał wymagany przez Zamawiającego rodzaj i cechy asortymentu.

Ponadto, Zamawiający wymagał by w formularzu cenowym składanym wraz z ofertą Wykonawca obligatoryjnie wskazał w kolumnie nr 17 gramaturę opakowania (zgodnie z wymaganiami określonymi w OPZ), w jakim będzie dostarczany zaoferowany przedmiot zamówienia. Jednocześnie Zamawiający zastrzegł, iż nieuzupełnienie danych zgodnie z ww. zasadami będzie skutkowało odrzuceniem oferty jako niezgodnej z treścią SWZ.

Wykonawca w złożonej ofercie w zakresie zadań nr 1-7 w kolumnie nr 17 formularza cenowego stanowiącego załącznik nr 2 do SWZ zaoferował ziemniaki sterylizowane o gramaturze opakowania stanowiącej przedział 4-5 kg.

W pkt. 3 załącznika nr 4 do SWZ — Opis przedmiotu zamówienia Zamawiający jednoznacznie określił, iż dopuszczalna masa netto ziemniaków sterylizowanych wynosi 4,5 kg lub 5 kg. Ponadto w formularzu cenowym w kolumnie nr 2 wskazano, iż przedmiotem zamówienia są: „Ziemniaki sterylizowane 4,5 kg lub 5 kg” podkreślając tym samym, iż dopuszczalna gramatura opakowania to 4,5 kg bądź 5 kg. Obowiązkiem wykonawcy było wskazanie jednej z dwóch dopuszczonych przez Zamawiającego w dokumentach zamówienia gramatury, w jakiej będzie dostarczany zaoferowany przedmiot zamówienia.

Wykonawca Zakład Przetwórstwa Owocowo-Warzywnego Rolfroz Sp. z o.o. zaoferował ziemniaki sterylizowane o gramaturze opakowania „4-5 kg” co jest niezgodne z warunkami zamówienia.

(por. ww. zawiadomienie z 5 listopada 2024 r., w aktach sprawy na nośniku elektronicznym przekazanym przez zamawiającego).

W trakcie posiedzenia izby odwołujący złożył jako dowody następujące dokumenty:

1. umowa nr 10/3RBLog/21/2021 z 21 grudnia 2020 r. zawarta pomiędzy zamawiającym a odwołującym na dostawę ziemniaków obieranych sterylizowanych wraz z formularzem ofertowym odwołującego,
2. umowa z 19 listopada 2019 r. nr 8/3RBLog/21/2020 zawarta pomiędzy zamawiającym a odwołującym na dostawę ziemniaków obieranych sterylizowanych wraz z formularzem ofertowym odwołującego,
3. umowa z 13 grudnia 2022 r. nr 1/3RBLog/21/2023 zawarta pomiędzy zamawiającym a odwołującym na dostawę ziemniaków obieranych sterylizowanych wraz z formularzem cenowym odwołującego,
4. OPZ w postępowaniu na ziemniaki obierane sterylizowane prowadzone przez Inspektorat Wsparcia Sił Zbrojnych wraz z formularzem ofertowym odwołującego,
5. fotografia palety z opakowaniami ziemniaków,
6. fotografia ukazująca naklejkę z ww. palety,
7. fotografia ukazująca opakowanie ziemniaków,
8. fotografia ukazująca opakowanie ziemniaków,
9. raport analityczny nr 492205-728846/2 z 3 grudnia 2024 r. wystawiony przez Agrolab Polska sp. z o.o. w Końskowoli

na rzecz odwołującego,

10. protokoły strat wystawione przez odwołującego dot. zwrotu i reklamacji dla różnych zamawiających,
11. historia rozchodów towarów z 3 grudnia 2024 r. pochodząca od odwołującego,
12. historia przychodów towarów z 3 grudnia 2024 r. wystawiona przez odwołującego,
13. faktury VAT wystawione przez odwołującego na rzecz różnych odbiorców z tytułu zakupów ziemniaków obieranych sterylizowanych,
14. etykieta na paletę dotycząca ziemniaków obieranych sterylizowanych produkowanych przez odwołującego,
15. etykieta wystawiana przez odwołującego na karton ziemniaków obieranych sterylizowanych,
16. dokumenty przyjęcia na magazyn wystawione przez odwołującego dla ziemniaków całych obieranych,
17. faktury VAT wystawione przez odwołującego na rzecz różnych podmiotów z tytułu zakupów ziemniaków obieranych sterylizowanych,
18. formularze cenowe odwołującego z postępowania nr 166/2023/D prowadzonego przez zamawiającego na dostawę ziemniaków obieranych sterylizowanych,
19. umowa zawarta pomiędzy zamawiającym a odwołującym nr 3/3RBLog/21/2024 na dostawę ziemniaków obieranych sterylizowanych w postępowaniu nr 166/2023/D,
20. informacja z otwarcia ofert w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego na dostawę ziemniaków obieranych sterylizowanych nr 166/2023/D z dnia 13 października 2023 r.,
24. fax z 5 Mazowieckiej Brygady Obrony Terytorialnej z 28 listopada 2024 r.,
25. fax zamówienia z 31 WOG z 27 sierpnia 2024 r. na paletę ziemniaków.

W trakcie posiedzenia izby zamawiający złożył dokument:

26. wytyczne Zastępcy Szefa Inspektoratu Szefa Logistyki z 24 kwietnia 2024 r.

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Powodem odrzucenia oferty odwołującego było to, że w zakresie zadań nr 1-7 w kolumnie nr 17 formularzy cenowych oświadczył, że oferuje ziemniaki sterylizowane o gramaturze opakowania „4-5 kg”.

Zdaniem zamawiającego powyższe miało być sprzeczne z pkt. 3 załącznika nr 4 do SWZ — Opis przedmiotu zamówienia, w którym określono, iż dopuszczalna masa netto ziemniaków sterylizowanych wynosi 4,5 kg lub 5 kg.

Odwołujący w treści odwołania argumentował, że określając gramaturę opakowania w formularzach cenowych popełnił oczywistą omyłkę pisarską. Zdaniem odwołującego polegała ona na umieszczeniu pomiędzy cyframi 4 i 5 znaku „-”(myślnik), a winien być „ , ” (przecinek). Wskazywał także, że jako producent ziemniaków obieranych sterylizowanych bierze udział w przetargach na dostawy i dostarcza ziemniaki obierane sterylizowane do Regionalnych Baz Logistycznych już od kilku lat. Argumentował, że dostawy zawsze były i są realizowane w opakowaniach o gramaturze 4,5 kg, ponieważ produkuje je tylko w opakowaniach o gramaturze 4,5 kg. Wskazywał także, że nie ma w swojej ofercie ziemniaków obieranych sterylizowanych w innej gramaturze niż 4,5 kg.

Izba stwierdziła, że zamawiający przed podjęciem decyzji o odrzuceniu oferty wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp powinien upewnić się, czy omyłki zaistniałe w ofercie wykonawcy nie wypełniają dyspozycji z art. 223 ust. 2 Pzp. Zgodnie z tym przepisem, zamawiający ma obowiązek poprawić w ofercie: oczywiste omyłki pisarskie, oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek, a także inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Zgodnie natomiast z art. 223 ust. 1 Pzp zamawiający uprawniony jest do żądania od wykonawcy złożenia wyjaśnień co do treści złożonej oferty, które nie mogą jednak prowadzić do negocjowania treści oferty. Nie ulega także wątpliwości, że okoliczności popełnienia przez wykonawcę omyłek powinny być zawsze badane przez zamawiającego indywidualnie, odrębnie w każdym stanie faktycznym, biorąc pod uwagę konkretne okoliczności danej sprawy.

Z przepisu art. 223 ust. 2 Pzp wynika zamiar ustawodawcy dopuszczenia do oceny w postępowaniu także takich ofert, które zawierają pewnego rodzaju niedoskonałości, byleby tylko nie prowadziło to do zniekształcenia woli wykonawcy w zakresie istotnej części jego oferty. Odpowiednik ww. regulacji został wprowadzony do porządku prawnego ustawą z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz zmianie niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2008r. Nr 171 poz. 1058). Ratio legis tego przepisu to sanowanie ofert obarczonych nieistotnymi wadami, będącymi wynikiem różnego rodzaju omyłek, które nie prowadzą do istotnych zmian w treści oferty – nie zniekształcają w znaczącym stopniu oświadczenia woli wykonawcy ubiegającego się o zamówienie. Na powyższą intencję ustawodawcy wskazuje uzasadnienie do ww. ustawy nowelizującej. *„W projekcie wprowadza się istotne zmiany dotyczące sposobu poprawiania oczywistych omyłek pisarskich i rachunkowych (art. 87 ust. 2). Rezygnuje się z zamkniętego katalogu sposobu poprawiania omyłek rachunkowych, pozostawiając jednocześnie zamawiającemu uprawnienie do poprawiania oczywistych omyłek pisarskich, rachunkowych oraz innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją*

istotnych warunków zamówienia. Proponowane rozwiązanie przyczyni się do usprawnienia procedury udzielania zamówienia publicznego oraz do zmniejszenia liczby odrzucanych ofert i unieważnianych postępowań. Ogranicza się sytuacje, w których oferty uznane za najkorzystniejsze podlegają odrzuceniu ze względu na błędy rachunkowe w obliczeniu ceny, które nie są możliwe do poprawienia w myśl ustawowo określonych reguł. (...). Należy również podkreślić, że proponowane rozwiązanie nie stoi na przeszkodzie temu, aby zamawiający samodzielnie precyzował w specyfikacji istotnych warunków zamówienia przykładowe okoliczności, w których będzie dokonywał poprawy omyłek w ofertach w trybie art. 87 ust. 2. Powyższe prowadzi do przejrzystości postępowania, ogranicza kazuistykę ustawy i może ograniczyć ewentualne spory z wykonawcami."

Biorąc pod uwagę całokształt materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie nie powinno budzić wątpliwości zamawiającego, że omyłka popełniona przez odwołującego miała charakter oczywistej omyłki pisarskiej i polegała na tym, że wykonawca w opisie gramatury opakowania ziemniaków omyłkowo użył myślnika „4-5 kg” zamiast przecinka „4,5 kg”. Zdaniem izby, w okolicznościach danej sprawy zamawiający miał podstawy do ustalenia, jaka była rzeczywista wola wykonawcy i odkodowania jego oświadczenia woli.

Po pierwsze, odwołujący wykazał dowodami nr 1-2, 18-20, że przy zbliżonych zapisach OPZ co do gramatury opakowania, składał temu samemu zamawiającemu tożsame formularze cenowe, w których także wskazywał omyłkowo na gramaturę opakowania jako „4-5 kg”. Zamawiający zaś takie oferty odwołującego akceptował, nawet bez poprawiania i wyjaśniania ich treści. Kolejno ten sam zamawiający zawierał z odwołującym umowy na dostawę ziemniaków obieranych, zaś odwołujący dostarczał zamawiającemu ziemniaki wyłącznie w opakowaniach o gramaturze 4,5 kg.

Zamawiający w trakcie rozprawy odnosząc się do dowodów nr 1-2, 18-20 usiłował wprowadzić wywód, że zapisy OPZ w postępowaniach poprzednio prowadzonych przez niego różniły się od OPZ w tym postępowaniu. Argumentował, że zmiana w obecnym OPZ wynikała z wejścia w życie wytycznych Zastępcy Szefa Inspektoratu – Szefa Logistyki z 24 kwietnia 2024 r. w sprawie systemu zaopatrywania w żywność przeznaczoną na bieżące żywienie personelu Sił Zbrojnych oraz USA w 2025 r. Zamawiający wskazał, że z pkt 3 załącznika do ww. wytycznych – *minimalne wymagania jakościowe – ziemniaki obierane sterylizowane*, wynikało, iż: 3. Masa netto

Masa netto powinna być zgodna z deklaracją producenta. Dopuszczalna ujemna wartość błędu masy netto powinna być zgodna z obowiązującym prawem. Dopuszczalna masa netto:

-4,5kg,

-5kg.

Zamawiający powołał się także na pkt 4 ww. wytycznych, z którego wynikało, że *zamawiający może dokonać wyboru gramatur wskazanych w minimalnych wymaganiach jakościowych (...)*. Celem wykazania powyższego zamawiający złożył na posiedzeniu izby ww. wytyczne, które zostały oznaczone jako dowód nr 26.

Izba porównała zapisy OPZ z obecnego postępowania z zapisami z poprzednich postępowań prowadzonych przez tego samego zamawiającego. Izba stwierdziła, że wbrew twierdzeniom zamawiającego postanowienia specyfikacji okazały się zbliżone. Wprowadzić w poprzednich postępowaniach w OPZ nie było literalnie odpowiednika obecnego pkt 3 załącznika nr 4 do SWZ (opis przedmiotu zamówienia) o treści:

3. Masa netto

Masa netto powinna być zgodna z deklaracją producenta. Dopuszczalna ujemna wartość błędu masy netto powinna być zgodna z obowiązującym prawem. Dopuszczalna masa netto:

-4,5kg,

-5kg.

Jednakże w poprzednich postępowaniach prowadzonych przez zamawiającego, w opisach przedmiotu zamówienia znajdowały się zapisy regulujące gramaturę opakowań zbliżone do obecnych:

- 1) „6.1.1. Opakowania jednostkowe – torby zgrzewane 4 kg lub 5 kg wykonane z materiałów opakowaniowych przeznaczonych do kontaktu z żywnością ...” – dowód nr 1,
- 2) „6.1.1. Opakowania jednostkowe – torby zgrzewane 3 kg lub 4 kg lub 5 kg wykonane z materiałów opakowaniowych przeznaczonych do kontaktu z żywnością ...” – dowód nr 2,
- 3) „6.1.1. Opakowania jednostkowe – torby foliowe zgrzewane 4,5 kg lub 5 kg” – dowód nr 19.

Jak wynikało zatem z ww. dowodów, również przed wejściem w życie wytycznych z dowodu nr 26, zamawiający w

poprzednich postępowaniach wymagał zaoferowania ziemniaków w opakowaniach o ściśle określonej gramaturze. Odwołujący w poprzednich postępowaniach tak samo omyłkowo wskazywał w formularzach gramaturę opakowań jako „4-5 kg”, zaś zamawiający oferty takie akceptował, podpisywał umowy z odwołującym i otrzymywał od niego ziemniaki obierane jedynie w opakowaniach o gramaturze 4,5 kg.

Zatem, w okolicznościach danej sprawy, zamawiający oceniając charakter omyłki popełnionej przez odwołującego i rozstrzygając, jaka była rzeczywista wola wykonawcy dysponował bogatą wiedzą z poprzednich postępowań, która powinna prowadzić go do wniosku, że – wbrew twierdzeniom z odpowiedzi na odwołanie – odwołujący nie oferuje mu obecnie ziemniaków w opakowaniach o gramaturze 4,0 kg czy 4,7 kg, lecz 4,5 kg, a jedynie omyłkowo użył myślnika zamiast przecinka, którą to omyłkę powielał od wielu lat. Na stały mechanizm tej omyłki wskazywał także dowód nr 4 - OPZ w postępowaniu na ziemniaki obierane sterylizowane prowadzonym przez Inspektorat Wsparcia Sił Zbrojnych i formularz cenowy odwołującego z tego postępowania. Odwołujący w ww. postępowaniu również oznaczył w formularzu cenowym gramaturę opakowania jako „4-5 kg”, mimo, że z pkt 6.1.1. str. 5 OPZ w tym postępowaniu wynikało, że przedmiotem zamówienia są ziemniaki w torbach foliowych zgrzewanych 3 kg lub 4 kg lub 5 kg.

Po drugie, odwołujący wykazał także, że produkował, certyfikował i dostarczał na rzecz różnych zamawiających ziemniaki tylko w opakowaniach o gramaturze 4,5 kg oraz że nie ma w swojej ofercie ziemniaków obieranych sterylizowanych w opakowaniach w innej gramaturze niż 4,5 kg. Powyższe wynikało z dowodów nr 5-11, 14-16 złożonych przez odwołującego na posiedzeniu izby.

Z dowodu nr 9 (raport analityczny nr 492205-728846/2 z 3 grudnia 2024 r. wystawiony przez Agrolab Polska sp. z o.o. w Końskowoli na rzecz odwołującego) wynikało, że ww. laboratorium certyfikowało odwołującemu jedynie produkt opisany jako ziemniaki obierane sterylizowane w opakowaniach, których masa netto po odsączeniu to 4500 gram.

W ramach dowodów nr 5-8, 14-15 odwołujący złożył dokumentację fotograficzną palety z kartonami, zawierającymi opakowania ziemniaków (dowód nr 5), etykietę na ww. paletę (dowód nr 14), fotografię oraz etykietę na karton z opakowaniami (dowody nr 6 i nr 15) oraz fotografie ukazujące nadruki na opakowaniach z ziemniakami (dowody nr 7 i 8). Z dowodów nr 7 i 8 wynikało, że opakowania z ziemniakami produkowanymi przez odwołującego ważą 4500 gramów. Następnie opakowania te umieszczane są w 18-kilogramowych kartonach, które zawierają cztery opakowania po 4,5 kg (dowód nr 6 i 15). Wreszcie, takie 18 kilogramowe kartony pakowane są na palety o wadze 540 kg (30 kartonów po 18 kg każdy) – dowód nr 14. Z masy netto kartonów wynikało, iż waga pojedynczego opakowania ziemniaków nie może wynosić 4 ani 5 kg.

Odwołujący złożył także dowód nr 10 - protokoły strat, wystawione przez niego dotyczące zwrotu i reklamacji towaru dla różnych zamawiających z których wynikało, że ewentualne zwroty dotyczyły zawsze ziemniaków w opakowaniach 4,5 kg. Odwołujący złożył także dowód nr 11 – historię rozchodu towarów z 3 grudnia 2024 r. na rzecz różnych podmiotów z którego wynikało, że przedmiotem sprzedaży były ziemniaki w opakowaniach 4,5 kg. Odwołujący złożył także dowód nr 16 - dokumenty przyjęcia wystawione na magazyn odwołującego dla ziemniaków całych obieranych, z których wynikało, że na magazyn odwołującego przyjmowane są ziemniaki obierane w opakowaniach 4,5 kg.

Z całokształtu materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie wynikało zatem, że omyłka odwołującego miała rzeczywiście charakter oczywistej omyłki pisarskiej. W okolicznościach danej sprawy zamawiający powinien zdawać sobie sprawę, jaka jest rzeczywista treść oświadczenia woli odwołującego i w jaki sposób tę omyłkę należy poprawić. Wbrew twierdzeniom zamawiającego sposób poprawy omyłki wskazany w odwołaniu był jedynym możliwym i zamawiający nie powinien mieć w tym zakresie wątpliwości. Gdyby jednak, pomimo tych wszystkich okoliczności zamawiający powziął jakiegokolwiek wątpliwości, to powinien skorzystać z dyspozycji art. 223 ust. 1 Pzp i wezwać odwołującego do złożenia wyjaśnień. Wyjaśnienia odwołującego potwierdzające mechanizm omyłki, w okolicznościach danej sprawy, nie prowadziłyby do negocjowania treści oferty, gdyż sposób poprawienia omyłki, w świetle całokształtu materiału dowodowego, był jedynym możliwym sposobem, który odzwierciedlałby rzeczywistą wolę oferenta.

Kolejno izba stwierdziła, że twierdzenia zamawiającego z odpowiedzi na odwołanie, jakoby odwołujący mógł rozpocząć produkcję ziemniaków w opakowaniach o innej gramaturze niż 4,5 kg pozostały gołostowne. Zamawiający nie wykazał, aby odwołujący produkował lub czynił przygotowania do produkcji ziemniaków w innych opakowaniach, co wymagałoby zmiany linii produkcyjnej, ponowienia certyfikacji itd.

Zamawiający nie wykazał także, że działanie odwołującego miało charakter celowy. W odpowiedzi na odwołanie zamawiający utrzymywał, że działanie odwołującego było zamierzone. Zdaniem zamawiającego o celowości miało świadczyć to, że omyłka została popełniona we wszystkich siedmiu formularzach cenowych, które zostały podpisane

odrębnie podpisem elektronicznym złożonym w różnym czasie. Izba stwierdziła, że argument zamawiającego okazał się nietrafny. Odwołujący we wszystkich formularzach cenowych powielał identyczną omyłkę, a podpisy składał niemal w tym samym czasie, bo w odstępie kilkunastu sekund (10 października 2024 r. w odstępie od 09:23:04 do 09:23:22). Okoliczności te nie świadczyły o żadnym celowym błędzie odwołującego, lecz o konsekwentnie powielanej od wielu lat niezamierzonej omyłce, co wynikało także z dowodów nr 1, 2, 4, 18, 19. W konsekwencji izba stwierdziła, że nie sposób było odmówić wiarygodności oświadczeń odwołującego zawartych w formularzu ofertowym:

3. *Oświadczam iż, zrealizuję dostawę przedmiotu zamówienia zgodnie z zapisami SWZ oraz jej załączników.*

4. *Oświadczam, że oferowany a następnie dostarczony przeze mnie asortyment będzie zgodny z wymaganiami określonymi w SWZ i jej załącznikach.*

Kierując się powyższym rozważaniami izba stwierdziła, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Stosownie do art. 553 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do uwzględnienia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 2 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 553 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 1 sentencji) i formalnym (pkt 2 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, *Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.* W analizowanej sprawie stwierdzone naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, art. 223 ust. 2 pkt 1 Pzp mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania, gdyż zamawiający z naruszeniem ww. przepisów odrzucił ofertę odwołującego w częściach nr 1-7, która może być wybrana jako najkorzystniejsza.

W świetle art. 554 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, uwzględniając odwołanie, Izba może jeżeli umowa nie została zawarta:

a) nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego albo

b) nakazać unieważnienie czynności zamawiającego, albo

c) nakazać zmianę projektowanego postanowienia umowy albo jego usunięcie, jeżeli jest niezgodne z przepisami ustawy.

Na ww. podstawie Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie zadań nr 1-7, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego w zakresie zadań nr 1-7, oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert w zakresie zadań nr 1-7, w tym wykonanie na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych czynności poprawiania oczywistych omyłek pisarskich znajdujących w formularzach cenowych odwołującego dla części nr 1-7 w kolumnie „gramatura opakowania”.

Wobec powyższego, na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1 i art. 554 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.* Z kolei w świetle art. 575 ustawy Pzp, *strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.*

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „*obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)*” J.J., *Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: D.W., J.J., S.M.. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.*

W analizowanej sprawie Izba uwzględniła odwołanie. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zatem zamawiający. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego w kwocie 15.000 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika odwołującego w kwocie 3.600 zł, ustalone na podstawie rachunku złożonego do akt

sprawy.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:.....