

WYROK

Warszawa, dnia 4 lutego 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Maksym Smorczewski

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 grudnia 2024 r. przez wykonawcę Stockmeier Chemia spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i spółka spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie

w postępowaniu prowadzonym przez Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie

orzeka:

1. odrzuca odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 223 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych,
2. uwzględnia odwołanie w części, uznając za uzasadnione zarzuty naruszenia art. 223 ust. 2 pkt 3 oraz art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, i nakazuje zamawiającemu Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności poprawienia w ofercie B.M., działającej na rachunek właściciela przedsiębiorstwa pod nazwą "BEST-CHEM" Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe J.J. w spadku, innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawcy B.M., działającej na rachunek właściciela przedsiębiorstwa pod nazwą "BEST-CHEM" Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe J.J. w spadku,
3. oddala odwołanie w pozostałym zakresie,
4. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Stockmeier Chemia spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i spółka spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie w ½ (jednej drugiej) części oraz zamawiającego Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie w ½ (jednej drugiej) części i:
 - 4.1. zalicza do kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł (piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez wykonawcę Stockmeier Chemia spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i spółka spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 617 zł (trzy tysiące sześćset siedemnaście złotych) poniesioną przez wykonawcę Stockmeier Chemia spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i spółka spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie tytułem wynagrodzenia pełnomocnika i innych uzasadnionych wydatków oraz kwotę 3 617 zł (trzy tysiące sześćset siedemnaście złotych) poniesioną przez zamawiającego Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie tytułem wynagrodzenia pełnomocnika i innych uzasadnionych wydatków,
 - 4.2. zasądza od Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie na rzecz Stockmeier Chemia spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i spółka spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie kwotę 7 500 zł (siedem tysięcy pięćset złotych) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wpisu od odwołania,
 - 4.3. uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego znosi wzajemnie między Stockmeier Chemia spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i spółka spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie i Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie.

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:.....

UZASADNIENIE

30 grudnia 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Stockmeier Chemia spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i spółka spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Odwołujący”) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę pod nazwą „Dostawa podchlorynu sodu.” (dalej jako „Postępowanie”), prowadzonym przez zamawiającego Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Zamawiający”) na „1. dopuszczenie do dokonania zmiany treści oferty „BEST-CHEM” Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe J.J. w spadku z siedzibą

w Sochaczewie (dalej jako „BEST-CHEM”) w trybie art. 223 ust.1 pzp; 2. bezzasadne poprawienie treści oferty „BEST-CHEM” w trybie art. 223 ust.2 pkt. 3 pzp; 3. oceny i wyboru jako najkorzystniejszej oferty BEST-CHEM (dokonanej w dniu 23.12.2024r.); 4. zaniechanie odrzucenie oferty BEST-CHEM; 5. zaniechania wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego”.

Odwołujący zarzucił:

- „1.naruszenie art. 223 ust. 1 pzp polegające na wezwaniu BEST-CHEM do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty w zakresie niedozwolonym, tj. zmierzającym do zmiany treści oferty BEST-CHEM i przyjęcie tych wyjaśnień jako dopuszczalnych;
- 2.naruszenie art. 223 ust. 2 pkt. 3 pzp polegające na bezzasadnym poprawieniu oferty BEST-CHEM, w sposób, który: (i) nie wynikał z treści oferty (ii) nastąpił wskutek niedopuszczalnej zmiany treści oferty dokonanej przez BEST-CHEM, (iii) prowadził do istotnej zmiany treści oferty BEST-CHEM.
- 3.naruszenie art. 226 ust. 1 pkt. 5 pzp polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty BEST-CHEM pomimo, iż przedmiotowa oferta pozostawała niezgodna z SWZ;
- 4.naruszenie art. 16 pkt 1 pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców skutkującej wyborem – jako najkorzystniejszej – oferty podlegającej odrzuceniu”.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- „1.unieważnienie czynności poprawienia oferty BEST-CHEM jako niedopuszczalnej;
- 2.unieważnienie oceny oferty BEST-CHEM oraz unieważnienie wyboru tej oferty jako oferty najkorzystniejszej;
- 3.powtórzenie czynności oceny ofert i odrzucenie oferty BEST-CHEM jako niezgodnej z SWZ;
- 4.wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego”.

Odwołujący wniósł ponadto o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz o zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego.

Z datowanego na 15 stycznia 2025 r. pisma Zamawiającego wynika, że kopia odwołania wraz z wezwaniem do przystąpienia do postępowania odwoławczego została przekazana wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia w Postępowaniu 31 grudnia 2024 r. Zgodnie z art. 525 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej jako „Pzp”), „wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje”. Stosownie zaś do art. 525 ust. 2 Pzp, „Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie. Do zgłoszenia przystąpienia dołącza się dowód przesłania kopii zgłoszenia przystąpienia zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie.”.

9 stycznia 2025 r. Prezesowi Izby doręczono pismo wniesione w formie pisemnej, zawierające zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego wykonawcy B.A., działającej na rachunek właściciela przedsiębiorstwa pod nazwą "BEST-CHEM" Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe J.J. w spadku. Pismo to zostało wniesione za pośrednictwem operatora pocztowego w rozumieniu ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. - Prawo pocztowe, a przesyłka je zawierająca została nadana 2 stycznia 2025 r. Wymaga wskazania, że w postępowaniu odwoławczym nie obowiązuje norma zgodnie z którą oddanie pisma w formie przesyłki poleconej w polskiej placówce pocztowej operatora pocztowego w rozumieniu ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. - Prawo pocztowe jest równoznaczne z doręczeniem go Prezesowi Izby. W konsekwencji w postępowaniu odwoławczym dniem doręczenia Prezesowi Izby pisma wniesionego za pośrednictwem operatora pocztowego w formie pisemnej jest dzień jego doręczenia Prezesowi Izby, a nie dzień nadania przesyłki pismo to zawierającej. Zatem ww. pismo należało uznać za doręczone Prezesowi Izby w dniu 9 stycznia 2025 r. – po upływie terminu określonego w art. 525 ust. 1 Pzp.

Wobec powyższego Izba uznała, że przystąpienie do postępowania odwoławczego zgłoszone przez wykonawcę B.A., działającą na rachunek właściciela przedsiębiorstwa pod nazwą "BEST-CHEM" Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe J.J. w spadku, (dalej jako „BC”) dokonane po upływie ww. terminu jest nieskuteczne, a w konsekwencji, że w terminie określonym w art. 525 ust. 1 Pzp żaden wykonawca nie zgłosił przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

W zakresie mającym istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający prowadzi Postępowanie z zastosowaniem przepisów Pzp w trybie przetargu nieograniczonego. Wartość zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 16 października 2024 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 625123-2024.

W rozdziale 10 pkt 10.2 Instrukcji dla wykonawców (IDW), stanowiącej część I specyfikacji warunków zamówienia w Postępowaniu (dalej jako „SWZ”) Zamawiający określił, że „Treść oferty musi odpowiadać treści niniejszej

specyfikacji i wskazanych w niej dokumentów zamówienia, z zastrzeżeniem art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Oferta powinna być sporządzona na formularzu ofertowym zgodnym w treści z formularzem Oferty przetargowej, stanowiącym załącznik nr 1 do IDW.”.

W rozdziale 10 pkt 10.4 SWZ określono, że „Wykonawca zobowiązany jest złożyć za pośrednictwem Platformy Zakupowej w zakładce „Załączniki” podpisane przez osoby uprawnione następujące dokumenty i oświadczenia: 10.4.1 Ofertę zgodnie z treścią Formularza oferty, stanowiącego załącznik nr 1 do IDW wraz z Formularzem cenowym, stanowiącym załącznik nr 5 do IDW (...)”.

Załącznikiem do SWZ był wzór formularza cenowego, który miał treść „Załącznik nr 4 Formularz cenowy „Dostawa podchlorynu sodu

L.p.	Przedmiot zamówienia	Maksymalna ilość [Mg]	Wartość jednostkowa (netto) [zł]	Wartość całości (netto) [zł] [kol.3]x [kol.4]	Producent
1	2	3	4	5	6
1.	Dostawa podchlorynu sodu w autocystemach o wielkości 6- 24 Mg dla ZCZ	1 928			
2.	Dostawa podchlorynu sodu w autocystemach o wielkości 4- 15 Mg dla ZPD	240			
Razem					

Formularz cenowy stanowi integralną część oferty.”.

Oferty w Postępowaniu złożyli Odwołujący i BC.

Składając ofertę BC złożył formularz cenowy, sporządzony według wzoru stanowiącego załącznik do SWZ o treści „Dostawa podchlorynu sodu

L.p.	Przedmiot zamówienia	Maksymalna ilość [Mg]	Wartość jednostkowa (netto) [zł]	Wartość całości (netto) [zł] [kol.3]x [kol.4]	Producent
1	2	3	4	5	6
1.	Dostawa podchlorynu sodu w autocystemach o wielkości 6- 24 Mg dla ZCZ	1 928	1 167,00	2 249 976,00	"BEST-CHEM" Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe J.J. w spadku
2.	Dostawa podchlorynu sodu w autocystemach o wielkości 4- 15 Mg dla ZPD	240	1 285,00	308 400,00	"BEST-CHEM" Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe J.J. w spadku
Razem				2 558 376,00	

Formularz cenowy stanowi integralną część oferty.”.

Zamawiający przekazał BC datowane na 28 listopada 2024 r. pismo zatytułowane „Wezwanie do wyjaśnienia” o treści „Zamawiający, działając na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, wzywa Państwa do wyjaśnienia treści oferty w poniższym zakresie: W formularzu cenowym będącym integralną częścią oferty wskazaliście Państwo, że jesteście producentem zaoferowanego podchlorynu sodu. Jednocześnie ze Specyfikacji technicznej zaoferowanej substancji wynika, że są Państwo dystrybutorem. W związku z powyższym Zamawiający wzywa do wyjaśnienia powyższej rozbieżności.”.

BC przekazał Zamawiającemu datowane na 28 listopada 2024 r. pismo zatytułowane „Wyjaśnienie” o treści „W nawiązaniu do otrzymanego pisma z dnia 28.11.2024 r. dotyczącego: postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo Zamówień Publicznych, zwanej dalej „ustawą Pzp”, pod nazwą: „dostawa podchlorynu sodu” (postępowanie nr 01362/WS/PW/PZP-DRZWRS/ D/2024). w imieniu firmy "BEST-CHEM" Przedsiębiorstwo Produkcyjno- Handlowe J.J. w spadku przesyłam poprawiony formularz cenowy z właściwym wskazaniem nazw producenta. Z uwagi na fakt, że Wykonawca jest dystrybutorem, a nie producentem.” oraz formularz cenowy, sporządzony według wzoru stanowiącego załącznik do SWZ o treści „Dostawa podchlorynu sodu

L.p.	Przedmiot zamówienia	Maksymalna ilość [Mg]	Wartość jednostkowa (netto) [zł]	Wartość całości (netto) [zł] [kol.3]x [kol.4]	Producent
1	2	3	4	5	6
1.	Dostawa podchlorynu sodu w autocystemach o wielkości 6- 24 Mg dla ZCZ	1 928	1 167,00	2 249 976,00	ANWIL S.A.
2.	Dostawa podchlorynu sodu w autocystemach o wielkości 4- 15 Mg dla ZPD	240	1 285,00	308 400,00	ANWIL S.A.
Razem				2 558 376,00	

Formularz cenowy stanowi integralną część oferty.”.

Zamawiający przekazał BC datowane na 19 grudnia 2024 r. pismo zatytułowane „Zawiadomienie o poprawieniu omyłki” o treści „W dniu 28.11.2024 r. zostali Państwo wezwani do wyjaśnienia oferty. W formularzu cenowym będącym integralną częścią oferty wskazaliście Państwo, że jesteście producentem zaoferowanego podchlorynu sodu. Jednocześnie ze Specyfikacji technicznej zaoferowanej substancji załączonej do oferty wynika, że są Państwo dystrybutorem zaoferowanego produktu. W wymaganym terminie tj. do dnia 04.12.2024 r. wyjaśniliście Państwo, że omyłkowo wskazaliście siebie w formularzu cenowym jako producenta zaoferowanego podchlorynu sodu, oraz oświadczyliście, że jesteście dystrybutorem zaoferowanej substancji i wskazaliście Państwo właściwego producenta zaoferowanego podchlorynu sodu – ANWIL S.A. Wobec powyższego, że w ocenie Zamawiającego niezgodność opisana powyżej ma charakter omyłki, a nie celowego działania polegającego na świadomym złożeniu oświadczenia woli o wskazanej treści, oraz zgodnie z wiedzą Zamawiającego z uwagi na dotychczasową współpracę, że jesteście Państwo dystrybutorem dostarczanych substancji, Zamawiający dokonuje na podstawie Art. 223.2 pkt 3) ustawy PZP poprawienia innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty w następujący sposób: W formularzu cenowym w kolumnie nr 6 dotyczącej Producenta zaoferowanego przedmiotu zamówienia dla poz. 1 i 2, Zamawiający dokonuje zmiany wskazanego Producenta "BEST-CHEM" Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Handlowe J.J. w spadku, na ANWIL S.A. Zgodnie z Art. 223.3 ustawy PZP Zamawiający wyznacza termin na wyrażenie zgody na poprawienie w ofercie omyłki lub zakwestionowanie jej poprawienia do dnia 24.12.2024 r. (...).”.

BC przekazał Zamawiającemu datowane na 19 grudnia 2024 r. pismo zatytułowane „Odpowiedź na zawiadomienie o poprawieniu omyłki z dnia 19 grudnia 2024 r.” o treści „Wykonawca w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie wyraża zgodę na poprawienie w ofercie omyłki o której mowa w zawiadomieniu o poprawieniu omyłki z dnia 19 grudnia 2024 r.”.

23 grudnia 2024 r. Zamawiający opublikował informację o wyborze najkorzystniejszej oferty o treści „I. Zamawiający informuje, że przystąpił do powtórzenia badania i oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu, a w konsekwencji dokonanych działań dokonuje ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty w niniejszym postępowaniu. Najkorzystniejszą ofertę złożył wykonawca: BEST CHEM Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Handlowe J.J. w spadku ul. Inżynierska 32, 96-500 Sochaczew za cenę (z podatkiem VAT): 3 146 802,48 zł Uzasadnienie faktyczne i prawne: Oferta spełnia wymogi formalne oraz merytoryczne. Oferta z najniższą ceną (zgodnie z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp). Jednocześnie Zamawiający informuje, iż w postępowaniu złożono: 2 oferty. Zamawiający przedstawia streszczenie oceny i porównanie złożonych ofert:

Lp.	Nazwa (albo imię i nazwisko) oraz siedziba (albo miejsce zamieszkania) wykonawcy	Cena (z podatkiem VAT)
1	BEST CHEM Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Handlowe J.J. w spadku ul. Inżynierska 32 96-500 Sochaczew	3 146 802,48 zł
2	Stockmeier Chemia Sp. z o.o. i S.K. ul. Obornicka 277 60-691 Poznań	3 250 634,16 zł

III. Zamawiający informuje, iż dokonał badania i oceny ofert, a następnie dokonał kwalifikacji podmiotowej wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, w zakresie braku podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu (zastosował „procedurę odwróconą”, określoną w art. 139 ust. 1 ustawy Pzp).”.

Ustalając stan faktyczny Izba oparła się na dokumentach znajdujących się w dokumentacji Postępowania.

Izba zważyła, co następuje:

W świetle art. 505 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym „środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy”, Odwołującemu przysługiwało prawo do wniesienia odwołania.

Izba stwierdziła, że w zakresie zarzutu naruszenia art. 223 ust. 1 Pzp zachodzi określona w art. 528 pkt 3 Pzp przesłanka odrzucenia odwołania.

Zgodnie z tym przepisem, „Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie”.

Nie ulega wątpliwości, że zarzut naruszenia art. 223 ust. 1 Pzp był zarzutem wobec czynności żądania od wykonawcy B.A., działającej na rachunek właściciela przedsiębiorstwa pod nazwą "BEST-CHEM" Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe J.J. w spadku, wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, dokonaną przez Zamawiającego pismem datowanym na 28 listopada 2024 r.

Z zawartych w odwołaniu stwierdzeń „w przedmiotowym postępowaniu doszło już do wyboru oferty wykonawcy

BEST-CHEM w dniu 5.12.2024r., który to wybór został przez Odwołującego zaskarżony odwołaniem z dnia 16 grudnia 2024r. Przedmiotem odwołania była niezgodność oferty BEST-CHEM z SWZ polegająca na wpisaniu w formularzu ofertowym podmiotu, który nie jest producentem oferowanego podchlorynu sodu" oraz „Zamawiający poinformował Odwołującego, że wskutek przedmiotowych wyjaśnień uznał ofertę BEST-CHEM za prawidłową i w dniu 05.12.2024r. dokonał jej wyboru jako oferty najkorzystniejszej. Wybór ten Odwołujący zaskarżył odwołaniem (...)” wynika, że informacja o czynności dokonanej ww. pismem z 28 listopada 2024 r. została Odwołującemu przekazana najpóźniej 5 grudnia 2024 r.

Art. 515 ust. 1 pkt 1 Pzp stanowi, że „odwołanie wnosi się w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne, w terminie: a) 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, b) 15 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana w sposób inny niż określony w lit. a”.

Termin na wniesienie odwołania na czynność dokonaną ww. pismem z 28 listopada 2024 r. zgodnie z tym przepisem upływał najpóźniej 20 grudnia 2024 r. Odwołujący w zakresie zarzutu naruszenia art. 223 ust. 1 Pzp wniósł zatem odwołanie po upływie terminu określonego w art. 515 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Wobec powyższego Izba na podstawie art. 528 pkt 3 Pzp w punkcie 1. wyroku odrzuciła odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 223 ust. 1 Pzp.

Zarzut naruszenia art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp był uzasadniony.

Zgodnie z tym przepisem „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”.

Trafnie podniósł Odwołujący, iż „omyłka o jakiej mowa w art. 223 ust. 2 pkt. 3 pzp musi być widoczna dla samego Zamawiającego. Zamawiający po zapoznaniu się z treścią oferty musi jednoznacznie zidentyfikować określoną treść oferty jako omyłkę.”.

Należy wskazać, że wykonanie wynikającego art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp uprawnienia (i obowiązku) do poprawiania w ofercie „innej omyłki” jest możliwe wyłącznie w sytuacji, gdy zamawiający biorąc pod uwagę treść całej oferty może stwierdzić, że oferta wykonawcy zawiera taką omyłkę - czyli iż w określonym zakresie oświadczenie woli wykonawcy zostało wyrażone w taki sposób, że występuje niezgodność pomiędzy tym oświadczeniem a dokumentami zamówienia oraz że nastąpiło to w sposób niezamierzony (przy czym omyłka, o której mowa w tym przepisie - odmiennie od omyłek, o których mowa w art. 223 ust. 2 pkt 1 i pkt 2 Pzp – nie musi być „oczywista”, to jest widoczna „na pierwszy rzut oka”), oraz gdy biorąc pod uwagę treść całej oferty może określić, w jaki sposób należy poprawić omyłkę, czyli jakiej treści oświadczenie woli w tym zakresie w rzeczywistości chciał złożyć wykonawca.

Rację ma tym samym Odwołujący podnosząc, że „sposób poprawienia omyłki powinien być dla Zamawiającego jednoznaczny (powinien istnieć tylko jeden możliwy sposób poprawienia omyłki)”.

Nie było sporne pomiędzy stronami postępowania odwoławczego, że formularz cenowy, którego wzór był załącznikiem do SWZ, który BC złożył składając ofertę, był częścią oferty składanej w Postępowaniu.

Brak jest podstaw do uznania, że biorąc pod uwagę treść całej oferty Zamawiający mógł stwierdzić, iż wskazując „BEST-CHEM” Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Handlowe J.J. w spadku” w tym formularzu cenowym jako producenta podchlorynu sodu, który oferuje, BC wyraził oświadczenie woli w taki sposób, że występuje niezgodność pomiędzy tym oświadczeniem a dokumentami zamówienia oraz że nastąpiło to w sposób niezamierzony.

Z treści powołanych wyżej dokumentów, w szczególności datowanego na 19 grudnia 2024 r. pisma Zamawiającego zatytułowanego „Zawiadomienie o poprawieniu omyłki”, wynika, że o istnieniu niezgodności pomiędzy treścią oferty BC a dokumentami zamówienia w zakresie wskazania, kto jest producentem podchlorynu sodu oferowanego przez BC, Zamawiający dowiedział się z chwilą otrzymania datowanego na 28 listopada 2024 r. pisma BC zatytułowanego „Wyjaśnienie”. Wcześniej zaś stwierdził jedynie rozbieżność pomiędzy treścią złożonego przez BC formularza cenowego a treścią „Specyfikacji technicznej”.

Nie sposób ponadto uznać, że biorąc pod uwagę treść całej oferty Zamawiający mógł określić, iż w rzeczywistości w tym formularzu BC chciał wskazać „ANWIL S.A.” jako producenta podchlorynu sodu, który oferuje.

Nie ulega wątpliwości, że w nigdzie w ofercie „ANWIL S.A.” nie został wskazany jako producent podchlorynu sodu, który BC oferuje, jak również, iż o tym, że „ANWIL S.A.” w rzeczywistości jest tym producentem, Zamawiający także dowiedział się z chwilą otrzymania datowanego na 28 listopada 2024 r. pisma BC zatytułowanego „Wyjaśnienie”.

Na marginesie należy stwierdzić, że o ile z przepisów Pzp nie wynika, że „poprawienia omyłki nie powinno poprzedzać wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień” – jak wywodził Odwołujący - to złożenie przez wykonawcę wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty (ani żądanie takich wyjaśnień przez zamawiającego) nie może prowadzić do uzupełnienia oferty o treść, która w ofercie w ogóle nie została wyrażona.

Zamawiający nie był więc uprawniony do dokonania jako poprawienia „innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty” w rozumieniu art. 22 ust. 2 pkt 3 Pzp w ofercie BC „w formularzu cenowym w kolumnie nr 6 dotyczącej Producenta zaoferowanego przedmiotu zamówienia dla poz. 1 i 2” „zmiany „BEST-CHEM” Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Handlowe J.J. w spadku”, na ANWIL S.A.”. Dokonanie tej czynności stanowiło zatem naruszenie art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp był uzasadniony.

Zgodnie z tym przepisem „zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia”. Stosownie zaś do art. 7 pkt 29 Pzp „ilekroć w niniejszej ustawie jest mowa o warunkach zamówienia - należy przez to rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego”.

Nie ulega wątpliwości, że warunkiem zamówienia w rozumieniu tych przepisów było wskazanie w formularzu cenowym, którego wzór był załącznikiem do SWZ, producenta podchlorynu sodu, który wykonawca oferuje, jak również – jak wskazano powyżej - iż rzeczony formularz cenowy był częścią oferty składanej w Postępowaniu.

Nie było sporne pomiędzy stronami postępowania odwoławczego, że BC nie jest producentem podchlorynu sodu, który zaoferował w Postępowaniu, a informacja zawarta w złożonym przezeń jako część oferty formularzu cenowym, sporządzonym według wzoru stanowiącego załącznik do SWZ, iż producentem podchlorynu sodu, który BC oferuje, jest on sam, nie była zgodna z rzeczywistym stanem rzeczy.

Wobec powyższego w sytuacji, gdy brak było podstaw do poprawienia w ofercie BC producenta podchlorynu sodu z „BEST-CHEM” Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Handlowe J.J. w spadku” na „ANWIL S.A.” jako innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty, treść oferty BC w zakresie, w jakim jako producenta podchlorynu sodu wskazano w niej „BEST-CHEM” Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Handlowe J.J. w spadku” była niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie wymagania wskazania producenta podchlorynu sodu, który wykonawca oferuje.

W tym stanie rzeczy Zamawiający zobowiązany był ofertę BC odrzucić na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, a zaniechanie tej czynności stanowiło naruszenie tego przepisu.

Zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 Pzp nie był uzasadniony.

Zgodnie z tym przepisem „zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców”.

W odwołaniu nie wskazano, dlaczego poprawienie w ofercie BC innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, wybranie tej oferty jako najkorzystniejszej czy zaniechanie jej odrzucenia narusza wynikający z art. 16 pkt 1 Pzp obowiązek przygotowania i przeprowadzenia Postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Brak więc było podstaw do stwierdzenia naruszenia tego przepisu, a odwołanie w tym zakresie należało oddalić.

Zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp „Izba uwzględni odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdza naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia”. Stosownie zaś do art. 554 ust. 3 pkt 1 Pzp „uwzględniając odwołanie, Izba może jeżeli umowa nie została zawarta: a) nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego albo b) nakazać unieważnienie czynności zamawiającego”.

Naruszenie przez Zamawiającego art. 223 ust. 2 pkt 3 oraz art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp miało istotny wpływ na wynik Postępowania, gdyż oferta BC została w nim wybrana jako najkorzystniejsza, co nie mogłoby nastąpić, gdyby Zamawiający nie dopuścił się tych naruszeń.

Wobec powyższego w zakresie zarzutów naruszenia art. 223 ust. 2 pkt 3 oraz art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp odwołanie należało uwzględnić, nakazując Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności poprawienia w ofercie BC innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty BC.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 Pzp oraz § 2 ust. 1 pkt 2, § 5 pkt 1 i 2 oraz § 7 ust. 2 pkt 1 i ust. 3 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.

Zgodnie z art. 557 Pzp „w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego”, stosownie zaś do art. 575 Pzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. Z § 2 ust. 1 pkt 2 ww. rozporządzenia wynika, że wysokość wpisu wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia na

dostawy o wartości przekraczającej progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 Pzp, wynosi 15.000 złotych. Stosownie do § 5 pkt 1 i 2 ww. rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się wpis oraz „uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego (...) w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy, obejmujące: (...) b) wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3600 złotych (...) d) inne uzasadnione wydatki, w tym koszty przeprowadzenia innych dowodów w postępowaniu odwoławczym niż dowód z opinii biegłego, dopuszczonych przez Izbę na wniosek strony lub uczestnika postępowania odwoławczego”. § 7 ust. 2 pkt 1 ww. rozporządzenia stanowi, że „w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w części, koszty ponoszą odwołujący i zamawiający, jeżeli w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca albo uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części”, zaś § 7 ust. 3 ww. rozporządzenia, iż „w przypadku, o którym mowa w ust. 2 pkt 1 i 2, Izba rozdziela: 1) wpis stosunkowo, zasądzając odpowiednio od zamawiającego albo uczestnika postępowania odwoławczego wnoszącego sprzeciw na rzecz odwołującego kwotę, której wysokość ustali, obliczając proporcję liczby zarzutów przedstawionych w odwołaniu, które Izba uwzględniła, do liczby zarzutów, których Izba nie uwzględniła; 2) koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, w sposób określony w pkt 1 lub znosi te koszty wzajemnie między odwołującym i odpowiednio zamawiającym albo uczestnikiem postępowania odwoławczego wnoszącym sprzeciw”.

Stosownie do § 5 pkt 1) ww. rozporządzenia, do kosztów postępowania odwoławczego zaliczono wpis w wysokości uiszczony przez Odwołującego, tj. 15.000 złotych.

Odwołujący na rozprawie był reprezentowany przez pełnomocnika. Jak wynika ze złożonych do akt sprawy faktury i potwierdzenia wykonania transakcji, koszty postępowania odwoławczego Odwołującego obejmują wynagrodzenie pełnomocnika w wysokości 4.428 złotych oraz wydatek na opłatę skarbową od złożenia pełnomocnictwa w wysokości 17 złotych.

Mając na uwadze treść § 5 pkt 2) lit. b) ww. rozporządzenia, do uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego Odwołującego wynagrodzenie pełnomocnika mogło być zaliczone wyłącznie do kwoty 3.600 złotych. W tym stanie rzeczy zgodnie z tym przepisem do uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego Odwołującego zaliczono wynagrodzenie pełnomocnika go reprezentującego w kwocie 3.600 złotych. Ponadto do kosztów tych na podstawie § 5 pkt 2) lit. d) ww. rozporządzenia zaliczono stanowiący „inny uzasadniony wydatek” strony wydatek na opłatę skarbową od złożenia pełnomocnictwa w kwocie 17 złotych.

Zamawiający na rozprawie był reprezentowany przez dwóch pełnomocników. Jak wynika ze złożonych do akt sprawy faktury, koszty postępowania odwoławczego Przystępującego obejmują wynagrodzenie pełnomocnika w wysokości 4.428 złotych oraz wydatek na opłatę skarbową od złożenia pełnomocnictw w wysokości 51 złotych.

Zgodnie z § 5 pkt 2 lit. b) ww. rozporządzenia do uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego Zamawiającego wynagrodzenie pełnomocnika mogło być zaliczone wyłącznie do kwoty 3.600 złotych.

Mając na uwadze treść tego przepisu, z którego wynika, że w aspekcie ponoszenia kosztów postępowania za uzasadnione uznawać należy reprezentowanie przez jednego pełnomocnika, Izba nie uznała wydatku na opłatę skarbową od złożenia pełnomocnictwa przez drugiego pełnomocnika za uzasadniony koszt Zamawiającego.

W tym stanie rzeczy zgodnie z § 5 pkt 2 lit. b) i d) ww. rozporządzenia do uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego Zamawiającego zaliczono zatem wynagrodzenie pełnomocnika go reprezentującego w kwocie 3.600 złotych oraz wydatek na opłatę skarbową od złożenia jednego pełnomocnictwa w kwocie 17 złotych.

Zważywszy że Izba uwzględniła dwa zarzuty przedstawione w odwołaniu, a dwóch nie uwzględniła, koszty postępowania odwoławczego rozdzielono stosunkowo – w proporcji 1/2 Odwołujący i 1/2 Zamawiający. W konsekwencji stosownie do § 7 ust. 3 pkt 1 ww. rozporządzenia zasądzono od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę stanowiącą 1/2 kwoty uiszczony przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania, a także zniesiono wzajemnie między Odwołującym i Zamawiającym uzasadnione koszty postępowania odwoławczego Odwołującego i Zamawiającego, o których mowa w § 5 pkt 2 ww. rozporządzenia.

Przewodniczący:.....