

WYROK

z dnia 22 listopada 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Szymon Grzybowski

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 19 listopada 2021 r. w sprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25.10.2021 r. przez odwołującego: ORTOCARE Sp. z o.o., ul. Łopuszańska 95, 02-457 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Uniwersyteckie Centrum Kliniczne Warszawskiego Uniwersytetu Medycznego, ul. Banacha 1a, 02-097 Warszawa przy udziale przystępującego: Aesculap Chifa Sp. z o.o., ul. Tysiąclecia 14, 64-300 Nowy Tomyśl po stronie zamawiającego

orzeka

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz wyboru najkorzystniejszej oferty, nakazuje dokonania ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego po uprzednim poprawieniu innej omyłki powodującej niezgodność z SWZ.
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Uniwersyteckie Centrum Kliniczne Warszawskiego Uniwersytetu Medycznego, ul. Banacha 1a, 02-097 Warszawa  
i
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego: ORTOCARE Sp. z o.o., ul. Łopuszańska 95, 02-457 Warszawa tytułem wpisu od odwołania
  - 2.2. zasądza od zamawiającego Uniwersyteckie Centrum Kliniczne Warszawskiego Uniwersytetu Medycznego, ul. Banacha 1a, 02-097 Warszawa kwotę 18.600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) na rzecz odwołującego ORTOCARE Sp. z o.o., ul. Łopuszańska 95, 02-457 Warszawa stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo

zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2021 r. poz.1129) 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: .....

#### Uzasadnienie

#### Odwołanie dotyczy

postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego o wartości przekraczającej progi unijne, na zadanie pod nazwą Dostawa narzędzi chirurgicznych w podziale na pakiety, (nr referencyjny: DZPUCK.262.090.2021), część nr 3, dalej: „Postępowanie”. Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 9 sierpnia 2021 r. pod numerem 2021/S 152-404056.

Działając w imieniu i na rzecz ORTOCARE Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ul.

Łopuszańskiej 95, 02-457 Warszawa dalej: „Odwołujący” (pełnomocnictwo w załączeniu), na podstawie art. 513 pkt 1 i 2 w zw. z art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), dalej: „PZP”, wnoszę odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty Aesculap Chifa Sp. z o.o. z siedzibą w Nowym Tomyślu przy ul. Tysiąclecia 14, 64-300 Nowy Tomyśl, dalej: „Aesculap”, a także zaniechaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego, a z ostrożności czynności Zamawiającego polegających na odrzuceniu oferty Odwołującego w Postępowaniu, zaniechaniu odrzucenia jako niezgodnej ze Specyfikacją Warunków Zamówienia, dalej: „SWZ” oferty Aesculap i wyborze jako najkorzystniejszej oferty Aesculap, a w konsekwencji zaniechaniu unieważnienia Postępowania.

Zaskarżonym czynnościom Zamawiającego zarzucam naruszenie następujących przepisów PZP:

1. Art. 226 ust. 1 pkt 5) PZP w zw. z art. 223 ust. 1 i ust. 2 pkt 1) i pkt 3) PZP w zw. z art. 16 ust. 1 PZP poprzez niezasadne odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej z treścią SWZ wskutek zaniechania wyjaśnienia treści oferty Odwołującego, co doprowadziło do zaniechania poprawienia oczywistej omyłki pisarskiej lub innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty Odwołującego.

2. Art. 253 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 ust. 1 PZP poprzez wybór jako najkorzystniejszej w Postępowaniu oferty Aesculap, która to oferta nie jest ofertą najkorzystniejszą w świetle kryteriów określonych SWZ w związku z bezzasadnym odrzuceniem oferty Odwołującego.

1 pkt 5) PZP w zw. z art. 16 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Aesculap, która to oferta jest ofertą niezgodną z SWZ i jej wybór jako najkorzystniejszej w Postępowaniu, a w konsekwencji zaniechanie unieważnienia Postępowania z racji, iż wszystkie oferty podlegały odrzuceniu (zarzut podnoszony z ostrożności w sytuacji oddalenia zarzutu nr 1 i 2 odwołania).

Mając na uwadze powyższe zarzuty, wnoszę o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru jako oferty najkorzystniejszej Aesculap,
- 2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- 3) zbadania i oceny oferty złożonej przez Odwołującego, w tym poprawienie oczywistej omyłki pisarskiej lub innej omyłki powodującej niezgodność z SWZ,
- 4) dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w Postępowaniu,
- 5) ewentualnie w przypadku oddalenia odwołania Odwołującego w zakresie niezasadnego odrzucenia jego oferty, odrzucenie oferty Aesculap jako niezgodnej z SWZ, a konsekwencji unieważnienie Postępowania.

Odwołujący posiada interes w rozumieniu art. 505 ust. 1 PZP we wniesieniu przedmiotowego odwołania, bowiem może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów PZP. Oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą w Postępowaniu w świetle postawionych kryteriów oceny ofert, a Zamawiający poprzez niezasadne odrzucenie oferty Odwołującego uniemożliwił Odwołującemu uzyskanie zamówienia. W przypadku zaś oddalenia odwołania Odwołującego w zakresie niezasadnego odrzucenia jego oferty Zamawiający powinien unieważnić Postępowanie, co pozwoliłoby ubiegać się Odwołującemu

o zamówienie w nowym postępowaniu, a zatem również w tym przypadku Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania.

Odwołujący wnosi odwołanie z zachowaniem ustawowego terminu. Informację o czynności odrzucenia swojej oferty i wyborze oferty Aesculap jako najkorzystniejszej powziął w dniu 13 października 2021 r., następnie sprostowaną w dniu 14 października 2021 r. Ostatni dzień na wniesienie odwołania upływał w sobotę 23 października 2021 r. Wobec czego ostatni dzień na wniesienie odwołania zgodnie z art. 509 ust. 2 PZP przesunął się na pierwszy dzień roboczy i upływa w dniu 25 października 2021 r. Zatem odwołanie wniesione w dniu 25 października 2021 r. zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu.

#### UZASADNIENIE odwołania

Zarzuty nr 1 i 2 wraz z krótkim opisem stanu faktycznego

1. Postępowanie jest postępowaniem prowadzonym ponownie, wskutek unieważnienia wcześniejszego postępowania. Przedmiotem zamówienia jest dostawa narzędzi chirurgicznych w podziale na pakiety. Zamówienie zostało podzielone na 3 części. Przedmiot zamówienia został szczegółowo opisany w Załączniku nr 2.1-2.3 do SWZ. W przypadku części nr 3 przedmiotem zamówienia jest:

- 1) Zestaw nr 1 - zestaw do szycia - 5 kompletów.
- 2) Zestaw nr 2 - zestaw do zabiegów urazowych - 8 kompletów.
- 3) Zestaw nr 3 - zestaw do plastyki urazowej - 6 kompletów.
- 4) Zestaw nr 4 - zestaw do plastyki ścięgien - 3 komplety.

Przedmiot zamówienia został szczegółowo opisany w Załączniku nr 2.3 do SWZ.

2. W ramach każdego z zestawów wymagany był kontener składający się z wanny o wymiarach 592 x 274 x 187/247 mm /±8mm (podkreślenie własne Odwołującego). Jedyna różnica polegała na tym, iż w zestawie nr 2 ostatni wymiar dotyczący wysokości wymagany przez Zamawiającego wynosił 247 mm, zaś dla pozostałych trzech zestawów było to 187

mm. Wykonawca wraz z ofertą zobowiązany był złożyć Formularz Wymaganych Warunków

Technicznych.

3. Pismem z dnia 13 października 2021 r. sprostowanym następnie pismem z dnia 14 października 2021 r. Zamawiający odrzucił oferty Odwołującego jako niezgodną z SWZ wskazując w uzasadnieniu faktycznym:

„Zamawiający w Załączniku nr 2.3 (Formularzu wymaganych warunków technicznych) w pkt 3.93 wymagał zaoferowania kontenera składającego się m.in. z wanny o wymiarach 592 x 274 x 247mm /±8mm, Wykonawca zaoferował natomiast kontener składający się m.in. z wanny o wymiarach niemieszczących się w ww. przedziale, tj. 584 x 280 x 195mm.”

4. Odwołujący po otrzymaniu informacji o jego odrzuceniu ze zdziwieniem przyjął odrzucenie swojej oferty w sytuacji, gdyż:

a) niezgodność z SWZ po bliższej analizie wskazuje, iż nastąpiła wskutek omyłki, a nie świadomego zaoferowania przedmiotu zamówienia niezgodnego z SWZ,

b) sporna pozycja kosztuje nie więcej niż 1 000 zł, co przy ofercie Odwołującego na kwotę

514 090,80 zł stanowi niecałe 0,2% wartości jego oferty,

c) Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego wybrał jednocześnie jako najkorzystniejszą ofertę Aesculap droższą o 34% od oferty Odwołującego.

5. Wskazać należy, iż w ofercie Odwołującego doszło do popełnienia oczywistej omyłki pisarskiej tj. pracownik wypełniający formularz przekopował błędną ostatnią wartość kontenera w poz. 3.93, co doprowadziło do uznania oferty Odwołującego jako niezgodnej z SWZ. W sytuacji wypełniania blisko 30-stronicowego formularza popełnienie takie błędu nie jest czymś nadzwyczajnym.

6. Zdaniem Odwołującego omyłka w jego ofercie możliwa była do wyjaśnienia w trybie art. 223 ust. 1 PZP, a efektem tej procedury byłaby poprawa w ofercie Odwołującego tej nieścisłości jako oczywistej omyłki pisarskiej lub innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty Odwołującego. Odwołujący potwierdził wolę złożenia oferty zgodnej z SWZ oświadczeniem zawartym w treści formularza ofertowego.

7. Odwołujący przypomina, iż odrzucenie oferty dopuszczalne jest tylko w sytuacji stwierdzenia jej oczywistej i niepodważalnej niezgodności z wymogami SWZ. W niniejszym stanie faktycznym nie można mówić o niezgodności oferty z SWZ z racji na dopuszczalną poprawę innej omyłki w ofercie Odwołującego.

8. Niezależnie od powyższego, w ocenie Odwołującego, Zamawiający przed odrzuceniem oferty powinien wpierv wezwać Odwołującego do złożenia wyjaśnień, a dopiero gdyby udzielone wyjaśnienia nie potwierdziły, że oferta zgodna jest z SWZ odrzucić ofertę. Zamawiający zobowiązany jest do skorzystania z dyspozycji art. 223 ust. 1 ustawy

PZP w razie jakichkolwiek wątpliwości i wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień

odnośnie treści złożonej przez niego oferty.

9. Powyższe stanowisko Odwołującego znajduje potwierdzenie m.in. w wydanej w 2021 r. pod redakcją Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych publikacji „Prawo zamówień publicznych. Komentarz”. Jak wskazuje się w ww. komentarzu do art. 223 (podkreślenia własne Odwołującego):

„Regulacja art. 223 ust. 1 Pzp została ukształtowana jako prawo zamawiającego do żądania od wykonawcy w trakcie badania i oceny ofert wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Przy ocenie charakteru powyższej czynności nie można jednak pominąć obowiązku, jaki ciąży na zamawiającym, w postaci rzetelnego przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia.

W świetle tego obowiązku zaistnienie wątpliwości co do treści oferty, przedmiotowych środków dowodowych, dokumentów lub oświadczeń, prowadzących do niezgodności oferty z warunkami zamówienia może powodować konieczność uprzedniego wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień i umożliwienia rozwiania wątpliwości zamawiającego. W takiej sytuacji uzyskanie wyjaśnienia może warunkować zastosowanie względem oferty wykonawcy innych czynności, w szczególności jej odrzucenia”.

10. Stanowisko Odwołującego poparte jest również licznym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, w szczególności warto tu wskazać na najnowszy wyrok, w którym oddalono odwołanie w postępowaniu, gdzie zamawiający poprawił 30 pozycji w kosztorysie ofertowym, stanowiące mniej niż 1% wartości oferty. W wyroku z dnia 29 września 2021 r., sygn. akt: KIO 2627/21 stwierdzono:

„Oceniając czynności zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu, Izba stwierdziła, że były one prawidłowe, znajdujące oparcie w przepisach ustawy Pzp.

Wskazać bowiem należy, iż aby zamawiający mógł zastosować procedurę opisaną w przepisie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, musi dokonać wnikliwej oceny treści złożonej oferty i ocenić czy stwierdzone omyłki są na tyle nieistotne, iż dają się poprawić przez zamawiającego. Jeżeli zamawiający stwierdzi, że omyłki w ofercie wykonawcy, polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, dają się poprawić i nie powodują istotnych zmian w treści oferty, to taka czynność zamawiającego jest jak najbardziej prawidłowa. Z wyżej cytowanego przepisu wynika bowiem obowiązek zamawiającego "Zamawiający poprawia w ofercie (...)"

11. Wobec powyższego, w ocenie Odwołującego czynność odrzucenia jego oferty była czynnością nieuprawnioną. Jednocześnie w celu uniknięcia konieczności prowadzenia sporu przed Krajową Izbą Odwoławczą pismem z dnia 14 października 2021 r. Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego o zmianę podjętej decyzji w trybie tzw. autokontroli, co pozostało jednak bez odpowiedzi ze strony Zamawiającego.

12. Działania Zamawiającego naruszają podstawowe zasady prowadzenia postępowania określone w art. 16 PZP tj. zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający powinien przed odrzuceniem oferty podjąć możliwe działania celem weryfikacji czy dana oferta może podlegać poprawieniu i jej przyjęciu. Skoro tego nie zrobił to działał też w kontrze do zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, czego efektem było odrzucenie oferty Odwołującego i wybór oferty Aesculap, znacznie droższej od oferty Odwołującego.

13. Tym samym, wskutek działań i zaniechań Zamawiającego nie doszło do wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w Postępowaniu, którą to jest ofertą w świetle kryteriów oceny ofert określonych w ramach SWZ.

### Zarzut nr 3

1. Zamawiający oceniając ofertę Odwołującego kierował się skrajnym formalizmem, jednakże tożsamej miary nie przyjął wobec badania i oceny oferty Aesculap, która to oferta w ocenie Odwołującego powinna podlegać odrzuceniu jako niezgodna z SWZ.

2. Oferta Aesculap jest niezgodna z SWZ w poniższym zakresie dotyczącym złożonego wraz z ofertą Formularza Wymaganych Warunków Technicznych:

a) poz. 2.15, 3.70, 4.49, 5.35 - Zamawiający wymagał naczynia o pojemności 0,16 l, natomiast Aesculap w tych pozycjach zaoferował naczynie o pojemności 0,4l (karty katalogowe z różnych dostępnych katalogów papierowych i online stanowią załącznik do odwołania),

b) poz. 2.37 i 2.39 - zaoferowano ten sam numer katalogowy dla narzędzi o różnych parametrach,

c) poz. 2.38 i 2.40 - zaoferowano ten sam numer katalogowy dla narzędzi o różnych parametrach,

d) poz. 3.52 - zaoferowana łyżeczka ma wymiar 5,2 mm a nie 6,8 mm jak w parametrach wymaganych (karta katalogowa stanowi załącznik do odwołania),

e) poz. 3.66 - zaoferowane nożyczki są niezgodne z parametrami, Zamawiający wymagał nożyczek standardowych a nie utwardzonych (karta katalogowa stanowi załącznik do odwołania),

f) poz. 4.16 - zaoferowany młotek nie jest zgodny co do długości i wagi; waży 235g (a nie 300 g) i ma długość 185mm (a nie 190 mm) - (karta katalogowa stanowi załącznik do odwołania),

g) poz. 2.46 i 3.93 i 4.53 i 5.53 - we wszystkich tych pozycjach zaoferowano ten sam numer katalogowy produktu (wannę - karty katalogowe stanowią załącznik do odwołania). Jednocześnie w pozycji 3.93 wymagano wanny o innych parametrach (wysokości). Ten sam numer katalogowy nie może bowiem opisywać kontenerów o dwóch różnych rozmiarach, czyli opis wskazany przez Aesculap jest zgodny, a numer kontenera jest o innych rozmiarach.

3. Zamawiający w żaden sposób nie zweryfikował powyższych nieścisłości i niezgodności uznając ofertę Aesculap jako zgodną z SWZ, jednocześnie odrzucając z powodu jednej drobnej nieścisłości ofertę Odwołującego. O powyższych okolicznościach Odwołujący informował Zamawiającego pismem z dnia 14 października 2021 r., jednak Zamawiający nie dokonał z dniem Odwołującego żadnych czynności weryfikacyjnych w tym zakresie.

4. W ocenie Odwołującego ocena ofert została przeprowadzona w sposób sprzeczny z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Wykonawcy zostali potraktowani całkowicie różnie, tj. oferta Odwołującego z uwagi na drobną została odrzucona jako niezgodna z SWZ, zaś oferta Aesculap pomimo licznych nieścisłości i niezgodności, a także pomimo informacji od Odwołującego została uznana jako najkorzystniejsza w Postępowaniu.

5. W świetle powyższego oferta Aesculap powinna zostać odrzucona, a z ostrożności na wypadek gdyby odwołanie w zakresie zarzutów nr 1 i 2 zostało oddalone Postępowanie powinno zostać unieważnione.

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wnosi jak na wstępie.

Zamawiający złożył stanowisko na rozprawie do protokołu, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Przystępujący - pismo zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego - z dnia 29 października 2021r. - w aktach sprawy

Izba poniżej prezentuje argumentację przystępującego zawartą w piśmie, a odnoszącą się do zarzutu odrzucenia oferty odwoływającego, jako niezgodnej co do treści z warunkami zamówienia.

Nietrafne są zarzuty podniesione przez Odwoływającego:

1) naruszenia art. 223 ust. 1 w związku z art. 223 ust. 2 pkt. 1) i 3) PZP poprzez zaniechanie żądania wyjaśnień od Odwoływającego. Odwoływający w jednoznaczny sposób zaferował produkt (kontener) nie spełniający specyfikacji. Sposób sformułowania oferty w zakresie tego produktu jest precyzyjny i jednoznaczny. Żadna okoliczność nie sugerowała, że Odwoływający mógł się dopuścić omyłki w tym zakresie, nie wspominając o kwalifikowanej formie omyłki, o której mowa w art. 223 ust. 2 PZP. Wskazać należy, że zgodnie z utrwalonym w orzecznictwie i jurysdykcji poglądem, procedura wyjaśniania treści oferty nie może skutkować wprowadzeniem zmian w treści oferty, a taką zmianą byłoby zastąpienie niespełniającego specyfikacji produktu zaferowanego przez Odwoływającego, produktem o innej charakterystyce (spełniającym wymogi specyfikacji).

W pkt. 5 uzasadnienia odwołania Odwoływający wzmiankuje, że parametr kontenera, który nie spełniał specyfikacji, został błędnie przekopiowany przez pracownika Odwoływającego. Abstrahując od gołosłowności ogólnikowego stwierdzenia Odwoływającego, które ma służyć za podstawowy argument przesadzający według Odwoływającego o zasadności odwołania, zauważyć trzeba, że taki przebieg zdarzeń jest nieprawdopodobny w świetle zasad doświadczenia życiowego. Konfrontując pozycję 3.93 zestawu 3 z pozycjami 2.46, 4.53 i 5.53 można dostrzec, że Odwoływający oferował w tych pozycjach dwa zestawy oznaczone numerami katalogowymi [R150.20BBN; R820.05] i [R110.20BBN, R820.06]. W pozycji 3.93 zaferował ten sam zestaw, który oferował w pozycji 4.53, a nie inny, trzeci zestaw, w którym pracownik Odwoływającego omyłkowo wpisał błędny parametr. Nie można zatem mówić o omyłce - Odwoływający w jednoznaczny sposób zaferował określony produkt nie spełniający specyfikacji, wobec czego nie zaistniały żadne przesłanki, by Zamawiający miał nabrać wątpliwości co do treści oferty Odwoływającego i wzywać go do składania wyjaśnień. Zamawiającemu zakazane było przecież negocjowanie treści oferty, a tego w istocie domaga się Odwoływający, wysuwając wobec Zamawiającego żądanie zmiany treści oferty poprzez zastąpienie jednego zaferowanego produktu innym. Należy bowiem zauważyć, że w myśl art. 223 ust. 2 PZP, Zamawiający poprawia w ofercie oczywiste omyłki (...), co oznacza że Zamawiający ma obowiązek dokonania tej czynności i to niezależnie od woli Wykonawcy.

#### Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła

Odwoływający domaga się zmiany stanowiska zamawiającego, który odrzucił jego ofertę, jako ofertę zawierającą niezgodny z parametrami swz parametr pojemnika do sterylizacji narzędzi chirurgicznych to jest jeden z parametrów wymaganych - wysokość kontenera do sterylizacji narzędzi chirurgicznych.

Izba uwzględniła odwołanie, nakazując zamawiającemu doprowadzenie do prawidłowości oferty odwoływającego, oczywiście z uwzględnieniem procedur niezbędnych w tym zakresie to jest czy przy użyciu już złożonych pisemnych wyjaśnień odwoływającego czy też w procedurze żądania od odwoływającego wyjaśnień co do treści złożonej oferty.

Przy podjęciu powyższego rozstrzygnięcia Izba wzięła pod uwagę szereg okoliczności.

Po pierwsze ilość pozycji asortymentu oferowanego zamawiającemu to jest około trzysta pozycji, a tylko jedna niezgodność - w jednej pozycji asortymentowej i to do jednego z parametrów tej pozycji (wysokość kontenerka), z wymaganiami zamawiającego. Okoliczność bezsporna w sprawie to jest nie kwestionowana przez zamawiającego i przystępującego, a co Izba przyjmuje jako stan faktyczny przyznany.

Po drugie brak wpływu uwzględnienia omyłki odwołującego na cenę zamówienia, ponieważ cena ma charakter globalny (ogólny), a nie wyceniano poszczególne pozycje zamówienia, a nawet gdyby to jak podał odwołujący, a zamawiający i przystępujący nie zaprzeczyli, przy wartości ogólnej zamówienia około 500 tys. zł., pomyłkowa pozycja kosztuje od 1 do 2 tys. złotych.

Po trzecie nie ma przeszkód, aby zamawiający w przypadku braku wiedzy jak poprawić nieprawidłową pozycję (jeden z parametrów jednego asortymentu - wysokość kontenera do sterylizacji narzędzi chirurgicznych) skorzystał z już udzielonych wyjaśnień, z własnej inicjatywy odwołującego, jak poprawić ten parametr, czy też zamawiający, wezwał odwołującego do wyjaśnień, z jego inicjatywy w trybie art.223 ust.1 PZP.

Po czwarte poprawienie oferty na podstawie wyjaśnień nie będzie zakazaną negocjacją, która odnosi się do przedmiotu i wynagrodzenia, ponieważ przepis specjalny art.223 ust.2 pkt 3) przewiduje poprawienie w ofercie tego rodzaju omyłki (to jest nie powodujące istotnych zmian w treści oferty).

Po piąte żaden przepis ustawy PZP nie mówi, że aby poprawić ofertę, zamawiający musi samodzielnie wiedzieć jak, a w szczególności wywieść to z danych/parametrów znajdujących się już w ofercie. Tak interpretacja to jest zawężenie stosowania przesłanki z art.223 ust.2 pkt 3), powoduje unicestwienie przepisu i ograniczenie poprawek w ofertach czy to do pkt 2) - oczywiste omyłki rachunkowe, czy to do pkt 1) - oczywiste omyłki pisarskie. art.223 ust.2 ustawy PZP.

Po szóste skoro odwołujący złożył oświadczenie o poszanowaniu wymagań zamawiającego to jest zgodności jego oferty z warunkami zamówienia, to obowiązkiem, a nie przywilejem zamawiającego jest wyjaśniać, a w konsekwencji poprawić omyłki według klucza obowiązującego w myśl art.223 ust.2 ustawy Pzp, a czego zamawiający nie uczynił, odrzucając ofertę odwołującego.

Po siódme celem postępowania jest wybór najkorzystniejszej oferty, a jak podaje odwołujący, a czemu nie zaprzeczyli zamawiający i przystępujący, oferta odwołującego jest korzystniejsza od oferty przystępującego o ponad 30 procent ceny zamówienia.

W powyższym stanie rzeczy naruszenie wskazanych w odwołaniu przepisów PZP powoduje istotny wpływ na wynik postępowania, przez wybór mniej korzystnej oferty niż oferta odwołującego.

Izba podziela argumentację odwołującego i przyjmuje jako własną.

Odwołujący sprostował obowiązkowi właściwego postawienia i udowodnienia zarzutów i żądań, co skutkuje uwzględnieniem odwołania jak w sentencji wyroku, a obowiązkiem zamawiającego poprawienia oferty odwołującego przez doprowadzenie jest do zgodności z warunkami zamówienia.

Izba nie rozstrzygała o zarzutach odwołania dotyczących oferty wykonawcy wybranego to jest przystępującego po stronie zamawiającego, ponieważ odwołujący wnosił o powyższe na wypadek nie uwzględnienia jego odwołania, a w przypadku uwzględnienia odwołania wnosił o nie rozpatrywanie zarzutu adresowanego do przystępującego.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem § 7 ust. 1 pkt 1) w zw. z § 5 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437) oraz art.557 i art.574 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2021 r. poz.1129) zasądzając na rzecz odwołującego od zamawiającego kwotę 15.000,00 złotych tytułem zwrotu wpisu od odwołania oraz koszty w zakresie wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 3.600,00 złotych.

Przewodniczący: .....

