Sygn. akt: KIO 2202/22

WYROK

z dnia 5 września 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Patyk

Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 września 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 sierpnia 2022 r. przez wykonawcę M. S. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą

MAR-FOUR M. S. w Konstantynowie Łódzkim w postępowaniu prowadzonym przez Szpitale Pomorskie Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni

przy udziale wykonawcy G. P. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą ELEKTRO MED G. P. w Niepołomicach zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zadaniu nr 3 oraz czynności poprawienia oczywistej omyłki

pisarskiej w pozycji 1 zadania nr 3 Formularza Asortymentowo - Cenowego wykonawcy G. P. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą ELEKTRO MED G. P. w Niepołomicach, powtórzenie czynności badania i oceny ofert w zadaniu nr 3, w tym odrzucenie oferty ww. Wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy

Prawo zamówień publicznych.

2. Kosztami postępowania obciąża Wykonawcę wnoszącego sprzeciw - G. P. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą ELEKTRO MED G. P. w Niepołomicach i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr

(słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od Wykonawcy wnoszącego sprzeciw na rzecz Odwołującego kwotę 15 217 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy dwieście siedemnaście złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, dojazdu na rozprawę oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa

Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 2202/22

Zamawiający - Szpitale Pomorskie Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni [dalej „Zamawiający"] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie

przetargu nieograniczonego na sukcesywne dostawy odczynników, parafiny, formaliny,

barwników hematologicznych i drobnego sprzętu laboratoryjnego do Szpitali Pomorskich Sp. z o.o. w 3 lokalizacjach (znak postępowania: D25M/251/N/16-37rj/22).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii

Europejskiej w dniu 14 czerwca 2022 r. pod numerem 2022/S 113-317797.

W dniu 22 sierpnia 2022 r. wykonawca M. S. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą MAR-FOUR M. S. w Konstantynowie Łódzkim [dalej „Odwołujący"] wniósł odwołanie w zakresie zadania nr 3 zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 223 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp poprzez jego nieprawidłowe zastosowanie tj. dokonanie poprawy oczywistej omyłki pisarskiej w sytuacji w której rzekoma omyłka oczywistą nie jest a dokonanie jej poprawy ma charakter merytoryczny i prowadzi do zmiany treści oferty rozumianej jako treść oświadczenia woli;

2. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie

odrzucenia oferty Elektro Med, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, ponieważ na skutek i pod pozorem poprawienia powyższej „oczywistej omyłki pisarskiej" doszło do wytworzenia nowej treści oświadczenia woli.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wniósł o:

1. merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą odwołania i jego uwzględnienie w całości oraz nakazanie Zamawiającemu, aby:

- unieważnił czynność wyboru oferty złożonej przez wykonawcę Elektro Med jako oferty

najkorzystniejszej w Zadaniu nr 3,

- unieważnił czynność poprawienia oczywistej omyłki pisarskiej w pozycji nr 1 Zadania nr 3

formularza cenowego w ofercie Elektro Med,

- przeprowadził ponowne badanie i ocenę ofert złożonych Zadaniu nr 3,

- odrzucił ofertę Elektro Med z powodu niezgodności jej treści z treścią SWZ,

2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów wskazanych w treści odwołania;

3. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego.

W zakresie zarzutu zawartego w punkcie 1. petitum odwołania Odwołujący przedstawił stan faktyczny sprawy. Wskazał, że w dniu 20.07.2022 r. Zamawiający na podstawie art. 107 ust. 2 ustawy Pzp wezwał firmę Elektro Med do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych i tego samego dnia Wykonawca uzupełnił wymagane

dokumenty przedstawiając katalog/folder na inny produkt niż oferowany (EM-850010) tj. przedkładając katalog/folder na produkt o innym numerze katalogowym niż wynika to z formularza cenowego: EM-851010. Istotną informacją jest fakt, że firma Elektro Med. posiada w swojej ofercie oba produkty - różnią się one składem chemicznym tj. posiadaniem lub brakiem posiadania w składzie substancji zwanej DMSO. W dniu 22.07.2022 r. Odwołujący pismem o nazwie „informacja o nieprawidłowościach" poinformował Zamawiającego o nieprawidłowościach wynikających z przedłożonego oświadczenia woli jakim jest treść wypełnionej tabeli asortymentowo-cenowej w zakresie oferowanego produktu wynikającego z numeru katalogowego. W formularzu asortymentowo-cenowym (zał. nr 2 do swz) jest: EM-850010 (w ofercie firmy Elektro Med jest to numer katalogowy odpowiadający produktowi o właściwościach niezgodnych z wymaganymi w opisie przedmiotu zamówienia - parafina BEZ dodatku DMSO). Przedstawiona na wezwanie do uzupełnienia dokumentów karta katalogowa przedstawia produkt o numerze katalogowym: EM-851010 (produkt spełnia wymagania zamawiającego - parafina Z DODATKIEM DMSO). W dniu 05.08.2022r. Zamawiający pismem informuje firmę Elektro Med. o poprawieniu oczywistej omyłki pisarskiej zastępując zaoferowany produkt (bez DMSO) innym (z DMSO) uzasadniając to w sposób następujący: „Wykonawca w wyniku niezamierzonej niedokładności omyłkowo wpisał inny numer katalogowy odnośnie asortymentu zaoferowanego w zadaniu 3 poz. 1". Firma Elektro Med wraz z uzupełnioną w dniu 20.07.2022 r. kartą katalogową dołączyła również deklarację zgodności o której mowa w pkt 1.9 Rozdziału VIII - przedmiotowe środki dowodowe. Przedstawiona deklaracja zgodności wskazuje na dwa omawiane wyżej numery katalogowe.

Odwołujący wskazał, że nie zgadza się z twierdzeniem, że doszło do omyłki a tym bardziej że jest ona oczywista. Oba numery katalogowe widnieją w ofercie firmy Elektro Med jako dwa różne produkty. Dowodem tego jest przedłożona deklaracja zgodności firmy Elektro Med oraz formularze cenowe z innych postępowań przetargowych oraz odniesienia do strony internetowej Wykonawcy oraz zrzuty ekranu stanowiące załączniki do odwołania. Firma Elektro Med przedkłada w dniu 17.07.2022 ofertę w zakresie produktu który nie spełnia podstawowego warunku dotyczącego składu chemicznego (EM-850010) nie dołączając przedmiotowych środków dowodowych. Następnie w konsekwencji wezwania do ich uzupełnienia w dniu 20.07.2022 r. przedkłada folder/katalog oferując inny produkt (EM-851010).

Zamawiający widząc deklarację zgodności oraz „informację o nieprawidłowościach" Odwołującego wskazującą na dwa różne produkty świadomie dokonuje wyboru produktu spośród danych w przedstawionej przez Elektro Med dokumentacji co prowadzi do wytworzenia nowej treści oświadczenia. Jak sam Zamawiający stwierdził „Wykonawca w wyniku niezamierzonej niedokładności omyłkowo wpisał inny numer katalogowy odnośnie asortymentu zaoferowanego w zadaniu 3 poz. 1". Odwołujący nazywa takie działanie: zmianą treści oświadczenia woli po upływie terminu składania ofert. Firma Elektro Med w ocenie Odwołującego celowo nie załączyła przedmiotowych środków dowodowych chcąc uzyskać i realizować zamówienie na inny niż wymagany produkt. Po zapoznaniu się z informacją z otwarcia ofert w dniu 19.07.2022 r. w której to ofertę złożył również Odwołujący, firma Elektro Med postanawia przedłożyć przedmiotowe środki dowodowe zgodne już w wymogiem Zamawiającego nie narażając się na utratę zamówienia. Z takim działaniem doświadczonych Wykonawców na rynku zamówień publicznych można się spotkać kiedy Wykonawca nie spodziewa się udziału konkurencji w danym postępowaniu i zamierza przedłożyć alternatywną ofertę.

Uzasadniał, że gdyby firma Elektro Med przedłożyła przedmiotowe środki dowodowe wraz z ofertą do dnia jej złożenia posługując się w formularzu cenowym nr. katalogowym EM-850010 i jednocześnie przedłożyła kartę katalogową i deklarację wskazującą na numer EM-851010 to wówczas można mówić o omyłce pisarskiej lub innej omyłce niepowodującej istotnych zmian w treści oferty aczkolwiek jej oczywistość dalej stoi pod znakiem zapytania. Niemniej jednak istniałaby możliwość do uznania takiej oferty jako ważnej. Gdyby również zakładając, że firma Elektro Med w formularzu cenowym oprócz numeru katalogowego wpisała nazwę handlową spełniającej wymagania opisu przedmiotu zamówienia parafiny tj. np. „Parafina z DMSO" wówczas nawet przy braku dołączenia do oferty przedmiotowych środków dowodowych można byłoby uznać ofertę jako ważną. W obecnym stanie faktycznym tj. kiedy Wykonawca zobowiązany był do podania TYLKO numeru katalogowego oferowanego produktu a wpisany w tabelę dotyczy produktu który nie spełnia wymaganych warunków to przy jednoczesnym braku załączenia do oferty przedmiotowych środków dowodowych istnieje szerokie pole do manipulacji wykorzystując znajomość art. 223 ust. 2 ustawy Pzp w przypadku ich przedłożenia na wezwanie Zamawiającego.

Powyższe ustalenia wykluczają możliwość uznania, że Zamawiający powinien był poprawić omyłkę w oświadczeniu Elektro Med jako oczywistą omyłkę pisarską na podstawie art. 223 ust 2 pkt 1 ustawy Pzp. Idąc dalej również Zamawiający nie miałby możliwości poprawić jej jako tzw. inną omyłkę z art. 223 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp, gdyż wówczas w istotnym stopniu zmienia się treść oferty tj. treść oświadczenia woli - zmiana oferowanego

produktu po terminie złożenia oferty. Już samo ustalenie czy w ofercie Elektro Med mamy do czynienia z omyłką wymagałoby wyjaśnień, nie można uznać bowiem z założenia, że każda nieprecyzyjność w składanych oświadczeniach stanowi efekt omyłki, czyli niezamierzonego błędu wykonawcy. Wręcz odwrotnie, jako zasadę powinno się przyjąć, iż wykonawca, składając ofertę, działa z zachowaniem należytej staranności wymaganej na gruncie profesjonalnego charakteru jego działalności. Nawet jednak uznając, że faktycznie doszło tutaj do omyłki, to nie sposób uznać, aby na gruncie przedmiotowego przypadku miała ona charakter oczywisty, czyli niebudzący wątpliwości, widoczny „na pierwszy rzut oka", nie wymagający dokonywania dodatkowych ustaleń - Zamawiający był w posiadaniu informacji („informacja o nieprawidłowościach", deklaracja zgodności Elektro Med.) że oba numery katalogowe dotyczą dwóch różnych produktów. Odwołujący wskazał, że numery katalogowe to nie tylko ciąg znaków numerycznych ale wskazanie oferowanego produktu. Zmiana jednej cyfry na drugą w tym ciągu znaków determinuje o tym jaki produkt zaoferowano.

Odwołujący wskazał, iż p. G. P. prowadzący firmę Elektro Med jest przedsiębiorcą tj. właścicielem firmy która jest podmiotem profesjonalnie uczestniczącym na rynku zamówień publicznych. Zamawiający oceniając działania przedsiębiorcy musi kierować się miernikiem staranności określonym w art. 355 par 2 KC a więc
z uwzględnieniem zawodowego charakteru prowadzonej działalności. Ocena sposobu wypełnienia formularza cenowego powinna nastąpić z uwzględnieniem tego miernika staranności a Wykonawca powinien zwracać szczególną uwagę na prawidłowe wypełnienie dokumentów wchodzących w skład oferty, tym bardziej jeżeli formularz cenowy wymaga podania w celu weryfikacji jedynie PRAWIDŁOWEGO numeru katalogowego. Faktyczne okoliczności niniejszej sprawy prowadzą do wniosku że doszło do czynności Zamawiającego niezgodnej z przepisami ustawy PZP tj. niedopuszczalnej zmiany treści oferty Elektro Med pod pozorem jej sprostowania jako oczywistej omyłki pisarskiej. Oferta złożona w ten sposób jest niezgodna z zapisami SWZ i podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

W przedmiocie zarzutu zawartego w punkcie 2. petitum odwołania Odwołujący wskazał, iż powyższy zarzut stanowi konsekwencję zarzutów postawionych i opisanych powyżej. Jak to zostało wykazane, Zamawiający całkowicie bezpodstawnie dokonał czynności poprawienia oferty jako oczywistej omyłki pisarskiej podczas gdy powinien dokonać odrzucenia oferty Elektro Med, gdyż jej treść nie odpowiada treści SWZ. Zamawiający błędnie dał wyraz interpretacji zastosowania art. 223 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Skąd Zamawiający powziął informację, że niedokładność była niezamierzona a także, że owa niedokładność była omyłką nade wszystko, jak wykazano powyżej, na pewno nie jest oczywistą. W ocenie Odwołującego niezmiernie istotne było dokonanie oceny, czy Zamawiający, opierając się o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w tym
w szczególności treść oferty Elektro Med i Mar-Four wraz z załącznikami, miał podstawy do twierdzenia, że w ofercie Elektro Med wystąpiła omyłka, która dawała się sanować w trybie art. 223 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp? W ocenie Odwołującego: Nie. Zamawiający jako najkorzystniejszą ofertę winien wybrać ofertę Odwołującego, bowiem przedstawia ona najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów oceny ofert.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 25 sierpnia 2022 r. oświadczył, że uwzględnia zarzuty odwołania w całości.

Pismem z dnia 1 września 2022 r. Przystępujący oświadczył, że wnosi sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów odwołania.

Pismem z dnia 2 września 2022 r. Przystępujący przedstawił stanowisko procesowe wnosząc o oddalenie odwołania.

W zakresie zarzutu zawartego w punkcie 1. petitum odwołania Przystępujący wskazał, że nie zgadza się ze stawianym zarzutem i oświadcza, że w toku przedmiotowego Postępowania nie doszło do zmiany treści złożonej przez niego oferty. Wskazał, że składał ofertę na kilka zadań, dlatego treść jego Formularza była znacznie bardziej rozbudowana. W Formularzu wykonawcy wskazywali szereg informacji dotyczących oferowanych produktów i tylko jedną z nich był numer katalogowy produktu. Przystępujący nie zaprzecza, że wskazany w kolumnie 11 (nr/ symbol katalogowy) dla pozycji pierwszej dotyczącej parafiny histopatologicznej z DMSO numer katalogowy obarczony był błędem. Ale jest to klasyczny przykład omyłki, która winna podlegać poprawieniu. Omyłka ta polegała bowiem na niezamierzonym, błędnym wskazaniu jednej cyfry numeru katalogowego produktu. Zamiast numeru EM-850010 Przystępujący wskazał: EM-851010. Taka sytuacja nie jest czymś niezwykłym zwłaszcza, gdy wypełnia się cyfry w kilkudziesięciu pozycjach. To się mogło przydarzyć każdemu. Ale błąd ten, to tylko zwykła omyłka, a nie zamierzone działanie

Przystępującego. Tym bardziej skorygowanie takiego błędu przez Zamawiającego nie może być poczytywane jako zmiana treści oferty. Wbrew twierdzeniom Odwołującego dokonana przez Zamawiającego zmiana nie miała charakteru merytorycznego, tylko techniczny. W okolicznościach przedmiotowej sprawy obowiązkiem Zamawiającego, wynikającym przecież wprost z przepisu art. 223 ust. 2 ustawy Pzp, była poprawa tej omyłki.

Przystępujący wskazał, iż Odwołujący koncentruje się w swoim odwołaniu wyłącznie na numerze karty katalogowej, zapominając przy tym, że numer karty katalogowej produktu należy też zestawić z innymi informacjami zawartymi w ofercie Przystępującego. Odwołujący celowo pomija w swoim odwołaniu fragment Formularza, który zawiera opis oferowanego produktu. Skąd więc twierdzenie, że Przystępujący zaoferował Zamawiającemu inny produkt niż ten, którego oczekiwał Zamawiający? Opis ten jest jasny. Nie znajduje się tam przecież informacja, że oferta obejmuje parafinę histopatologiczną bez DMSO bądź że oferuje parafinę histopatologiczną. Nie ma żadnych skreśleń, dopisków czy komentarzy. Wręcz przeciwnie — treść opisu stanowi wyraźnie, że zaoferowana przez Przystępującego parafina histopatologiczna zawiera dodatek DMSO. Dla Odwołującego, który jest profesjonalistą oczywiste powinno być, że również zaoferowana przez Przystępującego cena wskazuje na to, że oferta obejmuje dostawę parafiny histopatologicznej z DMSO. Oba rodzaje parafiny mają bowiem zupełnie różną cenę.

Wbrew twierdzeniom Odwołującego, złożone przez Przystępującego w dniu 21 lipca 2022 r. (czyli jeszcze przed tym, jak Odwołujący skierował pismo do Zamawiającego) dokumenty, takie jak deklaracja zgodności i karta katalogowa, przeczą forsowanej w odwołaniu tezie, że Przystępujący zaoferował Zamawiającemu inny produkt niż ten, którego oczekiwał Zamawiający. Przystępujący podkreśla, że przedłożył Zamawiającemu kartę katalogową, która zawierała właściwy numer katalogowy produktu, co stanowiło tylko dodatkowy argument, po oświadczeniu zawartym w Formularzu, że zaoferowana parafina obejmuje dodatek DMSO. Zresztą, na tamtym etapie Przystępujący nie zdawał sobie nawet sprawy, że w złożonym Formularzu doszło do omyłki, o czym dowiedział się dopiero z informacji uzyskanej od Zamawiającego.

Przystępujący zwraca przy tym uwagę, że sam Odwołujący wskazuje, że: „Gdyby firma Elektro Med przedłożyła przedmiotowe środki dowodowe wraz z ofertą do dnia jej złożenia posługując się w formularzu cenowym nr katalogowym EM-850010 i jednocześnie przedłożyła kartę katalogową i deklarację wskazującą na numer EM851010 to wówczas można mówić o omyłce pisarskiej lub innej omyłce niepowodującej istotnych zmian w treści oferty aczkolwiek jej oczywistość dalej stoi pod znakiem zapytania. Niemniej jednak istniałaby możliwość do uznania takiej oferty jako ważnej". Powyższe oznacza, że sam Odwołujący przyznaje, że numer karty katalogowej ma tu więc charakter wtórny, a oświadczenie woli Przystępującego powinno być odczytywane w odniesieniu do wszystkich dokumentów, jakie zostały przedłożone Zamawiającemu. Jakie znaczenie, dla oceny, czy mamy do czynienia z omyłką po stronie Przystępującego, ma moment złożenia dokumentów przedmiotowych? Odwołujący zapomina przy tym, że możliwość wezwania Przystępującego do przedłożenia przedmiotowych środków dowodowych została wyraźnie zastrzeżona przez Zamawiającego w SWZ i okoliczność, w którym momencie dokumenty te zostały złożone nie może mieć wpływu na uznanie, czy określony błąd ma charakter omyłki czy też nie. Takie zachowanie ze strony Zamawiającego świadczyłoby o nierównym traktowaniu wykonawców w Postępowaniu.

Co więcej, Odwołujący nie ma podstaw do domagania się, aby w Formularzu Przystępujący formułował dodatkowe zapiski przy numerze katalogowym np. Parafina z DMSO (propozycja wskazana w odwołaniu), bowiem taki obowiązek nie został nałożony na wykonawców przez Zamawiającego w SWZ. Zresztą, skoro Odwołujący wskazuje, że dopisek „Parafina z DMSO" pozwalałby na uznanie oferty Przystępującego za zgodną z warunkami zamówienia, to dlaczego nie dostrzega już że taki właśnie komentarz jest wskazany w kolumnie nr 2 Formularza. To dokładnie ta sama sytuacja, czego Odwołujący nie dostrzega lub nie chce dostrzec. Zamawiający nie miał najmniejszych wątpliwości, że w niniejszej sprawie mamy do czynienia z omyłką. Nie prosił Przystępującego o żadne wyjaśnienia w tej sprawie. Nie miał też wątpliwości, jaki produkt zaoferował mu Przystępujący, bo to po prostu wynikało z treści Formularza. Sama korekta numeru katalogowego (z którą Zamawiający również nie miał trudności) nie oznacza, że doszło do zmiany treści oferty. Oświadczenie woli nie uległo w żadnym momencie zmianie. Przystępujący cały czas oferował Zamawiającemu dostawę parafiny histopatologicznej z dodatkiem DMSO i jasno opisał to w Formularzu. Nie jest przy tym zrozumiałe, dlaczego tak szczególną wartość Odwołujący przypisuje cyfrom z numeru katalogu, które przecież w między czasie mogłyby nawet ulec zmianie. To jest tylko numer, a treść oświadczenia woli Przystępującego była w sposób jasny wyrażona w kolumnie nr 2 Formularza.

Przystępujący podnosi też, że bez znaczenia z punktu widzenia możliwości poprawienia omyłki w Formularzu ma fakt, że wskazany (błędny) numer karty katalogowej odpowiada akurat numerowi katalogowemu parafiny bez dodatku DMSO. To przypadek, że

omyłka dotyczyła akurat tych cyfr. Zresztą, czym różni się zaistniała sytuacja od sytuacji, w której zamiast cyfry 1 Przystępujący wskazałby np. cyfrę 9 albo jakikolwiek inny znak, który również oznaczałby, że numer katalogowy jest błędny? Czy z punktu widzenia obowiązku, jaki spoczywa na zamawiającym w zakresie poprawiania omyłek, obie sytuacje czymś się różnią? W ocenie Przystępującego nie. W obu przypadkach jest to jedynie omyłka, którą należy skorygować.

Przystępujący stanowczo zaprzecza, jakoby wskazanie błędnego numeru karty katalogowej miało charakter intencjonalnego działania Przystępującego, mającemu na celu realizowanie zamówienia „na innych niż wymagany produkt". Takie twierdzenia Odwołującego są gołosłowne, nie poparte jakimikolwiek dowodami i stanowią jedynie insynuacje ze strony Odwołującego. Przystępujący nigdy nie dopuszczał się podobnych praktyk, z czego najlepiej zdaje sobie sprawę Zamawiający, na rzecz którego Przystępujący realizował już wcześniej dostawy. Raz jeszcze podkreślić należy, że Przystępujący w sposób niezamierzony wskazał błędny numer katalogowy parafiny, ale od początku, niezmiennie oferował Zamawiającemu dostawę parafiny histopatologicznej z dodatkiem DMSO.

Wskazanie błędnego numeru karty katalogowej jednego produktu było zwykłą pomyłką, którą Zamawiający mógł i powinien był poprawić w trybie art. 233 ust. 2 Pzp. Działania Zamawiającego w zakresie poprawy omyłki uznać więc należy za prawidłowe. Ze złożonych Zamawiającemu dokumentów jasno wynikało, że Przystępujący zaoferował Zamawiającemu parafinę histopatologiczną z dodatkiem DMSO. W niniejszej sprawie kluczowy jest fakt, że mamy tu do czynienia z omyłką. To, czy omyłka ma charakter omyłki pisarskiej, rachunkowej czy innej omyłki, polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującymi istotnym zmian w treści oferty, jest już kwestią wtórną. W tym Postępowaniu Zamawiający uznał zaistniałą omyłkę za omyłkę pisarską, przy czym niezależnie od przyjętej przez niego klasyfikacji, nie zmienia to faktu, że decyzja Zamawiającego o wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej w Postępowaniu była decyzją właściwą. Za taką należało właśnie uznać ofertę Przystępującego, więc kwestia kwalifikacji omyłki, w sytuacji gdy nie ulega wątpliwości, że w sprawie doszło do omyłki, nie

ma znaczenia.

W ocenie Przystępującego nie powinno budzić wątpliwości, że błąd, z jakim mamy do czynienia w niniejszym stanie faktycznym, to zwyczajna omyłka. Przystępujący nie działał w sposób celowy, co potwierdzają inne dokumenty, które złożył w postępowaniu, a także doświadczenie życiowe. W tym stanie rzeczy uznać należy, że podniesiony przez Odwołującego zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 223 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Odnośnie zarzutu zawartego w punkcie 2. petitum odwołania Przystępujący wskazał, że zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. W zaistniałym stanie faktycznym doszło do powstania omyłki, a jej poprawa nie była pozorna tylko faktyczna i służyła wyłącznie zachowaniu spójności w poszczególnych dokumentach złożonych przez Przystępującego, a nie wytworzeniu całkiem nowego oświadczenia woli. Jak sam Odwołujący wskazuje w swoim odwołaniu drugi ze stawianych zarzutów stanowi konsekwencję pierwszego zarzutu zawartego w petitum odwołania. Przystępujący raz jeszcze podkreśla, że w niniejszym stanie faktycznym mieliśmy do czynienia z omyłką, a oferta Przystępującego jest zgodna z warunkami zamówienia. Przystępujący zaoferował dostawy parafiny histopatologicznej z DMSO i taki produkt zamierzał i zamierza dostarczać Zamawiającemu. Brak jest więc

podstaw do odrzucenia jego oferty na podstawie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestnika, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 23 sierpnia 2022 r. powiadomił wykonawców o wniesionym odwołaniu.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę G. P. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą ELEKTRO MED G. P. w Niepołomicach [dalej „Przystępujący" lub „ELEKTRO MED"] zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w dniu 26 sierpnia 2022 r. po stronie Zamawiającego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, specyfikację warunków zamówienia wraz z załącznikami oraz wyjaśnieniami i modyfikacjami, informację z otwarcia ofert, ofertę Przystępującego wraz z uzupełnieniami, wezwania kierowane do Przystępującego oraz zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 11 sierpnia 2022 r.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Odwołującego oraz Przystępującego złożone pisemnie oraz ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 2 września 2022 r.

Izba zaliczyła w poczet materiały sprawy dowody złożone przez Odwołującego i Przystępującego, tj.:

1. formularze cenowe firmy Elektro Med w zakresie omawianej parafiny o kodach EM 850010, EM-851010 z innych postępowań przetargowych (Odwołujący);

2. zrzuty z ekranu z oficjalnej strony Elektro Med świadczące o posiadaniu dwóch rodzajów parafiny o kodach EM 850010, EM-851010 (Odwołujący);

3. kartę katalogową parafiny o kodzie EM 850010 wraz z Formularzem dla wyrobów medycznych do diagnostyki in vitro, deklaracją zgodności CE;

4. wyjaśnienia Odwołującego złożone w toku innego postępowania o udzielenie zamówienia (Przystępujący).

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z formularzem asortymentowo - cenowym (załącznik nr 2 do SWZ) Zamawiający w zadaniu nr 3 poz. 1 wskazał, iż przedmiotem zamówienia jest parafina histopatologiczna z DMSO (<1%) o temperaturze topnienia 56 - 58°C, granulowana, wielkość granulki około 5 mm, gotowa do użycia, nie wymaga plastyfikatorów, do przepajania i zatapiania materiału metodami manualnymi i w urządzeniach do zatapiania. Opakowanie 10 kg. Produkt przeznaczony do diagnostyki in vitro.

Zamawiający wymagał od wykonawców złożenia wraz z ofertą wypełnionego formularza asortymentowo - cenowego dla poszczególnych zadań, w tym podania nr/symbolu katalogowego produktu oraz nazwy producenta.

Zgodnie z rozdziałem VIII pkt 1 Zamawiający wymagał złożenia wraz z ofertą przedmiotowych środków dowodowych, tj.:

- ppkt 1.8. dokumenty dopuszczające produkty do obrotu na terenie Polski - dla każdego z oferowanych produktów - w przypadku, jeśli przedmiotem zamówienia są wyroby medyczne - dokumenty dopuszczające produkt do obrotu i używania na terenie RP zgodnie z Ustawą o wyrobach medycznych z dnia 07 kwietnia 2022 r. (Dz. U. z 2022r., poz. 974 ze zm.), tj. deklaracja zgodności lub certyfikat CE,

- ppkt 1.9. opis oferowanego produktu w języku polskim (dokumenty techniczne: katalog, karta katalogowa, folder, ulotka lub instrukcja obsługi) zawierający wyczerpujące dane techniczne oferowanych produktów potwierdzający spełnienie wymogów zamawiającego opisanych w załączniku nr 2 do SWZ, zawierający także numery katalogowe. Wykonawca winien w ww. dokumencie oznaczyć pozycję dla danego oferowanego produktu, celem identyfikacji przez Zamawiającego.

Zgodnie z rozdziałem VIII pkt 2 SWZ, jeżeli Wykonawca nie złożył przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne, Zamawiający wzywa do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, przy czym uzupełnieniu nie podlegają dokumenty dotyczące kryteriów oceny ofert odnoszące się do kryteriów jakościowych lub innych związanych z przedmiotem zamówienia.

W dniu 19 lipca 2022 r. upłynął termin składania ofert.

W zakresie zadania nr 3 oferty złożyli Odwołujący oraz Przystępujący.

Wykonawca ELEKTRO MED w formularzu asortymentowo - cenowym (załącznik nr 2 do SWZ) w poz. 1 zadania nr 3 zaoferował produkt o numerze katalogowym EM-850010, producenta Elektro Med G. P..

Pismem z dnia 20 lipca 2022 r. Zamawiający wezwał Przystępującego w trybie art. 107 ust. 2 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów, o których mowa w rozdziale VIII pkt 1 ppkt 1.8 i 1.9 SWZ.

Wykonawca Elektro Med w odpowiedzi na ww. wezwanie Zamawiającego dla zadania nr 3 poz. 1 złożył deklarację zgodności CE dotyczącą m.in. parafiny histopatologicznej o numerze EM 850010 oraz parafiny histopatologicznej z DMSO o numerze EM 851010, jak również kartę katalogową dotyczącą parafiny o numerze EM 851010.

Pismem z dnia 5 sierpnia 2022 r. Zamawiający zawiadomił Przystępującego o poprawieniu oczywistej omyłki pisarskiej w ofercie Wykonawcy polegającej na nieprawidłowym wpisaniu numeru katalogowego w kolumnie 11 „Numer/symbol katalogowy”

Formularza asortymentowo - cenowego. Wykonawca w wyniku niezamierzonej

niedokładności omyłkowo wpisał inny numer katalogowy odnośnie asortymentu zaoferowanego w zadaniu 3 poz. 1. Zamawiający wskazał, iż dla asortymentu z poz. 1 zadania nr 3 wpisano EM-850010, podczas gdy Wykonawca powinien wpisać: EM-851010. Zamawiający podał, iż prawidłowy numer katalogowy można zidentyfikować na podstawie pozostałych dokumentów stanowiących treść oferty, tj. z załączonego do oferty dokumentu pod tytułem KK pakiet 3 poz. 1 (dokument przesłany na wezwanie z dnia 20 lipca 2022 r.).

W dniu 11 sierpnia 2022 r. Zamawiający zawiadomił o wyborze jako najkorzystniejszej w zadaniu nr 3 oferty wykonawcy ELEKTRO MED G. P.. Na drugim miejscu w rankingu ofert w zadaniu nr 3 znalazła się oferta Odwołującego.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Potwierdził się zarzut naruszenia art. 223 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp oraz zarzut

naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp wobec oferty wykonawcy ELEKTRO MED G. P..

Przedmiotem zawisłego przed Izbą sporu było rozstrzygnięcie, czy Zamawiający uprawniony był do poprawy w ofercie Przystępującego jako oczywistej omyłki pisarskiej

numeru/symbolu katalogowego produktu wymaganego w ramach zadania nr 3 poz. 1

formularza asortymentowo - cenowego, a w konsekwencji, czy oferta Przystępującego była zgodna z warunkami zamówienia.

Poza sporem było, że wykonawca ELEKTRO MED w formularzu asortymentowo - cenowym (załącznik nr 2 do SWZ) w poz. 1 zadania nr 3 zaoferował produkt o numerze katalogowym EM-850010, tj. parafinę bez DMSO, podczas gdy przedmiotem zamówienia była parafina histopatologiczna z DMSO. Bezspornie ww. Wykonawca nie złożył wraz z ofertą dokumentów przedmiotowych wymaganych przez Zamawiającego w rozdziale VIII pkt 1 ppkt 1.8 i 1.9 SWZ. Wykonawca ELEKTRO MED w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 107 ust. 2 ustawy Pzp dla zadania nr 3 poz. 1 złożył deklarację zgodności CE dotyczącą parafiny histopatologicznej o numerze EM 850010 oraz parafiny histopatologicznej z DMSO o numerze EM 851010, jak również kartę katalogową dotyczącą parafiny o numerze EM 851010.

Stosownie do art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Zgodnie z ugruntowanym na tle poprzedniego stanu prawnego orzecznictwem Izby, zachowującym obecnie aktualność, niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia, stanowiąca przesłankę odrzucenia oferty wykonawcy, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, ma miejsce w sytuacji, gdy oferowane przez wykonawcę w ofercie zobowiązanie nie odpowiada zobowiązaniu określonemu w SWZ, bądź też polega na

sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami zamawiającego, przy czym chodzi tutaj o takie wymagania SWZ, które dotyczą sposobu opisania, wyrażenia i potwierdzenia zobowiązania oferowanego, tj. wymagania co do treści oferty, a nie jej formy (por. wyrok KIO z dnia 31 marca 2016 r. sygn. akt: KIO 396/16 oraz wyrok KIO z dnia 6 września 2016 r. sygn. akt: KIO 1565/16). Z kolei termin oferta należy odczytywać w świetle art. 66 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (tj. Dz. U. z 2022 r. poz. 1360 ze zm.), który stanowi że oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Na gruncie Prawa zamówień publicznych to zamawiający ustala w SWZ wymagany od wykonawcy zakres i sposób konkretyzacji oświadczenia woli, który będzie następnie podstawą dla oceny zgodności treści złożonej oferty z merytorycznymi wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia. Dodać należy, że zastosowanie ww. przesłanki odrzucenia wymaga jednoznacznego wykazania na czym polega niezgodność oferty z warunkami zamówienia, poprzez wskazanie w ofercie tego, co jest sprzeczne z dokumentacją postępowania i w jaki sposób ta niezgodność występuje, w konfrontacji z wyraźnie określonymi i ustalonymi warunkami zamówienia. Tym samym punktem wyjścia dla stwierdzenia wady oferty jest właściwe ustalenie oraz zinterpretowanie dokumentacji sporządzonej w danym postępowaniu, która powinna być rozumiana w sposób ścisły, aby ograniczyć pole dla ewentualnych niejasności i nieporozumień, skutkujących niedozwoloną uznaniowością przy ocenie ofert.

Z kolei stosownie do treści art. 223 ust. 2 ustawy Pzp, zamawiający poprawia w ofercie oczywiste omyłki pisarskie, oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek oraz inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty - niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. Tym samym w sytuacji wystąpienia jednej z ww. omyłek w ofercie wykonawcy, obowiązkiem zamawiającego jest jej poprawienie oraz zawiadomienie wykonawcy, którego oferta została poprawiona. Celem przepisu jest niedopuszczenie do eliminowania z postępowania ofert co do zasady merytorycznie poprawnych, z powodu błahych, niezamierzonych błędów, niewpływających na możliwość poprawnego wykonania zamówienia.

Odnosząc się do zarzutów odwołania Izba wskazuje, iż rację miał Odwołujący, że oferta Przystępującego jest niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie w jakim Wykonawca zaoferował parafinę histopatologiczną bez DMSO, podczas gdy Zamawiający wymagał dostawy parafiny z DMSO. Wskazać należy, iż to zadaniem Przystępującego - profesjonalisty, będącego jednocześnie producentem obu różnych produktów (parafiny z DMSO oraz bez DMSO) było skonkretyzowanie przedmiotu oferowanego świadczenia poprzez podanie właściwego numeru katalogowego produktu. Niewątpliwie Przystępujący w formularzu asortymentowo - cenowym w zadaniu nr 3 poz. 1 podał numer katalogowy dotyczący parafiny histopatologicznej bez DMSO, co jednoznacznie wskazuje, że oferta Wykonawcy była sprzeczna z wymogiem Zamawiającego. Powyższego w ocenie Izby nie zmienia sporządzony przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia w załączniku nr 2 do SWZ, który stanowił jedynie wyraz oczekiwań Zamawiającego, weryfikowanych następczo w toku postępowania na podstawie podanego przez wykonawcę numeru katalogowego oferowanego produktu i dokumentów przedmiotowych.

Jednocześnie w ocenie Izby w okolicznościach przedmiotowej sprawy brak jest podstaw do poprawienia formularza asortymentowo - cenowego Przystępującego w zakresie zadania nr 3 poz. 1 w kolumnie dotyczącej nr/symbolu katalogowego z zastosowaniem art. 223 ust. 2 ustawy Pzp. W szczególności nie można uznać, że oferta Przystępującego obarczona była niezamierzonym błędem pisarskim, który miał charakter oczywisty. Wskazać należy, że istotą omyłki pisarskiej jest niezamierzona niedokładność nasuwająca się każdemu, bez przeprowadzania dodatkowych ustaleń. Jako przykład oczywistej omyłki pisarskiej można podać błąd literowy, widoczne niezamierzone opuszczenie wyrazu, czy inny błąd, wynikający z przeoczenia lub innej wady procesu myślowo - redakcyjnego, a niespowodowany uchybieniem merytorycznym. W tym miejscu zauważenia wymaga, iż jakkolwiek Przystępujący w piśmie procesowym z dnia 2 września 2022 r. wielokrotnie wskazywał, iż w niniejszym przypadku mamy do czynienia ze zwyczajną omyłką wykonawcy, to nie twierdził przy tym, że ma ona przymiot oczywistości, a to do poprawienia oczywistej omyłki pisarskiej zobowiązany jest zamawiający w świetle przepisów ustawy Pzp.

Zdaniem Izby sposób wypełnienia przez Przystępującego formularza asortymentowo - cenowego nie dawał podstaw do uznania, że wolą Przystępującego było wpisanie w kolumnie nr 11 załącznika nr 2 do SWZ numeru katalogowego EM 851010, zamiast EM 850010. Wniosku, iż w niniejszym przypadku błąd wykonawcy jest konsekwencją oczywistej omyłki nie można wyciągnąć również z uzupełnionych przez Przystępującego przedmiotowych środków dowodowych, na które składały się karta katalogowa oraz deklaracja zgodności CE. Jakkolwiek złożona przez Przystępującego karta katalogowa dotyczyła parafiny z DMSO, to już złożona deklaracja zgodności CE obejmowała obydwa produkty, co uniemożliwia jednoznacznie stwierdzenie, że zamiarem wykonawcy było zaoferowanie produktu o numerze EM 851010 (parafina z DMSO). Ponadto wskazać należy,

iż zasadniczym celem przedmiotowych środków dowodowych jest potwierdzenie spełnienia wymagań zamawiającego, nie zaś konkretyzowanie, czy też ustalanie oświadczenia woli wykonawcy co do oferowanego produktu, które w niniejszej sprawie wyrażane było poprzez podanie numeru katalogowego/symbolu przedmiotu świadczenia w załączniku nr 2 do SWZ.

Podkreślić należy, iż poprawienie oferty Przystępującego w sposób w jaki uczynił to Zamawiający doprowadziło do merytorycznych zmian w jej treści, bowiem zmieniło oświadczenie woli Wykonawcy dotyczące przedmiotu świadczenia, co jest niedopuszczalne po upływie terminu składania ofert. W okolicznościach sprawy zmiana jednej cyfry na drugą w numerze katalogowym produktu determinowała rodzaj oferowanego produktu, przy czym tylko jeden z nich był zgodny z wymogami Zamawiającego. Tym samym w rozpoznawanym przypadku poprawa oferty Przystępującego w sposób w jaki uczynił to Zamawiający stanowiła istotną zmianę w zakresie przedmiotu oferowanego produktu i stanowiła wyraz dostosowania treści oferty Przystępującego do wymogów specyfikacji warunków zamówienia, czyli do rekonstrukcji oświadczenia woli wykonawcy na postawie wymogów zamawiającego, choć oświadczenie woli zawarte w ofercie nie daje takich podstaw. Powyższe z kolei wyklucza możliwość poprawienia oferty Przystępującego także na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

W końcu wskazać należy, iż dowody złożone przez Przystępującego oraz Odwołującego wymienione na str. 11 Izba uznała za bez znacznia dla rozpoznania istoty sporu.

Wobec stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego art. 223 ust. 2 pkt 1 oraz art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. a oraz d w zw. z § 7 ust. 1 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).

Przewodniczący: .....