

WYROK
z dnia 17 lipca 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 lipca 2023 roku, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 lipca 2023 r. przez wykonawcę **MIRANEX Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Sadach**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Skarb Państwa – 2. Wojskowy Oddział Gospodarczy we Wrocławiu**

przy udziale wykonawcy **PARTNER PAPES Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu - **Skarbowi Państwa – 2. Wojskowemu Oddziałowi Gospodarczemu we Wrocławiu** – unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenie oferty wykonawcy **PARTNER PAPES Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu** dokonanie ponownej oceny ofert

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **PARTNER PAPES Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **PARTNER PAPES Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu** tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od wykonawcy **PARTNER PAPES Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu** a rzecz wykonawcy **MIRANEX Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Sadach** 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.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.), na niniejszy wyrok, w terminie 14 dnia od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 1890/23

Uzasadnienie

Zamawiający – **Skarb Państwa – 2. Wojskowy Oddział Gospodarczy we Wrocławiu** – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest dostawa artykułów biurowych.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 roku, poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 3 lipca 2023 r. wykonawca **MIRANEX Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Sadach** (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego w zakresie zadania 1, zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1) art. 522 ust. 1 ustawy P.z.p. w zakresie, w jakim przepis ten zobowiązuje zamawiającego do “wykonania, powtórzenia lub unieważnienia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu” w sytuacji uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu,

2) art. 223 ust. 2 pkt 3 P.z.p. oraz art. 107 ust. 2 P.z.p. poprzez zastosowanie procedury sanacyjnej dotyczącej korekty innej omyłki, względem przedmiotowego środka dowodowego (kolumny nr 10 formularza ofertowego wykonawcy **Partner Papes Sp. z o.o.** w poz. 351), podczas gdy przewidziana wskazanym przepisem procedura znajduje zastosowanie wyłącznie względem oferty,

ewentualnie, w przypadku uznania, że wbrew treści specyfikacji warunków zamówienia (SWZ) oświadczenie wykonawcy nie stanowiło przedmiotowego środka dowodowego, lecz treść oferty, art. 223 ust. 2 pkt 3 oraz art. 223 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez zastosowanie procedury sanacyjnej dotyczącej korekty innej omyłki w treści oferty, po uprzednim ustaleniu sposobu wprowadzenia zmian z wykonawcą, w sytuacji, w której zaistniały w oświadczeniu wykonawcy (kolumna nr 10 formularza ofertowego wykonawcy **Partner Papes Sp. z o.o.** w poz. 351) błąd nie miał charakteru omyłki

podlegającej korekcie w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 P.z.p.

3) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c w zw. z art. 107 ust. 2 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Partner Papes Sp. z o.o., ze względu na występujący w przedmiotowym środku dowodowym – kolumna nr 10 formularza ofertowego, poz. 351, błąd, który nie mógł podlegać procedurze sanacyjnej, lecz winien skutkować odrzuceniem oferty, ewentualnie:

art. 226 ust. 1 pkt 5 P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Partner Papes Sp. z o.o., ze względu na występujący w kolumnie nr 10 formularza ofertowego poz. 351, błąd stanowiący o niezgodności zaoferowanego towaru z warunkami ustanowionymi przez zamawiającego (zaoferowanie teczek o wymiarze A4, a nie o formacie A5).

Odwołujący zażądał nakazania zamawiającemu:

- 1) unieważnienia podjętej dnia 21 czerwca 2023 r. czynności wyboru oferty wykonawcy- Partner Papes Sp. z o.o. ul. Wagonowa 28a 53-609 Wrocław (dalej: "Partner Papes Sp. z o.o." lub „przystępujący”), jako oferty najkorzystniejszej,
- 2) ponowienia badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty Partner Papes Sp. z o.o.
- 3) wybór oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący podniósł, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy. Wskazał, że zamawiający dnia 21 czerwca 2023 r. podjął czynność wyboru oferty najkorzystniejszej. Oferta odwołującego uzyskała 81,69 pkt i ulokowała się na drugiej pozycji w ramach rankingu oceny ofert. Na pierwszej pozycji uplasowała się oferta Partner Papes Sp. z o.o. Wniesionym odwołaniem odwołujący zakwestionował czynności i zaniechania zamawiającego, które doprowadziły do wyboru jako najkorzystniejszej oferty Partner Papes Sp. z o.o. i zaniechania jej odrzucenia. W konsekwencji odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania, albowiem jego uwzględnienie przez zamawiającego lub Krajową Izbę Odwoławczą bezpośrednio umożliwi mu uzyskanie zamówienia udzielanego w postępowaniu. Podkreślił, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy, co najmniej w stopniu i zakresie wynikłym z nieuzasadnionego poniesienia kosztów udziału w postępowaniu, w którym zamawiającym zaniechał wyeliminowania oferty Partner Papes Sp. z o.o. z naruszeniem przepisów oraz niezyskanych zysków związanych z realizacją zamówienia, które powstaną po stronie odwołującego w przypadku uwzględnienia odwołania.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 13 lipca 2023 roku oświadczył, że uwzględni w całości zarzuty podniesione w odwołaniu i wykona żądania odwołania określone w pkt. 1 – 3.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca PARTNER PAPES Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu. Przystępujący w piśmie z dnia 13 lipca 2023 roku oświadczył, że wnosi sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z postanowieniem subklauzuli 4.1 zakodowanej w Rozdziale 4 SWZ, przedmiotem zamówienia jest dostawa artykułów biurowych – z podziałem na 3 części. Zadanie nr 1 obejmuje dostawę artykułów biurowych i piśmienniczych (464 pozycje).

Postanowienie subklauzuli:

- 1) 4.2 SWZ precyzuje, że „szczegółowy opis oraz sposób realizacji zamówienia zawierają: wzór umowy (załącznik nr 1 do SWZ) oraz formularze ofertowe (załączniki nr 2.1-2.3 do SWZ)”. Szczegółowy opis wymagań dotyczących poszczególnych pozycji asortymentowych został przez zamawiającego wyspecyfikowany w kolumnie nr 2 formularza ofertowego (załącznik nr 2.1 do SWZ – zadanie nr 1; załącznik nr 2.2 do SWZ – zadanie nr 2; załącznik nr 2.3 do SWZ – zadanie nr 3),
- 2) 5.1. lit a SWZ ustanawia obowiązek „złożenia wraz z ofertą następujących przedmiotowych środków dowodowych: Nazwa handlowa oferowanego produktu (nazwa producenta, model, typ, symbol lub inne oznaczenie) pozwalająca na jednoznaczną identyfikację oferowanego produktu i jednoznaczne stwierdzenie, jaki produkt jest przedmiotem obrotu gospodarczego oraz opis parametrów technicznych i cech produktu dla wszystkich pozycji asortymentowych w zadaniach 1, 2 i 3 – Wykonawca jest zobowiązany wypełnić w formularzu ofertowym kolumnę nr 10”,
- 3) 5.2 SWZ przewiduje, że „Niezłożenie przedmiotowych środków dowodowych wraz z ofertą stanowić będzie podstawę do odrzucenia oferty jako niezgodnej z warunkami zamówienia (art. 226 ust. 1 pkt. 5) ustawy Pzp).”

W kolumnie 10 formularza ofertowego każdy z wykonawców zobowiązany był podać następujące informacje: „Nazwa handlowa oferowanego produktu (producent, model, typ, symbol lub inne oznaczenie), opis parametrów technicznych i cech produktu”

W zakresie poz. 351 formularza ofertowego dla zadania 1 wykonawca Partner Papes Sp. z o.o. zaoferował produkt „Taurus 21611, 21612, 21613, 21614, 21615” i dla tego produktu przedłożył przedmiotowy środek dowodowy.

Produkty oznaczone numerami katalogowymi „21611, 21612, 21613, 21614, 21615” służą oznaczeniu teczek

kopertowych PP o formacie A4.

Pismem z dnia 25 kwietnia 2023 r. zamawiający wezwał wykonawcę Partner Papes Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w zakresie treści poz. 351 formularza cenowego.

Pismem z dnia 27 kwietnia 2023 roku wykonawca Partner Papes Sp. z o.o. oświadczył: „W zakresie zadania 1 poz. 351 formularza cenowego - została popełniona omyłka pisarska, wynikająca z faktu, że pierwotnie w poz. 349 zaoficerowana była Teczka kopertowa A4 marki Taurus, o wskazanych symbolach. W związku z otrzymaniem korzystniejszej oferty cenowej tego produktu od PBS, w tej pozycji producent został zmieniony (kryterium oceny ofert – cena). W wyniku kopiowania komórek, omyłkowo zostały skopiowane symbole dotyczące z poz. 349 do poz. 351. Taurus posiada w swojej ofercie tylko jeden produkt o nazwie Teczka kopertowa PP A5 i ten został zaoficerowany (...).”

W dniu 15 maja zamawiający poinformował o wyborze, jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Partner Papes Sp. z o.o.

W dniu 24 maja 2023 roku odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego, zarzucając naruszenie:

1) art. 223 ust. 1 ustawy P.z.p., poprzez skierowanie do wykonawcy Partner Papes Sp. z o.o. wniosku o skierowanie wyjaśnień w zakresie kolumny 10 formularza ofertowego, w sytuacji w której wskazany przedmiotowy środek dowodowy był niekompletny (tj. nie zawierał wymaganych przez zamawiającego informacji),

2) art. 107 ust. 2 ustawy P.z.p., poprzez faktyczne uzupełnienie kolumny 10 formularza ofertowego wykonawcy Partner Papes Sp. z o.o., w sytuacji w której wskazany przedmiotowy środek dowodowy był niekompletny, a zamawiający nie przewidział możliwości zastosowania procedury sanacyjnej wyrażonej w art. 107 ust. 2 P.z.p.,

3) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c, ewentualnie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie przez zamawiającego odrzucenia oferty wykonawcy Partner Papes Sp. z o.o. w sytuacji, w której złożony przez wskazanego wykonawcę przedmiotowy środek dowodowy był niekompletny i nie pozwalał na jednoznaczne stwierdzenie zgodności zaoficerowanego towaru z warunkami ustanowionymi przez zamawiającego,

4. art. 107 ust. 2 P.z.p., poprzez modyfikację kolumny nr 10 formularza ofertowego wykonawcy Partner Papes Sp. z o.o. w poz. 351, w sytuacji w której wskazany przedmiotowy środek dowodowy był obciążony błędem w ww. zakresie,

5. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c w zw. z art. 107 ust. 2 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Partner Papes Sp. z o.o., ze względu na występujący w przedmiotowym środku dowodowym – kolumna nr 10 formularza ofertowego, poz. 351, błąd, który nie mógł podlegać procedurze sanacyjnej, lecz winien skutkować odrzuceniem oferty,

6. art. 223 ust. 2 pkt 1 i 3 P.z.p. poprzez dokonanie korekty formularza ofertowego Partner Papes Sp. z o.o., w ramach poz. 351, kolumny nr 10 formularza ofertowego wykonawcy Partner Papes Sp. z o.o. poprzez zamianę (po wyjaśnieniach złożonych przez wykonawcę) produktu „Taurus 21611, 21612, 21613, 21614, 21615” na produkt „Taurus teczka kopertowa PP A5” i to jeszcze o niedookreślonych przez wykonawcę oznaczeniach (brak sprecyzowania symboli produktu w ramach wyjaśnień z dnia 27 kwietnia 2023 r.),

7. art. 226 ust. 1 pkt 5 P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Partner Papes Sp. z o.o., ze względu na występujący w kolumnie nr 10 formularza ofertowego, poz. 351, błąd stanowiący o niezgodności zaoficerowanego towaru z warunkami ustanowionymi przez zamawiającego (zaoficerowanie teczek o wymiarze A4, a nie o formacie A5).

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia podjętej dnia 15 maja 2023 r. czynności wyboru oferty wykonawcy Partner Papes Sp. z o.o. ul. Wagonowa 28a 53-609 Wrocław (dalej: „Partner Papes Sp. z o.o.”), jako oferty najkorzystniejszej,

2. ponownienia badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty Partner Papes Sp. z o.o.

3. wybór oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący podniósł, że w zakresie poz. 351 formularza ofertowego dla zadania 1 „Wykonawca Partner Papes Sp. z o.o. zaoficerował produkt „Taurus 21611, 21612, 21613, 21614, 21615” i dla tego produktu przedłożył przedmiotowy środek dowodowy. Pomimo, że wykonawca oświadczył, iż posiada on format A5, to jednak zgodnie z oficjalnymi informacjami ze strony internetowej Taurus, produkty oznaczone numerami katalogowymi „21611, 21612, 21613, 21614, 21615” służą oznaczeniu teczek kopertowych PP o formacie A4. Powyższą okoliczność potwierdził w swoich wyjaśnieniach z dnia 27 kwietnia 2023 r. sam wykonawca Partner Papes Sp. z o.o., oświadczając, że: *W zakresie zadania 1 poz. 351 formularza cenowego - została popełniona omyłka pisarska, wynikająca z faktu, że pierwotnie w poz. 349 zaoficerowana była Teczka kopertowa A4 marki Taurus, o wskazanych symbolach. W związku z otrzymaniem korzystniejszej oferty cenowej tego produktu od PBS, w tej pozycji producent został zmieniony (kryterium oceny ofert – cena). W wyniku kopiowania komórek, omyłkowo zostały skopiowane symbole dotyczące z poz. 349 do poz. 351. Taurus posiada w swojej ofercie tylko jeden produkt o nazwie Teczka kopertowa PP A5 i ten został zaoficerowany (...).* Powyższe wprost potwierdza, że wykonawca wraz z ofertą przedłożył przedmiotowy środek dowodowy dla produktu Taurus o

numerach katalogowych: 21611, 21612, 21613, 21614, 21615 i w formacie A4. (...) W ww. kontekście, w zakresie aspektów formalnych, należy wskazać, że wyrażona w art. 223 ust. 2 P.z.p. procedura sanacyjna nie obejmuje swym zakresem przedmiotowych środków dowodowych. *Verba legis* przywołany przepis dotyczy „oferty”, a nie przedmiotowych środków dowodowych, dla których procedura sanacyjna została uregulowana w art. 107 ust. 2 P.z.p. – przy czym jej zastosowanie jest niemożliwe w Postępowaniu, a to wobec nie przewidzenia jej stosowalności przez Zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia. W konsekwencji, już z przyczyn formalnych, niedopuszczalne było dokonanie jakichkolwiek modyfikacji w zakresie kolumny nr 10 formularza ofertowego, a działanie Zamawiającego naruszało regulacje art. 226 ust. 1 pkt 2) lit c) P.z.p. w zw z art. 107 ust. 2 P.z.p. Nawet przyjęcie odmiennego stanowiska w ww. zakresie nakazuje przyjęcie, że oferta wykonawcy Partner Papes Sp. z o.o. powinna zostać odrzucona. Jeżeli traktować kolumnę nr 10 formularza ofertowego, jako element oferty (wbrew postanowieniom subklauzuli 5.1. lit a SWZ) to modyfikacja kolumny nr 10 w ramach poz. 351 formularza ofertowego dla zadania nr 1, w ten sposób, że zaoferowanie produktu „Taurus 21611, 21612, 21613, 21614, 21615” modyfikuje się po wyjaśnieniach złożonych przez wykonawcę, na produkt „Taurus teczka kopertowa PP A5” i to jeszcze o niedookreślonych przez wykonawcę oznaczeniach (brak sprecyzowania symboli produktu w ramach wyjaśnień z dnia 27 kwietnia 2023 r.) nie mogło nastąpić w ramach procedury sanacyjnej o której mowa w art. 223 ust. 2 P.z.p.

Z oczywistych względów ww. sytuację można rozpatrywać wyłącznie w perspektywie wystąpienia w ofercie:

- 1) oczywistej omyłki pisarskiej (art. 223 ust. 2 pkt 1 P.z.p.),
- 2) innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty (art. 223 ust. 2 pkt 3 P.z.p.).

(...) W zaistniałym stanie faktycznym, nie wystąpiła omyłka, a tym bardziej możliwa do skorygowania z zastosowaniem procedur sanacyjnych wyrażonych w art. 223 ust. 2 pkt 1) lub 3), a to ze względu na to, że wykonawca Partner Papes Sp. z o.o. wprost zaoferował produkt określonego producenta i o określonych oznaczeniach identyfikujących, które nie spełniają warunków ustanowionych przez Zamawiającego. Jak ukazał zaistniały stan faktyczny, korekta polega na zastąpieniu teczek niespełniających warunków ustanowionych przez Zamawiającego i wskazanych w formularzu ofertowym, asortymentem spełniającym takie wymagania i to po udzieleniu wyjaśnień przez wykonawcę, które w istocie potwierdzały, że zaoferowany towar jest niezgodny z warunkami udziału w Postępowaniu i wskazaniu na asortyment, który te warunki spełnia. Tak daleka ingerencja i to przeprowadzona po uzyskaniu dodatkowych informacji od wykonawcy Partner Papes Sp. z o.o. ukazuje, że oferta tego reflektanta była obciążona błędem, a nie omyłką, który obligatoryjnie skutkuje odrzuceniem oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 P.z.p.”

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca Partner Papes Sp. z o.o.

Zamawiający pismem procesowym datowanym na dzień 6 czerwca 2023 r. uwzględnił odwołanie wniesione przez odwołującego, uwzględniając całość zarzutów i jednocześnie zobowiązując się do wykonania czynności w zakresie określonym w żądaniu odwołania pkt 1 do pkt 3.

Wykonawca Partner Papes Sp. z o.o. nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania.

Postanowieniem z dnia 7 czerwca 2023 r. Krajowa Izba Odwoławcza umorzyła postępowanie odwoławcze (sygn. akt KIO 1460/23).

Pismem z dnia 16 czerwca 2023 r. zamawiający poinformował przystępującego: „Działając na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3) (...) informuje o poprawieniu w Państwa ofercie – złożonej na zadanie nr 1 – innej omyłki, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty. Dokonana przez Zamawiającego poprawka dotyczy nazwy handlowej produktu oferowanego w poz. 351 formularza ofertowego: <Taurus 21611, 21612, 21613, 21614, 21615 – Teczka kopertowa PP A5 NA ZATRZASK>, wskazuje w kolumnie nr 10 formularza i polega na skreśleniu symboli liczbowych, które nie występują w karcie katalogowej oferowanego produktu. Wskazanie nazwy producenta TAURUS przy nazwie produktu jednoznacznie identyfikuje przedmiot zamówienia oferowany przez Wykonawcę w poz. 351 formularza”.

We wniosku komisji przetargowej z dnia 21 czerwca 2023 roku zamawiający wskazał m.in.

„1) Wykonawca zaoferował produkt zgodny z SWZ. W ogólnodostępnych źródłach informacji, np. w wyszukiwarce internetowej, po wpisaniu „Taurus teczka kopertowa PP A5” Zamawiający uzyskuje wyczerpującą informację o oczekiwanym produkcie.

2) W nawiązaniu do wyjaśnień Wykonawcy z dnia 27.04.2023 r. oznaczenia liczbowe przy nazwie producenta TAURUS Zamawiający poprawia jako inną omyłkę – zgodnie z art. 223 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp – niepowodującą istotnych zmian w treści oferty.

3) Zamawiający w SWZ omyłkowo nazwał kolumnę nr 10 formularza ofertowego „przedmiotowym środkiem dowodowym”, niezgodnie z ustawą Pzp. Kolumna 10 i wskazana w niej nazwa handlowa oferowanego produktu jest częścią formularza ofertowego - zgodnie z przepisami ustawy Pzp oraz intencją Zamawiającego.

4) Zgodnie z orzecznictwem (Wyrok Sądu Najwyższego SN z dn. 04.07.2019 r., sygn. akt: IV CSK 363/18; Wyrok Sądu

Okręgowego w Szczecinie, sygn. akt VIII Ga 102/18, Wyrok Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z dn. 10.05.2017 r., sygn. akt VIII Ga 43/17; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dz. 14.09.2022 r.: sygn. akt KIO 2249/22, KIO 2250/22) omyłką Zamawiającego nie może obciążać negatywnymi skutkami Wykonawcy i należy ją korygować z korzyścią dla Wykonawcy, dlatego Zamawiający nie odrzuca oferty PARTNER PAPES Sp. z o.o. (...)

5) Poprawienie oferty Wykonawcy poprzez wykreślenie oznaczeń liczbowych nie stanowi istotnej zmiany oferty Wykonawcy. Biorąc pod uwagę, że poprawieniu podlega jedna pozycja na 464 – poprawienie omyłki jest zgodne z przepisami ustawy oraz orzecznictwem, które nakazuje *utrzymanie oferty w postępowaniu*”.

W dniu 21 czerwca 2023 r. zamawiający opublikował na stronie prowadzonego postępowania informację o wyborze – jako najkorzystniejszej w zakresie zadania 1 – oferty przystępującego.

Stan faktyczny Izba ustaliła na podstawie przekazanych przez zamawiającego dokumentów postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy P.z.p.

Przystępujący w treści przystąpienia z dnia 7 lipca 2023 roku podniósł, że odwołujący nie posiada interesu w uzyskaniu omawianego zamówienia. W odpowiedzi z dnia 6 czerwca 2023 r., zamawiający stwierdził bowiem, że odrzucenie oferty przystępującego z powodu dwóch pozycji na 464 skutkować będzie unieważnieniem postępowania w związku z brakującymi środkami na realizację zadania. Odwołujący ma zatem świadomość, że oferta odwołującego nie zostanie wybrana i nie może mieć pewności, że po ponownym ogłoszeniu postępowania, złoży najkorzystniejszą ofertę, nie podlegającą odrzuceniu.

Odnosząc się do powyższego Izba wskazuje nastanowisko wyrażone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 lutego 2018 roku, sygn. akt: KIO 212/18, które to stanowisko skład orzekający w niniejszej sprawie uznaje za swoje, i z którego wynika, że nie podważa istnienia interesu okoliczność, że oferta odwołującego jest droższa od kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Zamawiający w takim przypadku jest uprawniony do zwiększenia swego budżetu (art. 255 pkt 3 ustawy P.z.p.). Jak przyjmuje się w orzecznictwie Izby, do czasu podjęcia czynności unieważnienia postępowania z powodu braku środków na sfinansowanie zamówienia, wykonawcy z ofertami opiewającymi na kwoty wyższe, w dalszym ciągu posiadają interes we wniesieniu odwołania. Na tym etapie brak pewności, czy zamawiający nie zwiększy kwoty na sfinansowanie zamówienia w przypadku wystąpienia takiej konieczności.

Dla rozstrzygnięcia sprawy zasadnicze znaczenie ma całokształt okoliczności faktycznych, w tym w szczególności fakt, iż w dniu 6 czerwca 2023 roku zamawiający uwzględnił w całości odwołanie odwołującego, wniesione w dniu 24 maja 2023 roku.

Zgodnie z art. 522 ust. 1 ustawy P.z.p., w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. W myśl ust. 2, jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniesie sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez zamawiającego, Izba umarza postępowanie, a zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Uwzględnienie zarzutów odwołania w całości oznacza, że zamawiający uznaje za zasadne wszystkie zarzuty podniesione w odwołaniu. Unormowania zawarte w art. 522 ust. 1 zdanie drugie i ust. 2 *in finito* ustawy P.z.p. stanowią dyspozycję dla zamawiającego w zakresie tego, jakie czynności winien podjąć w związku ze złożonym oświadczeniem o uwzględnieniu zarzutów odwołania. Zgodnie ze wskazanymi przepisami, zamawiający obowiązany jest wykonać czynności zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

W odwołaniu z dnia 24 maja 2023 roku odwołujący zażądał:

1. unieważnienia podjętej dnia 15 maja 2023 r. czynności wyboru oferty przystępującego jako oferty najkorzystniejszej,
2. ponownienia badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty przystępującego
3. wybór oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

W piśmie informującym o uwzględnieniu odwołania zamawiający zobowiązał się do wykonania czynności w zakresie określonym w żądaniu odwołania pkt 1 do pkt 3.

Jednakowoż w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej dominuje pogląd, wyrażony np. w wyroku z dnia 24

marca 2022 roku, sygn.. akt KIO 651/22, zgodnie z którym:(...) *fakt uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów w pierwszym odwołaniu nie może prowadzić z automatu do stwierdzenia, iż ponowny wybór oferty (...) dokonany miał zostać z naruszeniem przepisów Ustawy. Wybór oferty nie staje się prawidłowy jedynie z racji działania mechanizmu ujętego w art. 522 ust. 1 Ustawy, tj. skutku proceduralnego oświadczenia o uwzględnieniu w całości zarzutów odwołania i obowiązku nałożonego na zamawiającego wykonania, powtórzenia lub unieważnienia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Nie może budzić w tej materii wątpliwości, iż Zamawiający może dokonując czynności w postępowaniu wykraczać poza zakres okoliczności wskazanych w zarzutach, weryfikować każdą okoliczność mogącą wpłynąć na wynik oceny oferty, nawet jeżeli ostatecznie wynik czynności nie będzie w pełni odpowiadał żądaniom uwzględnionego odwołania. Ustawodawca w takiej sytuacji przewidział możliwość ponownego zakwestionowania w drodze odwołania czynności w postępowaniu wykonanych niezgodnie z żądaniami wcześniej uwzględnionego odwołania, co z jednej strony nie zamyka drogi zamawiającemu do przeprowadzenia czynności wymaganych dla zapewnienia ich zgodności z przepisami Ustawy regulującymi podstawy materialne decyzji podejmowanych w postępowaniu, a z drugiej strony pozwala wykonawcom na skorzystanie z środków ochrony prawnej wobec czynności, które nie zostały wykonane zgodnie z żądaniami odwołującego. Przepisy regulujące procedurę odwoławczą nie zmieniają zasad według, których zamawiający zobowiązany jest do oceny ofert w postępowaniu. Inny jest ich cel, zatem wytyczna dla zamawiającego zawarta w art. 522 Ustawy, co do sposobu, w jaki zamawiający powinien dokonać czynności objętych zarzutami, nie zwalnia zamawiającego z obowiązku przestrzegania przepisów szczególnych regulujących proces udzielenia zamówienia publicznego.*

Z powyższego wynika, że zamawiający, pomimo uwzględnienia odwołania, nie musi, a wręcz nie powinien dokonywać czynności żądanych przez odwołującego, o ile nie dokonał uprzednio wszystkich innych czynności wymaganych przez ustawę P.z.p. Najczęściej taka sytuacja ma miejsce wówczas, gdy odwołujący żąda czynności mających daleko idące konsekwencje dla danego wykonawcy (np. odrzucenia jego oferty), mimo że zamawiający nie dokonał wszystkich czynności związanych z badaniem i oceną tej oferty albo dokonał je w sposób nieprawidłowy, np. nie wezwał wykonawcy do złożenia niezbędnych dokumentów czy wyjaśnień, pomimo istnienia uzasadnionych podstaw takiego wezwania. W takim przypadku zamawiający ma obowiązek dokonać zaniechanych lub nieprawidłowo wykonanych czynności i – zgodnie z dokonanymi ustaleniami – ponownie ocenić ofertę.

W rozpoznawanej sprawie taka sytuacja nie miała miejsca. Zamawiający uwzględnił odwołanie z dnia 24 maja 2023 roku, niemniej jednak czynności dokonane przez niego po uwzględnieniu odwołania, miały charakter jedynie pozorny. Stosownie do treści wniosku komisji przetargowej z dnia 21 czerwca 2023 roku zamawiający dokonał jedynie zmiany kwalifikacji poprawienia oferty przystępującego wskazując, że przeprowadzona przez niego procedura sanacyjna nie polega na poprawieniu treści przedmiotowego środka dowodowego, ale omyłki w treści oferty.

Podkreślenia wymaga, że jednym z zarzutów odwołania z dnia 24 maja 2023 roku był zarzut naruszenia art. 223 ust. 2 pkt 1 i 3 P.z.p. poprzez dokonanie korekty formularza ofertowego Partner Papes Sp. z o.o., w ramach poz. 351, kolumny nr 10 formularza ofertowego wykonawcy Partner Papes Sp. z o.o. poprzez zamianę (po wyjaśnieniach złożonych przez wykonawcę) produktu „Taurus 21611, 21612, 21613, 21614, 21615” na produkt „Taurus teczka kopertowa PP A5. Odwołujący w odwołaniu przedstawił uzasadnienie tego zarzutu, argumentując, iż wskazanie przez przystępującego w formularzu ofertowym produktu określonego producenta i o określonych oznaczeniach identyfikujących, które nie spełniają warunków ustanowionych przez zamawiającego oznacza, że oferta przystępującego była obarczona błędem, a nie omyłką, który obligatoryjnie skutkuje odrzuceniem oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 P.z.p.

Zamawiający, uwzględniając w całości odwołanie z dnia 24 maja 2023 roku, uwzględnił również wskazany wyżej zarzut. Izba podkreśla, że o ile zamawiający nie zgadzał się ze stanowiskiem odwołującego, nie powinien był uwzględniać odwołania w całości, lecz powinien wdać się w spór z odwołującym w tym zakresie wykazując na etapie postępowania odwoławczego, że omyłkowo zakwalifikował formularz ofertowy jako przedmiotowy środek dowodowy, podnosząc ewentualny brak wpływu tej omyłki na wynik postępowania. Przystępujący, który przystąpił również do postępowania odwoławczego wywołanego odwołaniem z dnia 24 maja 2023 roku, nie wniósł wówczas sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania, zatem *de facto* zaniechał obrony własnej oferty.

Uwzględnienie przez zamawiającego zarzutu naruszenia art. 223 ust. 2 pkt 1 i 3 ustawy P.z.p. w odwołaniu z dnia 24 maja 2023 roku i brak sprzeciwu przystępującego w tym zakresie skutkuje brakiem możliwości skutecznego dokonania przez zamawiającego czynności, która w istocie została zaskarżona odwołaniem z dnia 24 maja 2023 roku. Przyjęcie odmiennego stanowiska i ocena poprawności dokonania zmian w formularzu ofertowym przystępującego przez Izbę w wyniku wniesienia kolejnego odwołania pozostawałoby w sprzeczności z celem, dla którego została ustanowiona instytucja uwzględnienia odwołania przez zamawiającego. Ponadto taka sytuacja postawiłaby w uprzywilejowanej sytuacji przystępującego, który uzyskałby ponowną możliwość obrony swej oferty, pomimo że w przypadku odwołania z dnia 24 maja 2023 roku nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego

zarzutów odwołania i nie podjął obrony własnej oferty. Pozostawałoby to w sprzeczności z wyrażoną w art. 16 pkt 1 ustawy P.z.p. zasadą zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Wskazując na powyższe Izba stwierdziła, że wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania z dnia 24 maja 2023 roku, braku sprzeciwu ze strony przystępującego wobec tej czynności oraz niepodjęcia przez zamawiającego innych czynności, które miałyby wpływ na ocenę oferty przystępującego, oferta ta podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p.

Z uwagi na powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie § 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).

Przewodniczący:.....