

Sygn. akt: KIO 1123/19

## WYROK

z dnia 01 lipca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Aneta Mlącka**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 01 lipca 2019 r. odwołania wniesionego w dniu 17 czerwca 2019 r. przez Wykonawcę **Dräger Safety Polska sp. z o.o. (ul. Uniwersytecka 18, 40-007 Katowice)** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Olsztynie (ul. Saperska 1, 10-073 Olsztyn)**

przy udziale Wykonawcy **Griffin Group Spółka Akcyjna Defence Spółka komandytowa (Al. Armii Ludowej 26, 00-609 Warszawa)** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

### orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz nakazuje dokonanie czynności poprawienia omyłki w ofercie Odwołującego poprzez przyjęcie ilości masek zgodnej z treścią SIWZ z uwzględnieniem dokonania zmian rachunkowych w treści oferty, będących konsekwencją poprawienia omyłki,
2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego **Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Olsztynie (ul. Saperska 1, 10-073 Olsztyn)** i
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego **Dräger Safety Polska sp. z o.o. (ul. Uniwersytecka 18, 40-007 Katowice)** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od Zamawiającego **Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Olsztynie (ul. Saperska 1, 10-073 Olsztyn)** na rzecz Odwołującego **Dräger Safety Polska sp. z o.o. (ul. Uniwersytecka 18, 40-007 Katowice)** kwotę **11100 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2018 r. poz. 1986 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Olsztynie**.

**Przewodniczący:** .....

**UZASADNIENIE**

Zamawiający Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Olsztynie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, pn. „Dostawa aparatów powietrznych jednobutlowych ze sprężonym powietrzem oraz masek dla WSP”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone 17 kwietnia 2019 roku w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 538612-N-2019.

Odwołujący Dräger Safety Polska sp. z o.o. wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego, polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego oraz wyborze oferty złożonej przez wykonawcę GRIFFIN GROUP Spółka Akcyjna DEFENCE spółka komandytowa.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo iż treść tej oferty jest zgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia; art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp przez zaniechanie poprawienia w ofercie Odwołującego innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty; art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie poprawienia w ofercie Odwołującego oczywistej omyłki rachunkowej, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek; art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp przez zaniechanie podania powodów odrzucenia oraz uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego; art. 7 ust. 3 ustawy Pzp przez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób nieprowadzący do wyboru wykonawcy zgodnie z przepisami ustawy Pzp, z ostrożności art. 87 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynności odrzucenia oferty Odwołującego, powtórzenia oceny oferty, poprawienia w ofercie Odwołującego omyłek a w konsekwencji wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

**Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zakresie nieprawidłowego uznania, że treść oferty Odwołującego jest niezgodna z treścią SIWZ**

Zamawiający 8 marca 2019 r. wszczął postępowanie pn. Dostawa aparatów powietrznych jednobutlowych ze sprężonym powietrzem oraz masek dla WSP - postępowanie nr 30/D. W ramach tego postępowania Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia wymagał dostawy: 1) Aparatu powietrznego jednobutlowego ze sprężonym powietrzem z maską -szt. 20, 2) Maski do aparatu z poz. 1 opisu przedmiotu zamówienia - szt. 40, 3) Maski pełnotwarzowej FPS 7000 lub równoważna - szt. 40. Postępowanie z uwagi na to, że do dnia

składania ofert nie złożono żadnej oferty, zostało unieważnione na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

17.04.2019r. Zamawiający wszczął przedmiotowe postępowanie. Opis przedmiotu zamówienia wymagał zaoferowania: 1) Aparatu powietrznego jednobutlowego ze sprężonym powietrzem z maską -szt. 20, 2) Maski do aparatów powietrznych z poz. 1 - szt. 60.

Odwołujący wskazał, że przygotowując ofertę omyłkowo skorzystał z formularza ofertowego obejmującego zakresem dostawy: 1) Aparatu powietrznego jednobutlowego ze sprężonym powietrzem z maską -szt. 20, 2) Maski do aparatu z poz. 1 opisu przedmiotu zamówienia - szt. 40, 3) Maski pełnotwarzowej FPS 7000 lub równoważna - szt. 40.

Zamawiający wraz z przekazaniem informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty. W uzasadnieniu tej decyzji wskazał, że Odwołujący zaferował dostawę aparatów powietrznych i masek w asortymencie oraz ilościach niezgodnych z SIWZ.

Odwołujący nie zgodził się z decyzją Zamawiającego. Wskazał, że w informacji brak jest uzasadnienia faktycznego podjętej decyzji - brak jest wskazania na czym polega niezgodność asortymentowa zaferowanych aparatów oraz masek. Powyższe, zdaniem Odwołującego oznacza naruszenie przez Zamawiającego art. 92 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, który to przepis zobowiązuje zamawiającego do niezwłocznego poinformowania wykonawców, o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, powodach odrzucenia oferty wraz z podaniem uzasadnienia faktycznego i prawnego.

Ponadto Odwołujący wskazał, że brak jest w jego ofercie niezgodności co do zaferowanego asortymentu. Zwrócił uwagę, że nie jest tak, że zaferował dostawę asortymentu: 1) Aparaty powietrzne jednobutlowe ze sprężonym powietrzem z maską, 2) Maski do aparatu z poz. 1 opisu przedmiotu zamówienia, 3) Maski pełnotwarzowe FPS 7000 lub równoważne. Odwołujący zaferował aparaty powietrzne jednobutlowe ze sprężonym powietrzem z maską PSS 5000 DS. SCS marki Drager i maski pełnotwarzowe z szybą antyzadrapaniową FPS 7000 P marki Drager. Inny asortyment nie został zaferowany. Odwołujący zaznaczył, że maski z poz. 2 i 3 formularza ofertowego Odwołującego to są te same maski. Jedyną omyłką jaka wystąpiła to zamiast 60 szt. masek pełnotwarzowych z szybą antyzadrapaniową FPS 7000 P marki Drager, w formularzu ofertowym podano 80 szt (40 szt. w poz. 2 i 40 szt w poz. 3 tabeli znajdującej się na str. 3 oferty), a nie jak wymagał Zamawiający 60 szt. Nie jest to jednak okoliczność, która automatycznie świadczy o niezgodności treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ.

Odwołujący wskazał na art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust 2 pkt 3. Oznacza to, że niezgodność treści oferty z

treścią SIWZ będzie miała miejsce wyłącznie w przypadku, kiedy stwierdzona niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma charakter nieusuwalny. W przypadku stwierdzenia innych omyłek polegających na niezgodności oferty z SIWZ, zamawiający ma obowiązek ich poprawienia na podstawie art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp, jeśli nie spowoduje to istotnych zmian w treści oferty.

#### **Zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 i art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp w zakresie zaniechania poprawienia innej omyłki i omyłki rachunkowej**

W ocenie Odwołującego, Zamawiający zobowiązany był do poprawienia innej omyłki polegającej na niezgodności treści oferty, tj. 80 szt. masek z treścią SIWZ, która wymagała zaferowania 60 szt. masek. Poprawa ta nie spowodowałaby istotnej zmiany w treści oferty Odwołującego (nie zmieniło by się w istotny sposób oświadczenie woli Odwołującego zawarte w ofercie, bowiem składając niniejszą ofertę Odwołujący zamierzał złożyć ofertę zgodną z treścią SIWZ, nie tylko co do zakresu, ale i ilości). Zaniechanie poprawienia ilości sztuk masek, spowodowało że Zamawiający naruszył treść art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, a w konsekwencji bez podstawy prawnej odrzucił ofertę Odwołującego.

Jak dalej wskazał Odwołujący: „zmiana ilości sztuk masek, pociągałaby za sobą konieczność poprawienia omyłek rachunkowych polegających na przemnożeniu poprawionej ilości sztuk masek przez cenę jednostkową wskazaną w tabeli 5 na str. 3 oferty, tj. kwota 595,75 zł netto x 60 szt. co dało by wynik 35745 zł netto. Dodanie tej kwoty do 91156 zł netto (poz. 1 aparaty), dało by wartość netto oferty 126901 zł. W konsekwencji dokonania ww. działań matematycznych zmianie uległaby cena brutto oferty i po zmianie wynosiłaby 156088,23 zł. Niedokonanie poprawienia wskazanych omyłek spowodowało, że odwołujący zasadnie postawił Zamawiającemu zarzut naruszenia również art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.”

#### **Zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp dotyczący zaniechania wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty**

Z ostrożności Odwołujący podniósł, że Zamawiający winien był przed odrzuceniem oferty Odwołującego zwrócić się o wyjaśnienie co do treści złożonej oferty, w tym zaistniałej omyłki. Z istoty przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp wynika, że w przypadku, gdy zamawiający poweźmie jakiegokolwiek wątpliwości co do treści złożonej oferty, może żądać od wykonawcy stosownych wyjaśnień. Jak dalej argumentował Odwołujący: Zamawiający dążąc do zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu powinien w sposób prawidłowy zbadać wszystkie oferty, w tym ofertę Odwołującego. Tego Zamawiający nie uczynił.

### **Zarzut naruszenia art. 7 ust. 3 ustawy Pzp**

Zdaniem Odwołującego, okoliczności faktyczne wskazane w pkt I i II uzasadnienia odwołania wskazują, że Zamawiający dokonał wyboru oferty w sposób niezgodny z przepisami ustawy Pzp, co wskazuje na naruszenie przez Zamawiającego również art. 7 ust. 3 ustawy Pzp.

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie.

Zamawiający podkreślił, że należy odrzucić ofertę na podstawie art 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jeśli niezgodność treści oferty z SIWZ ma charakter zasadniczy i nieusuwalny. Według Zamawiającego oferta Odwołującego była niezgodna z SIWZ. Odwołujący zaoferował produkty w ilości sprzecznej z wymaganiem Zamawiającego ustalonym w specyfikacji. Zaoferowanie dostaw towarów w ilości sprzecznej z treścią SIWZ nie może stanowić ani omyłki rachunkowej, ani oczywistej omyłki pisarskiej. Jedyną podstawą działania Zamawiającego pozostawać mógł zatem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, co w tym przypadku oznaczałoby, że zaoferowanie przez odwołującego 0,25 % większej ilości towarów (masek) od wymaganych w SIWZ zostałyby przez Zamawiającego uznane jako „inna omyłka niepowodująca istotnej zmiany treści oferty”.

Zamawiający twierdził, że poprawienie oferty nie może prowadzić do wytworzenia zupełnie odmiennego, nowego oświadczenia woli wykonawcy, np. w przedmiocie oferowanego świadczenia czy dowolnego wypełnienia go dodatkową treścią, co do której zamawiający nie posiada żadnych danych i informacji.

Zamawiający wskazał, że omyłki, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp powinny mieć taki charakter, by czynności ich poprawy mógł dokonać Zamawiający samodzielnie, bez udziału wykonawcy w tej czynności. Oznacza to, że „oczywistość” omyłki powinna być możliwa do ustalenia na podstawie oferty, ewentualnie może pochodzić z wyjaśnień, które zamawiający może uzyskać od wykonawcy na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający wskazał także, że dokonując analizy oferty Odwołującego oraz treści SIWZ, także przy udziale Odwołującego, nie wiedziałby na jaki element oferty miałby zwrócić uwagę Odwołującego, aby ten udzielił takich wyjaśnień i wskazał na „omyłki”, aby działania Zamawiającego nie zostały posądzone o prowadzenie negocjacji i wspólnego tworzenia nowego oświadczenia woli oferenta. Wyjątek wynikający z upoważnienia art. 87 ust, 2 pkt 3 ustawy Pzp nie może być interpretowany rozszerzająco, czyniąc zakaz z art. 87 ust. 1 fikcją. Oferta Odwołującego była niezgodna z wymaganiami SIWZ w swojej merytorycznej części stanowiącej o zakresie oferowanego świadczenia. Wykonawca oferował po 40 sztuk masek czyniąc odwołanie do poz. 2 i poz. 3 opisu przedmiotu zamówienia, zamiast wymaganych 60 odwołując się do poz. 2 opisu zamówienia. Ofertę zmienić należałoby zatem w zakresie jej dwóch zasadniczych przedmiotowo istotnych części: zakresu rzeczowego i ceny. Takie

działanie Zamawiającego w jego ocenie nie wyczerpuje ustawowej przesłanki „nieistotności” dopuszczalnych zmian w treści oferty, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Na marginesie jedynie Zamawiający wskazał, że przed rozstrzygnięciem Odwołujący kontaktując się w sprawie złożonej oferty twierdził, że do złożenia oferty niezgodnej z SIWZ doszło z uwagi na błąd samego zamawiającego, tj. umieszczenie na serwerze niewłaściwego formularza oferty, w wyniku czego odwołujący wyceniając właściwą ilość (a zatem za właściwą kwotę) zakresu zamówienia uzupełnił niewłaściwy formularz ofertowy. Zarzut ten nie został przez zamawiającego potwierdzony. Pracownik Oddziału Informatycznych Systemów Zarządzania Wiedzą Centrum Projektów Informatycznych na zapytanie zamawiającego wskazał, że wszystkie pliki zostały dodane w dniu 17.04.2019 r. Zamawiający nie wykluczył, że opisywana niezgodność treści oferty z SIWZ było błędem (omyłką) Odwołującego. Jednakże wyjaśnił, że nie wszystkie omyłki mogą być poprawione przez zamawiającego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Do niniejszego postępowania zgłosił przystąpienie Wykonawca Griffin Group Spółka Akcyjna Defence Spółka komandytowa.

W treści pisma wskazał, że obowiązek Zamawiającego do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp istnieje w sytuacji, gdy łącznie zaszyły dwie przesłanki: złożona oferta jest niezgodna z merytorycznymi wymaganiami zamawiającego w szczególności co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia, a popełnione uchybienie nie jest możliwe do poprawienia zgodnie z art. 87 ust. 2 ustawy Pzp.

Dalej Przystępujący wskazał, że błąd we wskazaniu ilości oferowanych masek nie może być uznany za błąd rachunkowy, jak chce tego Odwołujący, z uwagi na fakt, że nie dokonywano w tym zakresie żadnych działań matematycznych polegających na dokonywaniu obliczeń czy przeliczeń. Zgodnie z definicją słownikową „rachunkowy” oznacza – dotyczący rachowania, obliczania, działań na liczbach, arytmetyczny.

Nadto, w ocenie Przystępującego nie można zgodzić się z tym, że Zamawiający zobowiązany był do poprawienia w ofercie Odwołującego innej omyłki polegającej na niezgodności treści oferty z SIWZ, gdyż dokonanie zmiany ilości zaoferowanego asortymentu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 prowadziłoby do istotnej zmiany treści oferty w stosunku do jej pierwotnego brzmienia, co było niedopuszczalne na tym etapie postępowania.

Powyższe, w ocenie Przystępującego powoduje, że Zamawiający dokonując odrzucenia postąpił w sposób prawidłowy, gdyż ilość zaoferowanego przez Odwołującego asortymentu była niezgodna z treścią SIWZ.

**Izba ustaliła, że:**

Zamawiający wymagał, aby wykonawcy w ramach realizacji zamówienia dostarczyli 20 kompletów aparatów powietrznych jednobutlowych ze sprężonym powietrzem z maską oraz 60 sztuk masek do aparatów powietrznych z pozycji 1 opisu przedmiotu zamówienia.

Wykonawcy byli zobowiązani wypełnić formularz cenowy, w którym został wskazany oczekiwany przez Zamawiającego asortyment (wymieniony powyżej). Jednocześnie wykonawcy samodzielnie wypełniali pole, w którym należało określić, jakie maski oferują.

Odwołujący zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z tabelą przedstawioną w treści formularza ofertowego. Tabela w ofercie Odwołującego zawierała 3 pozycje. W treści tabeli w pozycji nr 1 zaoferowano aparat powietrzny jednobutlowy ze sprężonym powietrzem z maską (wg. poz. 1 opisu przedmiotu zamówienia) PSS 5000 DS. SCS marki Drager w ilości 20 sztuk za cenę jednostkową netto 4.557,80 o łącznej wartości netto 91.156 zł. W pozycji nr 2 zaoferowano maskę do aparatów powietrznych z poz. 1 (wg. poz. 2 opisu przedmiotu zamówienia) Maska pełnotwarzowa z szybą antyzdrapaniową FPS 7000 P marki Drager w ilości 40 sztuk za cenę jednostkową netto 595,75 zł oraz cenę łączną netto 23830 zł. W pozycji nr 3 zaoferowano maskę pełnotwarzową FPOS 7000 lub równoważną (wg. poz. 3 opisu przedmiotu zamówienia) Maska pełnotwarzowa z szybą antyzdrapaniową FPS 7000 P marki Drager w ilości 40 sztuk, za cenę jednostkową netto 595,75 złotych i cenę łączną netto 23830 złotych. Łączna wartość zamówienia netto wskazana w tabeli to 138816 złotych. Kwota brutto wpisana w formularzu ofertowym to 170 743,68 złotych.

Zamawiający w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego wskazał, że Wykonawca Drager Safety Polska sp. z o.o. zaoferował dostawę aparatów powietrznych oraz masek w asortymencie oraz ilościach niezgodnych z SIWZ, tj.: 1) aparaty powietrzne jednobutlowe ze sprężonym powietrzem z maską, w ilości 20 kompletów; 2) maski do aparatów powietrznych z poz. 1 opisu przedmiotu zamówienia, w ilości 40 szt.; 3) maski pełno twarzowe FPS 7000 lub równoważne, w ilości 40 szt. Zamawiający jako uzasadnienie prawne powołał art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy Pzp oraz wskazał, że Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

**Izba zważyła co następuje:**

Zamawiający wymagał w treści SIWZ, aby wykonawcy zaoferowali 20 kompletów aparatów powietrznych jednobutlowych ze sprężonym powietrzem z maską oraz 60 sztuk masek do aparatów powietrznych. Odwołujący zaoferował 20 kompletów aparatów powietrznych jednobutlowych ze sprężonym powietrzem oraz 80 sztuk masek do aparatów powietrznych.



Oznacza to, że w zakresie ilości masek oferta Odwołującego nie jest zgodna z wymaganiami Zamawiającego, określonymi w SIWZ. Tym samym, Zamawiający miałby możliwość odrzucenia oferty Odwołującego, jednakże dyspozycja art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, jeżeli jest niezgodna z SIWZ, chyba że zachodzą przesłanki określone w art. 87 ust. 2 pkt 3. W ocenie Izby, w niniejszej sprawie wystąpiły przesłanki określone w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, a tym samym Zamawiający nie był uprawniony do odrzucenia oferty Odwołującego.

Zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

Odwołujący popełnił omyłkę w treści złożonej oferty. Okoliczność ta w ocenie Izby jest oczywista. Omyłkę z łatwością „lokalizują” także w swoich stanowiskach pisemnych i wypowiedziach zarówno Zamawiający, jak i Przystępujący. Omyłka Odwołującego polegała bowiem na tym, że Odwołujący zaoferował większą ilość masek, niż wynikała z treści SIWZ. Powód tej omyłki był także oczywisty – Odwołujący pomylił formularze cenowe i zastosował formularz z postępowania poprzednio prowadzonego przez Zamawiającego. Zatem Odwołujący po prostu pomylił się, nie zaś zamierzał zaoferować zupełnie inną ilość masek niż wymagana przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu. Oczywistym jest, że składając ofertę, wykonawca zamierza złożyć ją zgodnie z wymaganiami SIWZ, gdyż celem złożenia oferty jest uzyskanie zamówienia. Sam Zamawiający przyznał w odpowiedzi na odwołanie, że opisywana niezgodność treści oferty z SIWZ była błędem (omyłką) Odwołującego. Zamawiający wskazał także w treści odpowiedzi na odwołanie, że „oczywistość” omyłki powinna być możliwa do ustalenia na podstawie oferty, ewentualnie może pochodzić z wyjaśnień, które Zamawiający może uzyskać od wykonawcy na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. W niniejszym postępowaniu mamy do czynienia właśnie z taką sytuacją. Na podstawie dokumentów postępowania można z łatwością ustalić, gdzie popełniona została omyłka – jak wskazano powyżej, dotyczy ona zaoferowania przez Odwołującego większej ilości masek niż wynikająca z wymagań określonych w SIWZ. Tym samym mamy do czynienia z oczywistością omyłki.

Nie ulega także wątpliwości, że stosownie do treści SIWZ, wykonawcy zobowiązani byli zaoferować 60 masek, zaś Odwołujący zaoferował w pozycji nr 2 formularza ofertowego 40 masek oraz w pozycji nr 3 formularza ofertowego 40 masek, a zatem łącznie 80 masek. Co znamienne, wszystkie zaoferowane przez Odwołującego maski w pozycji nr 2 i 3 formularza ofertowego są takie same. Wskazuje na to treść formularza, w którym wykonawcy samodzielnie byli zobowiązani wpisać, jakie maski oferują. Odwołujący zarówno w pozycji

nr 2, jak i w pozycji nr 3, wpisał: maska pełnotwarzowa z szybą antyzdrapaniową FPS 7000 P marki Drager". Nie ulega zatem wątpliwości, że w obu pozycjach Odwołujący świadomie zaoferował takie same maski. Potwierdza to także karta katalogowa załączona do oferty Odwołującego. Powyższe oznacza, że nie jest tak (jak przedstawił to Zamawiający w uzasadnieniu informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego), że Odwołujący zaoferował 3 rodzaje asortymentu – dwa rodzaje masek oraz aparat powietrzny jednobutlowy ze sprężonym powietrzem. Odwołujący zaoferował dwa rodzaje asortymentu: 80 masek tego samego rodzaju oraz aparat powietrzny jednobutlowy ze sprężonym powietrzem (w ilości 20 sztuk). Powyższe oznacza, że nie jest prawidłowe twierdzenie Zamawiającego, że Odwołujący zaoferował dostawę w asortymencie niezgodnym z SIWZ. Niezgodność dotyczy wyłącznie ilości zaoferowanego asortymentu (o czym powyżej).

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie podkreślił, że omyłki, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych powinny mieć taki charakter, by czynności ich poprawy mógł dokonać Zamawiający samodzielnie, bez udziału wykonawcy w tej czynności.

Z taką sytuacją mamy do czynienia w niniejszym postępowaniu. Powyżej wskazano na oczywistość omyłki – wykonawcy powinni zaoferować 60 masek, podczas gdy Odwołujący zaoferował 80 masek. Już ten fakt wskazuje, że Zamawiający mógł samodzielnie dokonać poprawienia omyłki, bez udziału wykonawcy. Wbrew zatem twierdzeniu Przystępującego i Zamawiającego, Zamawiający miał możliwość spowodować, że treść oferty Odwołującego byłaby zgodna z treścią SIWZ.

Przystępujący zwracał uwagę, że istotność omyłki należy badać pod kątem skali zmiany i zakresu przedmiotu zamówienia. W ocenie Izby jest to słuszne stanowisko. Jak wskazał Odwołujący, skala zmian po poprawieniu omyłki w ofercie Odwołującego nie byłaby znacząca, wyniosłaby 9%. Ponadto Przystępujący wskazywał, że w niniejszym postępowaniu pod kątem ilości asortymentu zmiana dotyczyłaby 25%. Nie jest to jednak stanowisko uprawnione. Bowiem postępowanie obejmuje nie tylko dostawę masek, lecz także dostawę aparatów jednobutlowych, zatem ilość dostarczanego asortymentu jest większa, co automatycznie oznacza, że zakres przedmiotowy zamówienia po poprawieniu omyłki w ofercie będzie znacznie mniejszy niż 25%.

Co istotne, oferta Odwołującego była najkorzystniejszą ofertą w postępowaniu pod względem kryteriów oceny.

Podkreślenia wymaga także fakt, że Zamawiający w treści odpowiedzi na odwołanie wskazywał, że poprawienie omyłki dotyczy istotnych postanowień umowy. Należy mieć na uwadze, że poprawianie omyłek w treści oferty najczęściej dotyczy dostarczanego

asortymentu. Celem instytucji poprawienia omyłki w treści oferty jest uniknięcie możliwości zbyt łatwego odrzucenia oferty wykonawcy z powodu jej niewielkiej niezgodności z treścią SIWZ i poprawienie zawartych w tej ofercie pomyłek – w przypadku, gdy wiadomo jest, w jaki sposób omyłki te poprawić, a taka sytuacja występuje w niniejszym postępowaniu.

Ponadto, treść artykułu 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych nie rozróżnia, czy omyłka w treści oferty wykonawcy dotyczy elementów istotnych czy nieistotnych umowy. Istotą tego artykułu jest poprawienie omyłki w sytuacji, gdy poprawienie takie nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. W niniejszym postępowaniu, jak wskazano powyżej, poprawienie omyłki dotyczy jedynie ilości zaoferowanego asortymentu, nie przekraczającej 9% wartości tego rodzaju asortymentu. Poprawienie tej omyłki nie spowoduje zatem istotnych zmian w treści oferty.

W związku z powyższym Izba w treści sentencji wyroku nakazała Zamawiającemu dokonanie czynności poprawienia omyłki w ofercie Odwołującego poprzez przyjęcie ilości masek zgodnej z treścią SIWZ z uwzględnieniem dokonania zmian rachunkowych w treści oferty, będących konsekwencją poprawienia omyłki. Należy bowiem wskazać, że cena jednostkowa dla maski została określona przez Odwołującego w treści oferty, zatem możliwe jest dokonanie zmian rachunkowych.

W świetle powyższego Izba za zasadny uznała zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych i w konsekwencji naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez niezasadne odrzucenie oferty Odwołującego.

Zamawiający w treści odpowiedzi na odwołanie wskazał (co prawda jedynie na marginesie), że Odwołujący zwrócił się telefonicznie do Zamawiającego w kwestii omyłki w jego ofercie. Tym bardziej, w ocenie Izby, kwestię omyłki Zamawiający winien był wyjaśnić z Odwołującym. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego obowiązuje zasada pisemności. Zatem Zamawiający mógł wyjaśnić pisemnie sytuację Odwołującego w trybie przewidzianym w art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba za bezzasadny uznała zarzut dotyczący naruszenia przez Zamawiającego art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp przez zaniechanie podania powodów odrzucenia oraz uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego. Zamawiający w treści informacji skierowanej do wykonawców sformułował zarówno prawną jak i faktyczną podstawę odrzucenia oferty Odwołującego. Okoliczność, że Odwołujący nie podziela stanowiska Zamawiającego lub w jego ocenie Zamawiający powinien inaczej sformułować uzasadnienie, nie oznacza automatycznie, że Zamawiający naruszył dyspozycję artykułu 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Uszło natomiast uwadze Zamawiającego, że maski opisane w pozycji nr 2 i 3 formularza ofertowego Odwołującego są to tożsame maski, zatem asortyment

odpowiada oczekiwaniom Zamawiającego. Ta kwestia stanowiła jednak podstawę do rozpoznania zarzutu dotyczącego niezgodności treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ i możliwości poprawienia omyłki w ofercie Odwołującego (o czym powyżej).

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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 (t.j. z dnia 7 maja 2018 r. Dz. U. z 2018 r., poz. 972), w tym w szczególności § 5 ust. 2 pkt 1).

**Przewodniczący:**

.....