

WYROK

z dnia 6 marca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 marca 2020 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 lutego 2020 r. przez wykonawcę

EGIS Polska Dystrybucja Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością

z siedzibą w Warszawie

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego

Szpital Wojewódzki w Opolu Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością

z siedzibą w Opolu

przy udziale wykonawcy LEK Spółki akcyjnej z siedzibą w Strykowie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje Szpitalowi Wojewódzkiemu w Opolu Spółce z ograniczoną odpowiedzialnością unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej dla zadania nr 60, powtórzenie czynności badania i oceny ofert dla zadania nr 60 oraz odrzucenie oferty wykonawcy LEK Spółka akcyjna na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie zadania nr 60,

2. kosztami postępowania obciąża Szpital Wojewódzki w Opolu Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez EGIS Polska Dystrybucja Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością tytułem wpisu od

odwołania,

2.2. zasądza od Szpitala Wojewódzkiego w Opolu Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością na rzecz EGIS Polska Dystrybucja Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Opolu.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 376/20

Zamawiający - Szpital Wojewódzki w Opolu Sp. z o.o. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „zakup wraz z dostawą produktów leczniczych, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz leków” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 24 grudnia 2019 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2019/S 248-612776. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Stanowisko Odwołującego

Odwołujący - EGIS Polska Dystrybucja Sp. z o.o. wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych przez nieuzasadnione

zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Lek S.A. w ramach zadania nr 60 w sytuacji,

w której oferta ta była niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia - zakres oferty nie pokrywał wielkości zamówienia w całości,

2. art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej w ramach zadania nr 60 z uwzględnieniem oferty Lek S.A. (Przystępującego), która to oferta podlegała obowiąznemu odrzuceniu,

3. art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie korekty w ofercie Lek S. A., podczas gdy zaistniała rozbieżność pomiędzy zakresem oferty a wymogami specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie miała charakteru omyłki pisarskiej, względnie

4. art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie korekty w ofercie Lek S.A., podczas gdy zaistniała rozbieżność pomiędzy zakresem oferty a wymogami specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie miała charakteru omyłki rachunkowej, w szczególności nie była rezultatem nieprawidłowego wykonania działania matematycznego, względnie

5. art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie korekty w ofercie Lek S.A. w sposób, który doprowadził do istotnej zmiany warunków ofertowych - zwiększając zakres oferowanego świadczenia oraz oczekiwaną cenę, stanowiącą kryterium oceny ofert.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej dla zadania nr 60,

2. unieważnienia czynności poprawienia omyłek w ofercie Lek S.A.,

3. odrzucenia oferty Lek S.A. w zakresie zadania nr 60 jako nieodpowiadającej specyfikacji

istotnych warunków zamówienia i niepokrywającej zakresu zamówienia w całości,

4. powtórzenia czynności oceny ofert i wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że Zamawiający w ramach zadania nr 60 dokonał czynności mających na celu sanowanie oferty złożonej przez Lek S.A. w sposób wykraczający poza uprawnienia przyznane na podstawie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Wybór oferty Przystępującego jako oferty najkorzystniejszej poprzedzony został ingerencją Zamawiającego w treść oferty, która doprowadziła do zmiany oferty z nieodpowiadającej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia na pozornie zgodną z wymogami Zamawiającego. Ingerencja ta dotyczyła jednakże dwóch kluczowych elementów oferty rozumianej jako zobowiązanie do wykonania zamówienia, objętej związaniem po stronie wykonawcy: Zamawiający zmodyfikował zakres świadczenia (ilość oferowanego leku) oraz cenę ofertową za wykonanie zamówienia, stanowiącą jedyne kryterium oceny ofert. Zmian takich w żadnym wypadku nie można uznać za zmiany nieistotne.

Pomimo wystąpienia Odwołującego Zamawiający do dnia złożenia odwołania nie wskazał podstawy prawnej, w oparciu o którą dokonał zmian w ofercie Przystępującego, stąd z ostrożności procesowej Odwołujący postawił zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w postaci alternatywnej.

Oferta złożona przez Przystępującego w zakresie zadania nr 60 opiewała na dostawę Rituximabu w ilości 200.000 mg i nie uwzględniała modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia z 7 stycznia 2020 r. zmieniającej ilość zamawianego Rituximabu z 200.000 mg do 470.000 mg. Modyfikacja ta była opublikowana w sposób określony przepisami, podana do wiadomości wszystkich wykonawców oraz wiążąca dla każdego uczestnika postępowania. Zignorowanie tej modyfikacji świadczy co najmniej o braku należytej staranności po stronie Przystępującego, do której dolożenia, jako podmiot profesjonalny, jest zobowiązany w ramach sformalizowanego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych polega na niezgodności zobowiązania, które wykonawca wyraża w swojej ofercie i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, które zamawiający opisał w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i którego przyjęcia oczekuje. Niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia ma miejsce w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia, nie zapewniając jego realizacji w całości zgodnie z wymogami zamawiającego. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej podkreśla się, że niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia powinna być oceniana z uwzględnieniem definicji oferty zawartej w art. 66 kodeksu cywilnego, tj. niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami zamawiającego, odnoszącymi się do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia, a więc materialnej sprzeczności zakresu zobowiązania zawartego w ofercie z zakresem zobowiązania, którego zamawiający oczekuje, zgodnie z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W orzecznictwie wielokrotnie wskazywano, że pod pojęciem treści oferty należy rozumieć deklarowane w ofercie spełnienie wymagań zamawiającego przede wszystkim co do zakresu, ilości, jakości warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia. Niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych polega na niezgodności zobowiązania, które w swojej ofercie wyraża wykonawca i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, którego przyjęcia oczekuje zamawiający i które opisał w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zastosowanie tego przepisu jest możliwe jedynie w sytuacji niemożliwości wyjaśnienia treści oferty i potwierdzenia w ten sposób jej zgodności z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, z zastrzeżeniem generalnego zakazu zmian w treści oferty, wynikającym ze zdania drugiego tego przepisu lub przeprowadzenia dopuszczalnych zmian w treści oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3.

Oferta Przystępującego nie pokrywa całego przedmiotu zamówienia w zakresie zadania nr 60 i jako nieodpowiadająca potrzebom Zamawiającego winna zostać odrzucona w oparciu o przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz w zgodzie z jasną deklaracją Zamawiającego wyrażoną w punkcie 3.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Oferta wyraźnie wskazywała bowiem, że Przystępujący zobowiązuje się do dostarczenia: a) leku pod nazwą handlową Riximyo, b) w ilości 200.000 mg, c) za cenę łączną brutto (jedynym kryterium oceny ofert) 712.800,00 zł. Tymczasem w zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej Zamawiający poinformował o wyborze oferty Przystępującego z ceną ofertową 1.675.080,00 zł. Do zmiany ceny ofertowej doszło

w momencie, w którym jedynym dysponentem oferty był Zamawiający. Wobec powyższego jest oczywiste, że w okresie pomiędzy otwarciem ofert a wyborem oferty najkorzystniejszej oferta Przystępującego została uznana za niezgodną ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia przez Zamawiającego, co uruchomiło procedurę wyjaśnień/poprawiania omyłek,

Zamawiający być może wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień i Zamawiający nie

odrzucał oferty, do czego jest zobowiązany, lecz dokonał zmian w ofercie co najmniej w zakresie ceny ofertowej, a prawdopodobnie również w zakresie ilościowym oferowanego świadczenia.

W ocenie Odwołującego, jakkolwiek słuszna była konstatacja Zamawiającego w zakresie niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, o tyle działania skutkujące wprowadzeniem zmian w ofercie były przekroczeniem zakresu uprawnień przyznanych Zamawiającemu. Uchybienie to skutkowało nieuprawnionym uwzględnieniem oferty Przystępującego w procesie wyboru oferty najkorzystniejszej dla zadania nr 60 wypaczając jego wynik.

Pierwszą z możliwości dokonania zmian w ofercie, z których mógł skorzystać Zamawiający, jest przewidziana w art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych możliwość

skorygowania oczywistej omyłki pisarskiej.

Oczywista omyłka w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych powszechnie interpretowana jest jako błąd natury technicznej, polegający na pominięciu jakiegoś elementu, użyciu niewłaściwego słowa lub zwrotu, wskazaniu niewłaściwych jednostek miary, rozbieżnościach pomiędzy wartościami wskazanymi w zapisie liczbowym i słownym. Wspólną cechą omyłek podlegających poprawie w tym trybie jest ich oczywiście niezamierzony charakter oraz możliwość usunięcia poprzez ingerencję w złożoną ofertę, która ma charakter punktowy - korekcie poddawana jest tylko omyłka, bowiem cała reszta oferty ma poprawną postać.

Biorąc pod uwagę liczbę elementów wymagających korekty w formularzu ofertowym, możliwe jest przyjęcie jedynie dwóch scenariuszy: 1) wskazanie ilości leku 200.000 mg było w pełni świadome, wykonawca wypełniając dalsze pola formularza ofertowego konsekwentnie referował to tej ilości leku, 2) wykonawca wypełniając formularz ofertowy dla zadania nr 60 popełnił całą serię omyłek wskazując w sposób niewłaściwy ilość leku, cenę netto i cenę brutto. W pierwszym scenariuszu nie ma omyłki, lecz świadome i konsekwentne działanie wykonawcy, które nie może być traktowane jako omyłka, lecz niedołożenie należytej staranności w przygotowaniu oferty. W drugim byłaby to seria omyłek w obrębie jednego zadania ofertowego, przy czym owe „omyłki” są zdumiewająco konsekwentne. Przyjmując, że co najmniej trzy z parametrów zostały skorygowane przez Zamawiającego, powstaje pytanie o oczywistość takiej omyłki, a korelacja między poszczególnymi wartościami wskazanymi w formularzu ofertowym wyklucza przypadek będący konstytutywnym elementem omyłkowego działania. Konsekwencja w podawaniu kolejnych (błędnych, lecz pozostających w logicznym związku) wartości w formularzu ofertowym wyraźnie wskazuje na świadome działanie osoby wypełniającej formularz.

Zgodnie z orzecznictwem możliwość poprawienia oczywistej omyłki w ofercie może dotyczyć wyłącznie takich błędów, które są łatwe do zauważenia, a „oczywistość” omyłki rozumianej jako określona niedokładność nasuwa się każdemu, bez potrzeby przeprowadzania dodatkowych badań czy ustaleń. Omyłka musi mieć zatem charakter zwykłego przypadkowego przeoczenia lub innej zwykłej przypadkowej niedokładności, która dla każdego jest oczywista. Oczywista omyłka pisarska musi mieć zatem charakter proceduralno-techniczny, a nie merytoryczny i jej poprawienie nie może w konsekwencji prowadzić pod pozorem sprostowania oczywistej omyłki pisarskiej do wytworzenia nowej treści oświadczenia woli (wyrok KIO 770/14). Oczywista omyłka pisarska jest zwykle wynikiem przeoczenia lub innej wady procesu myślowo-redakcyjnego, nigdy zaś uchybienia merytorycznego. Poprawienie oczywistej omyłki nie może prowadzić do wytworzenia nowej treści oświadczenia woli. Mimo tego, że poprawienie oczywistej omyłki pisarskiej zawsze będzie skutkowało zmianą treści ofert, to będzie tak jedynie w znaczeniu technicznym, nie zaś merytorycznym (wyrok KIO 1891/14). Oczywistą omyłką pisarską, jest niezamierzona niedokładność nasuwająca się każdemu, bez przeprowadzania dodatkowych ustaleń. Może to być błąd literowy, widoczne niezamierzone opuszczenie wyrazu, czy inny błąd, wynikający z przeoczenia lub innej wady procesu myślowo-redakcyjnego, a niespowodowany uchybieniem merytorycznym (wyrok KIO 510/19).

Pominięcie zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie jest też omyłką rachunkową w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, bowiem dotyczy deklarowanej ilości dostarczanych leków, a więc zakresu świadczenia, a nie błędów obliczeniowych prowadzących do wpisania błędnych wartości w kolejnych polach formularza

cenowego: wszelkie wartości wskazane w formularzu cenowym złożonym przez Przystępującego są spójne i powstały w wyniku prawidłowo wykonanych operacji matematycznych, zatem Zamawiający nie ma możliwości wprowadzenia korekty w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz uwzględnienia konsekwencji rachunkowych takiej korekty.

„Oczywista omyłka rachunkowa jest wynikiem niepoprawnie przeprowadzonych działań arytmetycznych i stanowi nieprawidłowy wynik uzyskany z błędnie wykonanego dodawania, odejmowania, mnożenia lub dzielenia. Omyłki rachunkowe to błędy we wszystkich działaniach arytmetycznych, które naruszają stosowanie reguł matematycznych. Omyłka musi mieć charakter niezamierzony, gdy wykonawca przyznaje, że omyłka była skutkiem jego świadomej decyzji, wówczas brak jest podstaw do poprawienia. Omyłka rachunkowa ma charakter oczywisty nie tylko wtedy, gdy jest widoczna na pierwszy rzut oka, lecz także wtedy, gdy fakt jej istnienia może być jednoznacznie stwierdzony podczas sprawdzania obliczeń zgodnie z opisem wynikającym z SIWZ. Oczywista omyłka występuje także wtedy, gdy mimo zastosowania prawidłowej stawki VAT, wykonawca nieprawidłowo wyliczył kwotę tego podatku.” (wyrok KIO 2538/18).

Nie można wywodzić, że wskazanie deklarowanej ilości oferowanego leku było efektem błędu obliczeniowego. Wielkość ta pojawia się w formularzu jako świadoma deklaracja

wykonawcy, która dopiero później stanowi przedmiot - a nie efekt - kolejnych działań matematycznych prowadzących do ceny oferty brutto.

O ile dopuszczalne byłoby dokonanie korekty ceny oferty brutto, o ile podane w formularzu wartości wskazywałyby na niewłaściwe wykonanie działań matematycznych, o tyle art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych nie może stanowić podstawy do skorygowania zakresu świadczenia, które nie pojawia się w formularzu jako efekt działań matematycznych wykonywanych przez wykonawcę, lecz jako świadoma decyzja o parametrach oferowanego produktu, które dopiero później są przedmiotem (a nie wynikiem) działań matematycznych.

Mając na uwadze powyższe potencjalnie możliwe jest jedynie dokonanie korekty oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dostosowanie ilości oferowanego Rituximabu do aktualnej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, to jest zmianę wartości wskazanych w kolumnach nr 5 (ilość) oraz nr 11 (ilość opakowań), jednak zmiana taka ingerowałaby w zakres zobowiązania oferenta - zwiększając je ponad dwukrotnie, co należy uznać za istotną zmianę oferty.

Należy przy tym zauważyć, że przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych nie uprawnia zamawiającego do uwzględnienia konsekwencji rachunkowych popełnionej omyłki innej niż omyłka rachunkowa, zatem Zamawiający nie miałby możliwości ingerowania w pozostałe pozycje formularza cenowego, w konsekwencji, przy pozostawieniu niezmięionej łącznej wartości brutto, uległaby zmianie wartość ofertowa 1 mg rituximabu, zaś przy odmiennym stanowisku Zamawiający musiałby skorygować wysokość wynagrodzenia wykonawcy Przystępującego.

Porównując zatem treść (zakres świadczenia i cenę ofertową) oferty złożonej przez Przystępującego oraz parametry wskazane w zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej, Zamawiający (w porozumieniu z wykonawcą) zmienił zakres zobowiązania oraz cenę - dwa kluczowe elementy oferty jako oświadczenia woli. Nie ma przy tym wątpliwości, że Przystępujący złożył w formularzu ofertowym jasne oświadczenie, że jest gotowy dostarczyć: a) Rituximab w postaci produktu Riximyo, b) w ilości 200 000 mg, c) w łącznej cenie 712.800,00 zł brutto. Tym oświadczeniem związani są wszyscy uczestnicy niniejszego postępowania. Zmiana tej relacji byłaby de facto wykreowaniem nowej oferty, na nowych warunkach finansowych, co jest zabronione w ramach procedury poprawiania omyłek.

II Stanowisko Zamawiającego

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o jego oddalenie i zasądzenie od

Odwolującego na rzecz Zamawiającego kosztów zastępstwa procesowego.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający wskazał, że zarzut jest bezpodstawny z uwagi na fakt wskazania przez Zamawiającego w piśmie z 29 stycznia 2020 r. podstawy prawnej dokonania poprawienia omyłki, tj. art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Niezgodny z prawdą jest zatem argument Odwołującego, iż Zamawiający do dnia złożenia odwołania nie wskazał podstawy prawnej dokonania zmiany.

Zamawiający natomiast prawidłowo dokonał poprawienia omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3

ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający wymagał w zadaniu nr 60 dostawy leku Rituximab - lek refundowany. Zgodnie z punktem 15.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia kryterium oceny ofert była cena 100%. Zamawiający oszacował wartość i ilość zamówienia na podstawie załącznika do ustawy o lekach refundowanych (wykaz leków refundowanych w ramach programów lekowych i chemioterapii.)

Nieprawdą jest, iż Zamawiający dokonał zmiany zakresu świadczenia objętego zamówieniem oraz ceny ofertowej za wykonanie zamówienia, stanowiącej jedyne kryterium

oceny ofert. Jak słusznie zauważył Odwołujący, Zamawiający w pierwszej kolejności zobowiązany jest do rozważenia, czy zastosowanie w stanie faktycznym sprawy znajdzie art. 87 ust. 2 pkt 1, 2 lub 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający po analizie oferty Przystępującego, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, charakteru błędu i jego wpływu na dalszy obraz ofert oraz specyfikę przedmiotu zamówienia - lek refundowany, uznał, że z uwagi na całokształt okoliczności przedmiotu zamówienia znajdzie zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczący innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia niepowodującej istotnych zmian w treści oferty. Omyłka taka musi być oczywista dla zamawiającego, a wprowadzone poprawki stanowiąc muszą odzwierciedlenie złożonego oświadczenia woli wykonawcy wyrażonego w ofercie. Poprawki zamawiającego nie mogą prowadzić do prowadzenia negocjacji, co w omawianej sprawie nie miało miejsca wbrew twierdzeniom Odwołującego.

Pismem z 29 stycznia 2020 r. Zamawiający dokonał poprawienia omyłki wskazując na podstawę prawną dokonania czynności. Zmiany dokonane przez Zamawiającego nie miały charakteru konwalidacji oferty, a dokonane zostały w celu poprawienia przeoczenia wykonawcy wynikającego ze zmiany załącznika do specyfikacji istotnych warunków zamówienia - formularz ofertowy. Wykonawca wyraził zgodę na dokonanie korekty.

Zamawiający podkreślił, że w formularzu ofertowym poza rubryką „Ilość” znajduje się rubryka „Cena jednostkowa” oraz rubryka „Łącznie wartość netto” i „Łącznie wartość brutto”. Odwołujący zawarł w formularzu ofertowym te właśnie określenia, tj. „cena” w odniesieniu do „ceny jednostkowej za lek”, co pokrywa się z zapisami punktu 15.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia: „Za najkorzystniejszą ofertę zostanie uznana oferta, która uzyska najniższą cenę”. Wskazanie w rubryce zapisu „Łącznie wartość netto” i „Łącznie wartość brutto” wskazuje na określenie jedynie wartości umowy, a nie jest jednoznaczne z ceną. Ilość wskazana przez Zamawiającego w formularzu ofertowym ma charakter szacunkowy. Zamawiający określił te kwestie w § 1 wzoru umowy stanowiącej załącznik do specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez zapisy: „Realizacja umowy odbywać się będzie sukcesywnie stosownie do potrzeb Zamawiającego w danym czasie. Zamawiający zastrzega sobie prawo zmiany ilości produktów leczniczych szacunkowo określonych w załączniku nr 1 do niniejszej umowy - w ramach łącznej wartości brutto określonej w § 2 ust. 1 umowy, oraz prawo do zmniejszenia zamówienia do ilości faktycznie niezbędnej dla Zamawiającego. Wykonawcy nie przysługują wobec Zamawiającego żadne roszczenia, w tym odszkodowawcze, z tytułu zrealizowania umowy poniżej wielkości i wartości określonej w załączniku nr 1 do umowy (przedmiot zamówienia) w przypadku zmniejszenia zamówienia do ilości faktycznie niezbędnej dla Zamawiającego.” Wykonawcy posiadali zatem wiedzę, iż ilości podawane przez Zamawiającego są ilościami szacunkowymi i nieostatecznymi, mogą ulec zmianie, w zależności od faktycznego zapotrzebowania. Ilość produktów zawarta w formularzu ofertowym - wersja pierwotna wynikała z szacowania Zamawiającego, a modyfikacja ilości (zmiana formularza ofertowego) podyktowana była treścią pism NFZ dotyczących kontroli ilości zakupu leków oryginalnych i leków biopodobnych - Zamawiający z uwagi na kontrolę zmienił szacunkowe ilości leków biopochodnych, kosztem zmniejszenia leków oryginalnych - droższych, celem ograniczenia kosztów zakupu leków z programów lekowych i chemioterapii finansowanych przez NFZ.

Cena jednostkowa po dokonanej przez Zamawiającego korekcie, stanowiąca najważniejszy czynnik oceny, nie uległa zmianie. Poza tym pomimo dokonania korekty oferta

Przystępującego była w dalszym ciągu najkorzystniejszą ofertą, a oferta Odwołującego była droższa o ok. 500.000 zł.

Zamawiający, oceniając możliwość korekty oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, kierował się również przesłankami, zgodnie z którymi ukształtował opis przedmiotu zamówienia i warunki postępowania. Lek Rituximab to lek z listy leków refundowanych, służący do leczenia pacjentów w ramach programów lekowych i chemioterapii. Lek ten jest w całości finansowany z środków publicznych, a płatnikiem jest nie Zamawiający, ale NFZ. Zatem najważniejszym czynnikiem ocennym przy wyborze dostawcy leków refundowanych nie jest całkowita wartość oferty, ale cena jednostkowa leku, gdyż to na jej podstawie NFZ dokonuje zapłaty za lek. NFZ wskazuje na konieczność podjęcia przez Zamawiającego działań zmierzających do zakupu leków refundowanych na

korzystnych warunkach cenowych (najniższa cena) w celu zapewnienia należytego gospodarowania środkami publicznymi i umożliwienia dzięki tym oszczędnościom objęcia terapią większej liczby pacjentów.

Decyzja o poprawieniu omyłki musi być podejmowana każdorazowo z uwzględnieniem całokształtu indywidualnych okoliczności sprawy, z uwzględnieniem następstw i konsekwencji zmian dla treści oferty oraz samego rodzaju i charakteru poprawianych niezgodności oraz sposobu ich przeprowadzenia. Zmiana dokonana przez Zamawiającego nie wpłynęła w żaden sposób na zmianę przedmiotu zamówienia - dostawa leków, jego realizację, na oferowaną cenę - cena jednostkowa bez zmian. Zamawiający miał podstawy, by zakładać, że błędy w ofercie były wynikiem nieuwzględnienia zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia - formularza i powinien potraktować je jako omyłkę i dokonać jej poprawienia na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający miał możliwość zweryfikowania przyczyn rozbieżności między ofertą a wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez zawiadomienie wykonawcy o dokonaniu poprawek. Reakcja wykonawcy na tę czynność byłaby ostatecznym potwierdzeniem charakteru niezgodności. Gdyby Przystępujący nie chciał lub nie mógł wykonać zamówienia w terminie określonym przez Zamawiającego, nie zgodziłby się na poprawienie oferty. Wówczas dopiero zaistniałaby okoliczność uzasadniająca odrzucenie oferty, o którą wnioskuje Odwołujący. Nie sposób również zarzucić Zamawiającemu prowadzenia negocjacji z wykonawcą, gdyż czynność korekty odbyła się na podstawie jednostronnej czynności Zamawiającego bez prowadzenia korespondencji w sprawie wyjaśnień złożonej oferty z wykonawcą.

Intencją ustawodawcy w zakresie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych było umożliwienie brania pod uwagę w postępowaniu ofert obarczonych nieistotnymi wadami, będącymi wynikiem różnego rodzaju błędów i omyłek, które nie prowadzą do istotnych zmian w treści oferty - nie zniekształcają w znaczącym stopniu, niezgodnie z intencją oświadczenia woli wykonawcy ubiegającego się o zamówienie. Z przepisu tego wynika zatem zamiar ustawodawcy dopuszczenia do oceny w postępowaniu wszystkich ofert, nawet tych, które zawierają różnego rodzaju błędy, niedoskonałości, byleby tylko nie prowadziło to do zniekształcenia woli wykonawcy w zakresie istotnej części jego oferty. Z przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wynika obowiązek zamawiającego poprawienia omyłek polegających na niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji, jeżeli nie powodują one istotnych zmian w treści oferty. Tak ogólnie sformułowana przesłanka wskazuje na pewną dozę elastyczności i uznaniowości pozwalającą odnieść ją do okoliczności konkretnego stanu faktycznego.

Poprzez dokonanie korekty w niniejszej sprawie Zamawiający nie zmienił i nie zniekształcił woli wykonawcy, czego dowód stanowi zgoda na dokonanie zmian w ofercie.

„Ocena, czy poprawienie innej omyłki przez zamawiającego powoduje (lub nie) istotną zmianę w treści oferty, musi być dokonywana na tle konkretnego stanu faktycznego. To co w ramach danego zamówienia może prowadzić do istotnej zmiany w treści oferty, nie musi rodzić takiego efektu przy ocenie ofert innego podobnego zamówienia. Tym samym sprostowaniu lub uzupełnieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp mogą podlegać wadliwie podane elementy kalkulacyjne, w tym ilości lub wymiary dla poszczególnych pozycji kosztorysowych - zarówno niemające wpływu, jak również mające wpływ na cenę oferty, czy to całkowitą, czy cenę jednostkową, nie powodujące istotnych zmian w treści oferty, z ewentualnym uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek.” (wyrok SO w Krakowie z 29 stycznia 2010 r., sygn. XII GA 429/09).

Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej punktem odniesienia przy ocenie dopuszczalności dokonania poprawy jest odniesienie dokonanej poprawy do całości oferowanego przez wykonawcę świadczenia. „Okoliczność, że zmiana miałaby dotyczyć elementów przedmiotowo istotnych umowy (essentialia negotii) lub elementów uznanych za istotne przez zamawiającego, a nawet fakt, że skutkiem dokonanej poprawy miałaby być zmiana ceny oferty, nie stanowi okoliczności uniemożliwiających dokonanie poprawy na postawie art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. Znaczenie ma bowiem, czy poprawienie omyłki w sposób istotny zmienia treść oferty w znaczeniu treści oświadczenia woli wykonawcy, a nie czy tkwi w jej istotnych postanowieniach.”

Odrzucenie oferty Przystępującego i przyznanie ofercie Odwołującego wyższej oceny punktowej na etapie badania ofert złożonych przez wykonawców dla zadania nr 60 prowadziłyby do naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Poprawa dokonana przez Zamawiającego nie miała wpływu na najważniejsze kryterium wyboru oferty, tj. na cenę jednostkową oferowaną przez Przystępującego, która stanowi najważniejszy element kalkulacji wartości zamówienia, a zasadność dokonania zmiany wynika z okoliczności stanu faktycznego udzielanego zamówienia. Wybór najkorzystniejszej oferty został dokonany prawidłowo i zgodnie z obowiązującymi przepisami oraz w oparciu o zapisy dotyczące kryteriów oceny ofert zawartych w specyfikacji istotnych

warunków zamówienia. Odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych może nastąpić tylko w przypadku, gdy występuje zasadnicza i nieusuwalna niezgodność postanowień oferty z zapisami specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Nie sposób przyjąć, by w opisanym przypadku taka sytuacja miała miejsce. Zamawiający w pierwszej kolejności powinien, biorąc pod uwagę całą treść oferty, jak i literalne brzmienie specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dokonać analizy możliwości zastosowania instytucji opisanej w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, a dopiero w przypadku, gdy jej zastosowanie nie będzie możliwe, odrzucić ofertę. Obowiązkiem Zamawiającego jest zatem poprawienie omyłki popełnionej przez wykonawcę. Odrzucenie oferty Wykonawcy nie może wynikać z braku dokonania obowiązkowej poprawki popełnionych w niej omyłek. Omyłkę poprawia się wtedy, gdy jest

oczywista, widoczna i nie wynika z niedozwolonych negocjacji prowadzonych przez zamawiającego z wykonawcą.

Zamawiający, uwzględniając całokształt stanu faktycznego, charakter omyłki i wpływ na wynik postępowania, a w szczególności specyfikę przedmiotu zamówienia i leków nim objętych, tj. refundowanych, których płatnikiem jest NFZ, dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty na podstawie kryterium oceny ofert, o którym mowa w punkcie 15.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Oferta Przystępującego, przed i po dokonaniu zmian, przedstawiała korzystniejszy bilans ceny w stosunku do oferty Odwołującego (różnica ok. 500.000 zł). Odrzucenie oferty LEK S.A w tych okolicznościach i wybór oferty znacznie wyższej stanowiłby istotne naruszenie wydatkowania środków publicznych i brak gospodarności po stronie Zamawiającego, zwłaszcza w świetle zarzutów NFZ.

III Stanowisko przystępującego po stronie Zamawiającego

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca LEK S.A. wnosząc o oddalenie odwołania.

Przystępujący poparł stanowisko Zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania.

Podkreślił, że wśród zarzutów brak jest zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, zatem Odwołujący wskazał, że zostały naruszone określone przepisy, ale nie zasady traktowania wykonawców. Zgodnie z orzecznictwem - wyrok sygn. KIO 1498/13 i wyrok SO w Gliwicach sygn. X Ga 110/09, o treści zarzutu decyduje przypisana podstawa prawna i faktyczna, a Izba powinna orzekać w granicach zarzutu - zatem skoro nie ma zarzutu naruszenia uczciwej konkurencji i równego traktowania, to odwołanie powinno zostać oddalone.

Zauważył, że przedmiotem zamówienia jest zakup leków, produktów leczniczych i środków spożywczych, a szczegółowy opis został określony we wzorze umowy i formularzu cenowym. § 2 wzoru umowy określa wartość przedmiotu umowy, przy czym została ona

wskazana w ten sposób, że całkowita wartość umowy „nie przekroczy łącznie kwoty...”. Zatem jest to wynagrodzenie kosztorysowe, które nie będzie na stałym poziomie. Tym samym kryterium ceny brutto z punktu widzenia definicji przedmiotu zamówienia oraz ceny nie decyduje o realizacji zamówienia - decyduje o tym umowa.

Zgodnie z art. 44 ust. 3 pkt 1 ustawy o finansach publicznych wydatków powinno się dokonywać w sposób racjonalny i celowy, a zgodnie z art. 86 ust. 1 pkt 2 lit. g ustawy o finansach publicznych wynagrodzenie może być określone jako wynagrodzenie maksymalne. Te dwa przepisy powinny być uwzględnione przy analizowaniu przedmiotowej kwestii. § 2 ust. 1 umowy wskazuje, że istotna jest cena jednostkowa, a wskazana cena globalna jest ceną maksymalną. W punkcie 14.1 specyfikacji istotnych warunków

zamówienia określono sposób obliczenia ceny oferty; zgodnie z tym opisem formularz cenowy zawiera opis i zakres zamówienia. Powołał się również na sposób określenia cen wynikający z art. 3 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy o informowaniu o cenach towarów i usług.

Kryterium oceny ofert służy, by wybrać najkorzystniejszą ofertę, jednak pomimo że oferta zostanie oceniona poprzez cenę brutto, to realizacja zamówienia odbędzie się w inny sposób - wskazany w umowie. Przystępujący zgodziłby się z zarzutami Odwołującego, gdyby cena oferty była ceną ryczałtową.

Powołał się też na wyroki KIO. Z wyroku KIO 522/11 wynika, że w ramach art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych można zmienić zarówno essentialia negotii, jak i cenę. Wyrok KIO 134/09 wskazuje, iż można dokonać korekty ilości, nawet jeśli omyłka jest zawiniona przez wykonawcę. W wyroku KIO 1932/14 wskazano, że przy cenie ryczałtowej nie ma możliwości poprawienia omyłki.

Przystępujący oświadczył, że oferuje realizację zamówienia zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i akceptuje jej wymagania. Przy ocenie poprawienia omyłki należy badać całokształt okoliczności sprawy, natomiast w tej sprawie najistotniejsza jest cena jednostkowa jako cena wykorzystywana do rozliczania z NFZ i wynikająca z umowy, zatem całokształt sprawy wskazuje, że można było tu dokonać poprawienia omyłki (KIO 1818/11). Z wyroku KIO 2734/13 wynika, że jeżeli zmiana nie powoduje niemożności świadczenia, to nie jest istotna. Nieprawdą zaś jest twierdzenie Odwołującego, że Przystępujący mógłby nie być w stanie wykonać umowy ze względu na zwiększenie ilości. Oświadczył, że omyłka wynika wyłącznie z przeoczenia, ponieważ Przystępujący w tym czasie przygotowywał wiele ofert, w tym na kilka części w prowadzonym postępowaniu, zatem choć wcześniej zauważył modyfikację specyfikacji istotnych warunków zamówienia, przeoczył to przy wypełnianiu formularza cenowego.

Odwołujący sprowadza istotność zmiany oferty wyłącznie do zmiany jej wartości. Przystępujący podkreślił jednak, że jeśli zmiana nie powoduje niemożności świadczenia, to nie jest istotna. Jedyne, co się zmieniło w ofercie, to poprawienie ilości, co w oczywisty sposób miało wpływ na wartość, natomiast nie zmieniła się cena jednostkowa, która jest istotna dla rozliczeń, nazwa i dawka leku.

IV Ustalenia lzby

Na wstępie lzba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący ma interes w wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Lzba ustaliła także, iż stan faktyczny postępowania w zakresie postawionego zarzutu (w szczególności: treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia i jej modyfikacji z 7 stycznia 2020 r., treść oferty Przystępującego dla zadania nr 60 - formularza oferty i formularza cenowego, treść pisma Zamawiającego o poprawieniu omyłki z 29 stycznia 2020 r.) nie jest sporny między Stronami i Przystępującym.

Po zapoznaniu się z przedmiotem sporu oraz argumentacją Stron i Przystępującego, w oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentów postępowania przetargowego doręczonych przez Zamawiającego oraz stanowisk Stron i Przystępującego przedstawionych w pismach i podczas rozprawy lzba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu - w stosunku do oferty dla zadania nr 60 - naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych przez nieuzasadnione zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego w sytuacji, w której oferta ta była niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, gdyż zakres oferty nie pokrywał wielkości zamówienia w całości,

2. art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty Przystępującego, która podlegała

obligatoryjnemu odrzuceniu,

3. art. 87 ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie korekty w ofercie Przystępującego, podczas gdy zaistniała rozbieżność pomiędzy zakresem oferty a wymogami specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie miała charakteru oczywistej omyłki pisarskiej ani omyłki rachunkowej, względnie

5. art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie korekty w ofercie Przystępującego w sposób, który doprowadził do istotnej zmiany warunków ofertowych zwiększając zakres oferowanego świadczenia oraz oczekiwaną cenę, stanowiącą

kryterium oceny ofert.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.

Art. 87 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że „1. W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert.

Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

1a. W postępowaniu prowadzonym w trybie dialogu konkurencyjnego w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców sprecyzowania i dopracowania treści ofert oraz przedstawienia informacji dodatkowych, z tym że niedopuszczalne jest dokonywanie istotnych zmian w treści ofert oraz zmian wymagań zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

2. Zamawiający poprawia w ofercie:

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

- niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona."

Art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazuje, że zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Przepis ten mógłby odnosić się do sytuacji, w której zamawiający dokonałby wyboru oferty na podstawie odmiennych kryteriów niż wskazane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia - albo odmiennie interpretowanych - zatem nie ma zastosowania w niniejszym sporze, który dotyczy innej kwestii.

Zamawiający w ramach postępowania przewidział składanie ofert częściowych, w ramach których każde zadanie było de facto odrębną ofertą, zatem przesłanki zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych badane są dla każdego zadania odrębnie.

W niniejszym postępowaniu opis przedmiotu zamówienia został dokonany głównie w postaci formularza cenowego, z którego wynika, że w zadaniu nr 60 Zamawiający wymagał zaoferowania leku Rituximab w ilości 470.000 mg (informacja podana w formularzu cenowym przez Zamawiającego), przy czym wykonawca miał podać: nazwę handlową leku, jego producenta, kod EAN, postać i dawkę, ilość w opakowaniu, liczbę opakowań, cenę jednostkową netto, łącznie wartość netto, VAT w %, łącznie wartość brutto oraz mógł zgłosić uwagi.

Ilość 470.000 mg Rituxabu w zadaniu nr 60 została wskazana w modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia z 7 stycznia 2020 r. - wcześniej wynosiła ona 200.000 mg.

Przystępujący złożył ofertę dla zadania nr 60, w której wskazał, że oferuje 200.000 mg leku Rituximab o nazwie handlowej Riximyo, liczba opakowań 200.000, ilość w opakowaniu 1 mg, za cenę jednostkową 3,30 zł, łącznie wartość netto 660.000 zł, VAT 8%, łącznie wartość brutto 712.800 zł, z komentarzem w kolumnie „Uwagi”: „wycena z 1 mg”.

W formularzu ofertowym wskazana została wartość przedmiotu zamówienia brutto 712.800 złotych.

Pismem z 29 stycznia 2020 r. Zamawiający poinformował Przystępującego, że w zadaniu nr 60, działając na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprawił w ofercie inną omyłkę polegającą na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującą istotnych zmian w treści oferty - ze wskazanej powyżej na następującą: ilość 470.000 mg, ilość opakowań 470.000, cena jednostkowa 3,30 zł (bez zmian), łącznie wartość netto 1.551.000 zł, VAT 8% (bez zmian), łącznie wartość brutto 1.675.080 złotych. W konsekwencji dokonał też korekty formularza ofertowego na kwotę 1.675.080 złotych.

Przystępujący pismem z 29 stycznia 2020 r. wyraził zgodę na poprawienie omyłki w sposób wskazany przez Zamawiającego.

Zamawiający, poprawiając przedmiotową omyłkę, powołał się nie na art. 87 ust. 2 pkt 1 lub 2, lecz na art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Również podczas rozprawy ani Zamawiający, ani Przystępujący nie wskazywali, że przepis art. 87 ust. 2 pkt 1 lub 2 ustawy Prawo zamówień publicznych mógłby mieć w tym stanie faktycznym zastosowanie, a Odwołujący sformułował te zarzuty bez zapoznania się z pismem z 29 stycznia 2020 r. i wyłącznie „z ostrożności procesowej”; zatem Izba pominięto rozważania w tym zakresie - skoro nie dotyczą one kwestionowanej czynności Zamawiającego - konkludując jedynie, że rzeczywiście nie mogłyby one mieć zastosowania w tej sytuacji, ponieważ stan faktyczny wykracza poza zakres regulacji nimi objęty.

Odnosząc się zaś do dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba stwierdziła, że oferta Przystępującego powinna zostać odrzucona. Jak wskazano powyżej, zamawiający zobowiązany jest odrzucić ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, chyba że zachodzi możliwość jej poprawienia wskazana w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Z kolei z brzmienia art. 87 ust. 2 pkt 3 wynika, że zamawiający może poprawić w ofercie omyłki „inne” - czyli inne niż wskazane w punkcie 1. i 2. oczywiste omyłki pisarskie i oczywiste omyłki rachunkowe - polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

Przepis ten sam w sobie zawiera zamknięte przesłanki korekty oferty. Zatem mają to być: 1) omyłki (lub omyłka), 2) w ofercie, 3) niepodlegające kwalifikacji jako oczywiste omyłki rachunkowe lub pisarskie, 4) polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, 5) nie mające przymiotu istotności dla oferty, co polega na tym, że ich korekta nie spowoduje istotnej zmiany oferty, 6) dodatkowo - możliwe do poprawienia przez zamawiającego.

W niniejszej sprawie nie budziło wątpliwości, że zaistniała rozbieżność pomiędzy wzorem formularza cenowego przygotowanym przez Zamawiającego po modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia z 7 stycznia 2020 r. a formularzem cenowym złożonym przez Przystępującego w ramach oferty wynikała z przeoczenia przez Przystępującego w momencie sporządzania oferty zmiany zamawianej ilości leku z 200.000 mg na 470.000 mg, zatem nie było wątpliwości, że była to kwestia omyłki Przystępującego, a nie jego celowego działania. Omyłka ta powodowała niezgodność oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Oczywiście było także, jaka powinna być prawidłowa treść oferty, a sama omyłka była wyjątkowo łatwa do poprawienia przez Zamawiającego.

Tym samym spełnione zostało 5 z 6 powyżej wskazanych przesłanek pozwalających na poprawienie omyłki - fakt ten nie był też kwestionowany przez Odwołującego.

W ocenie Izby niespełniona została natomiast przesłanka odnosząca się do tego, by wprowadzona zmiana (korekta) nie spowodowała istotnych zmian w treści oferty. Przedmiotem oferty dla zadania nr 60 była bowiem dostawa 200.000 mg leku o nazwie Riximyo o wartości 660.000 zł netto i 712.800 zł brutto. Po korekcie dokonanej przez Zamawiającego przedmiotem oferty była natomiast dostawa 470.000 mg leku Riximyo o wartości 1.551.000 zł netto i 1.675.080 zł brutto. Zmieniło to zakres oferty (świadczenia) o 135%, a tym samym i wartość oferty/świadczenia o 135%. Nie można takiego zakresu zmiany uznać za nieistotny - nawet przy wysokiej elastyczności i tolerancji na dokonywanie zmian ponad dwukrotna zmiana ilości i wartości oferowanego produktu musi zostać uznana za istotną.

I nie ma tu znaczenia, że dla Zamawiającego realnie istotna była jedynie cena jednostkowa miligramu leku, że być może nie zakupi deklarowanej ilości tego leku, że Przystępujący byłby w stanie dostarczyć mu każdą zamówioną ilość tego leku, czy cena jest kosztorysowa, czy ryczałtowa ani inne podnoszone przez Zamawiającego i Przystępującego okoliczności. Zamawiający bowiem w specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie odniósł zakresu oferty do ceny jednostkowej za miligram, lecz sformułował ofertę w odniesieniu do 470.000 mg i ceny za tę ilość. Tym samym, konsekwentnie, w taki sposób należy pojmować treść oferty również przy jej badaniu.

W związku z powyższym Izba uznała, że spełnione zostały przesłanki art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych i oferta Przystępującego podlega odrzuceniu i orzekła jak w sentencji uwzględniając odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r.

w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972), uwzględniając uiszczony przez Odwołującego wpis w wysokości 15.000 złotych oraz wynagrodzenie pełnomocnika Odwołującego w kwocie 3.600 złotych.

Przewodniczący: