

Sygn. akt: KIO 116/20

**WYROK**  
**z dnia 4 lutego 2020 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:           Jan Kuzawiński**

Protokolant:               Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 stycznia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 grudnia 2019 r. przez wykonawcę **Anmed Sp. z o.o., ul. Sobieskiego 32, 48-130 Dzierżysław** postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - **Gmina Miejska Chojnice, Stary Rynek 1, 89-600 Chojnice**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum Eko Invest Sp. z o.o., ul. Angowicka 52A, 89-600 Chojnice, Termowent J. G., ul. Zakładowa 8a, 89-600 Chojnice, Marbruk Sp. z o.o. Sp. k., ul. Długa 1, 89-606, zgłaszających przystąpienie do postępowania po stronie Zamawiającego,

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia oferty Odwołującego, powtórzenie czynności badania ofert, w tym poprawienia w ofercie Odwołującego omyłki w formularzu ofertowym poprzez wskazanie prawidłowej wartości zabezpieczenia należytego wykonania umowy – w wysokości 2% ceny ofertowej brutto w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.
2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego - **Gmina Miejska Chojnice, Stary Rynek 1, 89-600 Chojnice:**
  - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego**, tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2 zasądza kwotę 13 739 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy siedemset trzydzieści dziewięć złotych zero groszy) od Zamawiającego - **Gmina Miejska Chojnice, Stary Rynek 1, 89-600 Chojnice**, na rzecz Odwołującego - **Anmed Sp. z o.o., ul. Sobieskiego 32, 48-130 Dzierżysław**, stanowiącą koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i jego dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U. 2019 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 Słupsku**.

**Przewodniczący:** .....

**Uzasadnienie**

Zamawiający - Gmina Miejska Chojnice, Stary Rynek 1, 89-600 Chojnice, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Modernizacja stadionu miejskiego przy ul. Mickiewicza - podgrzewana murawa*. Wartość postępowania nie przenosi kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Prowadzone przez Zamawiającego postępowanie zostało wszczęte przez zamieszczenie ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 3.12.2019 r. pod numerem 631512-N-2019.

Zamawiający w dniu 15.01.2020 r. przekazał Anmed Sp. z o.o., ul. Sobieskiego 32, 48-130 Dzierżysław (dalej również jako Odwołujący) informację o odrzuceniu jego oferty. Od tej czynności w dniu 20.01.2020 r. Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez niewłaściwe jego zastosowanie, tj. bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego złożonej w przedmiotowym postępowaniu i zaniechanie poprawienia innej omyłki polegającej na niezgodności złożonej przez Odwołującego oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

W oparciu o powyższe, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum firm: Eko Invest Sp. z o.o., ul. Angowicka 52A, 89-600 Chojnice, TERMOWENT J. G., ul. Zakładowa 8A, 89-600 Chojnice, MARBRUK Sp. z o.o., Sp.K, ul. Długa 1, 89-608 Charzykowy,
2. unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
3. nakazanie Zamawiającemu ponownej oceny oferty Odwołującego oraz poprawę innej omyłki polegającej na niezgodności oferty złożonej przez Odwołującego ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp oraz wykonanie innych czynności zgodnie z ustawą, w tym wezwanie Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz wykazanie braku podstaw do wykluczenia.

Podstawy faktyczne i uzasadnienie odwołania.

Odwołujący informuje, że Zamawiający pismem z dnia 15.01.2020 r. poinformował go

odrzuconiu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, wskazując: „Treść złożonych ofert (uzasadnienie dotyczy odrzucenia oferty dwóch wykonawców - przypis Odwołującego) nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. Formularze ofert złożone przez przedmiotowych Wykonawców są niezgodnie z wymaganiami zawartymi w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia do niniejszego przetargu. Zamawiający dnia 11.12.2019 r. wprowadził zmiany w SIWZ oraz w Formularzu oferty stanowiącym załącznik Nr 1 do SIWZ. Zmiany dotyczyły wysokości zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Zamawiający zmienił wysokość zabezpieczenia z 5% na 2%. Informacja o zmianie została zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego oraz przekazana ujawnionym wykonawcom dnia 11.12.2019 r. Dlatego też wykonawcy zobowiązani byli na formularzu oferty wpisać 2% i dokonać właściwego wyliczenia wysokości zabezpieczeń. Wykonawcy Anmed Sp. z o.o. oraz TAMEX Obiekty Sportowe SA złożyły oferty niezgodne z treścią SIWZ podając niewłaściwe wysokości zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Złożone przez wykonawców oferty są oświadczeniem woli i muszą być zgodne z wymogami Zamawiającego. Ingerencja w przedmiotowym zakresie byłaby ingerencją w oświadczenie woli i prowadziłaby do istotnej zmiany treści złożonej oferty.”

Odwołujący podnosi, że nie może zgodzić się z powyższym uzasadnieniem odrzucenia jego oferty. Wskazuje, że Zamawiający odrzucił jego ofertę powołując się na treść art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Odwołujący nie kwestionuje, że w dniu 11.12.2019 r. na stronie internetowej Zamawiającego opublikowana została informacja o zmianie treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej SIWZ), będącej wynikiem odpowiedzi na zasadne pytanie do treści SIWZ, na podstawie, której w sposób następujący zmieniono jej postanowienia:

„Str. Nr 21 - Rozdział 19 pkt 2 - Wymagania dotyczące zabezpieczenia należytego wykonania umowy

Jest:

2. Wykonawca, którego oferta zostanie wybrana będzie musiał wnieść zabezpieczenie należytego wykonania umowy w wysokości 5% ceny całkowitej podanej w ofercie.

Powinno być:

2. Wykonawca, którego oferta zostanie wybrana będzie musiał wnieść zabezpieczenie należytego wykonania umowy w wysokości 2% ceny całkowitej podanej w ofercie.

Załącznik nr 1 Formularz oferty - pkt 4

Jest:

W przypadku udzielenia nam zamówienia zobowiązujemy się do: zawarcia umowy w miejscu i terminie wskazanym przez Zamawiającego oraz do wniesienia tytułem zabezpieczenia należytego wykonania umowy równowartość kwoty w wysokości 5% ceny ofertowej brutto,

czyli..... zł (słownie ) nie później niż w dacie zawarcia umowy.

Powinno być:

*W przypadku udzielenia nam zamówienia zobowiązujemy się do zawarcia umowy w miejscu i terminie wskazanym przez Zamawiającego oraz do wniesienia tytułem zabezpieczenia należytego wykonania umowy równowartość kwoty w wysokości 2% ceny ofertowej brutto, czyli.... zł (słownie ) nie później niż w dacie zawarcia umowy."*

Odwołujący wskazuje, że składając ofertę zastosował pierwotną treść Załącznika nr 1 Formularz oferty i w pkt 4 wskazał, że:

*„W przypadku udzielenia nam zamówienia zobowiązujemy się do zawarcia umowy w miejscu i terminie wskazanym przez Zamawiającego oraz do wniesienia tytułem zabezpieczenia należytego wykonania umowy równowartość kwoty w wysokości 5% ceny ofertowej brutto, czyli 287.442,14 zł. (słownie: dwieście osiemdziesiąt siedem tysięcy czterysta czterdzieści dwa złote 14/100) nie później niż w dacie zawarcia umowy."*

Odwołujący wywodzi, że powyższe oświadczenie jest niezgodne z wymogiem określonym w zmienionej treści SIWZ. Zamiast 2% Odwołujący podał wartość zabezpieczenia należytego wykonania umowy w wysokości 5%. Odwołujący jednak nie zgadza się z twierdzeniem Zamawiającego, iż taki stan faktyczny nie wypełnia przesłanki poprawy innej omyłki, określonej w art 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, a sama poprawa jest niedopuszczalna, gdyż, Jak wskazał Zamawiający: *„Złożone przez wykonawców oferty są oświadczeniem woli i muszą być zgodne z wymogami Zamawiającego. Ingerencja w przedmiotowym zakresie byłaby ingerencją w oświadczenie woli i prowadziłyby do istotnej zmiany treści złożonej oferty"*.

Odwołujący podnosi, że zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający przed odrzuceniem oferty zobligowany jest przeanalizować, czy niezgodność treści oferty z treścią SIWZ nie stanowi omyłki w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zgodnie z przywołanym przepisem, 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. Jak wskazał Sąd Okręgowy w Krakowie w wyroku z dnia 29 stycznia 2010 roku (sygn. akt: XII GA 429/09), instytucja przewidziana w art. 87 ust 2 ustawy Pzp 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 realizacją zamówienia zgodnie z SIWZ". Odwołujący wywodzi, że cechą charakterystyczną poprawy omyłek, o których mowa w art. 87 ust. 2 ustawy Pzp jest ingerencja w treść złożonego oświadczenia woli wykonawcy. Ustawodawca wskazał jednak, w jakich okolicznościach Zamawiający musi zastosować przedmiotową regulację. Obowiązek

poprawy treści złożonego oświadczenia woli wykonawcy dotyczy sytuacji, w której doszło do omyłki przy składaniu oferty. Odwołujący powołuje opinię 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 p.z.p. 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”.*

Odwołujący powołuje się na wyrok KIO 1950/19.

Odnosząc się do powyższego stanowiska Urzędu Zamówień Publicznych i przywołanego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej oraz podstawy faktycznej odrzucenia oferty Odwołującego stwierdza on, że zauważona niezgodność ma charakter omyłki i nie jest celowym działaniem Odwołującego. Omyłkowe wpisanie w treści pierwotnej wysokości zabezpieczenia należytego wykonania umowy (5%) zamiast zmienionej (2%) wynika z czynności Zamawiającego, tj. modyfikacji treści SIWZ. Zauważyć należy, że Zamawiający nie wprowadził nowej treści do SIWZ w postaci zmodyfikowanego Załącznika nr 1 Formularz oferty. W konsekwencji tego, Odwołujący omyłkowo złożył ofertę na formularzu zamieszczonym na stronie internetowej Zamawiającego o brzmieniu wskazującym na 5% zabezpieczenie należytego wykonania umowy. Zdaniem Odwołującego taki stan faktyczny wprost wpisuje się w pojęcie omyłki, rozumianej jako działanie niecelowe, wywołane zmianą treści SIWZ, a nie chęcią złożenia oświadczenia woli niezgodnego z treścią SIWZ. Teza ta jest tym bardziej zasadna, gdyż celowe zaniechanie obniżenia wartości zabezpieczenia należytego wykonania umowy z 5% do 2%, patrząc od strony wykonawcy byłoby zupełnie nieracjonalnym działaniem. Zdaniem Odwołującego o możliwości popełnienia opisanej omyłki świadczy fakt, iż dwóch z trzech wykonawców składających ofertę, w taki sam sposób złożyło omyłkowo pierwotną treść formularza oferty. Dalej wywodzi, że poprawa wskazanej przez Zamawiającego omyłki nie może być interpretowana jako istotna zmiana treści złożonej oferty. Jak wskazano w przywołanej powyżej opinii Urzędu Zamówień Publicznych: *„Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej punktem odniesienia przy ocenie dopuszczalności dokonania poprawy jest odniesienie dokonanej poprawy do całości oferowanego przez wykonawcę świadczenia Okoliczność, że zmiana miałaby dotyczyć elementów przedmiotowo istotnych umowy (essentialia negotii) lub elementów uznanych za istotne przez zamawiającego, a nawet*

*fakt, że skutkiem dokonanej poprawy miałyby być zmiana ceny oferty, nie stanowi okoliczności uniemożliwiających dokonanie poprawy na podstawie art 87 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp. Znaczenie ma bowiem, czy poprawienie omyłki w sposób istotny zmienia treść oferty w znaczeniu, treści oświadczenia woli wykonawcy, a nie czy tkwi w jej istotnych postanowieniach".*

Odwołujący podnosi, że poprawa treści formularza oferty w zakresie zmiany wysokości zabezpieczenia należytego wykonania umowy z 5% na 2% w sposób istotny nie zmienia treści złożonej oferty, gdyż jak wskazano powyżej zmniejsza wysokość zabezpieczenia żądanego od wykonawców, a co za tym idzie sam sposób realizacji przedmiotu umowy w sensie jej elementów przedmiotowo istotnych (essentialia negotii) lub elementów uznanych za istotne przez zamawiającego w zakresie realizacyjnym nie ulega zmianie. Powołuje się na orzecznictwo KIO, zgodnie z którym niezgodność treści oferty z SIWZ musi mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny, co w przedmiotowym stanie faktycznym nie miało miejsca – wyrok KIO 1929/19.

Odwołujący podnosi, że zaistniała w ofercie omyłka nie ma charakteru zasadniczego dla realizacji przedmiotu umowy i w sposób niebudzący wątpliwości może zostać usunięta (poprawiona) przez Zamawiającego. Odwołujący podkreśla, że Zamawiający przedmiotową omyłkę może poprawić samodzielnie bez wyjaśniania treści złożonej oferty z udziałem Odwołującego na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż posiada treść SIWZ (wysokość żądanego zabezpieczenia należytego wykonania umowy) oraz treść formularza oferty Odwołującego. Poprawa sprowadza się do zmiany wartości 5% na 2% oraz zmiany kwoty 287.442,14 zł (słownie: dwieście osiemdziesiąt siedem tysięcy czterysta czterdzieści dwa złote 14/100) na kwotę 114.976,86 zł (słownie: sto czternaście tysięcy dziewięćset siedemdziesiąt sześć złotych (86/100)). Powołuje się na wyrok KIO 2021/19.

Do postępowania przystąpienie po stronie Zamawiającego skutecznie zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – konsorcjum Eko Invest Sp. z o.o., ul. Angowicka 52A, 89-600 Chojnice, Termowent J. G., ul. Zakładowa 8a, 89-600 Chojnice, Marbruk Sp. z o.o. Sp. k., ul. Długa 1, 89-606, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

**Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia oraz korespondencją Zamawiającego z wykonawcami, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też**

**stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, jak również złożonymi w toku rozprawy dowodami, ustaliła, co następuje.**

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, wobec możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Izba ustaliła, o następuje.

Przywołany w odwołaniu stan faktyczny odpowiada rzeczywistemu przebiegowi postępowania, był bezsporny, podobnie jak postanowienia SIWZ, wobec czego nie będzie powtarzany.

**Izba zważyła, co następuje.**

Izba uznała, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, uznając, że oferta była niezgodna z SIWZ, albowiem przewidywała zabezpieczenie należytego wykonania umowy na poziomie 5% ceny oferty, zamiast 2% ceny oferty. W ocenie Izby działanie Zamawiającego było nieprawidłowe, mając na uwadze względy wskazane poniżej.

Zgodnie z art. 147 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający może żądać od wykonawcy należytego wykonania umowy. Art. 147 ust. 2 ustawy Pzp stanowi, że zabezpieczenie służy pokryciu roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy.

Art. 150 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że wysokość zabezpieczenia ustala się w stosunku do procentowym do ceny całkowitej podanej w ofercie albo maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania zamawiającego wynikającego z umowy, jeżeli w ofercie podano cenę jednostkową lub ceny jednostkowe. Art. 150 ust. 2 – zabezpieczenie ustala się w wysokości do 10% ceny całkowitej podanej w ofercie albo maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania zamawiającego wynikającego z umowy.

Ponadto art. 36 ust. 1 pkt 15 stanowi, że specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera wymagania dotyczące zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. Zgodnie zaś z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp 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.

W ocenie Izby subsumcja powołanych przepisów do stanu faktycznego sprawy nakazuje uznanie, że nie doszło do niezgodności oferty Odwołującego z SIWZ, która skutkować powinna odrzuceniem tej oferty. Jak wynika z art. 147 ust. 2 ustawy Pzp, zabezpieczenie należytego wykonania umowy służy pokryciu roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. A zatem celem zabezpieczenia jest ochrona interesów Zamawiającego. W sytuacji jak w niniejszej sprawie, gdzie Odwołujący w treści oferty wpisał 5% wartości oferty jako zabezpieczenie, zamiast 2% nie sposób uznać, że ochrona interesu doznała uszczerbku. Jeżeli bowiem Odwołujący, zgodnie z oświadczeniem z formularza ofertowego, gotów był wnieść zabezpieczenie w wysokości 5% to niewątpliwie również wniesienie zabezpieczenia w wysokości 2% było zgodne z wolą wykonawcy, jako bardziej dla niego korzystne. Jak stanowi 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. Zatem w niniejszej sprawie Zamawiający nie musiał przyjmować oferty w postaci, która pozostawała niezgodna ze specyfikacją, mógł bowiem dokonać poprawienia rzeczony omyłki. Nie zachodziło tu ryzyko wskazywane przez Zamawiającego na rozprawie, że Odwołujący na podstawie niezgodności oferty z SIWZ odmówiłby wniesienia zabezpieczenia, a następnie kwestionowałby utratę wadium. Zgodnie bowiem z art. 87 ust. 2 ustawy Pzp Zamawiający niezwłocznie zawiadamia wykonawcę o poprawieniu jego oferty, zaś art. 89 ust. 1 pkt 7 stanowi, że odrzuca się ofertę wykonawcy, który w terminie 3 dni od dnia doręczenia zawiadomienia nie zgodził się na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Co za tym idzie, przy prawidłowym zastosowaniu procedury z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp Zamawiający dysponowałby narzędziem (art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp) pozwalającym na zapewnienie pełnej i nieprzerwanej ochrony swych interesów. Dalej, bezzasadne jest również podnoszone w toku rozprawy twierdzenie Zamawiającego, że gdyby nie zauważyłby rzeczony niezgodności, to wówczas mogłoby dojść do ww. opisanej sytuacji z problemami w przedmiocie utraty wadium – dywagacje te mają charakter czysto teoretyczny, zaś rozstrzygany jest konkretny przypadek niniejszej sprawy, w którym Zamawiający niezgodność tę wykrył.

Nie można również zgodzić się z wywodem Zamawiającego, iż do omyłki może dojść w przypadku, gdy podjęte zostało działanie, którego omyłka jest rezultatem, natomiast Odwołujący zaniechał zmiany formularza oferty zgodnie z powstałymi zmianami SIWZ. Nie budzi wątpliwości, że omyłka może być wynikiem zaniechania, przeoczenia – jak np.

w diskutowanym na rozprawie przypadku niewypełnienia wszystkich pozycji kosztorysu. Argument Zamawiającego, iż również taki brak jest wynikiem działania, gdyż najpierw kosztorysy należy stworzyć, można odnieść do realiów niniejszej sprawy – gdyż Odwołujący wypełnił formularz ofertowy, zatem też podjął działanie. Należy zwrócić uwagę, że art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie zawęża katalogu omyłek podlegających poprawieniu do np. powstałych na skutek działania wykonawcy. Ustawodawca w żaden sposób określał przyczyny powstania omyłki, jak uczynił to np. w przypadku podania informacji wprowadzających w błąd – art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp – „w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa” i w art. 24 ust. 1 pkt 17 – „w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa”. Nadto uwzględniając cel wprowadzenia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, jakim było uniknięcie konieczności odrzucania ofert obciążonych błędami nie mającymi wpływu na gwarancję realizacji zamówienia zgodnie z SIWZ, błędnym byłoby wprowadzanie dodatkowych, niewyraźnych wprost obostrzeń dla zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp (por. np. wyrok KIO 2459/18). Dalej, nie zasługuje na uwzględnienie argumentacja Zamawiającego, iż omyłka nie podlega poprawieniu, gdyż Odwołujący dopuścił się niedbalstwa, niechlujstwa, mającego polegać na złożeniu oferty bez uwzględnienia wprowadzonych w SIWZ zmian, pomimo zamieszczenia informacji w tym przedmiocie na stronie Zamawiającego oraz przesłaniu ich wiadomością e-mail, której odbiór Odwołujący potwierdził. W sprawie bezspornym było, iż Odwołujący złożył ofertę na formularzu udostępnionym na stronie Zamawiającego, który to formularz nie został, po zmianie SIWZ, skorygowany. Taki sam błąd popełnił również inny wykonawca. Co za tym idzie, obarczanie winą za zaistniałą omyłkę jedynie Odwołującego, stanowi nadużycie – albowiem to po stronie Zamawiającego leży obowiązek dbania o zgodność udostępnianych dokumentów i formularzy z SIWZ. Ponadto, ustawa Pzp nie warunkuje możliwości poprawienia omyłki brakiem „winy” po stronie sporządzającego ofertę.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała, że Zamawiający zobligowany był do dokonania poprawienia omyłki w ofercie Odwołującego poprzez wskazanie wysokości zabezpieczenia należytego wykonania oferty na poziomie 2% i obliczenie jego wartości w stosunku do zaoferowanej ceny. Zamawiający posiadał wszelkie niezbędne informacje do wprowadzenia omyłki, nie zachodziła konieczność uzupełnienia oferty o informacje nie znajdujące się w jej treści (por. np. wyrok KIO 2015/18), zaś rzeczona omyłka nie powodowała istotnych zmian w treści oferty. Odrzucenie oferty Odwołującego stanowiło w niniejszej sprawie naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższy stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 1 i § 3 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. Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

**Przewodniczący:** .....