

Sygn. akt: KIO 494/21

WYROK
z dnia 9 marca 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Marta Słoma

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **9 marca 2021 roku w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **15 lutego 2021 roku** przez wykonawcę Odwołującego - **wykonawcę Biachem Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sowlanach**

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny w Białej Podlaskiej z siedzibą w Białej Podlaskiej**

orzeka:

1. Oddala odwołanie w całości.

2. Kosztami postępowania obciąża **Odwołującego - Biachem Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sowlanach** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego - Biachem Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sowlanach** tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od **Odwołującego - Biachem Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sowlanach** na rzecz **Zamawiającego – Wojewódzki Szpital Specjalistyczny w Białej Podlaskiej z siedzibą w Białej Podlaskiej** kwotę **3 949 zł 53 gr** (słownie: trzech tysięcy dziewięciuset czterdziestu dziewięciu złotych 53/100 groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu do Izby.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U.2019 r., poz. 2019 ze zmianami) 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

Dnia 15 lutego 2021 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 505 i następne ustawy z 11 września 2019 (Dz. U. z 2019 poz. 2019) w zw. z art. 92 ust. 2 ustawy z 11 września 2019 Przepisy wprowadzające ustawę Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2019 poz. 2020) – dalej jako „nPzp”, odwołanie złożył wykonawca - **Biachem Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sowlanach** – dalej jako „Odwołujący”.

Zamawiający: **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny w Białej Podlaskiej** prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę środków antyseptycznych i dezynfekcyjnych, wyrobów farmaceutycznych w podziale na 22 części. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2020/S 215-526580 z dnia 4 listopada 2020r.

Odwołanie złożono w części 14 zamówienia wobec niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności oraz zaniechań czynności, do których Zamawiający jest zobowiązany, polegających na:

- 1) bezpodstawnym odrzuceniu oferty Odwołującego, spełniającej wymagania zawarte w opisie przedmiotu zamówienia;
- 2) zaniechaniu poprawienia w ofercie Odwołującego oczywistej omyłki rachunkowej, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek i niezwłocznego zawiadomienia o tym Odwołującego.

W skutek powyższego zostały naruszone przepisy:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt. 2) Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie, tj. uznanie, że oferta Odwołującego (w zakresie zadania 14) nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej jako „SIWZ”) podczas, gdy zaoferowany preparat spełnia wymagania Zamawiającego a omyłka rachunkowa w niej występująca winna zostać skorygowana zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt. 2) Pzp;
- 2) art. 87 ust. 2 pkt 2) w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez zaniechanie poprawienia w ofercie Odwołującego oczywistej omyłki rachunkowej z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek oraz dopuszczenie się w postępowaniu zaniechań i czynności podważających zaufanie co do prawidłowości i rzetelności prowadzonego postępowania.

Odwołujący wnosil o:

1. uwzględnienie odwołania w całości;
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego;

3. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny oferty Odwołującego oraz dokonanie poprawy w ofercie Odwołującego oczywistej omyłki rachunkowej z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek i niezwłocznego zawiadomienia o tym Odwołującego;

4. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego według norm przepisanych, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600 PLN.

Odwołujący powziął informację o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania 3 lutego 2021 roku, na podstawie pisma Zamawiającego. W związku z powyższym termin do wniesienia odwołania został zachowany. Kopia odwołania została przesłana Zamawiającemu. Odwołujący uiszczył wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

Zdaniem Odwołującego naruszenie przepisów przez Zamawiającego wypaczyło wynik postępowania, a w konsekwencji Odwołujący utracił możliwość uznania jego oferty za najkorzystniejszą. W związku z powyższym ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i poniósł szkodę polegającą na pozbawieniu Odwołującego korzyści wynikających z uzyskania zamówienia w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp.

W uzasadnieniu zarzutów podniesiono, że w dniu 3 lutego 2021 roku Zamawiający poinformował Odwołującego o wyborze w części 14 oferty Centrum Zaopatrzenia Medycznego „CEZAL” S.A. z siedzibą w Krakowie. Tym samym pismem poinformował również, iż oferta Odwołującego w zakresie części 14 została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, ponieważ jej treść nie odpowiada treści SIWZ (rozdz. V ust. 4 SIWZ). Zamawiający stwierdził, że Odwołujący w poz. 1 formularza cenowego zaoferował preparat o nazwie handlowej Chlorinex-60 w ilości niezgodnej z SIWZ, tj. 667 opakowań po 300 tabletek (1 op.), co daje w przeliczeniu 200 100 sztuk preparatu. Z kolei Zamawiający wymagał preparatu w ilości 300 000 sztuk.

Z takim stanowiskiem Zamawiającego Odwołujący się nie zgadza, bowiem zaoferowany preparat spełnia wymagania Zamawiającego, a omyłka rachunkowa występująca w ofercie winna zostać skorygowana zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt. 2) Pzp.

Zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 2) Pzp zamawiający poprawia w ofercie oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowym dokonanych poprawek niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. Przepis obliguje zamawiającego do poprawienia w ofercie oczywistej omyłki rachunkowej, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek. W postępowaniu o zamówienie publiczne nie została wyłączona bowiem ogólna, charakterystyczna dla prawa cywilnego zasada ustalania treści złożonego oświadczenia woli w sposób odzwierciedlający zamiar strony i cel złożenia oświadczenia.

W świetle ugruntowanego orzecznictwa i dorobku doktryny, oczywista omyłka rachunkowa jest wynikiem niepoprawnie przeprowadzonych działań arytmetycznych i stanowi nieprawidłowy wynik uzyskany z błędnie wykonanego dodawania, odejmowania, mnożenia lub dzielenia. Omyłki rachunkowe to błędy we wszystkich działaniach arytmetycznych, które naruszają stosowanie reguł matematycznych. Omyłka rachunkowa ma charakter oczywisty nie tylko wtedy, gdy jest widoczna na pierwszy rzut oka, lecz także wtedy, gdy fakt jej istnienia może być jednoznacznie stwierdzony podczas sprawdzania obliczeń zgodnie z opisem wynikającym z SIWZ. Istotą omyłki wskazanej w art. 87 ust. 2 pkt 2) Pzp jest jej oczywisty charakter. Możliwość jej sprostowania zachodzi wówczas, gdy nie ma wątpliwości co do tego jakie powinno być poprawne brzmienie dotkniętej błędem treści oraz wynik dokonanej poprawy. "Oczywistość" omyłki winna być możliwa do ustalenia na podstawie oferty, ewentualnie może pochodzić z wyjaśnień, które zamawiający może uzyskać od wykonawcy.

Omyłka rachunkowa w formularzu cenowym złożonym przez Odwołującego jest widoczna na pierwszy rzut oka i niewątpliwie jest oczywista. Zamawiający wymagał preparatu w ilości 300 000 sztuk. W kolejnej tabeli Odwołujący wskazał, że opakowanie zawiera 300 tabletek. Aby obliczyć ilość opakowań należało wymaganą przez Zamawiającego ilość podzielić przez wielkość opakowania wskazanego przez Odwołującego, tj. $300\ 000 \text{ szt.} : 300 \text{ tabl.}$ Już na pierwszy rzut oka, nawet bez użycia kalkulatora, widać że powinno wyjść 1000 opakowań a nie 667. Powyższe zdaniem Odwołującego jednoznacznie wskazuje na oczywistą omyłkę rachunkową, którą to Zamawiający winien poprawić, a następnie niezwłocznie zawiadomić o tym fakcie Odwołującego. Dopiero w sytuacji braku zgody Odwołującego na jej poprawienie, oferta podlegałaby odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Poprawienie omyłki rachunkowej skutkuje koniecznością wprowadzenia dalszych zmian będących jej konsekwencją rachunkową. Przeszkodą dla wprowadzenia zmian w treści oferty, będących wynikiem zastosowania trybu, o którym mowa w art. 87 ust. 2 pkt 2) Pzp, nie jest ani liczba występujących omyłek, ani też ich znaczenie. Poprawa omyłek rachunkowych może zatem mieć istotny wpływ na wysokość zaoferowanej przez wykonawcę ceny (vide: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 27 grudnia 2018 w sprawie o sygn. akt KIO 2538/18).

Jeżeli oferta zawiera omyłki rachunkowe, które nadają się do poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2) Pzp, to ich wartość czy też różnica w cenie pierwotnej i poprawionej nie może niwelować obowiązku ich poprawienia. Wartość omyłek rachunkowych nie może być automatycznie utożsamiana z ich istotnością. Skoro są to oczywiste omyłki rachunkowe, które wynikają z nieprawidłowych działań matematycznych, to winny być poprawione na

podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2) Pzp (vide: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 26 października 2018 w sprawie o sygn. akt 2066/18).

Dalej, z omyłką rachunkową mamy do czynienia wtedy, kiedy dochodzi do błędnej operacji rachunkowej na liczbach. Jest to omyłka o charakterze matematycznym, sprowadzająca się do błędu w przeprowadzonych przez wykonawcę działaniach arytmetycznych. Ponadto omyłka taka, aby była możliwa do poprawienia przez Zamawiającego, musi mieć charakter oczywisty, nie budzący wątpliwości co do prawidłowego wyniku. Aby możliwe było jej poprawienie, musi istnieć możliwość prześledzenia przebiegu działania matematycznego i stwierdzenie błędu w jego wykonaniu (vide: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 11 grudnia 2018 w sprawie o sygn. akt KIO 1287/18).

W ocenie Odwołującego nie ulega wątpliwości, że Zamawiający miał możliwość prześledzenia przebiegu działania matematycznego Odwołującego i na podstawie reguł rządzących tym działaniem (tj. dzieleniem) stwierdzić mógł oczywistą omyłkę rachunkową. Zaniechanie przez Zamawiającego poprawienia w ofercie oczywistej omyłki rachunkowej skutkowało bezpodstawnym odrzuceniem oferty Odwołującego pomimo jej zgodności z treścią SIWZ. Zamawiający dopuścił się więc w postępowaniu zaniechań i czynności podważających zaufanie co do prawidłowości i rzetelności prowadzonego postępowania.

Z tych powodów Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w SIWZ, ogłoszeniu o zamówieniu, wyjaśnieniach zamieszczonych na stronie internetowej Zamawiającego, ofertach, złożonych przez Wykonawców wyjaśnieniach, odwołaniu, pismach procesowych, a także wyrażone ustnie i pisemnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie zaznaczenia wymaga, iż w związku z tym, że postępowanie o udzielenie niniejszego zamówienia zostało wszczęte przed 1 stycznia 2021 r., jest ono prowadzone na podstawie przepisów ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm., dalej „ustawa Pzp”), stosownie do art. 92 ust. 1 ustawy z 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020 ze zm.), który stanowi, że *do postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe.*

Jednocześnie przepisy ustawy z Prawo zamówień publicznych z 11 września 2019 r. (tekst jednolity Dz.U.2019 r., poz. 2019 ze zmianami, dalej jako „nPzp”) znajdują zastosowanie do postępowania odwoławczego w przedmiotowej sprawie. Zgodnie bowiem z art. 92 ust. 2 ustawy z 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych, *do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 roku stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1.*

Następnie ustalono, że nie została wypełniona w całości żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 528 ust. 1 ustawy nPzp i nie stwierdziwszy ich, Izba skierowała odwołanie na rozprawę.

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku potencjalnego naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ustawy nPzp. Możliwość dokonania w sposób nieprawidłowy czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty Odwołującego w części 14 zamówienia, pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania.

Akta sprawy odwoławczej nie zawierają zgłoszenia przystąpienia żadnego wykonawcy.

Na podstawie dokumentacji postępowania przekazanej w formie elektronicznej przez Zamawiającego, Izba ustaliła, że przedmiotem zamówienia jest dostawa środków antyseptycznych i dezynfekujących, wyborów farmaceutycznych w podziale na 22 części. Oferowany przedmiot zamówienia miał spełniać warunki określone w formularzach cenowych. Zamawiający zalecił załączenie do oferty folderu/katalogu/ulotki wyrobów objętych zamówieniem.

Odwołujący w części 14 złożył ofertę, gdzie w formularzu cenowym w rubryce „przedmiot zamówienia” wymagano uniwersalnego preparatu dezynfekującego: powierzchnie sanitarne, podłogi, ściany, powierzchnie zmywalne, urządzenia sanitarne, pojemniki na odpady. W rubryce „zamawiana ilość preparatu w sztukach” Zamawiający wskazał 300 000 sztuk. W rubryce „wielkość opakowania” Odwołujący wstawił „300 tabletek”, w rubryce „ilość opakowań” Odwołujący podał „667”, jako nazwę [preparatu wskazano „Chlorinex - 60”

producenta Chemi Pharm. W tabelach formularza Odwołujący określił cenę jednostkową netto za opakowanie, wartość netto (ilość x cena jednostkowa netto za opakowanie), stawkę podatku VAT (%) oraz wartość brutto. Do oferty dołączono również ulotkę informacyjną dla preparatu, z której wynika, że preparat występuje w opakowaniu typu „słoik”, o pojemności 300 tabletek, w kartonie liczącym 12 słoików.

W toku postępowania Odwołujący, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wezwany został przez Zamawiającego do uzupełnienia dokumentu JEDZ w zakresie wystąpienia podstaw do wykluczenia (część III JEDZ – podstawy związane z płatnością podatków lub składek na ubezpieczenie społeczne). Wykonawca uzupełnił dokumenty.

Po badaniu i ocenie ofert Zamawiający poinformował o wyniku postępowania, gdzie w ramach zawiadomienia dla części 14 zamówienia wskazał, że oferta Odwołującego została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, ponieważ jej treść nie odpowiada treści SIWZ (Rozdział V ust. 4 SIWZ). Wykonawca w pozycji nr 1 formularza cenowego zaoferował Chlorinex – 60 w ilości niezgodnej z SIWZ, to jest 667 opakowań po 300 tabletek, co daje po przeliczeniu 200 100 sztuk preparatu. Zgodnie z SIWZ należało zaoferować uniwersalny preparat dezynfekujący w ilości 300 000 sztuk.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o jego oddalenie w całości. Dla Zamawiającego oczywistym jest, że oferta Odwołującego w zakresie części 14 była niezgodna z SIWZ z uwagi na zaoferowanie niedostatecznej, istotnie mniejszej niż wymagana, ilości przedmiotu zamówienia. Ewentualne poprawienie jakichkolwiek niezgodności treści oferty z treścią SIWZ może w przypadku oferty Odwołującego być rozważane wyłącznie w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, jednakże jego naruszenia Odwołujący nie zarzuca w treści odwołania. Natomiast na obecnym etapie nie jest dopuszczalna jakakolwiek modyfikacja, rozszerzenie zarzutów, podniesienie dodatkowych zarzutów.

Odwołujący zarzuca wyłącznie naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Literalna treść tego przepisu potwierdza, że nie ma on zastosowania do poprawienia w ofercie niezgodności z treścią SIWZ. Jako przykład omyłki rachunkowej wskazuje się nieprawidłowe wykonanie działania arytmetycznego dotyczącego wyliczenia ceny netto asortymentu i podanej ceny jednostkowej czy też ceny brutto. Poprawienie omyłki rachunkowej nie może prowadzić do zmiany wpływających na treść oferty wykonawcy. O omyłkach rachunkowych nie można mówić, gdy sporny jest zakres świadczenia, a nie działania arytmetyczne. Przy oczywistej omyłce rachunkowej każdy ze składników winien być określony i wprost wymieniony, a jedynie niewłaściwie przeprowadzone działania matematyczne prowadzą do błędnego wyniku.

Nie ulega wątpliwości, że ilość oferowanego przedmiotu zamówienia stanowi essentialia negotii treści oferty, a jakiegokolwiek zmiany w tym zakresie skutkują zmianą treści oferty. W zakresie określenia ilości oferowanego asortymentu nie ma miejsca na działania rachunkowe podlegające poprawieniu. Taka zamiana prowadziłaby do wytworzenia oświadczenia woli o odmiennej treści niż wskazana w tabeli oferty Odwołującego, co stanowiłoby naruszenie art. 87 ustawy Pzp. Aprobata poglądu przedstawionego w odwołaniu oznaczałaby uznanie, że określenie ilości oferowanego przedmiotu zamówienia w ofercie w zasadzie jest bez znaczenia, gdyż jakakolwiek ilość zostałaby wskazana, zawsze mogłaby podlegać poprawieniu na ilość zgodną z SIWZ. Błędne sprecyzowanie przedmiotu zamówienia nie ma nic wspólnego z wadliwymi działaniami arytmetycznymi, które stanowią o popełnieniu omyłki rachunkowej. Wadliwe określenie zakresu świadczenia może jednocześnie mieć wpływ na niepoprawne określenie ceny, nie jest to jednak źródło omyłki, ale skutek omyłki w sprecyzowaniu przedmiotu świadczenia.

Uzupełniająco Zamawiający wskazał, że nieprawidłowość w ofercie Odwołującego nie mogła zostać poprawiona na postawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, bowiem takie działanie skutkowałoby istotną zmianą treści oferty. Jedną z kluczowych i podstawowych okoliczności, którą należy uwzględnić przy poprawieniu oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jest wpływ takiego działania na cenę oferty. Poprawienie oferty Odwołującego skutkowałoby zmianą (podwyższeniem) ceny o ok. 50%, a więc taka zmiana byłaby zmianą bardzo istotną.

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę, Izba uznała, że zarzuty odwołania okazały się niezasadne.

Stosownie do treści art. 87 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający poprawia w ofercie następujące kategorie omyłek: 1) oczywiste omyłki pisarskie; 2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek; 3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze SIWZ, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

Intencją ustawodawcy w zakresie wskazanego przepisu było umożliwienie brania pod uwagę w postępowaniu o zamówienie publiczne ofert obarczonych nieistotnymi wadami, będącymi wynikiem różnego rodzaju błędów i omyłek, które nie prowadzą do istotnych zmian w treści oferty – nie zniekształcają w znaczącym stopniu, niezgodnie z intencją oświadczenia woli wykonawcy ubiegającego się o zamówienie. Z przepisu tego wynika zamiar ustawodawcy dopuszczenia do oceny w postępowaniu wszystkich ofert, nawet tych które zawierają różnego rodzaju błędy, niedoskonałości, byleby tylko nie prowadziło to do zniekształcenia woli wykonawcy w zakresie istotnej części jego oferty. Taką intencję ustawodawca wyraził

w uzasadnieniu do *Ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw*, którą wprowadzono zmiany do ustawy *Prawo zamówień publicznych* w sposób następujący: „*W projekcie wprowadza się istotne zmiany dotyczące sposobu poprawiania oczywistych omyłek pisarskich i 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 (...). Należy również podkreślić, że proponowane rozwiązanie nie stoi na przeszkodzie temu, aby zamawiający samodzielnie precyzował w specyfikacji istotnych warunków zamówienia przykładowe okoliczności, w których będzie dokonywał poprawy omyłek w ofertach w trybie art. 87 ust. 2. Powyższe prowadzi do przejrzystości postępowania, ogranicza kazuistykę ustawy i może ograniczyć ewentualne spory z wykonawcami (...)*”.

Zgodnie ze stanowiskiem doktryny i orzecznictwa, za oczywistą omyłkę, w tym omyłkę rachunkową, uznaje się taką, która ma charakter przypadkowy, niezamierzony, jej poprawienie nie wymaga głębszej analizy. Omyłka taka nie zmienia treści oświadczenia woli złożonego przez wykonawcę wraz z ofertą, ma raczej jedynie za zadanie doprowadzić do formalnej zgodności treści oświadczenia do jego prawidłowego brzmienia. Oczywistą omyłkę Zamawiający jest w stanie poprawić samodzielnie, bez uzyskiwania dodatkowych wyjaśnień ze strony wykonawcy.

Istotą omyłki jest powstanie stanu, w którym istnieje rozbieżność pomiędzy istniejącym stanem rzeczy, a zakładanym (postulowanym). Do powstania omyłki może dojść w wyniku błędu w obliczeniach (omyłka rachunkowa), pominięciu wyrażenia lub zwrotu (omyłka pisarska), czy błędnego przekonania co do wymaganego sposobu wykonania zamówienia, sposobu rozumienia instrukcji Zamawiającego i wyrażenia tego w ofercie (inna omyłka). Każdą z tych omyłek - co do zasady - jest wynikiem pewnego działania lub zaniechania wykonawcy, a więc stanowi przejaw jego działania, tyle, że błędnego w tym znaczeniu, że w jego konsekwencji, czy to za sprawą błędu w obliczeniach, czy omyłkowego nieuwzględnienia pewnych wymagań zawartych w SIWZ dochodzi do powstania rozbieżności pomiędzy istniejącym stanem rzeczy, a przez niego zakładanym. Istotą omyłki nie jest zatem to, czy wykonawca działał świadomie, każde bowiem działanie lub zaniechanie stanowi akt świadomości, bez której to nie doszłoby w ogóle do działania lub zaniechania, ale to, czy istnieje rozbieżność pomiędzy osiągniętym przez niego efektem,

a zakładanym. Samo zatem przypisanie wykonawcy tego, że poszczególne jego działania stanowiły akty świadome, nie wyklucza możliwości przypisania im omyłki.

Analizując przypadek będący podstawą wniesienia odwołania, Izba uznała, że w ofercie Odwołującego nie mamy do czynienia z omyłką o charakterze rachunkowym. Błąd znajdujący się w złożonej ofercie nie wynikał z nieprawidłowego działania matematycznego na liczbach, był wynikiem przyjęcia błędnego założenia do przeprowadzenia działań matematycznych. Dlatego też uznano, że poprawienie oferty przy zastosowaniu art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp nie jest możliwe. Odwołujący świadomie lub nie, zaoferował w formularzu cenowym 667 opakowań preparatu, po 300 tabletek każde opakowanie, co łącznie dawało 200 100 tabletek preparatu, podczas gdy Zamawiający wymagał 300 000 tabletek. Izba podziela stanowisko wyrażone w odpowiedzi na odwołanie, że wymagany górny zakres świadczenia, czyli 300 000 tabletek nie był jednym ze składników, który należało podstawić do działania matematycznego. To Wykonawca samodzielnie określał jakiej wielkości opakowanie oferuje i ile opakowań jest niezbędne, by osiągnąć górny pułap zobowiązania. Przy czym nie polegają na prawdzie twierdzenia Odwołującego, że by ustalić ilość opakowań, wystarczającym było dokonanie podzielenia wartości 300 000 przez 300, czyli ilość tabletek w jednym opakowaniu. W rubrykach tabeli formularza cenowego, do których wypełnienia zobowiązany był Wykonawca nie ma żadnych błędów rachunkowych. Odwołujący podał liczbę tabletek w opakowaniu, ilość opakowań, cenę za opakowanie, prawidłowo wyliczył wartość netto (czyli ilość opakowań x cena za opakowanie), określił stawkę podatku i podał wartość brutto. Biorąc te dane pod uwagę, żadna z rubryk tabeli nie zawiera błędu, który Zamawiający winien zweryfikować. Zamawiający słusznie zauważył, że spornym będzie zakres świadczenia oferowany przez Odwołującego a nie sposób czy też wynik działań arytmetycznych. Odwołujący nieprawidłowo określił ilość oferowanych opakowań, a element ten stanowi podstawowy składnik oświadczenia woli Wykonawcy w zakresie zobowiązania ofertowego. Takiego działania nie można uznać za omyłkę rachunkową. Odwołujący dokonał błędnego ustalenia stanu faktycznego w postaci ilości opakowań, które ofertuje, co znalazło odzwierciedlenie w jego błędnym oświadczeniu woli. Z formularza ofertowego wynika jednoznacznie, że Wykonawca nie popełnił omyłki rachunkowej ale ustalił błędnie stan faktyczny. W ocenie składu Zamawiający nie był uprawniony do potraktowania danych przedstawionych przez Odwołującego w tabeli jako oczywistej omyłki rachunkowej. Dostrzeżenia również wymaga, iż istniały co najmniej dwa sposoby poprawienia błędu w tabeli cenowej Odwołującego, uznać bowiem można, że błędnie podano wartość brutto i podlega ona zwiększeniu lub błędnie podano wartość netto jednego opakowania. Co istotne, przy poprawieniu omyłki rachunkowej Zamawiający nie ma obowiązku na taką poprawę uzyskać zgody Wykonawcy, ten zatem nie ma możliwości oświadczenia jakie elementy tabeli wskazał niewłaściwie. Uznanie powyższej omyłki za

oczywistą prowadziłyby do zmiany rzeczywistej treści i sensu oświadczenia Wykonawcy wyrażonego w ofercie.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie rozważał, czy zaistniała sytuacja umożliwiała poprawienie oferty Odwołującego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Co do zasady ustawa Pzp przewiduje możliwość poprawienia w ofercie różnego rodzaju niedoskonałości, również tych, które w sposób znaczący mogą wpływać na treść całej oferty. Należy jednak podkreślić, iż poprawienie w przedmiotowym postępowaniu przez Zamawiającego omyłki, stanowiących o niezgodności oferty z treścią SIWZ spowoduje istotną zmianę oferty Odwołującego. Dla oceny istotności zmiany oferty w stosunku do jej pierwotnego brzmienia mogą mieć znaczenie czynniki takie jak zakres zmiany w stosunku do całości oferty, odnoszonej zarówno do pojedynczych poprawek, jak i ich całokształtu treści oświadczenia woli wykonawcy; jej wpływ w ujęciu finansowym na treść oferty. W wyniku poprawienia przedmiotowej omyłki w sposób proponowany przez Odwołującego zmianie uległaby cena oferty i to w sposób znaczący. Cena oferty Odwołującego zwiększyłaby się o około 50% w stosunku do wynikającej z formularza cenowego. Zatem dokonane takiej poprawki uznać należałoby za istotne. Choć do zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp omyłka nie musi mieć charakteru oczywistego, to jej poprawienie nie może spowodować istotnych zmian w treści pierwotnego oświadczenia woli zawartego w ofercie. W przedmiotowej sprawie w ocenie składu orzekającego Izby do takiej zmiany by doszło.

Reasumując, w świetle powyższych ustaleń Izba uznała za niezasadne zarzuty wskazujące na naruszenia przez Zamawiającego przepisów wymienionych w petitum odwołania. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że Zamawiający naruszył wskazywane przepisy ustawy Pzp, a jego działania miały charakter świadomy i celowy.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie na podstawie art. 574 oraz art. 575 ustawy nPzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stroną przegrywającą, czyli Odwołującego.

Przewodniczący:

.....