

Sygn. akt KIO 412/21

**WYROK**  
**z dnia 22 marca 2021 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk**  
**Protokolant: Piotr Cegłowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 marca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 lutego 2021 r. przez wykonawcę GEO Sp. z o.o. w Radymnie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Żurawica w Żurawicy przy udziale wykonawcy G. F. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Budowlano-Instalacyjny G. F. w Albigojowej zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu Gminie Żurawica w Żurawicy: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszych ofert w częściach I i II postępowania odrzucenie ofert złożonych przez G. F. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Budowlano-Instalacyjny G. F. w Albigojowej oraz J. i T. P. prowadzących działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Robót Wodno-Kanalizacyjnych s.c. w Gorliczynie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert w częściach I i II;
2. kosztami postępowania obciąża Gminę Żurawica w Żurawicy:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez GEO Sp. z o.o. w Radymnie tytułem wpisu od odwołania;
  - 2.2. zasądza od Gminy Żurawica w Żurawicy na rzecz GEO Sp. z o.o. w Radymnie kwotę 13.600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) w związku z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2019 poz. 2020) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący:.....**

Sygn. akt KIO 412/21

**Uzasadnienie**

Zamawiający – Gmina Żurawica w Żurawicy – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest budowa kanalizacji sanitarnej w miejscowości Maćkowice i Kosienice ETAP III wraz z ciągami uzupełniającymi w Gminie Żurawica. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 601820-N-2020 23 października 2020 r. Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Zamawiający podzielił przedmiot postępowania na części I i w części I wybrał jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez wykonawców J. i T. P. prowadzących działalność gospodarczą pod firmą Zakład Robót Wodno-Kanalizacyjnych s.c. J. i T. P. w Gorliczynie, a w części II ofertę złożoną przez wykonawcę G. F. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Budowlano-Instalacyjny G. F. w Albigojowej. 8 lutego 2021 r. wykonawca GEO Sp. z o.o. w Radymnie wniósł odwołanie. Zachowany został termin ustawowy i obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1.art. 92 Pzp przez dokonanie wyboru ofert w części I i II z naruszeniem prawa przez wybranie ofert, które powinny zostać odrzucone jako - niezgodne z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dalej jako: „siwz”;
- 2.art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia ofert J. i T. P. prowadzących działalność gospodarczą pod firmą Zakład Robót Wodno-Kanalizacyjnych s.c. J. i T. P. w Gorliczynie w części I i G. F. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Budowlano-Instalacyjny G. F. w Albigojowej w części II, których treść nie odpowiada treści siwz.
- 3.art. 87 ust. 1 Pzp przez przeprowadzenie niedopuszczalnych przepisami prawa negocjacji ze wskazanymi wykonawcami, co doprowadziło do nieuprawnionej zmiany treści złożonych ofert;
- 4.art. 7 ust. 1 Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców przez faworyzowanie wykonawców, których oferty zostały uznane za najkorzystniejsze.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszych ofert w części I i II, powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz odrzucenie ofert, które zostały wybrane jako najkorzystniejsze w tych częściach.

W uzasadnieniu odwołujący wskazał, że oferta złożona przez J. i T. P. prowadzących działalność gospodarczą pod firmą Zakład Robót Wodno-Kanalizacyjnych s.c. J. i T. P. w Gorliczynie jest niezgodna z wymaganiami zamawiającego, gdyż wykonawca ten nie zaoferował rur o parametrach fi 160 SN 12 SDR 34, lecz rury fi 160 SN 8 SDR 34. Wyjaśnił, że takie wymaganie zamawiającego zostało ustalone w wyjaśnieniach z 24 listopada 2020 r. usuwających sprzeczność pomiędzy dokumentacją techniczną, a przedmiarami robót (przedmiar robót fi 160 typ SN 4 SDR 34, dokumentacja techniczna fi 160 SN 12 SDR 34). Odwołujący wywiódł, że pomimo braku zmiany przedmiaru robót, obowiązkiem wykonawców było wskazanie w wykazie oferowanych urządzeń rur spełniających wymagania zamawiającego. Treść wykazu zamawiający pominął badając tę ofertę. Odwołujący podniósł również, że wyjaśnianie treści oferty przez zamawiającego stanowiło negocjacje niedozwolone w świetle art. 87 ust. 1 Pzp.

Odwołujący zarzucił, że również oferta G. F. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Budowlano-Instalacyjny G. F. w Albigojowej, uznana za najkorzystniejszą w części II, powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Wykonawca ten zaoferował bowiem zamawiającemu studnie betonowe, podczas gdy zamawiający

usuwając sprzeczność pomiędzy dokumentacją projektową, a przedmiarami robót w wyjaśnieniach z 24 listopada 2020 r. wskazał, że wymaga studni żelbetowych. Odwołujący wywiódł, że brak spełnienia wymagań zamawiającego wynika nie tylko z treści wykazu oferowanych urządzeń, ale również z kart katalogowych, które zostały załączone do wykazu. Podniósł również, że G. F. w pozycjach 1, 2 i 4 wykazu oferowanych urządzeń wskazał alternatywnie dwóch producentów rur, co uznał za niedopuszczalne i sprzeczne z wymaganiami zamawiającego opisanymi w siwz. Zamawiający nie dopuścił bowiem możliwości złożenia ofert wariantowych. Odwołujący zarzucił, że zamawiający z naruszeniem art. 87 ust. 1 Pzp uznał wyjaśnienia G. F. za potwierdzające zgodność oferty z treścią siwz.

J. i T. P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Robót Wodno-Kanalizacyjnych s.c. J. i T. P. w Gorliczynie oraz G. F. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Budowlano-Instalacyjny G. F. w Albigowej zgłosili przystąpienia do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego. Wnieśli o oddalenie odwołania.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania. Wywodził, że oferta J. i T. P. prowadzących działalność pod firmą Zakład Robót Wodno-Kanalizacyjnych s.c. J. i T. P. w Gorliczynie zawiera rozwiązanie równoważne i podlega poprawieniu, zaś oferta G. F. a prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Budowlano-Instalacyjny G. F. w Albigowej podlega obowiązkowej poprawie.

#### **Izba ustaliła, co następuje:**

Część I postępowania dotyczyła budowy przekroczenia drogi wojewódzkiej nr 881 relacji Łańcut - Pruchnik - Żurawica metodą przewiertu w miejscowości Maćkowice kanalizacją sanitarną grawitacyjną w km 70+513, km 70+332, km 69+600, część II budowy kanalizacji sanitarnej w miejscowości Kosienice. Zamawiający opisując przedmiot zamówienia wskazał rodzaj rur jakie należy zastosować przy realizacji zamówienia i podał ich parametry. Z uwagi na istniejące rozbieżności w zakresie parametrów wymaganych rur: przedmiar robót fi 160 typ SN 4 SDR 34, dokumentacja techniczna: fi 160 SN 12 SDR 34, wykonawcy zadawali pytania. Zamawiający pismem z 24 listopada 2020 r. wskazał, że wymaga dostarczenia rur fi 160 SN 12 SDR 34 oraz sprecyzował rozwiązania równoważne. W tym samym piśmie zamawiający usunął również sprzeczność dotyczącą materiału, z jakiego powinna zostać wykonana studnia: przedmiar robót - studnia betonowa, dokumentacja techniczna - studnia żelbetowa. Zamawiający wskazał, że wymaga dostarczenia studni żelbetowych oraz sprecyzował pozostałe parametry wykonywania studni. Zamawiający nie zmienił przedmiarów robót.

W rozdz. 10 siwz zamawiający wymagał, że obligatoryjnym elementem oferty jest wypełnienie i złożenie przygotowanego przez zamawiającego załącznika nr 2 do siwz - wykazu oferowanych urządzeń, w którym zamawiający wymagał informacji na temat wybranych przez siebie urządzeń i materiałów. Wykonawca zobowiązany był do określenia producenta, typu, oraz parametrów jakościowych i technicznych. Wykonawcy zobowiązani zostali do złożenia kart katalogowych.

W odpowiedzi J. i T. P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Robót Wodno-Kanalizacyjnych s.c. J. i T. P. w Gorliczynie złożyli ofertę w części I, która w wykazie oferowanych urządzeń wskazywała rury: fi 160 SN8 SDR 34. G. F. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Budowlano-Instalacyjny G. F. w Albigowej złożył ofertę, która w wykazie oferowanych urządzeń wskazywała studnie betonowe oraz dwóch producentów rur – K. Malewo Sp. j. lub Pipelife S.A. w Krokowej - pozycje: 1 (Rury kanalizacyjne PVC), 2 (Studnie), 4 (Rury PE 100).

Pismem z 18 stycznia 2021 r. zamawiający działając na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp wezwał obu wykonawców do złożenia wyjaśnień. J. i T. P. prowadzących działalność gospodarczą pod firmą Zakład Robót Wodno-Kanalizacyjnych s.c. J. i T. P. w Gorliczynie zapytał, czy wykonawca oferuje rury fi 160 SN12 SDR 34. Natomiast do G. F. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Budowlano-Instalacyjny G. F. w Albigowej skierował pytanie, czy oferuje studnie betonowe oraz poprosił o informacje dotyczące producenta, którego rury oferuje w tym postępowaniu. W odpowiedzi J. i T. P. wskazali, że zgodnie z dokumentacją projektową przy wykonaniu umowy zastosują rury fi 160 SN 12 SDR 34. G. F. oświadczył natomiast, że popełnił omyłkę i oferuje studnie żelbetowe oraz wskazał jednego z producentów.

Zamawiający po ocenie wyjaśnień wybrał badane oferty jako najkorzystniejsze, ofertę J. i T. P. prowadzących działalność gospodarczą pod firmą Zakład Robót Wodno-Kanalizacyjnych s.c. J. i T. P. w Gorliczynie w części I, ofertę G. F. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Budowlano-Instalacyjny G. F. w Albigowej w części II.

W tym stanie rzeczy odwołujący wniósł odwołanie.

#### **Izba zważyła, co następuje:**

Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 poz. 2020 ze zm.) do postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe. Natomiast stosownie do art. 92 ust. 2 powołanej ustawy do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.). W związku z tym Izba rozpoznała odwołanie stosując w zakresie procedury odwoławczej przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019) dalej jako: „nPzp”, natomiast do oceny zarzutów odwołania przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.).

Izba nie dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym J. i T. P. prowadzących działalność pod firmą Zakład Robót Wodno-Kanalizacyjnych s.c. J. i T. P. w Gorliczynie z powodu uchybienia terminu przewidzianego ustawą na zgłoszenie przystąpienia. Art. 525 ust. 1 nPzp stanowi, że wykonawca zgłasza przystąpienie w terminie trzech dni od dnia otrzymania informacji o wniesieniu odwołania. Zgodnie z art. 525 ust. 2 *in initio* nPzp przystąpienie doręcza się Prezesowi Izby. Z akt sprawy wynika, że wskazani wykonawcy informację o wniesieniu odwołania otrzymali 12 lutego 2021 r., tymczasem oświadczenie o zgłoszeniu przystąpienia wpłynęło do Prezesa Izby 16 lutego 2021 r. czwartego dnia od dnia

otrzymania informacji o wniesieniu odwołania. Powołane przepisy ustawy jasno wskazują, że termin 3 dni na zgłoszenie przystąpienia zostaje zachowany wyłącznie wtedy, gdy w tym czasie oświadczenie wykonawcy zawierające przystąpienie wpłynęło do Prezesa Izby. Przepisy nPzp, inaczej niż przepisy procedury cywilnej, nie zawierają przepisu umożliwiającego uznanie zachowania terminu na dokonanie czynności procesowej, jeśli przed jego upływem stosowne pismo zostanie oddane przez wykonawcę w placówce pocztowej operatora wyznaczonego (por. art. 165 § 2 kpc). Uchybienie terminu na zgłoszenie przystąpienia oznacza brak możliwości wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. Terminy przewidziane ustawą na dokonanie czynności przez podmioty biorące udział w postępowaniu odwoławczym mają bowiem charakter prekluzyjny i nie mogą być przywracane.

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 505 ust. 1 nPzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że odwołujący, który złożył ofertę z najniższą ceną, może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą. Przesłanki wymagane ustawą zostały więc spełnione.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeśli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. Treść oferty w rozumieniu tego przepisu to nie tylko zawarty w siwz opis potrzeb i wymagań zamawiającego, które powinien spełnić wykonawca, dotyczących jakości, ilości, terminu wykonania umowy oraz innych kwestii mających znaczenie dla zamawiającego. Dla ustalenia wymagań zamawiającego, a zatem treści siwz, znaczenie mają również wyjaśnienia udzielone przez zamawiającego na podstawie art. 38 Pzp w odpowiedzi na pytania dotyczące wyjaśnienia treści siwz. Wyjaśnienia te mogą kształtować treść siwz lub usuwać istniejącą w niej sprzeczność. Prawidłowe przygotowanie oferty wymaga zatem ich uwzględnienia przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia, który zobowiązany jest do zachowania należytej staranności. Staranność ta, która winna cechować uczestnika profesjonalnego obrotu gospodarczego, obejmuje znajomość obowiązującego prawa oraz wynikających z niego konsekwencji.

W okolicznościach sporu zamawiający swoje wymagania odnośnie parametrów rur oraz materiału, z jakich powinny być wykonane studnie, sprecyzował w wyjaśnieniach z 24 listopada 2020 r. Tymczasem z treści oferty J. i T. P. prowadzących działalność pod firmą Zakład Robót Wodno-Kanalizacyjnych s.c. J. i T. P. w Gorliczynie oraz G. F. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Budowlano-Instalacyjny G. F. w Albigowej wynika, że wymagania te nie zostały spełnione. Oferta J. i T. P. nie wskazuje rur o wymaganych parametrach fi 160 SN 12 SDR 34, zaś oferta G. F. nie wskazuje studni żelbetowych.

Izba podzieliła stanowisko odwołującego, że wykaz oferowanych urządzeń stanowi o treści oferty składanej w postępowaniu. Opisuje on bowiem oferowane świadczenie stanowiąc merytorycznie o jego treści. Zmiana treści wykazu zmienia świadczenie, które wykonawca zobowiązuje się wykonać na rzecz zamawiającego. Dokumentem o charakterze przedmiotowym potwierdzającym zgodność oferowanego świadczenia z wymaganiami zamawiającego jest natomiast karta katalogowa. Tak też trafnie postrzegali to zamawiający, który w odniesieniu do wykazów urządzeń obu wykonawców zastosował tryb wyjaśnienia treści oferty wskazany w art. 87 ust. 1 Pzp, a nie przeznaczony do oświadczeń i dokumentów tryb wskazany w art. 26 ust. 4 Pzp.

Skoro zamawiający stwierdził, że oferty są niezgodne z SIWZ, jego obowiązkiem wynikającym z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jest co do zasady odrzucenie ofert, chyba że istnieje możliwość ich poprawienia stosownie do art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. W konsekwencji zamawiający dążąc do ustalenia, czy oferty nie zawierają błędów podlegających poprawieniu lub niejasności podlegające wyjaśnieniu, jest uprawniony do skorzystania z trybu wskazanego w art. 87 ust. 1 Pzp. Przepis ten stanowi, że w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Prawo zamawiającego do wyjaśnienia treści oferty jest zatem ograniczone przedmiotowo i nie może być wykonywane całkowicie dowolnie. Zamawiający nie może negocjować treści oferty, ani dokonywać w niej zmian za wyjątkiem zmian wskazanych w art. 87 ust. 2 Pzp.

Izba uznała, że zamawiający dopuścił się naruszenia art. 87 ust. 1 Pzp, gdyż doprowadził do zmiany treści ofert: wskazania rur o prawidłowych parametrach przez J. i T. P. w miejsce rur nie spełniających wymagań zamawiającego oraz studzienek żelbetowych w miejsce niespełniających wymagań zamawiającego studzienek betonowych przez G. F.. Wyjaśnienia doprowadziły też do wyboru rur, które G. F. zaoferuje zamawiającemu. Deklaracje zawarte w obu wyjaśnieniach doprowadziły do zmiany treści ofert oraz mają cechy negocjacji dotyczących wykonania umowy. W szczególności deklaracja J. i T. P. co do wbudowania rur o wymaganych parametrach dotyczy wykonania umowy, nie zaś treści zawartej w ofercie. Wyjaśnienia składane w trybie art. 87 ust. 1 Pzp mają za przedmiot treść oferty, zatem deklaracje dotyczące wykonania umowy powinny wynikać z oferty.

Nie można wykluczyć, że u źródeł uchybień popełnionych przez obu wykonawców leżał sposób prowadzenia postępowania przez zamawiającego, który w wyjaśnieniach z 24 listopada 2020 r. określił swoje wymagania w odniesieniu do parametrów rur i rodzaju studzienek, jednak nie zmienił dokumentacji postępowania. Możliwość popełnienia niezamierzonego błędu przez wykonawców oraz zbadanie możliwości jego poprawienia stanowią jednak obowiązek zamawiającego, którego ten nie wykonał. W tym stanie rzeczy – wobec braku dowodów na twierdzenie przeciwnie - Izba uznała, że wykonawcy nie dopuścili się błędu oraz że rodzaj rur i studzienek stanowi o istotnej treści oferty. Skutkuje to obowiązkiem odrzucenia obu wybranych ofert. Izba uwzględniła w tej mierze następujące okoliczności. Po pierwsze, formularz stanowiący wykaz oferowanego sprzętu wypełniał sam wykonawca, który powinien złożyć ofertę zgodną z wymaganiami siwz. Zarówno parametry rur, jak i materiał, z których wykonane są studzienki, mają znaczenie istotne. Gdyby było inaczej zamawiający nie wymagałby wskazania w ofercie ich parametrów i producenta. Po drugie, ani J. i T. P., ani G. F., nie wskazali, że niezgodność treści ich oferty z siwz jest wynikiem błędu, choć mogli to uczynić. Brak

jest też podstaw do uznania, że G. F. pomylił się wskazując w wykazie studzienki betonowe. Fakt ich zaofierowania wynika z innych dokumentów i oświadczeń tego wykonawcy złożonych wraz z ofertą: kosztorysu ofertowego oraz karty katalogowej. Po trzecie, obowiązek wykazania możliwości poprawienia oferty spoczywał na zamawiającym, gdyż on ze swoich twierdzeń wywodził skutek prawny w postaci stwierdzenia zgodności obu wybranych ofert z siwz. Tymczasem zamawiający zmienił swoje stanowisko. Pierwotnie twierdził, że obie oferty są zgodne z SIWZ, a następnie, że oferowano mu rozwiązanie równoważne, w sytuacji, gdy żaden z wykonawców nie złożył takiego oświadczenia, a s.c. oświadczenie przeciwne.

Izba uwzględniła również, że obowiązkiem wykonawcy jest złożenie oferty jednoznacznej. Przepisy ustawy nie dają wykonawcy możliwości wybrania po upływie terminu składania ofert, w jaki sposób spełni wymagania zamawiającego. Nie można tego uznać, za złożenie oferty wariantowej. Zamawiający nie przewidział takiej możliwości w siwz. Ponadto art. 2 pkt 7 Pzp definiuje ofertę wariantową jako odmienny sposób wykonania zamówienia. Wariantowość nie daje zatem możliwości zaproponowania kilku sposobów wykonania zamówienia.

Wobec przedstawionych ustaleń i ocen Izba zważyła, że oferty wybrane przez zamawiającego podlegają odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Zamawiający nie ustalił przyczyn niezgodności ofert ze swoimi wymaganiami, nie zbadał możliwości ich poprawienia błędów w ofertach, lecz na podstawie uzyskanych wyjaśnień uznał je za zgodne z siwz, choć niezgodności dotyczą istotnych wymagań zamawiającego. Nie dokonując czynności odrzucenia zamawiający naruszył zatem powołany przepis. Zamawiający naruszył również art. 87 ust. 1 Pzp, gdyż sposób wyjaśniania treści wybranych ofert oraz wynikająca z tej czynności zmiana ich treści stoi w sprzeczności z tym przepisem. Opisane czynności zamawiającego stanowią również naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp, w szczególności prowadzą do pokrzywdzenia wykonawców, którzy złożyli oferty nie podlegające odrzuceniu. Wskazane naruszenia mają wpływ na wynik postępowania w obu częściach, gdyż dotyczą ofert uznanych przez zamawiającego za najkorzystniejsze.

Zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 Pzp Izba uznała za akcesoryjny w stosunku do zarzutów naruszenia art. 87 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, a nie za zarzut samodzielny. Odwołanie nie zawiera odrębnych okoliczności faktycznych i prawnych w odniesieniu do czynności powiadomienia o wyborze najkorzystniejszych ofert (*arg. a contrario* z art. 180 ust. 3 Pzp).

W tym stanie rzeczy Izba uznała, że odwołanie podlega uwzględnieniu w całości i na podstawie art. 553 ust. 1 oraz art. 554 ust. 1 nPzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 574 i 575 nPzp, uwzględniając koszty związane z zastępstwem odwołującego przez pełnomocnika w kwocie 3.600 zł 00 gr, zgodnie z § 7 ust. 1 pkt 1 oraz § 5 ust. 2 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 31 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 poz. 2137).

**Przewodniczący:.....**