

WYROK

Warszawa, dnia 10 czerwca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Beata Konik

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 maja 2024 r. przez wykonawcę Boxmet Medical spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pieszycach, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Skarb Państwa 2. Wojskowy Oddział Gospodarczy z siedzibą we Wrocławiu,

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazać Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, ponowne badanie i ocenę ofert, w tym poprawienie na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w ofercie Odwołującego pozycji nr 46 „ŚWIATŁO CHEMICZNE KOLORU ZIELONEGO Termin ważności min. 5 LAT” formularza cenowego dla prawa opcji w ten sposób, że zamiast 6,70 zł należy wpisać 5,70 zł oraz poprawienie pozycji nr 47 „ŚWIATŁO CHEMICZNE KOLOR ŻÓŁTEGO Termin ważności min. 5 LAT” formularza cenowego dla prawa opcji w ten sposób, że zamiast 7,70 zł należy wpisać 5,70 zł, a także w konsekwencji powyższych czynności - poprawienie ceny całkowitej za zamówienie objęte prawem opcji.
2. kosztami postępowania obciążyć Zamawiającego i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę po 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Odwołującego i Zamawiającego tytułem wynagrodzenia i wydatków pełnomocnika.
 - 2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą sumę kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania i z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:.....

Uzasadnienie

Skarb Państwa 2. Wojskowy Oddział Gospodarczy z siedzibą we Wrocławiu (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie podstawowym postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawy pn.: „Dostawę wyrobów medycznych oraz drobnego sprzętu medycznego – Zadanie nr 2”, nr postępowania: MED/142/2024.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.).

Szacunkowa wartość zamówienia jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z 11 kwietnia 2024 r., nr 2024/BZP 00281109/01.

W postępowaniu tym wykonawca Boxmet Medical spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pieszycach (dalej: „Odwołujący”) 9 maja 2024 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:

- 1) odrzuceniu oferty Odwołującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia z naruszeniem art. 226 ust 1 pkt 5 Pzp,
- 2) zaniechaniu poprawienia omyłki w treści oferty Odwołującego dotyczącej wyceny poz. 46 oraz 47 (światła chemiczne koloru zielonego i żółtego) dla zamówienia opcjonalnego – z naruszeniem art. 223 ust 2 pkt 1 lub 3 Pzp,
- 3) wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy – SIS-MED Sp. z o.o, ul. Kolumny 226/1, 93-613 Łódź, co skutkuje naruszeniem art. 239 ust 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu a przy uwzględnieniu danych zawartych w ofercie Odwołującego i postanowień SWZ ma bezpośredni wpływ na zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej jako obarczonej wadą mającą wpływ na wynik Postępowania,
- powtórzenie czynności oceny ofert w Postępowaniu i w jej wyniku: unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, poprawienie omyłki w treści oferty Odwołującego w odniesieniu do poz. 46 i 47 formularza wyceny dla zamówienia opcjonalnego, ponowienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, co następuje.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania i może ponieść szkodę. Odwołujący wyjaśnił, że zgodnie z rankingiem ofert zawartym w treści informacji z otwarcia ofert z dnia 29 kwietnia 2024 r. oferta Odwołującego znajdowała się na pierwszej pozycji w odniesieniu do Zadania nr 2. Odwołujący wskazał, że wobec powyższego, uwzględnienie odwołania i unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz dokonanie poprawienia omyłki w jej treści skutkuje bezpośrednio na wybór oferty Odwołującego najkorzystniejszej w Postępowaniu w zakresie Zadania nr 2.

Następnie Odwołujący wyjaśnił, że Zamawiający przewidział na etapie realizacji przedmiotu zamówienia możliwość udzielania zamówień opcjonalnych przy czym zamówienia opcjonalne obejmowały tożsame z zamówieniem podstawowym asortyment po tych samych cenach jednostkowych jak w przypadku zamówienia podstawowego. Odwołujący podkreślił, że zgodnie z Formularzem ofertowym (Załącznik nr 3 do SWZ) wykonawca zobowiązał się do zawarcia umowy zgodnie z projektem umowy, który narzuca, sposób rozliczenia zamówień opcjonalnych według cen dla zamówienia podstawowego. Odwołujący wskazał, że z treści dokumentów zamówienia wywodzi, że:

- Zamawiający przewidział w postępowaniu realizację zamówienia w zakresie podstawowym oraz opcjonalnym,
- zakres rzeczowy (asortyment) zamówienia opcjonalnego pozostaje tożsamy z zakresem zamówienia podstawowego,
- ceny jednostkowe dla zamówień opcjonalnych są cenami zamówienia podstawowego.

W dalszej kolejności Odwołujący wskazał, że posługując się udostępnionym przez Zamawiającego - FORMULARZEM KALKULACYJNYM xls zawartym w załączniku nr 4, dokonał wyceny oferty. Odwołujący wskazał, że sposób poprawny dokonał wyceny i podał ceny jednostkowe dla zamówienia podstawowego.

Następnie, Odwołujący wyjaśnił, że Formularz przygotowany przez Zamawiającego zawierał wycenę wszystkich zadań jak również opcji w postaci odrębnych zakładek pliku excel. Odwołujący wyjaśnił, że składając ofertę w zakresie Zadania nr 2 wyodrębnił z pliku scalonego zakładkę dotyczącą Zadania nr 2 – zakres podstawowy plik pdf „zadanie nr 2.pdf” wypełniając go i podpisując podpisem kwalifikowanym a następnie wyodrębnił zakładkę „opcja” i przekonwertował do formatu pdf w postaci odrębnego załącznika – plik: „opcja.pdf”.

Odwołujący wyjaśnił, że w trakcie wypełniania pliku „opcja” doszło do powstania omyłki edytorskiej w zakresie poz. 46 i 47. Odwołujący wskazał, że źródłem powstałej omyłki polegającej na podaniu odpowiednio dla poz. 46 ceny jako 6,70 a dla poz. 47 ceny jako 7,70 zł było przeciągnięcie wiersza w do ł – podczas tego procesu liczby w poniższych pozycjach są o 1 większe niż w wyższych tj. np. 5,70 a dalej 6,70, 7,70, 8,70 itd. Potwierdza powyższy omyłkowy charakter podanych cyfr 6,70 oraz 7,70 także fakt, że przedmiot zamówienia obejmuje światła chemiczne kolorowe w trzech kolorach (czerwony/zielony/żółty) W formularzu wyceny zamówienia podstawowego wycena każdego koloru jest jednolita – 5,70 bowiem produkty te są w tych samych cenach – jedyną różnicą jest sam kolor światła. Potwierdza powyższe zarówno oferta Odwołującego w zakresie wyceny zamówienia podstawowego (każdy kolor po 5,70 zł) jak również wyceny pozostałych wykonawców. Odwołujący argumentował, że w przypadku jego oferty właściwą wartością dla poz. 46 i 47 winna być zamiast 6 i 7 - wartość jak w przypadku światła czerwonego zarówno w zamówieniu podstawowym jak i opcjonalnym tj. 5. Wartość groszy 0,70 w każdym przypadku jest poprawna.

W ocenie Odwołującego okoliczności sprawy wskazują na dopuszczalność oraz powinność dokonania przez Zamawiającego poprawienia omyłki zarówno w trybie art. 223 ust 2 pkt 1 jak i 3 Pzp. W odniesieniu do kwestii poprawienia omyłki w trybie art. 223 ust 2 pkt 1 Pzp tj. poprawienia oczywistych omyłek pisarskich – w sprawie mamy do czynienia z omyłkowo podaną cyfrą: dla poz. 46 zamiast 5,70 podano 6,70 dla poz. 47 zamiast 5,70 podano 7,70. Odwołujący powołał się na stanowisko Izby wyrażone w wyroku o sygn. akt KIO 353/22, wyrok z dnia 21 marca 2022 r.; KIO 3425/21, wyrok z dnia 8 grudnia 2021 r.; sygn. akt KIO 1357/22, z 2 czerwca 2022 r.

Odwołujący przyznał, że wypełniając formularz zamówienia opcjonalnego – pomimo narzuconej w SWZ formuły – cena jednostkowa zamówienia opcjonalnego taka jak cena dla zamówienia podstawowego – w wyniku omyłki wynikającej z technicznego sposobu wypełniania formularza opcjonalnego (edycja pliku) popełnił omyłkę.

W ocenie Odwołującego omyłkę taką można uznać za oczywistą omyłkę pisarską, o kto rej mowa w art. 223 ust 2 pkt 1 Pzp - gdyż wykrycie tej niezgodności i jej poprawienie nie wymaga niczego więcej, niż rozpoznania ciągu cyfr. Omyłka taka rzuca się w oczy każdemu, a jej poprawienie nie wymaga żadnych wiadomości specjalnych a sama cena opcji jako cena zamówienia podstawowego była narzucona co wykluczało jakąkolwiek dowolność w tym zakresie po stronie wykonawców. Odwołujący podkreślił, że w przypadku oczywistej omyłki pisarskiej, Pzp nie warunkuje dopuszczalności jej poprawienia od przypadku gdy dotyczy ona elementów nieistotnych oferty.

Odwołujący zwrócił przy tym uwagę, że sposób wyceny zamówienia opcjonalnego ma charakter sztywny i narzucony według zasady – cena w opcji to cena z podstawy a zatem jest tylko jeden sposób w jaki możliwe jest poprawienie omyłki. Wskazane przez Odwołującego powyżej okoliczności faktyczne wynikające bezpośrednio z treści oferty - jednolita wycena każdego koloru w zamówieniu podstawowym oraz taka sama wycena w opcji w zakresie koloru czerwonego i przyczyna podania omyłkowo początku wartości 6 oraz 7 dla poz. 46 i 47 mają charakter obiektywny i są weryfikowalne i możliwe jest ich odtworzenie i prześledzenie. Dodatkowo istnieje tylko jeden sposób poprawienia omyłki i przywrócenia zgodności z SWZ bowiem cena dla pozycji z opcji jest taka sama jak w zamówieniu podstawowym. Skoro cena w zamówieniu podstawowym jest poprawna i wynosi 5,70 zł netto to w taki właśnie sposób należy poprawić omyłkę w poz. 46 i 47 dla formularza opcji zaś konsekwencje rachunkowe omyłki dla ceny ofertowej (brak zmiany rankingu ofert) uwzględnić w poprawieniu zgodnie z art. 223 Pzp. Cena w zamówieniu podstawowym determinuje cenę w zamówieniu opcjonalnym.

Ponadto, Odwołujący zwrócił uwagę, że w sytuacji gdy wzór umowy wprost narzuca wymaganą wycenę opcji oświadczenie w przedmiocie wartości dla poz. 46 i 47 jako pozostające z nim w sprzeczności winno być co najmniej przedmiotem wyjaśnień w trybie art. 223 ust 1 Pzp a z pewnością brak jest możliwości kategorycznego uznania, że oferta Odwołującego z powołanej przyczyny winna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 226 ust 1 pkt 5 Pzp. Dodatkowo, Odwołujący podniósł, że wskutek poprawienia omyłki w treści oferty Odwołującego w dowolnym trybie nie doszłoby do jakiegokolwiek zmiany w rankingu ofert – oferta Odwołującego była i po poprawieniu omyłki wciąż będzie ofertą najkorzystniejszą w świetle kryteriów oceny ofert w postępowaniu zaś sposób poprawienia omyłki w celu przywrócenia jej zgodności z warunkami zamówienia jest tylko jeden. Jak wynika z wyliczeń w wyniku poprawienia omyłki o którą wnosi Odwołujący: różnica w wartości brutto wyniesie symbolicznie: 369,00 zł (opcja po poprawie omyłki 156 903,35 zł zaś przed 157 272,35 zł).

W złożonej pismem z 4 czerwca 2024 r. odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości przedstawiając uzasadnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy ustaliła, co następuje.

Odwołującemu zgodnie z treścią w art. 505 ustawy Pzp przysługują środki ochrony prawnej, ponieważ jest wykonawcą biorącym udział w postępowaniu o to zamówienie publiczne.

Do przedmiotowego postępowania odwoławczego żaden wykonawca nie zgłosił przystąpienia w charakterze uczestnika postępowania.

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 555 ustawy Pzp), podtrzymanych na rozprawie z uwzględnieniem zasady kontradyktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 ustawy Pzp). Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba miała na uwadze treść akt postępowania (§8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2453). Izba przy rozpoznaniu sprawy miała na uwadze ponadto stanowiska Stron zaprezentowane w odwołaniu i w odpowiedzi na odwołanie jak i podczas rozprawy oraz złożone dowody.

Izba ustaliła następujące okoliczności faktyczne jako istotne dla rozstrzygnięcia sprawy.

Na podstawie treści specyfikacji warunków zamówienia (dalej: „SWZ”), Izba ustaliła, że przedmiotem zamówienia jest sukcesywna dostawa wyrobów medycznych oraz drobnego sprzętu medycznego. Szczegółowy opis oraz sposób realizacji zamówienia zawierają następujące załączniki do SWZ: opis przedmiotu zamówienia zawarty w załączniku nr 1

do SWZ, wzór umowy zawarty w załączniku 2 do SWZ formularz ofertowy zawarty w załączniku nr 3 do SWZ oraz formularz kalkulacyjny xls zawarty w załączniku nr 4 do SWZ.

Zamawiający dopuścił składanie ofert częściowych do przedmiotu zamówienia na 5 zadań, zgodnie z formularzem kalkulacyjnym xls zawartym w załączniku 4 do SWZ, w którym dane zadanie znajduje się w osobnej zakładce. Zamawiający zastrzegł, że opis przedmiotu zamówienia należy odczytywać wraz z ewentualnymi zmianami treści niniejszej SWZ, będącymi np. wynikiem udzielonych odpowiedzi na zapytania Wykonawców.

Zamawiający wskazał, że przewiduje możliwość udzielenia zamówienia opcjonalnego dla zadań 1, 2, 4 i 5 zgodnie z formularzem kalkulacyjnym zawartym w załączniku nr 4 (zakładka opcja) oraz wzorem umowy zawartym w załączniku nr 2. Termin realizacji zamówienia opcjonalnego – do 30.11.2024 r.

Projektowane postanowienia umowy zostały zawarte w załączniku 2 do SWZ.

Zamawiający wskazał, że wraz z ofertą należy złożyć wypełniony FORMULARZ OFERTOWY, stanowiący załącznik nr 3 do SWZ, wraz z wypełnionym FORMULARZEM KALKULACYJNYM xls zawartym w załączniku nr 4 dla zadań, w który Wykonawca składa ofertę. Zamawiający podał w SWZ, że niezłączenie przez wykonawcę wypełnionego formularza kalkulacyjnego xls będzie skutkowało odrzuceniem oferty. Zamawiający wskazał, że dla zadań 1, 2, 4 i 5 Wykonawca wypełnia formularz kalkulacyjny xls - zakładka opcja, w którym wpisuje ceny jednostkowe takie same jak dla danego zadania zamówienia podstawowego. Zamawiający podał też, że nieuwzględnienie przez Wykonawcę dokonanej przez Zamawiającego modyfikacji SWZ nie będzie stanowić podstawy do jej poprawienia w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, a oferta zostanie odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

W części SWZ poświęconej sposobie obliczenia ceny, Zamawiający wskazał, że cenę oferty należy podać zgodnie z FORMULARZEM KALKULACYJNYM xls stanowiącym załącznik 4 do SWZ. Cena oferty musi zawierać wszystkie koszty niezbędne do zrealizowania zamówienia określonego w punkcie 4 SWZ, opisie przedmiotu zamówienia zawartym w załączniku – 1 do SWZ i wzorze umowy zawartym w załączniku nr 2 do SWZ.

Zamawiający podał ponadto, że jedynym kryterium oceny ofert będzie cena – znaczenie 100%.

Na podstawie §9 ust. 4 wzoru umowy, Izba ustaliła, że dostawca zobowiązany jest dostarczyć asortyment objęty prawem opcji po cenach jednostkowych wykazanych w swojej ofercie w zamówieniu podstawowym.

Na podstawie informacji z otwarcia ofert ustalono, że w postępowaniu, na zadanie 2, którego dotyczy odwołanie, złożono 4 oferty.

Z treści oferty Odwołującego wynika, że w poz. 45, 46 i 47 dotyczących światła chemicznego w kolorach, odpowiednio czerwonym, zielonym żółtym, w zamówieniu podstawowym, Odwołujący wycenił wszystkie te pozycje w ten sam sposób, oferując cenę 5,70 zł netto. Natomiast w treści formularza cenowego odnoszącego się do zamówienia objętego prawem opcji, te same pozycje 46 i 47 Odwołujący wycenił odmiennie niż w zamówieniu podstawowym, tj. poz. 46 – 6,70 zł netto i poz. 47 – 7,70 zł netto. Natomiast poz. 45 dla zamówienia opcjonalnego została wyceniona jak w zamówieniu podstawowym, tj. na 5,70 zł netto

W formularzu ofertowym, Odwołujący w zakresie zamówienia objętego prawem opcji podał następującą cenę: „NETTO: cyfrowo: 145 192,70 zł (słownie: sto czterdzieści pięć tysięcy sto dziewięćdziesiąt dwa złote siedemdziesiąt groszy) VAT 8% i 23% cyfrowo: 12 079,65 zł (słownie: dwanaście tysięcy siedemdziesiąt dziewięć złotych sześćdziesiąt pięć groszy) BRUTTO: cyfrowo: 157 272,35 zł (słownie: sto pięćdziesiąt siedem tysięcy dwieście siedemdziesiąt dwa złote trzydzieści pięć groszy)”.

Pismem z 9 maja 2024 r., Zamawiający poinformował Odwołującego o wyniku postępowania, w tym o odrzuceniu jego oferty. Zamawiający jako podstawę prawną podał art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, uzasadnienie faktyczne było następujące: „Zamawiający w punkcie 10.2.1 SWZ wymagał aby Wykonawca, wypełniając formularz kalkulacyjny xls w zakładce dotyczącej opcji, wpisał ceny jednostkowe takie same jak dla zamówienia podstawowego. Wykonawca dla pozycji nr 46 i 47 (światła chemiczne koloru zielonego i żółtego) zaoferował różne ceny dla zamówienia podstawowego i opcjonalnego w związku z czym jego oferta podlega odrzuceniu.”.

Izba zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje na treść przepisów ustawy Pzp, będących podstawą zarzutów odwołania w przedmiotowej sprawie.

art. 16 pkt 1 ustawy Pzp

Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

1)zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;

art. 223 ust. 2 pkt 1 lub 3 ustawy Pzp

Zamawiający poprawia w ofercie:

1) oczywiste omyłki pisarskie,

3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści

oferty

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

art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp

1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;

art. 239 ust. 1 ustawy Pzp

Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługiwało na uwzględnienie, z następujących powodów.

W pierwszej kolejności przypomnieć należy, że w orzecznictwie Izby wielokrotnie podkreślono, że celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest dokonanie wyboru oferty najbardziej poprawnej formalnie, lecz dokonanie wyboru oferty z najniższą ceną lub oferty przedstawiającej najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia (oferty najkorzystniejszej ekonomicznie) (*vide* uzasadnienie wyroku Izby z 23 marca 2011 r., sygn. akt KIO 522/11).

Interpretacja art. 223 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp nie budzi większych wątpliwości. Przepis stanowi bowiem, że poprawieniu podlegają oczywiste omyłki pisarskie. Przypomnieć przy tym trzeba, że za oczywistą omyłkę pisarską uznaje się omyłkę, która jest wyraźnie zauważalna, nie budzi wątpliwości, nasuwająca się każdemu bez potrzeby przeprowadzania dodatkowych ustaleń i niespowodowana uchybieniem merytorycznym. Istotne jest przy tym, żeby w wyniku poprawienia oczywistej omyłki pisarskiej nie zmieniła się treść oferty rozumianej jako treść oświadczenia woli wykonawcy (*vide* wyrok z dnia 2 maja 2022 r. sygn. akt KIO 949/22).

Jak natomiast wskazała Izba w wyroku z dnia 5 lipca 2023 r., sygn. akt KIO 1755/23 intencją ustawodawcy towarzyszącą wprowadzeniu art. 87 ust. 2 ustawy Pzp (który jest odpowiednikiem aktualnie obowiązującego art. 223 ust. 2 ustawy Pzp) było zniwelowanie formalizmu występującego na gruncie ustawy, aby umożliwić branie pod uwagę w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych ofert obarczonych nieistotnymi wadami, będącymi wynikiem różnego rodzaju błędów i omyłek, których skorygowanie nie prowadzi do istotnych zmian w treści oferty. Wynika to wprost z uzasadnienia do ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw: *„W projekcie wprowadza się istotne zmiany dotyczące sposobu poprawiania oczywistych omyłek pisarskich rachunkowych (art. 87 ust. 2). Rezygnuje się z zamkniętego katalogu sposobu poprawiania omyłek rachunkowych, pozostawiając jednocześnie zamawiającemu uprawnienie do poprawiania oczywistych omyłek pisarskich, rachunkowych oraz innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Proponowane rozwiązanie przyczyni się do usprawnienia procedury udzielania zamówienia publicznego oraz do zmniejszenia liczby odrzucanych ofert i unieważnianych postępowań. Ogranicza się sytuacje, w których oferty uznane za najkorzystniejsze podlegają odrzuceniu ze względu na błędy rachunkowe w obliczeniu ceny, które nie są możliwe do poprawienia w myśl ustawowo określonych reguł (...).”*

Ponadto, w orzecznictwie Izby jednolicie akcentuje się, że w przypadku skorzystania z możliwości, jakie daje art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, należy ocenić, czy poprawienie omyłki nie spowoduje istotne zmiany w treści oferty. Wskazówki co do granic takiej oceny znajdziemy w interpretacji omawianego przepisu, wypracowanej przez orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej. Jak wskazała Izba w wyroku z dnia 27 marca 2023 r., sygn. akt: KIO 691/23: *„Warunkiem poprawienia omyłki jest nieistotność zmian treści oferty, jakie pociąga za sobą dokonanie poprawy. Zasadniczo w orzecznictwie przyjmuje się, że o tym, czy poprawienie omyłki powoduje istotne zmiany w treści oferty decyduje nie fakt, czy omyłka dotyczy istotnych elementów zamówienia, ale to, czy w istotny sposób zmienia się oświadczenie woli wykonawcy zawarte w ofercie. Ocenie podlega również wpływ dokonanych zmian na wartość oferty”*. Podobne stanowisko zajęła Izba w wyroku z dnia 31 stycznia 2023 r., sygn. akt: KIO 136/23: *„Granicy jego zastosowania jest bowiem istotna zmiana treści oferty, o czym niewątpliwie każdorazowo decydują okoliczności konkretnej sprawy, a w szczególności na ile taka zmiana stanowi wytworzenie całkowicie odmiennego oświadczenia od złożonego przez wykonawcę w ofercie. O istotności takiej może także decydować skala zmiany w stosunku do całości treści oferty i przedmiotu zamówienia m.in. co do wielkości ceny. W tej sprawie zmiana jest zmianą marginalną w stosunku do ceny ofertowej”*.

W orzecznictwie Izby podkreśla się również, że poprawy omyłki jako innej można dokonać wyłącznie w sytuacji, gdy to w jaki sposób taka omyłka może zostać poprawiona wynika z innych elementów składających się na ofertę. W wyroku z dnia 19 kwietnia 2021 r., sygn. KIO 788/21 Izba wskazała, że zamawiający może dokonać poprawienia takiej omyłki tylko w sytuacji, gdy wie (a wiedza ta oparta jest wyłącznie na informacjach zawartych w ofercie oraz treści specyfikacji) jak takiej poprawy należy dokonać. W innym orzeczeniu, Izba zwróciła uwagę, że poprawa omyłki w ww. trybie jest wyjątkiem od ogólnej zasady niezmienności treści oferty po jej złożeniu, wynikającej z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, a także z zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, o której mowa w art. 16 ustawy Pzp.

Warunkiem bowiem zachowania zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji jest to, że wszyscy wykonawcy składają oferty w warunkach, w których nie znają treści ofert swych konkurentów. Jako wyjątek od tej zasady poprawienie omyłek w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp musi być stosowane ostrożnie i z uwzględnieniem wyjątkowego charakteru tej instytucji (*vide* wyrok z dnia 14 kwietnia 2023 r., sygn. akt: KIO 839/23, KIO 864/23). W innym wyroku, Izba uznała również, że poprawa innej omyłki jest możliwa wyłącznie w sytuacji, gdy treść dokumentów zamówienia jest jednoznaczna i precyzyjna, a wykonawca w wyniku omyłki niepowodującej istotnych zmian w treści oferty, nie zastosował się do klarownego brzmienia SWZ (*vide* wyrok z dnia 28 kwietnia 2023 r., sygn. akt: KIO 1046/23).

Reasumując powyższe, można stwierdzić, że z przepisu art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wynika, że granicą jego zastosowania jest istotna zmiana treści oferty, o czym każdorazowo decydują okoliczności konkretnej sprawy, tj. na ile zmiana oddaje pierwotny sens i znaczenie treści oferty, a na ile stanowi wytworzenie całkowicie nowego oświadczenia, odmienne od złożonego przez wykonawcę w stopniu nakazującym uznać, że wykonawca nie złożyłby takiego oświadczenia, gdyż nie odzwierciedla ono jego intencji wyrażonych w poddawanej poprawie ofercie. O istotności takiej może zatem decydować skala zmiany wielkości ceny, skala zmiany zakresu przedmiotu świadczenia czy warunków jego realizacji. Dla oceny istotnego charakteru wprowadzanych zmian kluczowe znaczenie ma ich zakres w stosunku do całości treści oferty i przedmiotu zamówienia (*vide* wyrok z dnia 14 lipca 2023 r., sygn. akt: KIO 1873/23).

Przenosząc powyższe na grunt przedmiotowej sprawy, skład orzekający doszedł do przekonania, że w okolicznościach tej sprawy Zamawiający zobowiązany był na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprawić pozycję nr 46 i 47 formularza ofertowego dla prawa opcji, a zaniechanie Zamawiającego w tym zakresie stanowi naruszenie przepisów ustawy Pzp, w konsekwencji czego odwołanie podlegało uwzględnieniu.

Izba miała na uwadze, że w dokumentach zamówienia Zamawiający przesądził, że „Dla zadań 1, 2, 4 i 5 Wykonawca wypełnia formularz kalkulacyjny xls – zakładka opcja, w którym wpisuje ceny jednostkowe takie same jak dla danego zadania zamówienia podstawowego.”, co wynika wprost z rozdziału 10 SWZ „Opis przygotowania oferty”. Ponadto, nie bez znaczenia dla oceny w tej sprawie jest również treść §9 ust. 4 załącznika nr 2 do SWZ, zawierającego wzór umowy, gdzie Zamawiający wskazał: „Dostawca zobowiązany jest dostarczyć asortyment objęty prawem opcji po cenach jednostkowych wykazanych w swojej ofercie w zamówieniu podstawowym”, zatem nawet nie ma tu odwołania do cen wskazanych dla zamówienia objętego prawem opcji. Mając na uwadze treść dowodu nr D.3 przedstawionego przez Odwołującego wraz ze stanowiskiem zaprezentowanym w tym zakresie podczas rozprawy, Izba dostrzega, że rozwiązanie to jest tożsame z rozwiązaniem zastosowanym w poprzednim postępowaniu przetargowym, gdzie nie było wymagane składanie takiego formularza dla zamówienia objętego prawem opcji. Niemniej jednak to postępowanie jest już na etapie po otwarciu ofert, stąd dokumenty zamówienia zyskały swój ostateczny kształt i brzmienie i okoliczność ta nie może pozostać bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy.

W ocenie Izby, Odwołujący prawidłowo wywiódł z dokumentów zamówienia, że Zamawiający przesądził o tym jak należy wycenić zamówienie objęte prawem opcji, stąd też Zamawiający nie powinien mieć problemu z ustaleniem sposobu poprawienia zaistniałej omyłki. Zdaniem Izby w okolicznościach tej sprawy nie budzi wątpliwości, że przy poprawieniu omyłki w ofercie Odwołującego, Zamawiający powinien kierować się wysokością cen w poz. 46 i 47 podanych dla zamówienia podstawowego. Nie bez znaczenia są też wyjaśnienia Odwołującego co do sposobu powstania omyłki. Izba dała wiarę temu stanowisku, popartym dowodami i uznała, że w okolicznościach tej sprawy mamy do czynienia z wystąpieniem omyłki, a nie z zamierzonym działaniem Odwołującego. Ponadto, z uwagi na treść dokumentów zamówienia można ustalić, jak omyłkę poprawić. Przemawiają też za tym pozostałe okoliczności, na które zwrócił uwagę Odwołujący. Mianowicie – Odwołujący wykazał, że ceny dla spornych pozycji, które odnoszą się do światel chemicznych są takie same bez względu na kolor. Ponadto, Izba dostrzega, że intencję Odwołującego można ustalić analizując pozycję nr 45, gdzie w formularzu dotyczącym zamówienia podstawowego Odwołujący podał cenę 5,70 zł netto i taką samą cenę za tą samą pozycję podał również w formularz dla zamówienia objętego prawem opcji. Dowód D.2 pokazuje natomiast mechanizm powstania omyłki – w każdej kolejnej pozycji w formularzu cenowym dla prawa opcji, cena automatycznie zwiększona została o 1 względem poprzedniej pozycji, stąd w poz. 46 zamiast 5,70 zł netto pojawiła się wartość 6,70 zł netto, a w poz. 47 zamiast 5,70 zł netto została ostatecznie wskazana wartość 7,70 zł netto.

W tych okolicznościach sprawy, w ocenie Izby odwołanie podlegało uwzględnieniu w całości, w wyniku czego Izba nakazała unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, ponowne badanie i ocenę ofert, w tym poprawienie w ofercie Odwołującego pozycji nr 46 „ŚWIATŁO CHEMICZNE KOLORU ZIELONEGO Termin ważności min. 5 LAT” formularza cenowego dla prawa opcji w ten sposób, że zamiast 6,70 zł należy wpisać 5,70 zł oraz poprawienie pozycji nr 47 „ŚWIATŁO CHEMICZNE KOLORU ŻÓŁTEGO Termin ważności min. 5 LAT” formularza cenowego dla prawa opcji w ten sposób, że zamiast 7,70 zł należy wpisać 5,70 zł. W konsekwencji, Zamawiający powinien również poprawić cenę całkowitą za zamówienie objęte prawem opcji.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11

września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) oraz § 7 ust. 1 pkt 1 związku z § 2 ust. 1 pkt 1 w zw. z §5 pkt 1 i pkt 2 lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodnicząca: