

WYROK

Warszawa, dnia 4 marca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 lutego 2024 r. przez wykonawcę Firma Handlowa Komax 9 Sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie

w postępowaniu prowadzonym przez Sąd Okręgowy w Poznaniu

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy Golden Line Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu Sądowi Okręgowemu w Poznaniu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, a w jej wyniku odrzucenie oferty Golden Line Sp. z o.o. z siedzibą

w Rzeszowie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.

2. Kosztami postępowania obciąża Sąd Okręgowy w Poznaniu i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Firmę Handlową Komax 9 Sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Firmę Handlową Komax 9 Sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, oraz kwotę 4 012 zł 92 gr (słownie: cztery tysiące dwanaście złotych dziewięćdziesiąt dwa grosze) poniesioną przez Sąd Okręgowy w Poznaniu tytułem wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na posiedzenie Izby.

2.2. zasądza od Sądu Okręgowego w Poznaniu na rzecz Firmy Handlowej Komax 9 Sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego.

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.

Przewodnicząca:.....

Uzasadnienie

Sąd Okręgowy w Poznaniu (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Dostawa materiałów eksploatacyjnych do drukarek i kserokopiarek na potrzeby Sądu Okręgowego w Poznaniu”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej: „ustawy Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 00733762-2023.

W dniu 15 lutego 2024 r. wykonawca Firma Handlowa Komax 9 Sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na wyborze oferty najkorzystniejszej przy:

- naruszeniu art. 223 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie niedozwolonych negocjacji treści oferty wykonawcy Golden Line Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie (dalej: „Golden Line”) prowadzących do jej wykreowania, zarówno w odniesieniu do asortymentu, który nie został zaoferowany, jak i samodzielnego ustalenia przez Zamawiającego ceny za niezaoferowany przez wybranego wykonawcę produkt – przy zakazie negocjowania ceny ofertowej,

- naruszeniu art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez poprawienie jako omyłki uzupełnienia treści oferty o niezaoferowany produkt pomimo, że przebieg procedury wyjaśniającej potwierdził, zgodnie ze stanowiskiem wykonawcy, że zaoferowanie

asortymentu

z pominięciem jednego z produktów zamawianych jako zestaw, nie miało charakteru omyłki ale świadomego, celowego i konsekwentnego działania wykonawcy, co wyklucza dopuszczalność dokonania poprawienia oferty w tym trybie,

- naruszeniu art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1) ustawy Pzp – poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Golden Line pomimo, że oferta wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia

co skutkuje naruszeniem art. 239 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej w postępowaniu a przy uwzględnieniu danych zawartych w ofercie Odwołującego i postanowień SWZ ma bezpośredni wpływ na zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej jako obarczonej wadą mającą wpływ na wynik postępowania,
2. powtórzenie czynności oceny ofert w postępowaniu i w jej wyniku:

- unieważnienie czynności poprawienia omyłki w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp

a w konsekwencji odrzucenie oferty wykonawcy Golden Line na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Uzasadniając podniesione zarzuty Odwołujący, powołując się na postanowienia SWZ podniósł, że Formularz cenowy, do którego złożenia zostali zobowiązani wykonawcy, stanowi treść oferty i nie podlega uzupełnieniu ani w trybie art. 128 ustawy Pzp, ani art. 107 ustawy Pzp.

Odwołujący podał, że zgodnie z treścią Formularza cenowego dla poz. 23, przedmiot zamówienia obejmował następujący zestaw tonerów:

„Tusz do HP Office Jet Pro 7110 (zestaw tuszy - czarny, czerwony, żółty, niebieski) należy wycenić jako komplet”.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z SWZ, w formularzu wykonawcy dla poz. 23 podawali wyłącznie jedną cenę dla kompletu wszystkich wymienionych tonerów, nie zaś jako sumę odrębnych cen jednostkowych.

Jak zauważył Odwołujący, wykonawca Golden Line zaoferował w postępowaniu

w odniesieniu do zestawu tuszy dla poz. 23 Formularza oryginalne materiały eksploatacyjne producenta HP – na co wskazuje oznaczenie „O” i opis dla zaoferowanych tonerów.

Odwołujący zwrócił uwagę, że zgodnie z ofertą, wykonawca zaoferował wyłącznie 3 zamiast wymaganych 4 kolorów tuszy, co samo w sobie stanowi jednoznacznie niezgodność z warunkami zamówienia. Jak wskazał Odwołujący, użyte w opisie zaoferowanego asortymentu kody tuszy wskazują, że wykonawca nie zaoferował w ramach zestawu wymaganego w SWZ tuszu o kolorze czarnym, pozostałe zaoferowane tusze dotyczą kolorów pozostałych. Zdaniem Odwołującego także poziom wyceny pozycji dla kompletu wskazuje, że konsekwentnie wycena ofertowa pomija wartość jednego z tusz stanowiących element zestawu dla tej pozycji asortymentowej, co znajduje potwierdzenie w wartościach, w jakie pozostali uczestnicy postępowania dokonali wyceny zestawu tuszy dla poz. 23.

Powyższe, w ocenie Odwołującego, potwierdza, że nie doszło do edytorskiej omyłki

w sposobie identyfikacji zaoferowanych tuszy polegającej przykładowo jedynie na pominięciu przy powieleniu z arkusza kalkulacyjnego do tabeli formularza cenowego samego kodu dla tuszu czarnego, ale wykonawca zarówno nie zaoferował tego tuszu, ani też nie dokonał jego wyceny – zatem produkt ten jest poza ofertą wykonawcy w tym postępowaniu.

Okoliczności te, zdaniem Odwołującego potwierdzają, że w sprawie nie może być mowy o jakiegokolwiek omyłce, a wyłącznie o świadomym i konsekwentnym niezaoferowaniu jednego z tuszy składających się na komplet dla tej pozycji cennika i pominięciu tego produktu w wycenie.

Na podstawie wezwania do wyjaśnień skierowanego w dniu 17 stycznia 2024 r. przez Zamawiającego do wykonawcy Golden Line Odwołujący stwierdził, że Zamawiający prawidłowo ustalił, że oferta Golden Line nie obejmuje całego wymaganego dla tej pozycji cennika asortymentu, tj. nie obejmuje tuszu koloru czarnego, a wykonawca nie zaoferował wymaganego kompletu. W tej sytuacji, jak wskazał Odwołujący, wyjaśnienia treści oferty nie mogą prowadzić do jej zmiany, możliwe jest i dopuszczalne wyłącznie wyjaśnienie w ofercie tego, co w niej się znajduje, nie zaś tego, czego w niej brak. Odwołujący powołał się na orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej: wyrok z dnia 21 marca 2023 r., sygn. akt KIO 621/23, wyrok z dnia 24 lutego 2023 r., sygn. akt KIO 361/23.

W ocenie Odwołującego, treść wezwania potwierdza, że faktycznie żadne wątpliwości co do niezgodności oferty, jak i jej treści po stronie Zamawiającego nie występowały – Zamawiający wprost i bezpośrednio z treści oferty ustalił, że wykonawca nie zaoferował wymaganego kompletu tonerów składającego się z 4 kolorów. Wskazując na paremię „*clara non sunt interpretanda*”, czyli co jasne, nie potrzebuje wykładni, Odwołujący stwierdził, że brak było jakiegokolwiek podstawy i potrzeby wyjaśniania pominiętych elementów wyceny.

Ponadto, jak zauważył Odwołujący, w wyjaśnieniach z dnia 22 stycznia 2024 r. wykonawca Golden Line potwierdził

to, co jednoznacznie wynika z oferty, tj. fakt wyceny i zaferowania tylko trzech zamiast czterech kolorów. Odwołujący podkreślił przy tym, że treść wyjaśnień wykonawcy nie wskazuje – co jest warunkiem poprawienia omyłki w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, aby wykonawca na poziomie złożonej oferty, nie uwzględniając w ofercie jednego z kolorów zestawu, miał dopuścić się jakiegokolwiek omyłki. W ocenie Odwołującego, skoro pomimo wezwania Golden Line do udzielenia wyjaśnień, wykonawca ten w żaden sposób nie odniósł się do pominiętej pozycji, jak również nie wskazał, aby powyższe miało być wynikiem jakiegokolwiek omyłki, zastosowanie w konsekwencji takich wyjaśnień trybu poprawienia omyłki zgodnie z art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp było niedozwolone.

Odwołujący podniósł, że pomimo iż ani treść oferty wykonawcy Golden Line nie wskazuje, aby dla zestawu tuszy w poz. 23 w ogóle zaferowano tusz czarny, ani że miałby to być tusz jak dla poz. 22, ani też aby jego cena miała być ceną analogiczną jak w przypadku wycenionego odrębnie tuszu czarnego, Zamawiający dokonał ustalenia - modyfikacji treści oferty pod względem zaferowanego asortymentu, jak również za wykonawcę dokonał własnej wyceny tego produktu przyjmując, że w poz. 23 tusz czarny, pomimo że w niej jest elementem zestawu 4 kolorów, kosztować ma dokładnie tyle samo, ile toner zamawiany oddzielnie.

Zdaniem Odwołującego w sprawie doszło do niedozwolonej zmiany treści oferty wykonawcy, a Zamawiający z naruszeniem dyspozycji art. 223 ust. 1 ustawy Pzp dokonał zmiany w dodatku ustalając za wykonawcę:

- co jest przedmiotem oferty, jak również
- jaka jest cena pominiętego w ofercie asortymentu.

Odwołujący przywołał wyrok KIO z dnia 31 stycznia 2022 r., sygn. akt KIO 109/22, wyrok KIO z dnia 13 stycznia 2022 r. sygn. akt KIO 3772/21, wyrok KIO z dnia 2 maja 2022 r., sygn. akt KIO 949/22, wyrok KIO z dnia 10 stycznia 2022 r., sygn. akt KIO 3722/21.

Odwołujący stwierdził, że treść oferty, ale również udzielone wyjaśnienia wykonawcy wykluczają dopuszczalność poprawienia omyłek, a czynność Zamawiającego jako dokonana z naruszeniem art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, winna być unieważniona, zaś oferta wykonawcy Golden Line odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp jako jednoznacznie niezgodna z warunkami zamówienia przy braku możliwości dokonania jest modyfikacji po terminie składania ofert. Odwołujący zaznaczył, że nie jest rolą i zadaniem Zamawiającego zastępować wykonawcę w formułowaniu treści oferty i to zarówno

w odniesieniu do tego, co miałyby być jej treścią i przedmiotem i jakie intencje miałby mieć wykonawca składając ofertę oraz, co całkowicie niedopuszczalne, dokonywanie za wykonawcę wyceny tej oferty. Odwołujący zwrócił uwagę, że w orzecznictwie wskazuje się, iż regulacja art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp 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.

Odwołujący podniósł przy tym, że w odniesieniu do kwestii wyceny tonera pominiętego w ofercie jako elementu zestawu dla poz. 23, to jak potwierdzają to dostępne cenniki, nie jest tak, że koszt zestawu(komplet) kolorów tonerów, o których mowa w poz. 23 to automatycznie suma cen jednostkowych tonerów składających się na ten komplet. W celu potwierdzenia powyższej okoliczności Odwołujący złożył w charakterze dowodów trzy różne wyceny zarówno kompletu, jaki podlegał wycenie w poz. 23 Formularza, jak i poszczególnych kolorów. Odwołujący zaznaczył, że zestawienie potwierdza, że brak jest jakiegokolwiek zależności,

z której miałyby wynikać, że każdorazowo cena zestawu odpowiadać ma sumie cen jednostkowych. Dodatkowo Odwołujący wskazał, że w przypadku zakupów sukcesywnych pojawia się inna kalkulacja kosztów, nie tylko zakupu takiego asortymentu w zestawie, ale także odmienne będą koszty transportu pojedynczego tonera (zamawianego odrębnie) i jednorazowego zakupu i dostawy zestawu 4 tonerów.

Odwołujący podkreślił, iż powyższe wskazuje dodatkowo, poza kwestią, że tusz w kolorze czarnym jako element zestawu nie jest wyceniony w poz. 23, że brak jest jednego możliwego sposobu „poprawienia” takiej niezgodności z treścią SWZ, co także wyklucza możliwość poprawienia omyłki w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Nie budzi przy tym wątpliwości, zdaniem Odwołującego, że oferta nie zawiera wyceny tuszu czarnego jako elementu zestawu (kompletu), a jedynie jako produkt samodzielny zamawiający odrębnie.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Golden Line Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie.

Pismem z dnia 16 lutego 2024 r. Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględni odwołanie w części, tj. za wyjątkiem zarzutu oznaczonego w pkt 5.

W dniu 23 lutego 2024 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie w całości i obciążenie Odwołującego kosztami postępowania odwoławczego.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego wskazanego w treści uzasadnienia, jak też po zapoznaniu się z oświadczeniami i stanowiskami stron i uczestnika postępowania złożonymi pisemnie oraz ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając tym samym Odwołującego na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Izba ustaliła, że przedmiotem zamówienia jest:

„Zakup i sukcesywna dostawa nowych, nieużywanych, nieregenerowanych i nie pochodzących z odzysku materiałów eksploatacyjnych do drukarek, kserokopiarek, faksów i urządzeń wielofunkcyjnych oraz odbiór w ramach umowy zużytych ww. materiałów eksploatacyjnych na potrzeby Sądu Okręgowego w Poznaniu:

Sąd Okręgowy w Poznaniu, ul. Hejmowskiego 2, 61-736 Poznań

Sąd Okręgowy w Poznaniu, O/Z w Lesznie, ul. Chrobrego 7

Sąd Okręgowy w Poznaniu, O/Z w Pile, ul. Witaszka 2A

OZSS w Lesznie, ul. Kasprowicza 3

OZSS w Pile, ul. Witaszka 2A (Rozdział II pkt 1 SWZ).

Zgodnie z Rozdziałem II pkt 2 SWZ, szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawiera załącznik nr 2 do SWZ – formularz cenowy oraz załącznik nr 4 do SWZ - wzór umowy.

Wykonawca zobowiązany był złożyć Formularz cenowy wypełniony przez wykonawcę – zgodnie ze wzorem stanowiącym Załącznik nr 2 do SWZ (Rozdział VII pkt 12 pkt 2 SWZ).

W Formularzu cenowym wykonawcy zobowiązani byli wskazać czy oferowany jest oryginał czy zamiennik danego wyrobu (kolumna 4), a także zidentyfikować oferowany asortyment przez podanie symbolu materiału (kolumna 6).

Zgodnie z treścią Formularza cenowego, dla poz. 23 przedmiot zamówienia obejmował zestaw tonerów: Tusz do HP Office Jet Pro 7110 (zestaw tuszy - czarny, czerwony, żółty, niebieski) należy wycenić jako komplet”.

Bezsporna jest między stronami okoliczność, że wykonawca Golden Line w poz. 23 formularza wskazał Tusze o symbolach CN054AE, CN055AE, CN056AE.

W dniu 17 stycznia 2024 r. Zamawiający działając na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp skierował do wykonawcy Golden Line wezwanie do złożenia wyjaśnień:

„Zgodnie z SWZ Rozdział VII pkt. 12.2 wykonawcy mieli obowiązek złożenia jako integralną część oferty m.in. „Formularz cenowy wypełniony przez Wykonawcę – zgodnie ze wzorem stanowiącym Załącznik nr 2 do SWZ.” W Formularzu cenowym stanowiącym Załącznik nr 2 do SWZ w poz. 23 Zamawiający wymagał oferty na „Tusz do HP Office Jet Pro 7110 (zestaw tuszy - czarny, czerwony, żółty, niebieski) należy wycenić jako komplet”.

Wykonawca Golden Line zaferował tylko tusze czerwony, żółty i niebieski oznaczone odpowiednio CN054AE, CN055AE i CN056AE. Nie zaferował całego kompletu zawierającego także tusz czarny.

W związku z powyższą wątpliwością, Zamawiający wzywa Wykonawcę do wyjaśnienia treści oferty w terminie do końca dnia 23.01.2024 r.”.

Odpowiadając na ww. wezwanie pismem z dnia 22 stycznia 2024 r. wykonawca Golden Line stwierdził:

„W nawiązaniu do wezwania z dnia 17 stycznia 2024 roku do złożenia wyjaśnień Wykonawca Golden Line poniżej przedstawi swoje stanowisko. W pozycji 23 formularza cenowego Wykonawca Golden Line wycenił materiały zgodnie z podaną wydajnością przez Zamawiającego tj. każdy wkład o wydajności 825 odnoszącej się do oryginalnych tuszy HP o kodach CN054AE, CN055AE, CN056AE.”.

W dniu 25 stycznia 2024 r. Zamawiający poinformował wykonawcę Golden Line o konieczności dokonania w tekście oferty poprawek zakwalifikowanych jako inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Zamawiający wskazał:

„Zgodnie z SWZ Rozdział VII pkt. 12.2 wykonawcy mieli obowiązek złożenia jako integralną część oferty m.in. „Formularz cenowy wypełniony przez Wykonawcę – zgodnie ze wzorem stanowiącym Załącznik nr 2 do SWZ.” W Formularzu cenowym stanowiącym Załącznik nr 2 do SWZ w poz. 23 Zamawiający wymagał oferty na „Tusz do HP Office Jet Pro 7110 (zestaw tuszy - czarny, czerwony, żółty, niebieski) należy wycenić jako komplet”.

Wykonawca Golden Line zaoferował tusze czerwony, żółty i niebieski oznaczone odpowiednio CN054AE, CN055AE i CN056AE. Nie zaoferował tuszu czarnego.

W związku ze stwierdzoną niezgodnością z SWZ, następnym krokiem Zamawiającego jest rozważenie, czy stwierdzone niezgodności kwalifikują się do zastosowania art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający doszedł do przekonania, że regulacja ustawowa może być zastosowana do pozycji, w której Zamawiający jest w stanie na podstawie całokształtu treści oferty Wykonawcy wywnioskować, w jaki sposób pozycję poprawić.

Zamawiający zobowiązany jest zatem poprawić w ofercie Wykonawcy takie braki, których wartość można określić poprzez analogię na podstawie innych pozycji Formularza cenowego.

W pozycji 22 wykonawca zaproponował Tusz do HP Office Jet Pro 7110 (czarny) o symbolu CN053AE w cenie 189,42 zł. Tusz CN053AE spełnia kryteria z formularza cenowego dla brakującej pozycji 23.”

W związku z powyższym Zamawiający poprawił Formularz cenowy stanowiący załącznik nr 2 do SWZ w następujący sposób:

W kolumnie „Oferowany wyrób: Nazwa producenta i symbol / kod wyrobu (należy podać w sytuacji zaoferowania materiału zamiennego tj. podania w kolumnie G litery "Z".

W przypadku zaoferowania wyrobu oryginalnego należy podać symbol materiału” Zamawiający wpisał:

„CN053AE, CN054AE, CN055AE, CN056AE”,

W kolumnie „cena brutto” Zamawiający wskazał: „473,55 zł”,

zaś w kolumnie „Wartość brutto” Zamawiający wyliczył: „23 677,50 zł”.

W wyniku ww. zmian wartość brutto ofert zamiast 816 535,60 zł wyniosła 826 006,60 zł.

W dniu 26 stycznia 2024 r. wykonawca Golden Line wyraził zgodę na poprawienie ww. omyłki.

Izba stwierdziła, że w przedmiotowej sprawie Zamawiający błędnie przyjął, iż zaistniały podstawy do poprawienia oferty wykonawcy Golden Line na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Zgodnie z ww. przepisem, 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.

Dyspozycja ww. przepisu bez wątplenia wskazuje, że poprawie podlegają omyłki, nie zaś zamierzona treść oferty. Z inną omyłką mamy do czynienia w przypadku, gdy wykonawca w sposób niecelowy lub nie dochowując należytej staranności przy wypełnianiu formularzy, składa w swojej ofercie oświadczenie o określonej treści, czyniąc to omyłkowo. Co istotne, aby dokonać poprawy w ofercie wykonawcy, występująca omyłka, nieprawidłowość w ofercie, nie może wynikać z zamierzonego i celowego działania wykonawcy. Podobnie jak w przypadku omyłek rachunkowych i pisarskich, inne omyłki muszą mieć charakter przypadkowych, niezamierzonych błędów. W żadnym zaś wypadku za inną omyłkę nie można przyjąć świadomego i celowego działania wykonawcy, co można wywieść chociażby z wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie z 29 stycznia 2010 r., sygn. akt XII Ga 429/09. Celem ustawodawcy wprowadzającego przepis art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp było uniknięcie licznych niegdyś przypadków odrzucania ofert z powodu błahych pomyłek, regulacja ta dopuszcza poprawianie niedopatrzeń, błędów niezamierzonych, opuszczeń, drobnych różnic itp. lecz wszystkie te zmiany muszą mieścić się w pojęciu „omyłki”. Powołany przepis służy bowiem jedynie do wyjaśniania wątpliwości co do treści złożonego oświadczenia woli, nie zaś do uzupełniania oferty o te elementy, które powinna zawierać, lecz które nie zostały w niej przez wykonawcę zamieszczone. W orzecznictwie utrwalony jest pogląd, że by rozważać dokonanie określonych poprawek w treści oferty, treść ta musi istnieć. Czynność poprawiania innej omyłki powinna przywracać zniekształconą na skutek omyłki treść zamierzonego oświadczenia woli wykonawcy (wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 10 maja 2017 r., sygn. akt X Ga 1071/16).

W stanie faktycznym przedmiotowej sprawy brak jest możliwości ustalenia, że rzeczywistą wolą wykonawcy Golden Line było zaoferowanie tuszu czarnego o określonym symbolu i określonej cenie w pozycji 23 Formularza cenowego. Wola ta w żaden sposób nie wynika z treści oferty. Woli takiej nie sposób też wywieść z treści wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Golden Line w dniu 22 stycznia 2024 r. Izba zgadza się z twierdzeniem, że Zamawiający nie miał obowiązku zwrócenia się z prośbą o złożenie wyjaśnień do Golden Line. Jednak Zamawiający z takiej możliwości skorzystał wprost wskazując wykonawcy na stwierdzoną niezgodność oferty z treścią SWZ. Treść wezwania do wyjaśnień w sposób jednoznaczny wskazuje na stwierdzoną niezgodność z treścią SWZ: „Wykonawca Golden Line zaoferował tylko tusze czerwony, żółty i niebieski oznaczone odpowiednio CN054AE, CN055AE i CN056AE. Nie zaoferował całego kompletu zawierającego także tusz czarny.”.

W odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień wykonawca Golden Line jedynie potwierdził treść oferty, w żaden sposób nie sygnalizując, że nastąpiła omyłka, że wolą jego było złożenie oferty zgodnej z treścią SWZ.

W ocenie Izby, nie można ustalić, że wola zaoferowania przedmiotu zamówienia wynika z samego faktu złożenia oferty. Gdyby iść tą drogą, przesłanka odrzucenia oferty jako niezgodnej z treścią dokumentów zamówienia byłaby w zasadzie martwa.

W okolicznościach przedmiotowej sprawy, w ocenie Izby, brak jest podstaw do twierdzenia, że stwierdzona niezgodność oferty z treścią SWZ jest efektem omyłki. Działanie Zamawiającego polegające na zastosowaniu art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp było sprzeczne z wolą wykonawcy wyrażoną w ofercie oraz w treści wyjaśnień. Wykonawca Golden Line wprost zapytany przez Zamawiającego o stwierdzoną niezgodność oferty z SWZ w żaden sposób nie odniósł się do owej niezgodności, nie podjął próby wskazania, iż wolą jego było zaoferowanie pełnego kompletu tuszy, że treść poz. 23 Formularza cenowego jest wynikiem omyłki. Treść wyjaśnień wykonawcy Golden Line wskazuje wręcz jednoznacznie, że wykonawca potwierdza oświadczenie złożone w poz. 23 Formularza, a zatem wskazuje w sposób nie budzący wątpliwości, że taka właśnie treść była zamierzeniem wykonawcy.

Podkreślenia wymaga, że poprawienie omyłki jest szczególnym trybem dotyczącym wykładni oświadczeń woli, który nie może posłużyć jako instrument wykreowania nowego (innego) oświadczenia, wbrew treści oferty czy wbrew wyjaśnieniom złożonym przez wykonawcę, a zatem stwierdzona niezgodność nie zawiera się w katalogu wad, które można sanować.

W świetle powyższego, Izba doszła do przekonania, że stan faktyczny zaistniały w przedmiotowej sprawie nie pozwala na zastosowanie przepisu art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Co za tym idzie, oferta wykonawcy Golden Line, jako niezgodna z treścią SWZ, powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

W konsekwencji, potwierdził się także zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 239 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp przez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 1 pkt 1 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, dalej jako „rozporządzenie”).

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

Zgodnie z § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia, wobec uwzględnienia odwołania w całości, Izba obciążyła kosztami postępowania odwoławczego zamawiającego, zasądając zapłatę na rzecz odwołującego poniesionych przez tego wykonawcę kosztów postępowania.

Przewodnicząca:.....