

WYROK
z dnia 13 czerwca 2014 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 czerwca 2014 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 czerwca 2014 roku przez **Odwołującego - SORIMEX Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Toruniu**, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego - Samodzielny Publiczny Wojewódzki Szpital Zespolony z siedzibą w Szczecinie**

przy udziale wykonawcy **Mercator Medical S.A. z siedzibą w Krakowie** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i czynności odrzucenia oferty Odwołującego w zadaniu nr 5 oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, w tym poprawienie w tej ofercie i dokumentach złożonych w wyniku uzupełnienia oczywistej omyłki pisarskiej w zakresie wskazanym w uzasadnieniu orzeczenia.

2. kosztami postępowania obciąża Samodzielny Publiczny Wojewódzki Szpital Zespolony z siedzibą w Szczecinie i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez SORIMEX Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Toruniu tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Samodzielnego Publicznego Wojewódzkiego Szpitala Zespólnego z siedzibą w Szczecinie na rzecz SORIMEX Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Toruniu kwotę **7 534 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset trzydzieści cztery złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz koszty opłaty skarbowej od pełnomocnictw.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Szczecinie.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Dnia 02.06.2014 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, w oparciu o treść art. 180 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo Zamówień publicznych (zwanej dalej „ustawą Pzp”) odwołanie złożył wykonawca SORIMEX sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Toruniu (zwany dalej: „Odwołujący”).

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Dostawę rękawic chirurgicznych, diagnostycznych i do procedur podwyższonego ryzyka dla SPWSZ w Szczecinie” prowadzi Zamawiający: Samodzielny Publiczny Wojewódzki Szpital Zespolony w Szczecinie.

Odwołanie wniesiono od niezgodnej z prawem czynności Zamawiającego, polegającej na odrzuceniu w dniu 27.05.2014 r. w postępowaniu oferty Odwołującego w zadaniu nr 5. Zamawiającemu, Odwołujący zarzuca naruszenie przepisów ustawy Pzp, a mianowicie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez błędną jego wykładnię i zastosowanie, polegające na odrzuceniu oferty Odwołującego w zadaniu nr 5 pomimo, iż ta nie powinna zostać odrzucona;
2. art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie w sytuacji, gdy oferta Odwołującego w zadaniu nr 5 zawierała oczywistą omyłkę pisarską podlegającą obligatoryjnemu poprawieniu przez Zamawiającego
Z ostrożności, w przypadku uznania przez KIO, że omyłka w ofercie była inna omyłką niż pisarska, zarzucono naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie w sytuacji, gdy oferta Odwołującego w zadaniu nr 5 zawierała inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”), niepowodujące istotnych zmian w treści oferty;
3. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez błędną wykładnię i zastosowanie, a polegające na wyborze oferty Wykonawcy, która nie była najkorzystniejszą w rozumieniu ustawy, a to na skutek odrzucenia oferty Odwołującego w zadaniu nr 5, która gdyby nie została odrzucona powinna zostać wybrana jako oferta najkorzystniejsza, co narusza zasadę zachowania konkurencji i równego traktowania Wykonawców;
4. art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez wybór najkorzystniejszej oferty w sposób naruszający przepisy ustawy Pzp, z uwagi na dokonanie wyboru spośród ofert z odrzuceniem oferty Odwołującego w zadaniu nr 5, co prowadzi do udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami tejże ustawy.

W oparciu o przedstawione zarzuty Odwołujący wnosił o:

1. unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego w zadaniu nr 5 i w konsekwencji unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zadaniu nr 5,
2. nakazanie Zamawiającemu poprawienie omyłki pisarskiej w ofercie Odwołującego w zadaniu nr 5 w trybie art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp,
3. z ostrożności, w przypadku uznania przez KIO, że omyłka w ofercie była inną omyłką niż pisarska, nakazanie Zamawiającemu poprawienie omyłki w ofercie Odwołującego w zadaniu nr 5 w trybie 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp,
4. w konsekwencji nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownie czynności oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty w zadaniu nr 5.

Odwołujący wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę złożenia odwołania powziął w dniu 27.05.2014r. W związku z powyższym termin na wniesienie odwołania został dochowany. Kopia odwołania przekazana została w stosownym terminie Zamawiającemu. Na rachunek UZP uiszczono wpis w wymaganej wysokości.

Odwołujący wskazał, że ma interes prawny do wnoszenia środków ochrony prawnej zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, albowiem oferta Odwołującego w zadaniu nr 5 zawierała najniższą cenę, przy jedynym kryterium oceny ofert: cena - 100%. Zatem, gdyby oferta Odwołującego w zadaniu nr 5 nie została niesłusznie odrzucona, to właśnie Odwołującemu udzielone zostałyby przedmiotowe zamówienie w zadaniu nr 5.

W uzasadnieniu podniesiono, że pismem z dnia 20 maja 2014 roku Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów w języku polskim dotyczących pkt 8 Załącznika nr 1.5 do SIWZ wskazując, że do oferty dołączono dokument w języku angielskim dla 25% kwasu solnego oraz do złożenia dokumentów w języku angielskim dotyczących pkt 8 Załącznika nr 1.5 do SIWZ - 25% kwasu siarkowego w celu potwierdzenia autentyczności przetłumaczonego dokumentu.

W odpowiedzi na wezwanie Odwołujący w dniu 22 maja 2014 roku wyjaśnił, że w swojej ofercie złożył raport z badań na 25% kwas solny. W załączonym tłumaczeniu do dokumentu w języku angielskim dla 25% kwasu solnego wkradł się błąd. Jednocześnie Odwołujący złożył dokument tłumaczenia raportu badań na 25% kwas solny.

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego w zadaniu nr 5 wskazując, że w wyznaczonym terminie nie uzupełniono dokumentów w języku angielskim dla 25% kwasu siarkowego, a Zamawiający otrzymał tylko badania na język polski, natomiast z uzupełnionego tłumaczenia nie jest w stanie ocenić prawidłowości badania ze względu, że w przetłumaczonym dokumencie raz jest mowa o kwasie solnym a raz o kwasie siarkowym.

Odwołujący w pierwszej kolejności podkreślił, że w piśmie przewodnim w sposób niebudzący wątpliwości wyjaśnił, że w swojej ofercie złożył raport z badań na 25% kwas solny, nie na 25% kwas siarkowy, zatem brak jest podstaw do wymagania złożenia przed Odwołującego dokumentów w języku angielskim dla 25% kwasu siarkowego. W świetle

przedstawionych powyżej argumentów oczywistym jest, że Odwołujący uczynił zadość wezwaniu do złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Po wtóre, dokonując zgodności oferty (dokumentu tłumaczenia na język polski raportu z badania na 25% kwas solny) Zamawiający powinien z urzędu poprawić oczywistą omyłkę pisarską poprzez wpisanie na stronie 1 z 4 w trzecim wersie od dołu dokumentu w języku polskim stanowiącym tłumaczenie dokumentu Raportu w języku angielskim słów „kwasem solnym” w miejsce „kwasem siarkowym”, na stronie 2 z 4 w wersie 2 słów „kwasie solnym” w miejsce „kwasie siarkowym”, na stronie 2 z 4 w wersie 4 słów „kwasu solnego” w miejsce „kwasu siarkowego”, na stronie 2 z 4 w wynikach dwukrotnie „kwas solny” z miejsce „kwas siarkowy”. Z dokumencie w języku angielskim stanowiącym Raport z badań wskazano, że przedmiotem badań jest oznaczenie odporności rękawic na przenikanie przez 25% kwas solny (org. 25% Hydrochloric Acid). W każdym miejscu raportu w języku angielskim mowa jest o 25% kwasie solnym (org. 25% Hydrochloric Acid). W tłumaczeniu na język polski w opisie przedmiotu badania wskazano jednoznacznie, że przedmiotem badań jest oznaczenie odporności rękawic na przenikanie przez 25% kwas solny. W treści dokumentu na skutek oczywistej omyłki pisarskiej zamiast prawidłowo „kwas solny” wpisano „kwas siarkowy” w miejscach wyżej wskazanych.

Mimo, że ustawa Pzp nie zawiera definicji oczywistej omyłki pisarskiej, pojęcie jest przedmiotem definicji zarówno w doktrynie, jak i orzecznictwie tak sądów powszechnych, jak i Krajowej Izby Odwoławczej. Oczywistą omyłką pisarską, jest niezamierzona niedokładność nasuwająca się każdemu, bez przeprowadzania dodatkowych ustaleń. Może to być błąd literowy, widoczne niezamierzone opuszczenie wyrazu, czy inny błąd, wynikający z przeoczenia lub innej wady procesu myślowo-redakcyjnego, a niespowodowany uchybieniem merytorycznym (tak wyrok SO w Gdańsku z dnia 27 czerwca 2008 r., sygn. akt XII Ga 206/08). Oczywistą omyłką pisarską jest taka omyłka, którą można zidentyfikować na podstawie porównania pozostałych dokumentów stanowiących treść oferty (tak wyrok KIO 10 kwietnia 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 265/08). Z taką sytuacją mamy do czynienia w tej sprawie.

W przypadku stwierdzenia przez KIO, że omyłka z którą mamy do czynienia w niniejszej sprawie nie jest omyłką pisarską, lub w przypadku uznania, że granice dopuszczalnej ingerencji Zamawiającego zostałyby przekroczone przy zastosowaniu przez Zamawiającego art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, to z ostrożności Odwołujący wskazał, że Zamawiający miał obowiązek zastosować przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp dotyczący poprawiania innych niż oczywiste (pisarskie i rachunkowe) omyłek polegających na niezgodności oferty z treścią SIWZ, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty, przewidując *sui generis* procedurę doprowadzenia do zgodności treści złożonej oferty z treścią SIWZ. Odwołujący się podziela pogląd wyrażony przez Józefa Edmunda

Nowickiego w Komentarzu do art. 87 ustawy - Prawo zamówień publicznych, że instytucja przewidziana w art. 87 ust. 2 P.z.p. służy udzieleniu zamówienia wykonawcy, który złożył ofertę najkorzystniejszą i ma eliminować sytuacje, w których z powodu nieistotnych omyłek czy niezamierzonych opuszczeń, odrzucane byłyby oferty gwarantujące realizację zamówienia zgodnie z SIWZ (zob. wyrok Sądu Okręgowego w K. z 29 stycznia 2010 r., sygn. akt: (...)) oraz wyrok KIO z 5 stycznia 2012 r., sygn. akt KIO 2743/11). Nadto, przeszkody w zastosowaniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie stanowi, co do zasady, fakt, że poprawiona oferta stanie się ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (tak Urząd Zamówień Publicznych w opinii prawnej zamieszczonej na stronach internetowych uzp).

Zgodnie z opinią prawną Urzędu Zamówień Publicznych poprawienie nieprawidłowości występującej w ofercie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp uzależnione jest od spełnienia dwóch przesłanek. Po pierwsze zauważona niezgodność musi mieć charakter omyłki, a nie celowego działania wykonawcy polegającego na świadomym złożeniu oświadczenia woli o określonej treści; jak wskazał Sąd Okręgowy w Krakowie: „artykuł 87 ust. 2 pkt 3 pzp. wprowadzony w celu uniknięcia licznych niegdyś przypadków odrzucania ofert z powodu błahych pomyłek, dopuszcza poprawienie niedopatrzeń, błędów niezamierzonych, opuszczeń, drobnych różnic itp. lecz wszystkie te zmiany muszą mieścić się w pojęciu "omyłki". Z założenia zatem umyślne zastosowanie w ofercie materiału całkowicie odmiennego od projektu nie może być traktowane jako omyłka w tym sensie, który nadaje jej przepis art. 87 Pzp. Po drugie poprawienie niezgodności nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty.

W przypadku stwierdzenia przez KIO, że omyłka z która mamy do czynienia w niniejszej sprawie nie jest omyłką pisarską stwierdzić należy, że obie przesłanki można w niniejszej sprawie uznać za spełnione. Wpisanie przez Odwołującego kwas siarkowy zamiast prawidłowo kwas solny w treści dokumentu stanowiącego tłumaczenie dokumentu oryginalnego (jęz. angielski) jest omyłką, a nie działaniem zamierzonym przez Odwołującego, zwłaszcza, że zarówno w tytule badań w dokumencie sporządzonym w języku polskim wskazano, że przedmiotem badania jest oznaczanie odporności na przenikanie przez 25% kwas solny (nie siarkowy), a dodatkowo w dokumencie raportu (w języku angielskim każdorazowo użyto zwrotu 25% Hydrochloric Acid (25% kwas solny)).

Reasumując, niezależnie trybu poprawienia omyłki w ofercie, uznać należy, że odrzucenie oferty bez jej poprawienia w sprawie jest zbyt daleko idącym formalizmem. Z podobną sprawą Izba zetknęła się w sprawie o sygn. KIO 1507/12, gdzie wykonawca przedłożył gwarancję wadialną wystawioną w języku litewskim oraz jej tłumaczenie zawierające omyłkę we wskazaniu podmiotu, któremu jej udzielono. KIO uznała, że Zamawiający nie może wyciągać negatywnych konsekwencji wobec wykonawcy z uwagi na

niejasności wynikające z tłumaczenia. Dokument (oryginalny) posiada walor dowodowy co do rzeczywistej treści gwarancji. Podobnie w niniejszej sprawie dokument (oryginalny) Raportu Badań posiada walor dowodowy i bezsprzecznie wskazuje, że przedmiotem badań jest oddziaływanie na 25% kwas solny. Zamawiający nie może pomijać oryginału treści dokumentu opierając swoje rozstrzygnięcie wyłącznie na jego tłumaczeniu. Odwołujący w pełni podziela pogląd wyrażony w doktrynie (Józef Edmund Nowicki Komentarz do art.87 ustawy - Prawo zamówień publicznych) zgodnie z którym stwierdzić należy, że w realiach konkretnej sprawy, zanim zamawiający podejmie decyzję o odrzuceniu oferty jako niezgodnej z treścią SIWZ, zobowiązany jest wszechstronnie ją zbadać bacząc, by wyjaśnić w trybie opisanym w art. 87 ust. 1 pzp. stwierdzone nieścisłości i dokonać poprawy omyłek zgodnie z dyrektywami wyrażonymi w art. 87 ust. 2 pkt 1-3 pzp. Dopiero wyczerpanie tej procedury uprawnia zamawiającego do ustalenia, że treść oferty nie odpowiada treści siwz, a w konsekwencji odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 P.z.p. (zob. wyrok KIO z 29 lipca 2011 r., sygn. akt KIO 1514/11 z oraz wyrok KIO z 8 maja 2012 r., sygn. akt KIO 819/12). Zamawiający w niniejszej sprawie nie dokonując poprawek w trybie art. 87 ust. 2 pkt 1-3 naruszył wymienione przepisy, co doprowadziło go do błędnego zastosowania przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. i odrzucenia oferty.

Tym samym Zamawiający naruszył również art. 7 ust. 1 pkt 1 i 3 ustawy Pzp poprzez wybór oferty Wykonawcy, która nie była najkorzystniejszą w rozumieniu ustawy a nadto wybór najkorzystniejszej oferty nastąpił w sposób naruszający przepisy ustawy Pzp. Dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty nastąpiło bez wzięcia pod uwagę oferty Odwołującego na skutek jej odrzucenia w zadaniu nr 5, która - gdyby nie została odrzucona - powinna zostać wybrana jako oferta najkorzystniejsza, co narusza zasadę zachowania konkurencji i równego traktowania Wykonawców i prowadzi do udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami tejże ustawy.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił jak na wstępie.

W dniu 5 czerwca 2014 roku, odpowiadając na wezwanie Zamawiającego, do postępowania odwoławczego zgłosił przystąpienie po stronie Zamawiającego wykonawca Mercator Medical S.A. z siedzibą w Krakowie. Wykonawca podniósł, że wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu dokonano zgodnie z przepisami ustawy Pzp i dokumentacją przetargową.

Na rozprawie Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Skład orzekający Izby, na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, ofert złożonych w postępowaniu, postępowania wyjaśniającego prowadzonego przez Zamawiającego z wykonawcami, pozostałej dokumentacji postępowania, biorąc pod uwagę stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestnika postępowania, a także stanowisk i oświadczeń Stron postępowania zaprezentowanych pisemnie i ustnie w toku posiedzenia i rozprawy, ustalił i zważył, co następuje:

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierowano odwołanie na rozprawę.

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nieprawidłowe dokonanie czynności badania i oceny, w tym odrzucenie oferty Odwołującego, która była najkorzystniejsza cenowo, a dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego, co oznaczać może potencjalne stwierdzenie naruszenia w tym zakresie przepisów ustawy Pzp pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia, w zadaniu 5 Zamawiającemu należało dostarczyć rękawice nitrylowe, przebadane na przenikalność co najmniej 10 różnych substancji chemicznych zgodnie z normą EN 374-3. Badania należało dołączyć oferty. Rękawice miały być przebadane na przenikalność minimum 5 różnych substancji chemicznych zgodnie z normą EN374-3, na co najmniej 3 poziomie ochrony (badania należało załączyć do oferty). Wyrób miał być również przebadany na przenikalność min. 12 cytostatyków zgodnie z ASTM D 6978 i wirusów (zgodnie z ASTM F 1671), a protokoły końcowe z badań miały być częścią oferty.

W celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego, żądano w SIWZ złożenia opisów (katalog, strony katalogu lub foldery, ulotki informacyjne, prospekty) i fotografii produktów, które mają zostać dostarczone, których autentyczność miała być potwierdzona przez wykonawcę na żądanie Zamawiającego. Dokumenty winny być sporządzone w języku polskim ze wskazaniem w nim oferowanego asortymentu, podaniem nr zadania i pozycji w zadaniu.

W dniu 20 maja 2014 roku SORIMEX Sp. z o.o. Sp.k z siedzibą w Toruniu, jako wykonawca biorący udział w prowadzonym postępowaniu, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwany został do uzupełnienia: dokumentów w języku polskim dotyczących pkt 8 załącznika 1.5. do SIWZ, ze wskazaniem, że do oferty dołączono badania w języku angielskim dla 25% kwasu solnego – brak tłumaczenia na język polski oraz oryginalnych dokumentów w języku angielskim dotyczących pkt 8 załącznika 1.5. do SIWZ – 25% kwasu siarkowego, w celu potwierdzenia autentyczności przetłumaczonego dokumentu.

22 maja 2014 roku Wykonawca złożył stosowane wyjaśnienia i właściwe dokumenty. Zaznaczył, że w ofercie złożono raport z badań na 25% kwas solny. W załączonym tłumaczeniu wkraść się błąd. Przedłożono poprawiony dokument – tłumaczenie na 25% kwas solny. Wyjaśniono, że zaoferowano rękawice spełniają wymagania Zamawiającego. Złożony dokument w ofercie – raport z badań przeprowadzony przez akredytowane laboratorium jednostki notyfikowanej TUV SUD PSB, jest dokumentem właściwym. Producent rękawic nitylowych – YTY Industry Sdn.Bhd, uzyskał certyfikat jednostki notyfikowanej na zgodność z normą zharmonizowaną EN 455. Nadrzędnym dokumentem potwierdzającym zgodność wyrobu z wymaganiami (...) jest raport z badań potwierdzony przez jednostkę notyfikowaną.

W decyzji o odrzuceniu oferty Wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Zamawiający stwierdził, że w wyznaczonym terminie na uzupełnienie dokumentów otrzymano jedynie tłumaczenie badania na język polski, z uzupełnionego tłumaczenia Zamawiający nie jest w stanie ocenić prawidłowości badania, ponieważ w dokumencie raz jest mowa o kwasie solnym a raz o kwasie siarkowym. Ponadto oryginały dokumenty w języku angielskim dla 25% kwasu siarkowego nie zostały uzupełnione.

Biorąc pod uwagę ustalony w postępowaniu stan faktyczny, uznano iż odwołanie podlegało uwzględnieniu.

Co do uwag ogólnych, to zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. Natomiast stosownie do przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp Zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty – niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, stanowiąca przesłankę odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zachodzi wówczas, gdy zawartość merytoryczna oferty nie odpowiada między innymi pod względem przedmiotu zamówienia lub sposobu jego wykonania wymaganiom zawartym w SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ustawy Pzp. W tym zakresie wskazać należy, że oferta nie odpowiadająca treści SIWZ to taka, która jest sporządzona odmiennie, niż określają to postanowienia specyfikacji.

Odmienność ta może przejawiać się w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia, jak też w sposobie jego realizacji. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ zamówienia ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot dostawy bądź też usługi, nie odpowiada opisanemu w specyfikacji przedmiotowi zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy Zamawiającego.

Przenosząc powyższe rozważania natury ogólnej na grunt rozpoznawanej sprawy, stwierdzić należy, iż z tak rozumianą niezgodnością treści oferty z treścią SIWZ nie mamy do czynienia, a więc podjęta przez Zamawiającego decyzja o odrzuceniu oferty Odwołującego była nieprawidłowa.

Z zapisów SIWZ wynikało, że oferowane rękawice miały być przebadane na przenikalność minimum 5 różnych substancji chemicznych zgodnie z normą EN374-3, na co najmniej 3 poziomie ochrony (badania należało załączyć do oferty). Wyniki takich badań znalazły się w ofercie Odwołującego, były to między innymi wyniki dotyczące przenikalności 25% kwasu solnego (złożony w ofercie dokument w języku angielskim). W tłumaczeniu tego dokumentu sporządzonym przez Wykonawcę stwierdzono jednak, że badania odnoszą się do kwasu siarkowego. Słusznie zatem Zamawiający zdecydował o zastosowaniu trybu przewidzianego na składanie wyjaśnień i ową rozbieżność chciał zrozumieć, próbując doprowadzić do oba złożone dokumenty do tożsamej treści.

W ocenie Izby złożone na wezwanie wyjaśnienia Wykonawcy są przekonujące, a „błędy”, które ponownie pojawiły się w złożonym tłumaczeniu Zamawiający mógł poprawić kwalifikując je jako oczywistą omyłkę pisarską na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Wykonawca w wyjaśnieniach jasno zaznaczył, że złożone badania dotyczą kwasu solnego, na powyższe bezsprzecznie wskazuje treść dokumentu w języku angielskim. Sformułowanie „kwas siarkowy”, które pojawia się w tłumaczeniu dokumentu w wymienionych w odwołaniu przez Odwołującego miejscach w ocenie składu orzekającego Izby jest błędem pisarskim przy tłumaczeniu, zwłaszcza, że przy uzupełnieniu dokumentu tłumaczonego w jego nagłówku jasno wskazano, że wyniki badań odnoszą się do kwasu solnego. Nie sposób z oferty i innych złożonych w wyniku uzupełnienia dokumentów wywnioskować, że intencją Wykonawcy było złożenie wyników dwóch odrębnych badań na kwas solny i na kwas siarkowy, co oznaczałoby, iż w pierwszym przypadku mielibyśmy do czynienia z nieprawidłowym tłumaczeniem, a w drugim z brakiem dokumentów w języku angielskim.

Zgodnie z powszechnie przyjętym stanowiskiem orzecznictwa i doktryny, oczywista omyłka pisarska polega w szczególności na niezamierzonym przekręceniu, opuszczeniu wyrazu, błędzie logicznym, pisarskim lub mającym postać innej niedokładności przypadkowej. Oczywista omyłka pisarska powinna być możliwa do poprawienia bez odwoływania się do innych dokumentów. Zdaniem Izby, w zakresie tego pojęcia mieszczą

się zatem tylko takiego rodzaju niedokładności, które widoczne są dla każdego, bez przeprowadzania jakiegokolwiek dodatkowej dogłębnej analizy. Oznacza to, że ich poprawienie nie wywołuje zmiany merytorycznej treści oświadczenia woli wykonawcy. Oczywista omyłka pisarska jest wynikiem przeoczenia lub innej wady procesu myślowo-redakcyjnego. Poprawienie oczywistej omyłki nie może prowadzić do wytworzenia nowej treści oświadczenia woli. Warto w tym miejscu wskazać na wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 21 maja 2008 r. (XII Ga 151/08), w którym stwierdzono, iż błąd pisarski to „widoczne, wbrew zamierzeniu, niewłaściwe użycie wyrazu, widocznie mylna pisownia albo widocznie niezamierzone opuszczenie jednego lub więcej wyrazów ()”. Natomiast omyłki pisarskie są to omyłki stojące na równi z błędami pisarskimi lub rachunkowymi, a zatem tylko omyłki polegające na tym, że wyrażono coś, co jest niezgodne z myślą niedwuznacznie wyrażoną przez podmiot, a zostało wypowiedziane tylko przez przeoczenie, niewłaściwy dobór słów.

Taki przypadek w ocenie składu orzekającego Izby ma miejsce w przedmiotowym postępowaniu. Bez szczególnego zagłębiania się w treść oferty i złożonych dokumentów, Wykonawca w sposób niezamierzony popełnił w tłumaczeniu z języka angielskiego na język polski błąd redakcyjny zastępując wyrażenie „kwas solny” wyrażeniem „kwas siarkowy”. Nie jest bowiem sporna między stronami okoliczność, iż dokument oryginalny dotyczy badań dla kwasu solnego. Z tłumaczenia zaś wynika, że zachowane zostały wszystkie inne proporcje (np. wyniki liczbowe badań) dokumentu oryginalnego, poza nazwą substancji będącej przedmiotem badań, której nazwa nie pokrywa się z nazwą wynikającą z dokumentu oryginalnego. Zamawiający nie przedstawił jednak wiarygodnej argumentacji, czy też namiastki dowodów, które wskazywałyby na celowe, zamierzone działanie wykonawcy, które miało lub mogło wprowadzić Zamawiającego w błąd. Dodatkowo, co już podkreślono w uzasadnieniu orzeczenia, w tej sprawie wykonawca złożył stosowane wyjaśnienia. Choć przyznać należy, że wykonawca bardzo nieuważnie dokonywał tłumaczenia, popełniając podobny błąd w obu dokumentach, zarówno tym składanym do oferty, jak też tym złożonym wraz z wyjaśnieniami, to w działaniu takim nie dopatrzono się cech celowości, umyślnego wprowadzania w błąd. Powyższe uznać należało raczej za stosunkowo niestaranne przygotowanie oferty, co jednak nie powinno rzutować na sytuację wykonawcy w postępowaniu, skoro ustawa Pzp przewiduje możliwość poprawienia w ofercie różnego rodzaju niedoskonałości, również tych które w sposób znaczący mogą wpływać na treść całej oferty. Należy przy tym podkreślić, iż uznanie powyższej omyłki za oczywistą i podlegającą poprawieniu przez Zamawiającego nie prowadzi do zmiany rzeczywistej treści i sensu oświadczenia wykonawcy wyrażonego w ofercie. Z tych powodów właśnie uznano dokonanie przedmiotowej poprawy za dopuszczalne i konieczne.

Z uwagi na uwzględnienie zarzutu naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, bez znaczenia dla przedmiotu sporu pozostaje zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, podniesiony jako zarzut ewentualny. W ocenie Izby przywołana regulacja nie będzie mieć zastosowania w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, skoro niespójność oferty można usunąć przez zastosowanie przepisu odnoszącego się do omyłki pisarskiej.

Przy nakazanym ponownym badaniu i oceny ofert w postępowaniu, Zamawiający winien przy tej ocenie uwzględnić ofertę Odwołującego, w tym znajdujące się w niej dokumenty i oświadczenia oraz dokumenty otrzymane w wyniku prowadzonego postępowania wyjaśniającego i poprawić wyrażenie „kwas siarkowy” na „kwas solny” w tych dokumentach.

W ocenie Izby, zarzuty Odwołującego w stosunku do czynności lub zaniechań Zamawiającego potwierdziły się. Skład orzekający stanął na stanowisku, że Odwołujący udowodnił tezy zaprezentowane w odwołaniu. W postępowaniu doszło do naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp. W prowadzonym postępowaniu nie uczyniono zadość przestrzeganiu zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i ust. 10 ustawy Pzp, a także w oparciu o § 5 ust. 2 pkt 2 i § 5 ust 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania, przyznając koszty postępowania Stronie Odwołującej.

Przewodniczący: