

Sygn. akt: KIO 2683/23

WYROK
z dnia 25 września 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Wojciechowska

Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 25 września 2023 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 września 2023 r. przez **wykonawcę A. K. – W. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą "Taternicki.pl" A. K.-W. z siedzibą w Częstochowie** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Jednostkę Wojskową Nr 4101 z siedzibą w Lublińcu**

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawcy Stotech sp. z o.o. z siedzibą w Psarach i wykonawcy Rojam Major, Predkiel spółka jawna z siedzibą w Gdańsku na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Jednostkę Wojskową Nr 4101 z siedzibą w Lublińcu i**

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę A. K. – W. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą "Taternicki.pl" A. K.-W. z siedzibą w Częstochowie tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od zamawiającego Jednostki Wojskowej Nr 4101 z siedzibą w Lublińcu na rzecz wykonawcy A. K. – W. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą "Taternicki.pl" A. K.-W. z siedzibą w Częstochowie kwotę 11 455 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy czterysta pięćdziesiąt pięć złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione tytułem wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika, kosztów dojazdu na posiedzenie i rozprawę oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 2683/23

Uzasadnienie

Zamawiający – Jednostka Wojskowa Nr 4101 z siedzibą w Lublińcu - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez negocjacji na podstawie art. 275 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. 2023 r., poz. 1605 z późn. zm. – dalej „ustawa pzp”), pn. „Dostawa sprzętu górskiego dla Jednostki Wojskowej 4101 w Lublińcu” (numer referencyjny: 43/2023). Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 23 sierpnia 2023 r., za numerem 2023/BZP 00363498/01.

W dniu 11 września 2023 r. odwołanie wniósł wykonawca A. K. – W. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą "Taternicki.pl" A. K.-W. z siedzibą w Częstochowie – dalej Odwołujący. Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy Stotech sp. z o.o. z siedzibą w Psarach – dalej „Stotech” oraz zaniechania odrzucenia oferty tego Wykonawcy oraz wobec zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Rojam Major, Predkiel spółka jawna z siedzibą w Gdańsku -dalej: „Rojam”.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Stotech, podczas gdy oferta tego wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie pozycji numer 26 formularza cenowego;
2. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Rojam, podczas gdy oferta tego wykonawcy:
 - a) nie została w wymagany sposób skonkretyzowana w zakresie pozycji numer 2, 3, 5, 17, 23, 24, 27, 28, 29, 30, 31, 33, 34, 35, 36, 37, 39, 40 oraz 43 formularza cenowego,
 - b) jest niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie pozycji numer 22 formularza cenowego.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania, jak również nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty Stotech jako najkorzystniejszej w postępowaniu,

2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert i odrzucenia oferty wykonawcy Stotech oraz Rojam.

Odwołujący uzasadniając zarzuty odwołania wskazał, że zgodnie z rozdziałem XV ust. 5 pkt 1 Specyfikacji Warunków Zamówienia Zamawiający wymagał, żeby oferta zawierała między innymi wypełniony formularz cenowy, którego wzór stanowił załącznik numer 4 do SWZ. We wzorze formularza cenowego Zamawiający zawarł opis przedmiotu zamówienia oraz pozostawił kilka kolumn, które powinny zostać wypełnione przez wykonawców. Wśród kolumn, które powinny zostać wypełnione przez wykonawców, znajduje się między innymi kolumna o nazwie „Producent, nazwa, model”.

Okoliczności faktyczne dotyczące wykonawcy Stotech

Odwołujący podniósł, że w ramach pozycji numer 26 formularza cenowego Zamawiający wymagał zaoferowania uprząży skiturowej o określonych parametrach. Zamawiający w kolumnie „Kolor” wyraźnie zaznaczył, że produkt musi być koloru niebieskiego. W postępowaniu ofertę złożył między innymi wykonawca Stotech. W zakresie pozycji numer 26 formularza cenowego (uprząż skiturowa) zaferował on następujący produkt: „PETZL; Uprząż Altitude C019AA0”. Taki zidentyfikowany przez wykonawcę Stotech produkt jednoznacznie wskazuje na produkt w kolorze pomarańczowym. Na dowód powyższego Odwołujący przedstawił kartę katalogową produktu zaferowanego przez wykonawcę Stotech (czyli produktu o modelu C019AA0 – kolor pomarańczowy) oraz dla porównania kartę katalogową dla modelu w kolorze niebieskim (czyli produktu o modelu C019BA0).

Dowód: Karta katalogowa dla produktu zaferowanego przez wykonawcę Stotech (czyli produktu o modelu C019AA0 – kolor pomarańczowy) oraz dla modelu w kolorze niebieskim (czyli produktu o modelu C019BA0) [załącznik numer 4 do odwołania] - na okoliczność wykazania, że produkt zaferowany przez wykonawcę Stotech w zakresie pozycji numer 26 formularza cenowego ma kolor pomarańczowy, a model w kolorze niebieskim to zupełnie inny model niż ten zaferowany przez wykonawcę Stotech

Odwołujący podniósł dalej, że pismem z dnia 6 września 2023 r. Odwołujący poinformował Zamawiającego o ww. niezgodności w ofercie wykonawcy Stotech. Zamawiający udzielił odpowiedzi w dniu 11 września 2023 r., w której wskazał, że wykonawca Stotech po wezwaniu do złożenia wyjaśnień poinformował, że błędnie podał kod produktu oraz zaznaczył, że oferowany produkt będzie w kolorze niebieskim. W związku z powyższym, w opinii Zamawiającego, oferta tego wykonawcy nie podlega odrzuceniu.

Okoliczności faktyczne dotyczące wykonawcy Rojam

Odwołujący wskazał, że w postępowaniu ofertę złożył między innymi wykonawca Rojam. Wykonawca ten nie wypełnił należycie kolumny „Producent, nazwa, model” formularza cenowego:

- 1) W pozycji numer 2 wykonawca Rojam wskazał wyłącznie producenta zaferowanego produktu. Nie wskazał natomiast nazwy i modelu.
- 2) W pozycji numer 3 wykonawca Rojam wskazał wyłącznie producenta zaferowanego produktu. Nie wskazał natomiast nazwy i modelu.
- 3) W pozycji numer 5 wykonawca Rojam wskazał wyłącznie producenta zaferowanego produktu. Nie wskazał natomiast nazwy i modelu.
- 4) W pozycji numer 17 wykonawca Rojam wskazał wyłącznie producenta zaferowanego produktu. Nie wskazał natomiast nazwy i modelu.
- 5) W pozycji numer 23 wykonawca Rojam wskazał wyłącznie producenta zaferowanego produktu. Nie wskazał natomiast nazwy i modelu.
- 6) W pozycji numer 24 wykonawca Rojam wskazał wyłącznie producenta zaferowanego produktu. Nie wskazał natomiast nazwy i modelu.
- 7) W pozycji numer 27 wykonawca Rojam wskazał wyłącznie producenta zaferowanego produktu. Nie wskazał natomiast nazwy i modelu.
- 8) W pozycji numer 28 wykonawca Rojam wskazał wyłącznie producenta zaferowanego produktu. Nie wskazał natomiast nazwy i modelu.
- 9) W pozycji numer 29 wykonawca Rojam nie wskazał ani producenta, ani nazwy, ani modelu zaferowanego produktu (kolumna nie została w ogóle wypełniona).
- 10) W pozycji numer 30 wykonawca Rojam wskazał wyłącznie producenta zaferowanego produktu. Nie wskazał natomiast nazwy i modelu.

- 11) W pozycji numer 31 wykonawca Rojam wskazał wyłącznie producenta zaoferowanego produktu. Nie wskazał natomiast nazwy i modelu.
- 12) W pozycji numer 33 wykonawca Rojam wskazał wyłącznie producenta zaoferowanego produktu. Nie wskazał natomiast nazwy i modelu.
- 13) W pozycji numer 34 wykonawca Rojam wskazał wyłącznie producenta zaoferowanego produktu. Nie wskazał natomiast nazwy i modelu.
- 14) W pozycji numer 35 wykonawca Rojam wskazał „Crampons 100 mm”. Jest to ogólne oznaczenie rodzajów produktów (raków). Nie został natomiast wskazany ani producent, ani nazwa, ani model zaoferowanego produktu.
- 15) W pozycji numer 36 wykonawca Rojam wskazał wyłącznie producenta zaoferowanego produktu. Nie wskazał natomiast nazwy i modelu.
- 16) W pozycji numer 37 wykonawca Rojam wskazał wyłącznie producenta zaoferowanego produktu. Nie wskazał natomiast nazwy i modelu.
- 17) W pozycji numer 39 wykonawca Rojam wskazał wyłącznie producenta zaoferowanego produktu. Nie wskazał natomiast nazwy i modelu.
- 18) W pozycji numer 40 wykonawca Rojam wskazał wyłącznie producenta zaoferowanego produktu. Nie wskazał natomiast nazwy i modelu.
- 19) W pozycji numer 43 wykonawca Rojam wskazał wyłącznie producenta zaoferowanego produktu. Nie wskazał natomiast nazwy i modelu.

Ponadto Odwołujący podniósł, że w pozycji numer 22 formularza cenowego wykonawca Rojam wskazał: „Sama kamizelka nie ma torby - AEROSIZE Kamizelka lawinowa VEST ONE + Gaz”. Oznacza to, że wykonawca Rojam wprost deklaruje zaoferowanie produktu niezgodnego w pełni z opisem przedmiotu zamówienia Zamawiającego.

OKOLICZNOŚCI PRAWNE

Odwołujący wskazał, że zgodnie z normą prawną wynikającą z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp: Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli (...) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Przepis ten koresponduje z treścią art. 218 ust. 2 ustawy pzp: Treść oferty musi być zgodna z wymaganiami zamawiającego określonymi w dokumentach zamówienia. Definicja „warunków zamówienia” zawarta jest w art. 7 pkt 29 ustawy pzp. Zgodnie z tym przepisem: 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. W niniejszym stanie faktycznym oferta wykonawcy Stotech jest niezgodna z warunkami zamówienia, a konkretnie z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w pozycji numer 26 formularza cenowego. Zamawiający wymagał produktu w kolorze niebieskim, a tymczasem wykonawca zaoferował produkt w kolorze pomarańczowym. Jako zupełnie pozbawione znaczenia należy w ocenie Odwołującego uznać stwierdzenie Zamawiającego, że wykonawca Stotech po terminie składania ofert zadeklarował zaoferowanie produktu w kolorze niebieskim. Stanowi to bowiem zmianę treści oferty już po upływie terminu składania ofert, co w świetle art. 219 ustawy pzp należy uznać za niedopuszczalną modyfikację treści oferty po upływie terminu składania ofert. W stosunku natomiast do wykonawcy Rojam zaznaczył, że:

- 1) Wykonawca nie skonkretyzował w wymagany przez Zamawiającego sposób treści oferty w zakresie pozycji numer 2, 3, 5, 17, 23, 24, 27, 28, 29, 30, 31, 33, 34, 35, 36, 37, 39, 40 oraz 43 formularza cenowego. W takim przypadku Zamawiający nie jest w stanie ustalić, jakie dokładnie produkty zaoferował ten wykonawca. Takie działanie wykonawcy musi prowadzić do odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp.
- 2) Wykonawca w zakresie pozycji numer 22 formularza cenowego wprost zaoferował produkt niezgodny z opisem przedmiotu zamówienia.

W dniu 21 września 2023 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie wniesionego odwołania w całości. W złożonej odpowiedzi oraz na rozprawie przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swojego stanowiska.

W dniu 22 września 2023 r. Odwołujący złożył pismo procesowe, w którym przedstawił dalsze stanowisko w sprawie.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, że odwołanie czyni zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, tj. odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 528 ustawy pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 505 ust. 1 i 2 ustawy pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp.

Izba stwierdziła, że w terminie wynikającym z art. 525 ust. 1 ustawy pzp do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołanie wraz z załącznikami, odpowiedź na odwołanie wraz z załącznikami, pismo procesowe Odwołującego wraz z załącznikami.

Na podstawie tych dokumentów, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody złożone przez strony w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła:

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z Rozdziałem I SWZ Informacje ogólne pkt 5.: „Szczegółowe informacje dotyczące przedmiotu zamówienia określono w załączniku nr 4 tabela kalkulacyjna wraz z opisem przedmiotu zamówienia.” W załączniku nr 4 do wypełnienia przez wykonawców znajdowała się m.in. kolumna o nazwie „Producent, nazwa, model”.

Zgodnie z Rozdziałem XV SWZ – Oferta pkt 5: „Oferta musi zawierać w szczególności poniższe dokumenty: (...) 2) wypełniony ofertowy formularz cenowy wraz z opisem przedmiotu zamówienia (załącznik nr 4 do SWZ).

Izba ustaliła, że w ww. załączniku Wykonawcy byli zobowiązani podać m.in. producenta, nazwę i model oferowanego produktu. Ponadto, dla poz. nr 26 Zamawiający wymagał produkt koloru niebieskiego. Natomiast w poz. nr 22: „Plecak lawinowy AeroSize Vest ONE + Dodatkowe naboje gazowe lub równoważny: * Plecak lawinowy wielokrotnego użytku, Wymiary torby (...)”

W ww. załączniku dołączonym do oferty Stotech wskazało m.in.: poz. 26 – „PETZL; Uprząż Altitude C019AA0”.

Izba ustaliła również, że ww. załączniku Wykonawca Rojam wskazał m.in.:

- w poz. 2 - „Osprey”
- w poz. 3 – „Mystery Ranch”
- w poz. 5 – „Rock Exotica”
- w poz. 17 – „Lhotse”
- w poz. 23 – „Colltex sets”
- w poz. 24 - „Colltex sets”
- w poz. 27 – „Petzl”
- w poz. 28 - „Petzl”
- w poz. 30 - „Petzl”
- w poz. 31 - „Petzl”
- w poz. 33 - „Petzl”
- w poz. 34 – „Kong”
- w poz. 36 – „Fritschi”
- w poz. 37 – „Komperdell”
- w poz. 39 – „Lhotse”
- w poz. 40 – „Salewa”
- w poz. 43 – „Petzl”
- w poz. 29 – brak informacji dotyczących producenta, nazwy i modelu

- w poz. 35 – „Crampons 100 mm”

- w poz. 22 - „Sama kamizelka nie ma torby - AEROSIZE Kamizelka lawinowa VEST ONE + Gaz”

Izba ustaliła, że w dniu 5 września 2023 r. Zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy Stotech. Oferta Rojam zajęła 2 miejsce, a oferta Odwołującego 3 w rankingu ofert.

W dniu 6 września 2023 r. Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego o ponowne rozpatrzenie ofert w postępowaniu powołując niezgodność oferty Stotech z wymaganiami Zamawiającego analogicznie jak w odwołaniu.

W dniu 8 września 2023 r. Zamawiający zwrócił się do wykonawcy Stotech w trybie art. 223 ust. 1 ustawy pzp do wyjaśnienia treści oferty: *„W załączniku nr 4 do SWZ w poz. nr 26 w kolumnie „Nazwa, model, producent zaferowanego towaru” podali Państwo nazwę towaru wraz z kodem produktu. Kod produktu wskazuje, że zaferowany produkt jest w kolorze pomarańczowym, natomiast w kolumnie „kolor” podali Państwo kolor niebieski. Bardzo proszę o informację jaki kolor towaru Państwo oferują.”*

Pismem z dnia 8 września 2023 r. wykonawca Stotech wyjaśnił: *„W odpowiedzi na wezwanie z dnia 07.09.2023, działając w imieniu Wykonawcy Stotech Sp. z o.o. oświadczamy, iż produkt, który oferujemy ma kolor niebieski. Oferowany produkt jest produkowany przez producenta tylko w kolorze niebieskim i taki produkt Państwu oferujemy. W wyniku omyłki pisarskiej nastąpiło błędne wpisanie kodu produktu w ofercie. Prawidłowe kody dla poszczególnych produktów to odpowiednio dla wymaganych rozmiarów M/L: Co19BA01 a dla rozmiaru XL: Co19BA02.”*

Dowody Odwołujący:

- karta katalogowa produktu zaferowanego przez wykonawcę Stotech (czyli produktu o modelu C019AA0 – kolor pomarańczowy) oraz karta katalogowa dla modelu w kolorze niebieskim (czyli produktu o modelu C019BA0),

- wydruki ze sklepów internetowych potwierdzające dostępność produktu o kodzie C019AA0 – kolor pomarańczowy.

Przedmiot sporu w zakresie postawionych zarzutów sprowadzał się do odpowiedzi na pytanie czy oferty Wykonawców Stotech i Rojam powinny podlegać odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp w świetle dokumentacji postępowania i informacji podanych przez ww. Wykonawców w formularzach cenowych. Analiza dokumentacji postępowania oraz zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego doprowadziła Izbę do przekonania, że zarzuty odwołania zasługują na uwzględnienie, a oferty Wykonawców Stotech i Rojam powinny zostać odrzucone na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp, z uwagi na ich niezgodność z warunkami zamówienia.

Na wstępnie podnieść należy, że zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp: *„1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) 5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.”* Natomiast w myśl art. 7 pkt 29 ustawy pzp: *„Ilekroć w niniejszej ustawie jest mowa o: 29) 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.”*

Podkreślić należy, że zamawiający aby odrzucić ofertę na podstawie przywołanego przepisu jest zobowiązany przeprowadzić analizę porównawczą treści oferty oraz warunków zamówienia (w szczególności, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia), które stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia precyzuje i uszczegóławia, jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty (zdefiniowanej w art. 66 kodeksu cywilnego) jako najkorzystniejszej. Dokonanie takiego porównania przesądza o tym, czy treść złożonej w postępowaniu oferty odpowiada warunkom zamówienia. Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia zachodzi więc, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada ukształtowanym przez zamawiającego i zawartym w SWZ wymaganiom. Istotnym jest, że niezgodność oferty z warunkami zamówienia musi po pierwsze być oczywista i niewątpliwa, czyli zamawiający musi mieć pewność co do niezgodności oferty z jego oczekiwaniami, przy czym postanowienia SWZ powinny być jasne i klarowne (tak też: wyrok z dnia 22 września 2020 roku, sygn. akt: KIO 1864/20; wyrok z dnia 20 stycznia 2020 roku, sygn. akt: KIO 69/20). Po drugie, odrzucenie oferty nie może nastąpić z błahych, czysto formalnych powodów nie wpływających na treść złożonej oferty, jak również, gdy zamawiający ma możliwość poprawienia błędów jakie zawiera oferta.

Przenosząc powyższe na kanwę niniejszej sprawy w pierwszej kolejności należy dokonać analizy wymagań postawionych przez Zamawiającego w SWZ. Jak wskazano w ustaleniach faktycznych Zamawiający oczekiwał produktów, które będą odpowiadać wszystkim cechom opisanym w SWZ. Potwierdzenie spełnienia powyższego

wymagania miało zostać przedstawione przez wykonawców w wypełnionym formularzu cenowym, w którym Zamawiający wymagał wskazania przez Wykonawców producenta, nazwy i modelu oferowanego produktu (Rozdział XV SWZ – Oferta pkt 5: „Oferta musi zawierać w szczególności poniższe dokumenty: (...) 2) wypełniony ofertowy formularz cenowy wraz z opisem przedmiotu zamówienia (załącznik nr 4 do SWZ).”) Niewątpliwie, Zamawiający oczekiwał więc podania przez wykonawców takich danych, które pozwolą na etapie badania i oceny ofert jednoznacznie stwierdzić czy oferowany produkt spełnia wymagania opisu przedmiotu zamówienia. W ocenie Izby przywołane postanowienia SWZ były klarowne, precyzyjne i nie budziły wątpliwości.

Zaznaczenia wymaga, w ramach zarzutu dotyczącego Wykonawcy Stotech, że okolicznością bezsporną pomiędzy Stronami było, że Wykonawca ten zaoferował w poz. 26 produkt niezgodny z opisem przedmiotu zamówienia w zakresie koloru produktu. Stotech wskazał na kod produktu w kolorze pomarańczowym, natomiast zgodnie z opisem produktu podanym przez Zamawiającego w formularzu cenowym, Zamawiający oczekiwał koloru niebieskiego. Odmierna i sporna była natomiast ocena prawna tej okoliczności. Zamawiający podnosił bowiem, że wbrew twierdzeniom Odwoływającego podanie kodu produktu o innym kolorze kwalifikuje się jako omyłka pisarska, co nie powinno wywoływać negatywnych konsekwencji w postaci odrzucenia oferty, szczególnie że Wykonawca w wyjaśnieniach złożonych w dniu 8 września 2023 r. zobowiązał się dostarczyć produkt we właściwym kolorze, a omyłka dotyczyła 1 poz. na kilkanaście. Ze stanowiskiem Zamawiającego nie sposób się zgodzić.

W ocenie Izby nie ulega wątpliwości, że niezgodność oferowanego produktu z warunkami zamówienia w ofercie Wykonawcy Stotech jest nieusuwalna, gdyż każda ingerencja w treść podanej przez Wykonawcę informacji będzie powodowała niedozwoloną zmianę oświadczenia woli Wykonawcy.

W żadnym wypadku niezgodności tej nie można uznać za omyłkę pisarską, jak podnosił Zamawiający. Omyłka pisarska jest to niedokładność, która powinna przede wszystkim cechować się oczywistością w jej zauważeniu bez konieczności przeprowadzania dodatkowych ustaleń. Za taką uznaje się w orzecznictwie błąd literowy, widoczne niezamierzone opuszczenie wyrazu, czy inny błąd, wynikający z przeoczenia lub innej wady procesu myślowo-redakcyjnego, a niespowodowany zamierzonym uchybieniem merytorycznym. Omyłką jest również błąd możliwy do zidentyfikowania na podstawie porównania z pozostałymi dokumentami stanowiącymi treść oferty. Poprawa omyłki pisarskiej nie może jednak spowodować zmiany treści oświadczenia woli wykonawcy. W ocenie Izby, ustalona niezgodność w ofercie Stotech nie kwalifikuje się do poprawienia w ww. trybie. Izba zauważa, że Zamawiający nie dokonał zresztą takiej poprawy, a więc niezgodność w ofercie Stotech nie została w żaden sposób konwalidowana i zdaniem Izby nie mogła. Po pierwsze, niezgodność oferty z opisem nie została przez Zamawiającego zauważona. Zamawiający wystosował do Stotech wezwanie do wyjaśnień dopiero po interwencji Odwoływającego i po wyborze oferty Stotech jako najkorzystniejszej. Nie ma również w ocenie Izby uzasadnienia dla uznania wpisania produktu niezgodnego z SWZ jako niewielki błąd. Produkt taki występuje bowiem na rynku i jest produktem dostępnym, co wynika z dowodów złożonych przez Odwoływającego. Co więcej, poprawa takiej omyłki jako pisarskiej, czy też innej omyłki, niewątpliwie zmieniłaby treść oświadczenia woli Wykonawcy Stotech, co jest niedopuszczalne. Warunkiem poprawienia omyłki jest nieistotność zmian treści oferty jakie pociąga za sobą dokonanie poprawy. *Zasadniczo w orzecznictwie przyjmuje się, że o tym, czy poprawienie omyłki powoduje istotne zmiany w treści oferty, decyduje nie fakt, czy omyłka dotyczy istotnych elementów zamówienia, ale to, czy w istotny sposób zmienia się oświadczenie woli wykonawcy zawarte w ofercie. Tym samym możliwe jest poprawienie omyłek skutkujących zmianą ceny oferty czy wpływających bezpośrednio na wybór oferty najkorzystniejszej, jeśli tylko czynność ta przywraca zniekształconą na skutek omyłki treść zamierzonego oświadczenia woli wykonawcy.* (tak też: red. Marzena Jaworska, Prawo zamówień publicznych. Komentarz 2021). Nie ulega wątpliwości, że dokonanie poprawienia produktu z niespełniającego wymagań SWZ na produkt spełniający te wymagania prowadziłoby do wykreowania nowego oświadczenia woli Wykonawcy w zakresie oferowanego koloru produktu, tym samym istotnej zmiany merytorycznej treści oferty. Istotność w rozpatrywanym przypadku polega właśnie na zmianie oświadczenia Wykonawcy, a więc argument Zamawiającego, że niezgodność dotyczy jednego produktu na kilkanaście pozostaje bez znaczenia. Twierdzenia takie mogłyby przemawiać za poprawieniem omyłki wyłącznie w sytuacji, gdyby w wyniku korekty merytoryczna treść oferty wykonawcy nie uległa zmianie w sposób istotny.

Zauważenia wymaga, że Zamawiający uznał ofertę za spełniającą wymagania, a opierając się na złożonych przez Wykonawcę Stotech wyjaśnieniach po wyborze oferty Wykonawcy uznał je za wystarczająco potwierdzające otrzymanie produktu zgodnego z OPZ. Izba zwraca jednak uwagę, że wyjaśnienia Wykonawcy Stotech zostały złożone poza etapem postępowania, kiedy Zamawiający badał i oceniał oferty i jako takie nie mogą zostać uznane za skuteczne. Po wyborze najkorzystniejszej oferty Zamawiający może podejmować wyłącznie działania zmierzające do podpisania umowy. 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 jakiegokolwiek zmiany w jej treści." Z dyspozycji powyższego przepisu wynika więc, że żądanie wyjaśnień może następować „w toku badania i oceny ofert”, a nie po wyborze najkorzystniejszej oferty.

Dodatkowo zaznaczenia wymaga, że zastosowanie powyższego przepisu będzie uzasadnione, gdy cel wyjaśnień nakierowany będzie na dokonanie wykładni treści oświadczenia woli wykonawcy niejasnego dla zamawiającego. Zamawiający jest zatem uprawniony zwrócić się do wykonawcy o wyjaśnienie w trybie art. 223 ust. 1 ustawy pzp w sytuacji powzięcia uzasadnionych wątpliwości przykładowo co do poprawności zaofertowania przedmiotu zamówienia. W tym znaczeniu wyjaśnianie treści oferty zmierza do wyeliminowania wewnętrznych sprzeczności. Niedozwolone jest w tym trybie uzupełnianie ofert, czy też negocjowanie ich treści, co w konsekwencji prowadziłyby do zmiany treści oferty. Wyjaśnienia powinny sprowadzać się do ustalenia jak należy rozumieć treść zawartą w ofercie, a nie rozszerzać tą treść bądź ją ograniczać. Przenosząc powyższe na kanwę niniejszej sprawy, w ocenie Izby nie ulega wątpliwości, że Zamawiający w świetle treści oferty i dokumentacji postępowania nie był uprawniony do uznania wyjaśnień Stotech także dlatego, że prowadziły one do negocjowania treści oferty. Zauważyć należy, że treść wymagań Zamawiającego była jasna i precyzyjna. Z treści oferty Stotech w zakresie poz. 26 formularza cenowego wynikało jednoznacznie jaki produkt oferuje. Porównanie treści dokumentacji postępowania z merytoryczną zawartością oferty prowadziło do oczywistego wniosku o niezgodności oferowanego produktu z warunkami zamówienia. Wbrew twierdzeniom Zamawiającego treść oferty nie budziła wątpliwości, nie występowała również podnoszona przez Zamawiającego wewnętrzna sprzeczność oświadczeń Wykonawcy, która wymagałaby wyeliminowania w drodze wyjaśnień. Nie jest bowiem tak, jak Zamawiający wskazywał w wezwaniu do wyjaśnień, że Wykonawca Stotech podał w formularzu dwie sprzeczne informacje: że oferuje kolor niebieski, a jednocześnie podaje kod produktu o kolorze pomarańczowym. Kolumnę kolor wypełnił Zamawiający i stanowiła ona element opisu przedmiotu zamówienia, a nie treść oferty Wykonawcy, którą było wpisanie producenta, nazwy i modelu. Co więcej, wyjaśnienia sugerują niedostępność produktu w kolorze pomarańczowym, co jak wynika z dowodów przedstawionych przez Odwołującego nie znajduje odzwierciedlenia w rzeczywistości.

Skoro Zamawiający wymagał podania danych identyfikujących produkt przez wykonawców to na etapie oceny ofert Zamawiający nie może bagatelizować postawionych w SWZ wymagań. Akceptowanie produktów niezgodnych z OPZ oferowanych przez jednego Wykonawcę prowadzi również do naruszenia zasady równości w postępowaniu w odniesieniu do wykonawców, którzy dołożyli należytej staranności w przygotowywaniu oferty zgodnej z wymaganiami Zamawiającego. W konsekwencji oferta Stotech powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp, a więc zarzut odwołania potwierdził się.

Przechodząc do zarzutu dotyczącego Wykonawcy Rojam Izba podtrzymuje wcześniejszą argumentację dodatkowo podnosząc, że bezsporne w sprawie było, że Wykonawca Rojam nie wypełnił prawidłowo wszystkich pozycji formularza cenowego, co Zamawiający przyznał na rozprawie. Spornym pozostawało, czy Zamawiający powinien odrzucić ofertę ww. Wykonawcy i czy zarzut postawiony przez Odwołującego ma wpływ na wynik postępowania.

Niewątpliwie oferta Wykonawcy Rojam nie była zgodna z warunkami zamówienia, a konkretnie w zakresie, w którym Zamawiający wymagał wskazania w formularzu cenowym nazwy, modelu i producenta oferowanego produktu. Wykonawca Rojam podał w poz. 2, 3, 5, 17, 23, 24, 27, 28, 30, 31, 33, 34, 35, 36, 37, 39, 40 oraz 43 wyłącznie producenta produktu, co powoduje, że Zamawiający nie miał możliwości zidentyfikowania i zweryfikowania jaki konkretnie model Wykonawca oferuje. Wykonawca Rojam nie wskazał żadnych danych dotyczących produktu z poz. 29, a w poz. 22, w której Zamawiający wymagał: „*Plecak lawinowy AeroSize Vest ONE + Dodatkowe naboje gazowe lub równoważny: * Plecak lawinowy wielokrotnego użytku, Wymiary torby (...).*” Wykonawca Rojam wskazał: „Sama kamizelka nie ma torby - AEROSIZE Kamizelka lawinowa VEST ONE + Gaz”. Jakkolwiek poz. 22 z uwagi na niejednoznaczność wskazani Wykonawcy mogłaby ewentualnie podlegać wyjaśnieniom to pozostałe wyszczególnione przez Odwołującego pozycje zostały wypełnione niezgodnie z wymaganiami Zamawiającego, co powinno skutkować odrzuceniem oferty Wykonawcy Rojam, a czego Zamawiający zaniechał. Naruszenie to ma oczywiście wpływ na wynik postępowania, gdyż Wykonawca Rojam nie powinien otrzymać punktów w kryteriach oceny ofert, co wpływa na ranking ofert w postępowaniu. Nie ma racji Zamawiający w twierdzeniu, że z uwagi na okoliczność, że oferta Wykonawcy Rojam nie była ofertą najwyższej ocenioną to był uprawniony odstąpić od badania i oceny tej oferty pod względem przesłanek odrzucenia. Izba zauważa, że badanie Wykonawcy, którego oferta została najwyższej oceniona dotyczy wyłącznie badania podmiotowego Wykonawcy (art. 126 ust. 1 ustawy pzp). Celem ustalenia zatem, która oferta została najwyższej oceniona i celem dopuszczenia poszczególnych ofert do punktowania w ramach kryteriów oceny ofert Zamawiający jest zobowiązany ocenić każdą ofertę m.in. pod względem jej zgodności z warunkami zamówienia, czego Zamawiający zaniechał.

Mając na względzie powyższe, Izba w całości podzieliła stanowisko Odwołującego, że zarówno oferta Wykonawcy

Stotech jak i Rojam powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp, co też Izba nakazała w sentencji orzeczenia.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 575 oraz art. 574 ustawy pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. a, b i d 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 ze zm.) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego oraz zasądzając od Zamawiającego na rzecz Odwołującego koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania w wysokości 7 500,00 zł, wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł, kosztów dojazdu na posiedzenie i rozprawę w wysokości 338 zł oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictwa w wysokości 17 zł na podstawie spisu kosztów i faktur złożonych przez Odwołującego na rozprawie.

Przewodniczący: