

## **WYROK**

**z dnia 19 sierpnia 2022 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Emil Kuriata**

**Protokolant: Wiktoria Ceyrowska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 sierpnia 2022 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 sierpnia 2022 r. przez wykonawcę **ZARYS International Group sp. z o. o. sp. k., ul. Pod Borem 18; 41-808 Zabrze**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Szpital Uniwersytecki nr 2 im. dr J. Biziela w Bydgoszczy, ul. Ujejskiego 75; 85-168 Bydgoszcz**,

**orzeka:**

1. **Uwzględnia odwołanie w części i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy odwołującego ZARYS International Group sp. z o. o. sp. k. z siedzibą w Zabrzu w grupach nr 7, 8, 13, 16, 21, 22, 23, 25, 29, poprawienie omyłek w ofercie odwołującego ZARYS International Group sp. z o. o. sp. k. z siedzibą w Zabrzu w grupach nr 7, 8, 13, 16, 21, 22, 23, 25, 29.**
2. **Oddala odwołanie w zakresie zarzutów dotyczących grupy nr 27 zamówienia.**
3. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Szpital Uniwersytecki nr 2 im. dr J. Biziela w Bydgoszczy, ul. Ujejskiego 75; 85-168 Bydgoszcz** i:
  - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **ZARYS International Group sp. z o. o. sp. k., ul. Pod Borem 18; 41-808 Zabrze**, tytułem wpisu od odwołania,
  - 3.2. zasądza od zamawiającego **Szpital Uniwersytecki nr 2 im. dr J. Biziela w Bydgoszczy, ul. Ujejskiego 75; 85-168 Bydgoszcz** na rzecz wykonawcy **ZARYS International Group sp. z o. o. sp. k., ul. Pod Borem 18; 41-808 Zabrze**, kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy)

stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Zamawiający – Szpital Uniwersytecki nr 2 im. dr J. Biziela w Bydgoszczy prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „*Dostawa materiałów jednorazowego sprzętu medycznego*”, nr postępowania: *NZZ/17/P/22*”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 15 kwietnia 2022 r., pod nr 2022/S 075-199200.

Dnia 22 lipca 2022 roku, zamawiający poinformował odwołującego o odrzuceniu Jego oferty w m.in. grupach 7, 8, 13, 16, 21, 22, 23, 25, 27, 29.

Dnia 1 sierpnia 2022 roku, wykonawca ZARYS International Group sp. z o. o. sp. k. z siedzibą w Zabrze (dalej „*Odwołujący*”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu niezgodne z przepisami ustawy p.z.p. następujące czynności:

- odrzucenie oferty odwołującego na skutek błędnej interpretacji art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p.,
- brak zastosowania art. 223 ust. 2 pkt 3 p.z.p. umożliwiającego zamawiającemu poprawienie w ofercie wykonawcy innej omyłki z uwagi na jego sprzeczność z dokumentacją zamówienia,
- brak cofnięcia odrzucenia oferty odwołującego, co stanowi:
  1. naruszenie art. 16 p.z.p. – poprzez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz działanie nieproporcjonalne,
  2. naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p. – poprzez odrzucenie oferty odwołującego, pomimo spełnienia wszystkich wymagań określonych w SWZ,
  3. naruszenie art. 223 ust. 2 pkt 3 p.z.p. – poprzez brak poprawienia innej omyłki w ofercie odwołującego w zakresie ilości wymaganych przez zamawiającego oraz odpowiedniego dostosowania cen z wykorzystaniem cen jednostkowych.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o:

- 1) przeprowadzenie dowodu z dokumentów załączonych do odwołania,
- 2) uwzględnienie odwołania w całości,
- 3) unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego,
- 4) w przypadku dokonania wyboru oferty - unieważnienie czynności wyboru ofert innych wykonawców w zakresie grup 7, 8, 13, 16, 21, 22, 23, 25, 27, 29 jako najkorzystniejszej,
- 5) nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności wyboru z uwzględnieniem oferty odwołującego i wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej,

6) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania.

Odwołujący wskazał, iż posiada interes prawny w złożeniu odwołania, ponieważ jego oferta została odrzucona w wyniku błędnej interpretacji przepisów ustawy p.z.p., a gdyby jego oferta nie została odrzucona, to mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

Odwołujący wskazał, co następuje.

W dniu 22 lipca 2022 roku, zamawiający przekazał informację o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 5 p.z.p. Na dzień złożenia odwołania zamawiający nie dokonał jeszcze rozstrzygnięcia przetargu. Zamawiający zarzucił wykonawcy, że treść jego oferty niezgodna jest z warunkami zamówienia, albowiem wykonawca zaoferował ilości niewymagane przez zamawiającego.

Odwołujący wskazał, że zamawiający kilkakrotnie dokonywał rozmaitych zmian w treści SWZ, w tym dokonał zmiany *in minus* (redukcji) ilości produktów w poszczególnych grupach, którymi był zainteresowany. Odwołujący, demonstrując swój zamiar udziału w postępowaniu na zasadach określonych przez zamawiającego, złożył swoją ofertę, która zawierała wszystkie istotne elementy a jedyne uchybienie dotyczyło omyłkowego przeoczenia informacji

o zmniejszeniu ilości wymaganych produktów. W tej sytuacji oferta odwołującego zawierała wartości ilościowe nieaktualne, sprzeczne z aktualną treścią dokumentacji przetargowej, co stanowi inną omyłkę wykonawcy, podlegającą sprostowaniu przez zamawiającego.

W ocenie odwołującego, zamawiający dokonał oczywiście błędnej oceny treści oferty, która w istocie spełnia warunki określone w SWZ, a zamawiający widząc rozbieżności w zakresie ilościowym w treści oferty, winien był dokonać poprawienia tej omyłki jako innej omyłki na zasadzie art. 223 ust. 2 pkt 3) p.z.p. Zgodnie z treścią tego przepisu: „2. *Zamawiający poprawia w ofercie:*

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

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

Mając na uwadze treść oferty, ustalenie przez zamawiającego treści oferty odwołującego poprzez jej poprawienie do ilości wymaganej przez zamawiającego sprowadzało się do prostych operacji matematycznych i nie może być postrzegane jako istotna zmiana treści oferty. W treści oferty odwołujący podał bowiem także ceny jednostkowe netto poszczególnych składowych przedmiotu zamówienia, stąd zamawiający winien był poprawić

ilości zgodnie ze swoimi wymaganiami, a także wartość pozycji, mnożąc podane ceny jednostkowe przez wymagane ilości. Co istotne, w żadnym przypadku ilości wskazane omyłkowo przez odwołującego nie były niższe niż te wymagane przez zamawiającego, stąd brak jest wątpliwości, czy odwołujący był w istocie zainteresowany/był w stanie dostarczyć ilości wymagane ostatecznie przez zamawiającego. Podkreślenia wymaga fakt, że odwołujący,

w relatywnie krótkim czasie po złożeniu oferty obarczonej wyżej opisaną omyłką, pismem z dnia 30 czerwca 2022 r. (datowanym omyłkowo na dzień 28 kwietnia 2022 r.) dokonał zawiadomienia zamawiającego o omyłkach, do jakich doszło w treści formularza asortymentowo-cenowego, przedstawiając czytelne zestawienie tych wartości typu „jest- powinno być”.

Dodatkowo wskazać należy, że zgodnie z treścią art. 223 ust. 1 p.z.p. zamawiający może w toku badania ofert żądać stosownych wyjaśnień od wykonawców co do treści ich ofert. Mając zatem na uwadze fakt, że odwołujący dokonał uprzednio wyjaśnień w tym zakresie, wskazując na dopuszczenie się innej omyłki oraz oczekując jej sprostowania przez zamawiającego

w trybie tego przepisu. Odwołujący nie otrzymał oczekiwanej odpowiedzi ani zawiadomienia o sprostowaniu, zamiast tego zamawiający zdecydował się odrzucić jego ofertę.

W wyroku z dnia 21 września 2011 r., KIO 1946/11 Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że *„Przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wprowadzony został w celu uniknięcia przypadków odrzucania ofert z powodu omyłek możliwych do wyeliminowania. Dopuszczalne jest zatem poprawienie niedopatrzeń, błędów niezamierzonych, opuszczeń, różnic, lecz wszystkie te zmiany muszą mieścić się w pojęciu omyłki.* (odpowiednikiem art. 87 jest obecna treść art. 223 ust. 2 p.z.p. – dopisek własny). *Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej rozpatrującej sprawę zarejestrowaną pod wyżej wskazaną sygnaturą, elementem istotnym w treści oferty jest wartość ceny jednostkowej podanej przez wykonawcę. Cena ta, w wyniku poprawienia przez Zamawiającego oferty Przystępującego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp nie uległa zmianie. Zmieniła się wartość - łączna cena za zaoferowane przedmioty, wynikająca z przemnożenia ceny jednostkowej przez wymaganą ilość produktów. Jednakże zmiana ta jest wynikiem matematycznego działania i nie ingeruje w oświadczenie woli Przystępującego w zakresie oferowanego wsparcia, zgodnego z wymaganiami Zamawiającego określonymi w treści SIWZ. Świadczy o tym treść oświadczeń Przystępującego złożonych w ofercie”.*

Dalszych wytycznych interpretacyjnych stosowania przepisu art. 223 ust. 2 pkt 3) p.z.p. dostarczają doktryna oraz orzecznictwo. W artykule dostępnym na stronach Urzędu Zamówień Publicznych pod adresem: <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-archiwalne/opiniedotyczace-ustawy-pzp/przygotowanie,-wszczecie-i->

[przebieg-postepowania-o-udzieleniezamowienia-publicznego/omylki-i-bledy-w-ofertach-wykonawcow-analiza-na-przykladzieorzecznictwa-sadow-okregowych-i-krajowej-izby-odwolawczej](#) wskazano m.in. że „Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej punktem odniesienia przy ocenie dopuszczalności dokonania poprawy jest odniesienie dokonanej poprawy do całości oferowanego przez wykonawcę świadczenia. Okoliczność, że zmiana miałaby dotyczyć elementów przedmiotowo istotnych umowy (essentialia negotii) lub elementów uznanych za istotne przez zamawiającego, a nawet fakt, że skutkiem dokonanej poprawy miałaby być zmiana ceny oferty, nie stanowi okoliczności uniemożliwiających dokonanie poprawy na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Znaczenie ma bowiem, czy poprawienie omyłki w sposób istotny zmienia treść oferty w znaczeniu treści oświadczenia woli wykonawcy, a nie czy tkwi w jej istotnych postanowieniach. Zamawiający jest zobowiązany poprawić omyłkę w szczególności wtedy, gdy sposób, w jaki ma być dokonana poprawa wynika z innych elementów składających się na ofertę, przy czym nie jest wykluczone, że w pewnych okolicznościach poprawienie omyłki będzie miało miejsce po uzyskaniu od wykonawcy wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp14. Przywołany przepis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp określa również granice w zakresie możliwości poprawienia omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia wskazując, iż niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty. A zatem, nie jest możliwe poprawienie oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w sytuacji, w której prowadziłoby to do negocjacji pomiędzy zamawiającym a wykonawcą”.

W Komentarzu aktualizowanym do Ustawy pod redakcją A. Gawrońskiej-Baran (Gawrońska-Baran Andrzej i in., Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany) omawiając treść art. 223 ust. 2 pkt 3 oraz warunki do jego zastosowania, wskazano m.in., że: „Muszą zostać spełnione zatem następujące przesłanki: omyłka nie może być wynikiem świadomego, zamierzonego działania wykonawcy, wystąpienie omyłki powoduje niezgodność oferty z dokumentami zamówienia, a poprawienie takiej omyłki nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. Zamawiający musi wiedzieć, w jaki sposób ma dokonać poprawienia takiej omyłki, a wiedza ta powinna mieć oparcie w treści oferty. Zamawiający ma obowiązek poprawić omyłkę w szczególności wtedy, gdy sposób, w jaki ma być dokonana poprawa, wynika z innych elementów treści oferty. Stwierdzone niezgodności powinny mieć taki charakter, aby ich poprawy zamawiający mógł dokonać samodzielnie, bez udziału wykonawcy w tej czynności. Nie wyklucza to jednak poprzedzenia poprawy wyjaśnieniami na podstawie ust. 1 komentowanego przepisu. Żaden przepis Prawa zamówień publicznych nie wskazuje, kiedy należy uznać, że dokonana poprawa omyłek wprowadza do oferty istotną zmianę. Ocena, czy poprawienie innej omyłki przez zamawiającego powoduje (lub nie) istotną zmianę w treści oferty, musi być dokonywana na tle konkretnego stanu faktycznego.

*Nie ma bowiem co do zasady dwóch identycznych postępowań lub dokumentacji postępowania, które można by analogicznie zastosować do innych postępowań. To co w ramach danego zamówienia może prowadzić do istotnej zmiany w treści oferty, nie musi rodzić takiego efektu przy ocenie oferty w innym, nawet podobnym zamówieniu. Ten element jest kwestią oceny dokonanych zmian w ofercie przez pryzmat skutków, jakie niesie ze sobą dokonana zmiana w ramach danej oferty. Jednakże najpierw badana jest dopuszczalność poprawy, a w drugiej kolejności wpływ ewentualnej poprawy na treść oferty. Kwalifikator „istotnych zmian” należy odnosić do całości treści oferty, a konsekwencję tych zmian należy oceniać, biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia i całość oferty”.*

W wyroku KIO z 29.09.2021 r., KIO 2627/21, uznano, że omyłki popełnione w kosztorysie ofertowym nie były omyłkami na tyle istotnymi, aby nie dawały się poprawić w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 p.z.p. Izba podkreśliła, że zamawiający w trakcie prowadzonego postępowania, przed terminem składania ofert, zmodyfikował część przedmiarów przez podanie innego niż pierwotnie numeru KNR dla wybranych pozycji przedmiaru oraz co było konsekwencją tych zmian – zmianie opisu czynności przypisanym tym numerom. Omyłka w kosztorysie ofertowym wykonawcy została stwierdzona w 30 pozycjach na 1047, a wartość pozycji, w których została stwierdzona omyłka, to ok. 1% wartości ceny całkowitej oferty. Niemniej jednak nie ilość, lecz istotność popełnionych omyłek ma znaczenie przy ocenie dopuszczalności ich poprawy. Zdaniem KIO z popełnionej omyłki nie sposób wywodzić następczo, że zamiarem wykonawcy było złożenie oferty sprzecznej z warunkami zamówienia. Nie taki jest bowiem cel złożenia oferty.

W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 stycznia 2022 r. KIO 3722/21 wskazano, że „Izba podziela również stanowisko (wyrażone już w uzasadnieniu wyroku Izby z 5 sierpnia 2009 r. sygn. akt. KIO/UZP 959/09), że rozumienie „innej omyłki” z art. 87 ust. 2 pkt 3 popzp (obecnie art. 223 ust. 2 pkt 3 pzp) nie powinno być interpretowane zawężająco, tj. jedynie jako techniczny błąd w sposobie sporządzenia oferty, pominięcie lub pomylenie określonych wyrażeń lub wartości czy wszelkich innych przeoczeń i braków, które powstały bez świadomości ich wystąpienia po stronie wykonawcy. Słownikowe rozumienie słowa „omyłka” oznacza spostrzeżenie, sąd niezgodny z rzeczywistością, błąd w postępowaniu, rozumowaniu itp. (tak w Słowniku języka polskiego pod red. Witolda Doroszewskiego, Wydawnictwo Naukowe PWN, dostępnym na stronie <http://sjpd.pwn.pl>)”.

Mając na uwadze powyższe, omyłka, która miała miejsce poprzez zawyżenie ilości produktów zaoferowanych zamawiającemu, mieści się w ramach definicji innej omyłki w rozumieniu art. 223 ust. 2 pkt 3 p.z.p., jako że jest ona wynikiem niezamierzonego działania, nie jest istotna i co najważniejsze – daje się łatwo zauważyć, wyjaśnić oraz poprawić przy zastosowaniu logicznego rozumowania. Oferta odpowiada treści SWZ, jeżeli odpowiada wymogom merytorycznym określonym przez zamawiającego w SWZ.

Odrzucenie oferty na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. (obecnie 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p.) może nastąpić tylko wówczas, gdy niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji warunków zamówienia jest niewątpliwa (zob. KIO/UZP 97/09).

Przedstawione okoliczności dobitnie wskazują, że zamawiający uchybił przepisom ustawy poprzez odrzucenie oferty odwołującego, co może wpłynąć na wypaczenie wyniku postępowania i naruszając wskazane w petitum przepisy Ustawy p.z.p. Odwołujący wskazał, że z protokołu otwarcia ofert wynika, że oferta odwołującego może zostać uznana za najkorzystniejszą w grupach 7, 8, 13, 16, 21, 22, 23, 25, 27, 29, a w przypadku grupy 21 jest wręcz jedyną złożoną ofertą.

Zamawiający nie złożył pisemnej odpowiedzi na odwołanie.

#### Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie w znacznej części zasługuje na uwzględnienie.**

Przepis art. 223 ust. 2 ustawy Pzp stanowi, iż zamawiający poprawia w ofercie:

- 1) oczywiste omyłki pisarskie,
  - 2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek,
  - 3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty,
- niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.



Izba stoi na stanowisku, iż co do zasady czynności określone przepisem art. 223 ust. 2 ustawy Pzp, są czynnościami zamawiającego, które znajdują swoje zastosowanie w sytuacjach, w których w procesie badania oferty wykonawcy zostaną stwierdzone omyłki, które nie wpływają na ewentualne przyszłe realizowanie zamówienia przez wykonawcę. Przepis ten odnosi się bowiem do etapu badania oferty pod kątem jej zgodności i ewentualnej poprawy w kontekście zgodności z warunkami zamówienia. Z kolei warunki zamówienia to szeroko rozumiany kontekst wymagań i uprawnień związanych z przedmiotem zamówienia (zarówno tych podmiotowych jak i przedmiotowych). Dlatego też kontekst sytuacyjny – okoliczności zdarzenia, które nastąpiło należy oceniać pod kątem zamierzeń i celów, jakie zamierzamy osiągnąć czy to udzielając zamówienia czy też występując jako wykonawca – ubiegając się o udzielenie zamówienia. Stwierdzić należy, iż wykonawca składający swoją ofertę w postępowaniu, przez sam fakt jej złożenia, manifestuje chęć uczestniczenia w procedurze zamówieniowej, a co za tym idzie wyraża zapatrywanie na realizację zamówienia, w postępowaniu, w którym złożył ofertę. Oczywistym jest, że wykonawca taki jako profesjonalny podmiot prowadzący działalność gospodarczą w obszarze dotyczącym przedmiotu danego zamówienia winien dołożyć maksimum staranności w przygotowaniu oferty, tak aby wykluczyć wszelkie możliwe do wystąpienia „wady”, mogące następnie powodować wątpliwości po stronie zamawiającego. Nie da się jednak wyłączyć przypadków, w których wykonawca dopuści się popełnienia omyłek w ofercie. W przypadku stwierdzenia takowych znajduje zastosowanie przepis art. 223 ust. 2 ustawy Pzp, z uwzględnieniem możliwości zastosowania przepisu art. 223 ust. 1 ustawy Pzp. Jednakże, aby zamawiający mógł zastosować ww. przepis, koniecznym jest przeprowadzenie rozpoznania, czy stwierdzone omyłki są odpowiednio: oczywistymi omyłkami pisarskimi (np. brak litery, niewyraźny wyraz lub zdanie, niemożliwa data, itp.), oczywistymi omyłkami rachunkowymi (np. nieprawidłowy wynik działania matematycznego), innymi omyłkami polegającymi na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującymi istotnych zmian w treści oferty (np. błędnie podane nr KNR przy prawidłowym opisie, zawyżenie ilości zamawianego towaru, itp.).

W przedmiotowym postępowaniu do czynienia mamy z sytuacją, w której odwołujący podał ilości towarów znacznie przekraczające ilości określone przez zamawiającego w SWZ (z wyjątkiem jednego przypadku z grupy nr 27). Jednocześnie odwołujący, zgodnie ze wzorem opracowanym przez zamawiającego podał i wyliczył odpowiednio ceny jednostkowe i wartość danej pozycji i grupy. Co istotne po otwarciu ofert odwołujący zauważył, iż w określonych pozycjach (grupach zamówieniowych) omyłkowo podał zawyżone ilości zamawianych towarów i niezwłocznie zawiadomił zamawiającego o tym fakcie jednocześnie podając ich prawidłową treść (ilość z przeliczeniem).

Zamawiający nie odniósł się do tego pisma, dokonując odrzucenia oferty odwołującego.

Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej brak było podstaw do odrzucenia oferty odwołującego w grupach nr 7, 8, 13, 16, 21, 22, 23, 25, 29, gdyż wystąpiła przesłanka określona przepisem art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, statuująca obowiązek poprawienia innych omyłek polegających na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, które nie powodują istotnych zmian w treści oferty.

Wskazać bowiem należy, że zamawiający, bez konieczności stosowania przepisu art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, miał możliwość poprawienia omyłki w ofercie odwołującego, we wskazanych pozycjach, dokonując korekty polegającej na dostosowaniu ilości zamawianego towaru do wielkości opisanych przez zamawiającego w SWZ. Następnie należało dokonać stosownego przeliczenia (znając ceny jednostkowe pozycji z grup) ustalając cenę oferty w każdej z grup (matematyczne przeliczenia). Tak otrzymane wartości podlegały porównaniu i wyliczeniu przy użyciu wzoru określonego w kryterium oceny ofert.

Zdaniem Izby czynność taka dokonana będzie zgodnie z zasadą równego traktowania wykonawców określoną przepisem art. 16 ustawy Pzp.

W ocenie Izby w przedmiotowym przypadku zachodzi podstawa do poprawienia omyłek w ofercie odwołującego, gdyż kierując się zasadą *a maiori ad minus* zamawiający miał pewność co do woli wykonawcy zaoferowania przedmiotu zamówienia w ilości przewidzianej przez zamawiającego, tj. zakres przedmiotowy oferty pokrywał zapotrzebowanie zamawiającego, wystąpiła jedynie omyłka polegająca na zawyżeniu tej ilości przez odwołującego. Nie jest to, w ocenie Izby, istotna zmiana treści oferty, gdyż nie dotyczy elementów, które miałyby wpływ na realizację zamówienia. Przyjmując zatem, że wolą wykonawcy było zaoferowanie przedmiotu zamówienia w odpowiedniej ilości, brak było podstaw do twierdzenia, że są to omyłki istotne, tym bardziej, że odwołujący otrzymując zawiadomienie od zamawiającego o dokonaniu takiej czynności przez zamawiającego może (uwzględniając kalkulację własną związaną z rentownością zamówienia) nie wyrazić zgody na taką czynność zamawiającego (przepis art. 223 ust. 3 ustawy Pzp). Jednakże decyzja w tym względzie pozostaje po stronie wykonawcy. Zamawiający nie jest uprawniony *a priori* do podejmowania decyzji za wykonawcę. Dlatego też czynność zamawiającego w ww. grupach należało uznać za błędną.

Odmiennie należy ocenić omyłkę z grupy nr 27, w której to grupie w pozycjach od 6 do 9 odwołujący zaoferował ilości mniejsze niż wymagane przez zamawiającego. W tym przypadku nie znajduje zastosowanie ww. zasada, gdyż przedmiot oferty nie obejmuje swoim zakresem przedmiotu zamówienia, co oznacza, że w tym przypadku treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia.

W konsekwencji oferta w grupie 27 podlegała odrzuceniu na podstawie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

**Przewodniczący:** .....