

Sygn. akt: KIO 423/20

WYROK
z dnia 13 marca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 marca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 lutego 2020 r. przez wykonawcę **Biameditek sp. z o.o., ul. Elewatorska 58, 15-620 Białystok** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Szpital Kliniczny im. Heliodora Święcickiego Uniwersytetu Medycznego im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu, ul. Przybyszewskiego 49, 60-355 Poznań,** przy udziale wykonawcy; **Viridian Polska Sp. z o.o., ul. Morgowa 4, 04-224 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: Biameditek sp. z o.o., ul. Elewatorska 58, 15-620 Białystok, i:**
 - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **Biameditek sp. z o.o., ul. Elewatorska 58, 15-620 Białystok** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2) zasądza kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od wykonawcy: **Biameditek sp. z o.o., ul. Elewatorska 58, 15-620 Białystok** na rzecz zamawiającego: **Szpital Kliniczny im. Heliodora Święcickiego Uniwersytetu Medycznego im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu, ul. Przybyszewskiego 49, 60-355 Poznań** stanowiącą koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Poznaniu.**

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający: Szpital Kliniczny im. Heliodora Świącickiego Uniwersytetu Medycznego im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego w przedmiocie: „Zestawy kardiomonitorów z centralą, kardiomonitor z modułem transportowym, zestaw do telemetrii elektrokardiograficznej”. Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczono w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2019/S 248-612735 w dniu 24 grudnia 2019 r.

Wykonawca Biameditek Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku wniósł odwołanie wobec czynności poprawienia przez Zamawiającego omyłki w treści oferty Odwołującego na podstawie art. 87 ust 2 pkt 3 Pzp, o której Odwołujący dowiedział się z zawiadomienia o poprawieniu omyłki z dnia 24.02.2020 r.

Odwołujący zarzucił w odwołaniu naruszenie przez Zamawiającego art. 87 ust 2 pkt 3 Pzp w zw. z art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp oraz art. 7 ust 1 Pzp, poprzez dokonanie poprawy omyłki w treści oferty Odwołującego w sytuacji, gdy oferta omyłki nie zawiera i jest zgodna z treścią SIWZ.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności poprawienia omyłki w treści oferty Odwołującego oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty Odwołującego w jej dotychczasowej postaci.

W postępowaniu zostały złożone dwie oferty, w tym przez Odwołującego oraz Viridian Polska Sp. z o. o. Zdaniem Odwołującego, jego oferta jest zgodna z treścią SIWZ, nie zawiera niezgodności, która musiałaby być sanowana w procedurze poprawienia omyłki, o której mowa w art. 87 ust 2 pkt 3 Pzp i ma szansę na wybór jako oferta najkorzystniejsza. Rozstrzygnięcie kwestii poprawności oferty Odwołującego i jej zgodności z treścią SIWZ w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym przesądzi jednocześnie o tym, że druga ze złożonych ofert, w przypadku uwzględnienia odwołania, będzie musiała być uznana za niezgodną z treścią SIWZ, co spowoduje jej odrzucenie na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp.

Odwołujący wskazał, że przedmiot zamówienia obejmuje, zgodnie z SIWZ, dostawę następującego asortymentu: zestawy kardiomonitorów z centralą, kardiomonitor z modułem transportowym, zestaw do telemetrii elektrokardiograficznej. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia przedstawiony został w Tomie III SIWZ Opis przedmiotu zamówienia. Zgodnie z SIWZ - Rozdział XX Opis sposobu przygotowania ofert: *„Ofertę należy sporządzić na Formularzu oferty lub według takiego samego schematu, stanowiącego Załącznik nr 1 do SIWZ.”* Do oferty należało dołączyć:

2.1. Oświadczenie, że Wykonawca zapoznał się z warunkami zamówienia i z załączonym

wzorem umowy oraz że przyjmuje ich treść bez żadnych zastrzeżeń - na Formularzu oferty - zgodnie z załącznikiem nr 1 do SIWZ.”

Ponadto, zgodnie z Rozdziałem XXI SIWZ Opis sposobu obliczenia ceny pkt 1: „Wykonawca poda cenę ofertową w Formularzu oferty, zgodnie z Załącznikiem nr 1 do SIWZ.”

Zdaniem Odwołującego, powyższe wskazuje, że Załącznik nr 1 - Formularz oferty stanowi treść oferty *sensu stricto*, a zatem nie podlega modyfikacjom ani wyjaśnieniom zmieniającym jego treść w szczególności procedurze art. 26 ust. 3 Pzp. Niezłożenie Załącznika nr 1 skutkowałoby niezgodnością treści oferty z treścią SIWZ w rozumieniu art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp. Analogiczne konsekwencje powoduje złożenie Załącznika nr 1 z pominięciem wymaganych elementów oświadczenia woli - w szczególności zmiany zakresu rzeczowego przedmiotu zamówienia np. pominięcie niektórych jego elementów lub wyceny pełnego asortymentu. Jak wskazuje treść Załącznika nr 1 w wersji obowiązującej w postępowaniu, zawierał on nie tylko wycenę ale także identyfikację ilości oferowanych urządzeń w tym oferowany asortyment. Obowiązkiem wykonawcy było wypełnienie tabeli Formularza oferty zgodnie z instrukcją przez podanie: producenta, nazwy handlowej, numeru katalogowego oferowanego sprzętu. Opis kolumny nr 1 nie budzi wątpliwości, że obowiązkiem wykonawcy było podać wycenę i określić co do tożsamości oferowane produkty jako przedmiot zamówienia.

W zakresie dotyczącym pozycji nr 7 - Czytniki kodów kreskowych bezprzewodowe Zamawiający nie przewidywał żadnego wyjątku - ani Formularz ofertowy, ani dalsza część SIWZ nie przewidywały wyłączenia z zakresu rzeczowego jakiegokolwiek elementu wyspecyfikowanego w Załączniku nr 1. Wręcz przeciwnie, Tom III Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia wskazuje na obowiązki wykonawcy m.in fragment dotyczący integracji (poz. 6 OPZ) „*dane demograficzne przesyłane/pobierane z systemu ogólnoszpitalnego do systemu monitorowania (na podstawie identyfikatora pacjenta - odczytanego z opaski pacjenta przy pomocy czytnika kodów kreskowych*”, co jedynie potwierdza, że zakres rzeczowy zamówienia, zgodnie z Formularzem ofertowym, obejmował również czytniki kodów kreskowych.

Dodatkowo, w przypadku Sekcji E tabeli Formularza oferty Zamawiający nie narzucił, w przeciwieństwie do poprzednich sekcji, konkretnych ilości asortymentu jaki oferuje wykonawca, a miało to swój bezpośredni związek ze specyfiką oferowanych przez konkretnych wykonawców rozwiązań technologicznych. Jednak składając ofertę obowiązkiem wykonawcy było określenie także ilości oferowanych urządzeń. Wskazać należy, że ilość czytników jest zdeterminowana systemem, który jest przez wykonawcę oferowany i oferowaną technologią danego producenta monitorów.

W ocenie Odwołującego, treść SIWZ w zakresie tego co jest objęte treścią oferty oraz co należało wycenić i na jakim poziomie szczegółowości zidentyfikować w Formularzu

ofertowym, jest jednoznaczna i nie budząca jakichkolwiek wątpliwości interpretacyjnych. Treść dokumentacji nie budziła jakichkolwiek wątpliwości interpretacyjnych na etapie poprzedzającym składanie ofert żadnego z wykonawców i nie wymagała wyjaśnień lub modyfikacji SIWZ. Dokumentacja przetargowa była spójna, niesprzeczna a zawarte w Tomie III wymagania dotyczące integracji potwierdzają, że przedmiot zamówienia wyspecyfikowany w Formularzu ofertowym obejmuje także czytniki.

Odwołujący wyjaśnił, że złożył ofertę, której treść jest w pełni zgodna z treścią SIWZ, w tym w zakresie wymaganej treści Załącznika nr 1 Formularz ofertowy. Zgodnie z SIWZ, w odniesieniu do poz. 7 Czytniki Odwołujący dokonał w ofercie identyfikacji oferowanych czytników kodów podając ich ilość, markę, producenta oraz numer katalogowy wraz z wyceną jednostkową jak i łącznie dla oferowanej ilości urządzeń.

Zgodnie z art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp, oferta podlega odrzuceniu w przypadku gdy jej treść jest niezgodna z treścią SIWZ z zastrzeżeniem poprawienia omyłek, o których mowa w art. 87 ust 2 pkt 3 Pzp. Zatem warunkiem uruchomienia procedury poprawienia omyłki w ofercie jest wykazanie niezgodności treści oferty z SIWZ, która w sprawie nie ma miejsca.

Zgodnie z treścią Formularza oferty, to wykonawca Viridian Polska Sp. z o.o. świadomie pominął z treści swojej oferty dostawy czytników. Nie może być mowy o jakiegokolwiek omyłce w treści Formularza oferty - jak wynika wprost z oświadczenia tego wykonawcy jego oferta nie obejmuje czytników bowiem, jego zdaniem „nie dotyczą tego zamówienia”. Odwołujący podkreślił, że dokumentacja postępowania nie zawiera żadnego postanowienia, które wyłączałoby z zakresu rzeczowego oferty czytniki kodów kreskowych. W tej sytuacji, mamy do czynienia w zakresie poz. 7 Formularza ofertowego z niezgodnością treści oferty wykonawcy Viridian Polska z treścią SIWZ.

W istocie działanie Zamawiającego zmierza do sanowania wady i oczywistej niezgodności treści oferty Viridian Polska z treścią SIWZ. Jak wynika z treści uzasadnienia czynności Zamawiającego, podstawy do poprawienia rzekomej niezgodności upatruje on w dokumentacji innego postępowania i porównywaniu treści innej SIWZ z przedmiotową: *„W formularzu Ofertowym wykreśla pozycję 7 z punktu E- komunikacja i archiwizacja czytnika kodów kreskowych, który nie był wymagany w warunkach zawartych w SIWZ (był w poprzednim postępowaniu przetargowym DZP/113/2019).”*

Gdyby faktycznie Zamawiający miał zamiar ograniczyć zakres rzeczowy tego zamówienia winien był dokonać odpowiedniej zmiany SIWZ na etapie przed składaniem ofert, co nie nastąpiło. Od upływu terminu składania ofert Zamawiający związany jest treścią własnej dokumentacji i ma obowiązek dokonywania oceny zgodności złożonych ofert z treścią SIWZ w jej aktualnym i obowiązującym kształcie. Akceptacja poprawienia rzekomej omyłki spowodowałaby, poza nieuprawnioną i bezpodstawną zmianą treści oferty Odwołującego, *de facto* niedozwoloną zmianę treści SIWZ po terminie składania ofert.

Wykonawca Viridian Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w dniu 2 marca 2020 r. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Zamawiający, pismem z dnia 11 marca 2020 r., złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania oraz zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego. Zamawiający wskazał, że zarzut Odwołującego sprowadza się zasadniczo do naruszenia przez Zamawiającego art. 87 ust 2 pkt 3 Pzp, zgodnie z którym zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty - niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. Zamawiający dokonał takiej czynności, a tym samym działał w granicach dyspozycji ww. normy prawnej.

Zdaniem Zamawiającego, twierdzenie Odwołującego, że złożył ofertę, której treść jest w pełni zgodna z treścią SIWZ obowiązującą w postępowaniu nie jest zgodne z prawdą. Przedmiotem zamówienia jest dostawa zestawów kardiomonitorów z centralą, kardiomonitorów z modułem transportowym i zestawów do telemetrii elektrokardiograficznej. W Tomie III SIWZ zawierającym Opis Przedmiotu Zamówienia zostały szczegółowo wymienione elementy (komponenty), które miały składać się na zamawiane zestawy.

Odwołujący w ofercie - w formularzu ofertowym (formularzu wyceny elementów przedmiotu zamówienia) zawarł także pozycję „Czytniki kodów kreskowych bezprzewodowe”, która nie wchodziła w zakres przedmiotu zamówienia określonego w SIWZ. Zważywszy, że wpisanie jej do formularza ofertowego było oczywistą pomyłką Zamawiającego poprzez użycie błędnego wzoru formularza ofertowego, Zamawiający dokonał poprawy innej omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp i poinformował o tym Odwołującego. Odwołujący nie sprzeciwił się tej czynności, a zamiast tego wniósł odwołanie, zarzucając naruszenie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Bezspornym jest, że Zamawiający popełnił błąd w oznaczeniu pozycji w formularzu ofertowym (formularzu cenowym), kopiując jego treść z postępowania DZP/113/2019 - nie wykreślił pozycji „Czytniki kodów kreskowych bezprzewodowe”, które w postępowaniu DZP/185/2019 nie są przedmiotem zamówienia. Zamawiający podkreślił, że wszystkie pozycje stanowiące rzeczywisty przedmiot zamówienia zostały szczegółowo opisane w dokumentacji zamówienia, a ta jedna, znajdująca się tylko we wzorze formularza (w formularzu cenowym) oferty i nigdzie indziej, bez wymienienia nawet ilości sztuk, pożądaných parametrów i adekwatnej do nich punktacji. Nieprawdopodobne jest zatem, aby Zamawiający, będąc profesjonalnym podmiotem, nie zawarł żadnych wymagań ich dotyczących w SIWZ.

W Opisie Przedmiotu Zamówienia odniesienie do czytników kodów kreskowych istnieje tylko jako wpis cechy zamawianego sprzętu - integracji z działającym w szpitalu systemem medycznym przesyłającym dane z takich czytników. Same czytniki nie miały być zamawiane (nie były przedmiotem zamówienia), a celem zapisu było istnienie wymogu integracji monitorowania pacjenta z danymi przesyłanymi z czytników.

Wymieniony w opisie system CGM CLININET to medyczny system informatyczny dla szpitali i przychodni, służący do zarządzania i dokumentowania procesów leczenia i prowadzenia dokumentacji medycznej. System składa się z wielu modułów, w tym do obsługi informacji przychodzących ze sprzętu medycznego. Samo istnienie systemu i spływanie doń informacji z kardiomonitorów nie implikuje konieczności posiadania czytników — bowiem te służą do czego innego. Te informacje są ogólnie dostępne choćby na stronie dostawcy oprogramowania, więc tym bardziej powinny być sprawdzone przez profesjonalistów. Czytniki kodów kreskowych nie miały być i nie były przedmiotem zamówienia w tym postępowaniu, nie są i nie były częścią zestawów kardiomonitorów, centrali ani zestawów do telemetrii elektrokardiograficznej.

Dodatkowo Zamawiający wskazał, że drugi z wykonawców - Viridian Polska Sp. z o.o. trafnie zauważył, iż pozycja ta nie dotyczy przedmiotu zamówienia i odpowiednio samodzielnie w formularzu cenowym zawarł informację „nie dotyczy tego zamówienia”.

Zamawiający, zgodnie z obowiązkiem ustawowym zawartym w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp dokonał poprawy omyłki w ofercie Odwołującego. Wskazał, że omyłka wykonawcy może również wynikać z jego błędnego przekonania wykonawcy co do wymaganego sposobu wykonania zamówienia i wyrażenia powyższego w ofercie. Wykonawca może sporządzić ofertę z pełną świadomością co do celowości i kształtu jej poszczególnych postanowień.

Zamawiający zauważył, że nie jest celowe każdorazowe unieważnianie postępowania w przypadku zaistnienia błędu, dającego się usunąć za pomocą instrumentów przewidzianych w ustawie Pzp, zwłaszcza, gdy taki błąd wyszedł na jaw po otwarciu ofert. Za taką interpretacją przemawia np. wyrok KIO z dnia 12 grudnia 2019 r. (sygn. akt KIO 2412/19).

Skoro więc czytniki kodów kreskowych nie stanowiły przedmiotu zamówienia zaferowanie ich przez Odwołującego musiałoby prowadzić do niezgodności treści oferty z SIWZ. Odwołujący również powinien, dochowując należytej staranności, zauważyć niewątpliwy brak związku wspomnianej pozycji formularza ofertowego z całością przedmiotu zamówienia wskazaną w SIWZ i narzuconą ilością sztuk.

Zamawiający wyjaśnił, że ww. pozycja znalazła się we wzorze formularza ofertowego przypadkiem, w wyniku błędnego przekopiowania tabeli podobnego formularza z postępowania DZP/113/2019. Wiersz ten powinien pozostać pusty lub usunięty, jednak przypadkowo został skopiowany przez pracownika. Nawet na pierwszy rzut oka błąd jest

widoczny. Pozycja ta nie zawierała wymienionej ilości sztuk, nie jest więc jasne, z czego Odwołujący wywnioskował, jakoby miałyby być ich sześć.

Zdaniem Zamawiającego, nawet świadome działanie Odwołującego i przekonanie, że oferując wspomniane czytniki kodów kreskowych składa ofertę zgodną z SIWZ, nie zwalniało Zamawiającego z obowiązku poprawy omyłki, aby przywrócić ofertę do stanu zgodnego z przedmiotem zamówienia określonym w SIWZ. Zamawiający zakładał racjonalnie, że wolą Odwołującego było złożenie poprawnej oferty, o czym świadczyło zaoferowanie, poza tą jedną pozycją, właściwych przedmiotów stanowiących przedmiot zamówienia, dlatego należało poprzez mechanizm ustawowy (art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp) dokonać przywrócenia właściwej treści oferty, a właściwie formularza-ofertowego z wyceną poszczególnych elementów obejmujących przedmiot zamówienia do właściwej postaci, zgodnej z wymaganiami Zamawiającego. Zamawiający wskazał, że omyłka to nie tylko „omsknięcie pióra”, może ona i tak zapewne było w tym przypadku, być popełniona świadomie, choć nie celowo dla złożenia oferty niezgodnej z SIWZ. Podobną interpretację art. art 87 ust 2 pkt 3 Pzp przedstawiła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 23 maja 2017 r. (sygn. akt KIO 931/17). Nie powinno być przeszkodą dla dokonania poprawy omyłki, że musiała ona dotyczyć, nietypowo, wykreślenia pozycji zaoferowanej sprzecznie z przedmiotem zamówienia z oferty Odwołującego (wyrok KIO z dnia 6 września 2018 r., sygn. akt KIO 1725/1).

Zważywszy, że czytniki kodów stanowiły niewielki ułamek zarówno ilości, jak ceny całego zamówienia, bez związku z jego faktycznym przedmiotem (nie stanowiły przedmiotu zamówienia), to nie może być mowy o istotnej zmianie treści oferty. A nawet, jeśli nie przywiązywać wagi do kryterium cenowego czy ilościowego, to w tym postępowaniu o braku istotności ww. zmiany winien świadczyć brak związku technicznego pomiędzy właściwym przedmiotem zamówienia, a błędną pozycją we wzorze formularza.

Nie ulega wątpliwości, że odrzucenie oferty z powodu jednej błędnej pozycji byłoby przejawem nadmiernego formalizmu (podobnie wyrok KIO z dnia 12 marca 2018 r. sygn. akt KIO 301/18).

Odwołujący podnosi w odwołaniu, jakoby obowiązkiem było wcześniejsze wezwanie go do złożenia wyjaśnień treści oferty choć argumentem tym nie towarzyszy zarzut naruszenia art. 87 ust 1 Pzp, a tymczasem jedyną konsekwencją wyjaśnień odmiennych od założonej przez Zamawiającego interpretacji musiałoby być odrzucenie oferty jako niezgodnej z treścią SIWZ. Jeśli więc konsekwencją wyjaśnień w tej sytuacji mogłoby być tylko odrzucenie oferty, to nie było podstawy prawnej ich żądania. Co więcej, żądanie wyjaśnień nie jest obowiązkiem Zamawiającego, zwłaszcza, że wobec nie wymagającej czynienia żadnych nietypowych założeń możliwości ustalenia źródła omyłki w błędnym wzorze formularza ofertowego i przy domniemaniu, że celem wykonawców w postępowaniu

o udzielenie zamówienia publicznego jest jego uzyskanie, a nie składanie błędnych ofert, Zamawiający nie miał żadnych wątpliwości, co do istnienia omyłki, konieczności i sposobu jej poprawy

Przekonanie takie potwierdza np. wyrok KIO z dnia 10 stycznia 2019 r. sygn. akt KIO 2581/18) a także wyrok Sądu Okręgowego w Słupsku z dnia 25 kwietnia 2019 r. (sygn. akt IV Ca 200/19).

Zamawiający zauważył, że Odwołujący nie skorzystał z możliwości sprzeciwienia się czynności poprawy omyłki. Argumentując, iż omyłka nie miała miejsca, nie wyjaśnił, dlaczego nie sprzeciwił się czynności jej poprawy. Ponadto, skoro Odwołujący miał wątpliwości co do prawidłowego sposobu wypełnienia formularza, powinien zapytać o wyjaśnienie treści SIWZ dotyczące tej kwestii. Tak też stwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 25 maja 2015 (sygn. akt KIO 1000/15). Nie ulega wątpliwości, iż Odwołujący jest profesjonalistą na rynku zamówień publicznych i dostaw sprzętu dla podmiotów leczniczych, a więc powinien dochować należytej staranności i w tym stanie faktycznym złożyć zapytania o wyjaśnienie treści SIWZ.

Zdaniem Zamawiającego, zarzut naruszenia art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp w związku z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, nawet gdyby uznać, iż tak sformułowany zarzut jest poprawny, to musiałby on dotyczyć odrzucenia oferty z powodu braku zgody na poprawę omyłki - jeżeli taka omyłka, nie istniała. Skoro oferty Odwołującego nie odrzucono, to zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp miałyby zapewne odnosić się do czynności nieodrzużenia Viridian Polska Sp. z o.o. z powodu braku zaoferowania czynników, co nie jest jednak treścią odwołania.

Zamawiający podkreślił, że czynność poprawienia omyłki jest skuteczna z chwilą zawiadomienia o niej wykonawcy, zaś wykonawca może nie zgodzić się na poprawienie omyłki w terminie wskazanym w art 89 ust. 1 pkt 7, co powoduje, że oferta podlega odrzuceniu. Z ww. przepisu nie wynika, by przyjęcie zawiadomienia bez oświadczenia o wyrażeniu zgody miało skutkować odrzuceniem oferty, gdyż jedynie w razie złożenia sprzeciwu oferta jest odrzucana. Zatem powstaje pytanie, czy Odwołujący posiada interes prawny we wniesieniu odwołania, gdy wobec braku sprzeciwu czynność poprawy omyłki stała się skuteczna. Źródło takiego zapatrywania znaleźć można m. in. w wyroku dnia 22 sierpnia 2018r. sygn. akt KIO 1332/18), gdzie stwierdzono, że żaden przepis Pzp nie wymaga od wykonawcy wyrażenia zgody na poprawę omyłki - ustawa nakłada jedynie sankcje za brak zgody, wśród których jest zatrzymanie wadium.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do art. 179 ust. 1 Pzp, kwestionując w odwołaniu czynność dokonaną przez Zamawiającego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Nie ulega wątpliwości, że na czynność Zamawiającego polegającą na poprawieniu omyłki w treści oferty wykonawcy w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp przysługuje odwołanie na podstawie art. 180 ust. 1 Pzp w terminie, o którym mowa w art. 182 ust. 1 Pzp. Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia jako wykonawca ubiegający się o przedmiotowe zamówienie, a także możliwość poniesienia szkody na skutek czynności podjętej przez Zamawiającego w przypadku gdyby potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, poprzez dokonanie poprawy omyłki w treści oferty Odwołującego.

Wykonawca Viridian Polska Sp. z o.o. skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, stosownie do wymogów art. 185 ust. 2 i 3 Pzp.

Przedmiot zamówienia obejmuje, zgodnie z Rozdziałem III SIWZ, dostawę zestawów kardiomonitorów z centralą, kardiomonitorów z modułem transportowym oraz zestawu do telemetrii elektrokardiograficznej. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia Zamawiający przedstawił w Tomie III SIWZ Opis przedmiotu zamówienia.

Zamawiający opisał szczegółowo elementy wchodzące w skład przedmiotu zamówienia w formie opisu i tabeli wymaganych parametrów. W żadnym miejscu tego opisu nie wskazano jako elementu przedmiotu zamówienia - czytników kodów kreskowych.

W Tabeli A System monitorowania pacjenta w pkt 6 Opisu parametrów przedmiotu zamówienia Zamawiający zawarł wymaganie o treści: *„Integracja systemu monitorowania z posiadanym przez Zamawiającego systemem ogólno-szpitalnym CliniNet CompuGroup Medical Polska Sp. z o.o. (dalej CGMP). Integracja obejmie wszystkie oferowane kardiomonitory. Zakres danych będących przedmiotem integracji obejmuje: - dane demograficzne przesyłane/pobierane z systemu ogólno-szpitalnego do systemu monitorowania (na podstawie identyfikatora pacjenta - odczytanego z opaski pacjenta przy pomocy czytnika kodów kreskowych oraz w razie potrzeby wpisanego ręcznie) - koszt i licencje dotyczące integracji z ogólno-szpitalnym systemem CliniNet CGMP po stronie Wykonawcy.”*

Zgodnie z Rozdziałem XX SIWZ - Opis sposobu przygotowania ofert, ofertę należało sporządzić na *„Formularzu oferty lub według takiego samego schematu, stanowiącego Załącznik nr 1 do SIWZ”*. Do oferty należało dołączyć:

„2.1. Oświadczenie, że Wykonawca zapoznał się z warunkami zamówienia i z załączonym wzorem umowy oraz że przyjmuje ich treść bez żadnych zastrzeżeń - na Formularzu oferty - zgodnie z załącznikiem nr 1 do SIWZ.”

W załączniku nr 1 do SIWZ Formularz oferty Zamawiający w tabeli w sekcji E Komunikacja i archiwizacja w pozycji 7 zawarł wiersz opisany jako „Czytniki kodów kreskowych bezprzewodowe”.

Obowiązkiem wykonawcy było wypełnienie tabeli Formularza oferty zgodnie z instrukcją przez podanie: producenta, nazwy handlowej, numeru katalogowego oferowanego sprzętu. Zgodnie z Rozdziałem XXI SIWZ - Opis sposobu obliczenia ceny pkt 1, *„Wykonawca poda cenę ofertową w Formularzu oferty, zgodnie z Załącznikiem nr 1 do SIWZ.”*

Biorąc pod uwagę treść powyższych postanowień SIWZ oraz fakt, że w ramach opisu przedmiotu zamówienia nie zostały wskazane wprost czytniki kodów kreskowych jako element przedmiotu zamówienia - Zamawiający nie określił przy tym ani parametrów tych czytników ani ich ilości, należy stwierdzić, że treść specyfikacji w przedmiotowym postępowaniu zawiera co najmniej istotną niejednoznaczność w zakresie tego czy czytniki kodów kreskowych stanowiły przedmiot zamówienia. W ocenie Izby, zakres przedmiotu zamówienia oraz podstawowe wymagania dotyczące tego przedmiotu należy ustalić przede wszystkim w oparciu o szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, jako podstawowy element dokumentacji SIWZ. Formularz oferty powinien być wyrazem tego opisu, nie może zawierać elementów, które nie znajdują potwierdzenia w opisie przedmiotu zamówienia. Formularz oferty nie zastępuje opisu przedmiotu zamówienia i nie stanowi dokumentu nadrzędnego w stosunku do tego opisu. Zatem wszelkie nieścisłości wynikające z porównania treści OPZ do opisu zawartego w formularzu ofertowym powinny wzbudzić wątpliwości wykonawcy przygotowującego ofertę, które powinny podlegać wyjaśnieniu przez Zamawiającego na etapie przed terminem składania ofert.

W przedmiotowym postępowaniu niekonsekwencja zakresu opisu przedmiotu zamówienia w stosunku do treści formularza oferty w odniesieniu do czytników kodów kreskowych jest wyraźnie widoczna. Można także dla zobrazowania tego faktu porównać treść SIWZ, w tym opisu przedmiotu zamówienia w stosunku do treści formularza oferty w postępowaniu prowadzonym uprzednio przez Zamawiającego (DZP/113/2019), które to postępowanie zostało unieważnione, a w którym oferty zostały złożone przez tych samych wykonawców (Odwołującego i Przystępującego). W tamtym postępowaniu zarówno w opisie przedmiotu zamówienia jak i w formularzu oferty pozycja czytników kodów kreskowych była wprost ujęta.

Z uwagi na jednoznaczne różnice w opisie przedmiotu zamówienia w obu tych postępowaniach w zakresie czytników kodów kreskowych należy wnioskować, że pozycja nr

7 w Formularzu oferty została pozostawiona w przedmiotowym postępowaniu przez Zamawiającego jedynie przez omyłkę, co jednak nie oznacza, że ten błąd w dokumentacji może obciążać wykonawcę i skutkować negatywnie dla oceny jego oferty.

Nie sposób zgodzić się z Odwołującym, że w przypadku Sekcji E tabeli Formularza oferty skoro Zamawiający nie narzucił, w przeciwieństwie do poprzednich Sekcji, konkretnych ilości czynników kodów kreskowych, to obowiązkiem wykonawcy było określenie ilości oferowanych urządzeń, która jest zdeterminowana oferowanym przez wykonawcę systemem i technologią stosowaną przez producenta monitorów. W ocenie Izby, nie budzi żadnych wątpliwości fakt, że w przypadku nałożenia na wykonawcę opisanego wyżej obowiązku musiałoby to być literalnie i wprost wskazane w treści SIWZ. Obowiązek samodzielnego przyjęcia przez wykonawcę ilości oferowanych urządzeń nie może być objęty jakimkolwiek domniemaniem faktycznym, zwłaszcza, że nie ma jakichkolwiek przesłanek do przyjęcia takiego domniemania.

Brak jednoznaczności SIWZ i wątpliwości interpretacyjne z tym związane wskazują na błąd popełniony przez Zamawiającego przy opracowywaniu dokumentacji postępowania. Zaistnienie tego błędu potwierdził wprost Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oraz w toku rozprawy w swoich wyjaśnieniach. Izba nie stwierdziła innych okoliczności, które zaprzeczałyby temu faktowi. W powyższym zakresie Odwołujący nie przeprowadził żadnego dowodu.

Zawarcie w formularzu ofertowym pozycji dotyczącej czynników kodów kreskowych stanowi okoliczność, która niewątpliwie wprowadzała w błąd wykonawcę, który nie zauważył niekonsekwencji treści formularza ofertowego ze szczegółowym opisem przedmiotu zamówienia. Biorąc pod uwagę hierarchię tych dokumentów, w ocenie Izby, prymat należy przyznać opisowi przedmiotu zamówienia, z którym wykonawca miał obowiązek szczegółowo się zapoznać, oraz zakres przedmiotu zamówienia w nim określony przedstawić w Formularzu oferty. Jak wskazano powyżej, z drugiej zaś strony, z uwagi na niejednoznaczność dokumentacji przetargowej nie można negatywnych konsekwencji błędu Zamawiającego przerzucić na wykonawcę, który literalnie zastosował się do treści Formularza oferty i błędną pozycję uwzględnił w swojej ofercie.

Reasumując, błąd popełniony przez Zamawiającego w dokumentacji postępowania, dotyczący opisu zakresu przedmiotu zamówienia, nie może skutkować negatywnie wobec wykonawcy, który składając ofertę w tym przypadku działał pod wpływem tego błędu. W ocenie Izby, oferta złożona pod wpływem błędnego przeświadczenia wykonawcy co do zakresu przedmiotu zamówienia wywołanego działaniem Zamawiającego powinna podlegać poprawie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Zgodzić się należy z twierdzeniem Odwołującego, że Załącznik nr 1 - Formularz oferty stanowi treść oferty *sensu stricte*. Nie jest to jednak tożsame z brakiem możliwości

dokonania poprawy treści tego formularza w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Przepis ten nie zawiera bowiem jakichkolwiek wyłączeń co do możliwości jego stosowania w odniesieniu do treści oferty. Z faktu, że niezłożenie Załącznika nr 1 lub złożenie Załącznika nr 1 z pominięciem wymaganych elementów oświadczenia woli - w szczególności zmiany zakresu rzeczowego przedmiotu zamówienia skutkowałoby niezgodnością treści oferty z treścią SIWZ i odrzuceniem oferty nie należy wywodzić braku możliwości zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Zastosowanie tego przepisu wynika z brzmienia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, który zawiera zastrzeżenie, że oferta może podlegać odrzuceniu jako niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia tylko wówczas, gdy nie można treści oferty poprawić w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. W przypadku wystąpienia przesłanek, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp Zamawiający ma obowiązek zastosować tę procedurę.

Odwołujący w złożonej ofercie w odniesieniu do poz. 7 Formularza oferty zawartej przez Zamawiającego we wzorze tego formularza, zgodnie z treścią tego formularza ale błędnie w stosunku do opisu przedmiotu zamówienia, opisał oferowane czytniki kodów kreskowych, podając ich ilość, markę, producenta oraz numer katalogowy wraz z wyceną jednostkową oraz łączną dla oferowanej ilości urządzeń. Podkreślić należy, że stan omyłki nie musi polegać jedynie na błędzie popełnionym przez wykonawcę przy formułowaniu treści oferty ale może też wynikać z błędnej świadomości wykonawcy co do faktów i jego przekonania, że działa zgodnie ze wszelkimi wymaganiami Zamawiającego. Omyłka w tym kontekście ma więc takie znaczenie, że rozbieżność pomiędzy treścią oferty a treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie wynika z celowego działania wykonawcy wbrew wymogom Zamawiającego, ale z woli złożenia oferty zgodnie z wymogami, połączonego z fałszywym przekonaniem, że składa ofertę zgodną ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

Uwzględniając prawidłowy zakres przedmiotu zamówienia, Zamawiający dokonał w dniu 24 lutego 2020 r. poprawy niezgodności treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ, wykreślając pozycję 7 z Formularza ofertowego złożonego przez Odwołującego.

W ocenie Izby powyższa czynność Zamawiającego jest zgodna z dyrektywami, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Zgodnie bowiem z art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp, oferta wykonawcy podlega odrzuceniu w przypadku gdy treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem obowiązku poprawienia innych omyłek, o których mowa w art. 87 ust 2 pkt 3 Pzp.

Dokonanie poprawy innej omyłki w rozumieniu art. 87 ust 2 pkt 3 Pzp jest uzależnione od wystąpienia następujących okoliczności:

- stwierdzenia niezgodności treści oferty wykonawcy w stosunku do treści SIWZ,
- stwierdzenia niezamierzonej omyłki wykonawcy,
- omyłka ma charakter nieistotny dla treści oferty.

W niniejszej sprawie powyższe przesłanki zostały potwierdzone:

1. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ polega na zaoferowaniu czytników kodów kreskowych w ilości 6 szt., które nie stanowiły przedmiotu zamówienia. Niezgodność ta została stwierdzona przez Zamawiającego bez konieczności uzyskania jakichkolwiek wyjaśnień od wykonawcy.
2. Powyższą niezgodność treści oferty z SIWZ należy uznać za niezamierzoną przez wykonawcę, ponieważ została ona wywołana przez błędne działanie Zamawiającego, polegające na pozostawieniu we wzorze Formularza ofertowego pozycji nr 7, podczas gdy nie stanowiła ona przedmiotu zamówienia zgodnie z OPZ, jednocześnie przyjmując założenie, że zamierzeniem Odwołującego było złożenie oferty w pełni zgodnej z rzeczywistymi wymaganiami Zamawiającego, które nie zostały precyzyjnie określone w SIWZ.
3. Stwierdzona omyłka ma charakter nieistotny, biorąc pod uwagę zarówno znikomą wartość tego elementu oferty w stosunku do łącznej ceny oferty, jak i jej nieznaczny zakres ilościowy w ofercie Odwołującego.

Reasumując, w ustalonych w niniejszej sprawie okolicznościach należy stwierdzić, że poprawa treści oferty Odwołującego nie stanowi nieuprawnionej zmiany treści oferty.

Podkreślić dodatkowo należy, że Odwołujący nie wykazał słuszności podnoszonej w odwołaniu tezy, że „w istocie działanie Zamawiającego zmierza do sanowania wady i oczywistej niezgodności treści oferty Viridian Polska z treścią SIWZ”. Odwołujący nie przedstawił także jakichkolwiek dowodów na okoliczność, że gdyby nie musiał zaoferować czytników kodów kreskowych to mógłby przedstawić w tym postępowaniu korzystniejszą ofertę w zakresie centrali. Twierdzenie Odwołującego w powyższym zakresie pozostało jedynie gołosłowne, niepoparte żadnymi dowodami.

W danym stanie faktycznym należało stwierdzić, że nie jest zasadny zarzut naruszenia art. 87 ust 2 pkt 3 w zw. z art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp, poprzez dokonanie poprawy omyłki w treści oferty Odwołującego. W konsekwencji nie stwierdzono także naruszenia art. 7 ust 1 Pzp, przez niezachowanie w prowadzonym postępowaniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

Przewodniczący: