

**Sygn. akt: 2322/17**

**WYROK**  
**z dnia 15 listopada 2017 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Emil Kawa**  
**Protokolant: Adam Skowroński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 listopada 2017 roku w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 03 listopada 2017 roku przez wykonawcę **Usługi Transportowo-Drogowo-Mostowe J. O., ul. M. Wołodajewskiego 33, 41-0403 Chełm Śląski** w postępowaniu prowadzonym przez **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Katowicach, ul. Myśliwska 5, 40-017 Katowice**

przy udziale **wykonawcy Przedsiębiorstwo Budowlano - Usługowe GOMIBUD Sp. z o.o., Borek Szlachecki 1, 32-050 Skawina** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

**orzeka**

**1. oddala odwołanie**

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego Usługi Transportowo-Drogowo-Mostowe J.O., ul. M. Wołodajewskiego 33, 41-0403 Chełm Śląski i zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 20 000,00 (dwadzieścia tysięcy) złotych uiszczoną tytułem wpisu od odwołania

3. zasadza od odwołującego na rzecz zamawiającego Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Katowicach, ul. Myśliwska 5 kwotę 3 600,00 (trzy tysiące sześćset) złotych tytułem zwrotu kosztu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Katowicach**

Przewodniczący .....

**UZASADNIENIE**

Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Katowicach ul. Myśliwska 5 dalej zwana „Zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn: *„Budowa zabezpieczeń przeciwhałasowych wzdłuż drogi krajowej nr 81 w miejscowości Warszowice i Pawłowice na odcinku od km 37 + 600 do km 41 + 250”*. Ogłoszenie zamówienia nastąpiło w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej Nr Dz.U./S S104 01/06/2017 206928-2017-PL.

Zamawiający w dniu 26 października 2017 roku poinformował wykonawców o ponownym wyborze najkorzystniejszej oferty za którą została uznana oferta złożona przez wykonawcę - Przedsiębiorstwo Budowlano - Usługowe Gomibud Sp. z o.o. ze Skawiny.

Od takiej czynności Zamawiającego wykonawca - Usługi Transportowo - Drogowo - Mostowe J.O., ul. Wołodziejowskiego 33 41-403 Chełm Śląski, dalej „Odwołujący” złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

We wniesionym odwołaniu zarzucił Zamawiającemu niezasadne odrzucenie oferty Odwołującego poprzez naruszenie:

- art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 87 ust.1 ustawy Pzp poprzez bezprawne przyjęcie, że wobec oferty Odwołującego zachodzą podstawy odrzucenia z powodu niezgodności treści oferty Odwołującego ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, z tego powodu, że zaoferowany sposób wykonania nie zapewnia jego realizacji w sposób opisany przez Zamawiającego w SIWZ.

- naruszenie art. 87 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie ( pominięcia) wyjaśnienia oświadczenia Odwołującego z dnia 9 października 2017 roku oraz treści oferty w sytuacji gdy z dokumentów tych wynika, w sposób niebudzący wątpliwości, że zamówienie wykonane zostanie zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w SIWZ.

- art. 87 ust.2 pkt 3 poprzez błędną interpretację.

Podnosząc powyższe zarzuty wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynność oceny i badania ofert, w tym czynność odrzucenia oferty Odwołującego, a następnie dokonania ponownego i badania i oceny ofert.

Na wstępie uzasadnienia podniesionych zarzutów zaznaczył, że w dniu 19 września 2017 roku Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu tj oferty złożonej przez Odwołującego za zaproponowaną cenę ofertową brutto 16 658640,66 PLN. Jednakże wybór ten się nie ostał bo Zamawiający w dniu 28 września 2017r. zawiadomił wykonawców o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Podał, że następstwie pisma drugiego z wykonawców do Zamawiającego, Zamawiający zwrócił się pismem z 2 października 2017r. do Odwołującego o złożenie na podstawie art.87 ust. 1 ustawy Pzp wyjaśnień dotyczących:

a/ wymagań określonych przez Zamawiającego w treści pkt. 2.2 oraz pkt. 2.2.1. TOM IV-STWiORB, STM.20.01.0:... - Materiały do wykonania ekranów b/ wyjaśnień złożonych przez Odwołującego w piśmie z dnia 4 sierpnia 2017r, a dotyczących m.in. kalkulacji szczegółowej dotyczącej poz. Nr 4 Pale fundamentowe CFA fi 800 / TOM 2.2 Roboty konstrukcyjne/.

Odwołujący podkreślił, iż pismem z 9 października, które jest uszczegółowieniem wcześniejszych wyjaśnień złożonych Zamawiającemu 4 sierpnia 2017r, jednoznacznie wykazał, że do kalkulacji ceny wypełnienia ekranów przyjął materiał zgodny z zapisami specyfikacji, a do pali CFA fi 800 mm rzeczywiście przyjął omyłkowo ciężar zbrojenia na poziomie 32,10 kg/mb, niemniej podtrzymał swoją pierwotną cenę 317,57 zł netto z oferty i przedstawił uszczegółowienie swoje kalkulacji z której jednoznacznie wynika, że jest to realna, rynkowa cena wykonania pala CFA 800mm.

Odnosząc się do powyższej sytuacji podniósł, że Zamawiający bez uzasadnionej podstawy faktycznej i prawnej odrzucił ofertę Odwołującego z uwagi na to, że analizując przedłożone 9 października 2017r. wyjaśnienia Odwołującego niewłaściwie je ocenił uznając, że Odwołujący złożył swoją ofertę przyjmując w niej odmienny od określonego w SIWZ materiał do wypełnienia ekranów. Taka interpretacja Zamawiającego była błędna. W tym zakresie podał, że Odwołujący, na etapie przygotowywania oferty, zebrał od producentów i dostawców kilka propozycji dotyczących przewidzianych do użycia materiałów. Na tej podstawie przyjął cenę jednostkową, którą przedstawił w swojej ofercie. Cena w ofercie była jedna i dotyczyła materiału przewidzianego do użycia podczas realizacji przyszłego zadania, co znajduje odzwierciedlenie w treści oferty. Dlatego też brak było jakichkolwiek podstaw do przyjęcia, że z wyjaśnień Odwołującego wynikało, iż cena jednostkowa dotyczy innego materiału niż płyty akrylowe lub, że Odwołujący ma zamiar zastosować inny materiał.

Podobne stanowisko zajął także co do poglądu Zamawiającego, że złożona przez Odwołującego oferta jest ofertą wariantową. Podał, że takie założenie jest ze strony Zamawiającego nadużyciem i wynika jedynie z sugestii innego Wykonawcy, który zainteresowany jest korzystnym dla niego rozstrzygnięciem postępowania. Zaznaczył, że Odwołujący w swoich wyjaśnieniach rzeczywiście użył określenia, że „udzielając wyjaśnień w dniu 4 sierpnia 2017 r. załączył wariantową ofertę firmy CALVERO Sp. z o.o. na dostawę wypełnień ze szkła mineralnego". Ale jest rzeczą oczywistą, że była to oferta wariantowa tego producenta dla Odwołującego, a nie oferta wariantowa Odwołującego dla Zamawiającego. Zamawiający winien w szczególności zwrócić uwagę na ostatni akapit

wyjaśnień Odwołującego z którego wynikało, że Odwołujący potwierdza i oświadcza, że zaproponowane materiały są zgodne z SIWZ.

Odnośnie zarzutu dotyczącego użycia niewłaściwej ilości stali do konstrukcji ustawienia pali podał, że faktycznie Odwołujący w piśmie dnia 04.08 br. (nie zaś w ofercie) dla pali CFA 800 mm wskazał niższą wielkość, przewidzianej do użycia w SIWZ stali, a równocześnie w piśmie z dnia 09.10 2017 roku wykazał, że przyjęta przez niego w ofercie cena jednostkowa 1 mb pala CFA 800 w wysokości 317,57 zł netto / w tym zysk wykonawcy/ jest ceną realną i ostateczną, w rzeczywistości uwzględniającą ciężar zbrojenia przewidziany w SIWZ. W tym stanie faktycznym Zamawiający powinien przyjąć te wyjaśnienia, bowiem nie ma powodów starać się dokonywać poprawy tej oferty, która była prawidłowa.

Podkreślił, że Odwołujący jest przekonany, że w sytuacji, gdy pomimo pomyłki nie zmienia się, ani przedstawiona w ofercie cena jednostkowa, ani wartość wykonania pali, ani też całościowa wartość oferty to Zamawiający nie powinien i nie musi podejmować próby poprawienia omyłki w sposób, o którym mowa w art.87 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp, gdyż nie zachodzi w tym przypadku niezgodność sporządzonej oferty z zaleceniami Zamawiającego. Tym samym za niezasadne należało uznać twierdzenie Zamawiającego, iż takie uchybienie w treści oferty polega na niezgodności zobowiązania, które wykonawca wyraża w swojej ofercie i przez jej złożenie na siebie przyjmuje z zakresem zobowiązania, które Zamawiający opisał w SIWZ i którego przyjęcia oczekuje. Również trudno zgodzić się z twierdzeniem Zamawiającego, że w przypadku podjęcia czynności poprawienia oferty należałoby dokonać niedopuszczalnej zmiany treści oferty. Taka poprawa nie jest bowiem niezbędna w świetle przytoczonych przez Odwołującego argumentów.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania i podniósł, że Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień czy zaoferowana w ofercie cena nie jest ceną rażąco niską. Do pisma wyjaśniającego w tym zakresie z dnia 04.08.2017 roku Odwołujący załączył jako dowód ofertę cenową dostawcy firmy CALVERO oraz kalkulację szczegółową pozycji nr 12 Ekran akustyczny Panele odbijające, który wskazuje na całkowicie inny przyjęty przez Odwołującego materiał, niż wynika to z wymagań Zamawiającego zawartych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Zgodnie SIWZ TOM IV- STWiORB, ST M.20.01.01., pkt 2.2.1. Zamawiający wymagał, aby panele odbijające wykonane były z płyt akrylowych. Zatem pozycja nr 12 kosztorysu ofertowego Odwołującego, nie odpowiada przedmiotowi zamówienia opisanemu w SIWZ. Ta niekompatybilność polega na tym, że Odwołujący gdyby realizował przedmiotowe zadania zastosowałby inny rodzaj materiału z którego wykonane by były panele odbijające niż wynika to z dokumentacji technicznej. Tym samym Odwołujący wykonałby przedmiotowe zamówienie niezgodne z opisem przedmiotu zamówienia.

Z kolei w kwestii dot. zużycia stali dla pali fi 800, załączona kalkulacja szczegółowa, stanowiąca dowód na potwierdzenie wyjaśnień zawartych w piśmie Odwołującego z dnia 4.08.2017r., wskazuje na mniejsze, niż wynika to z rysunków Projektu Wykonawczego SIWZ TOM III - Projekt Wykonawczy - rys. nr K/0093/PW/32 normy zużycia stali w przypadku pali fi 800, które w przypadku oferty Odwołującego wynoszą 32,10 (kg/m) kg stali na metr pala. Zatem pozycja nr 4 -Pale CFA Pale fundamentowe fi 800mm kosztorysu ofertowego, nie uwzględnia wymagań SIWZ dla przedmiotowego zadania w kwestii dotyczącej ilości zużycia stali dla pali o ww. średnicy co wynika z załączonej do wyjaśnień szczegółowej kalkulacji ,a także mimo oświadczenia w piśmie wyjaśniającym Odwołującego o zgodności oferty z wymaganiami STWiORB i dokumentacji projektowej. Zgodnie z rysunkami Projektu Wykonawczego SIWZ TOM III - Projekt Wykonawczy - rys. nr K/0093/PW/32 podano następujące normy zużycia stali w przypadku pali fi 800- wynoszące dla pali:

- fi 800 o długości = 5,5 m- wynoszą -42,91 (kg/m) kg stali na metr pala,
- fi 800 o długości-6,00 m- wynoszą- 42,00 (kg/m) kg stali na metr pala,

Ww. rozbieżności Zamawiający postanowił poddać dalszej analizie i w tym celu wystosował do Odwołującego żądanie przedłożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp pismem z dnia 02.10.2017r., wezwał Odwołującego, do złożenia wyjaśnień dotyczących rodzaju materiału, z którego winny być wykonane panele odbijające oraz ilości stali przyjętej do wyceny pali CFA fi 800mm.

Odwołujący w swych wyjaśnieniach z dnia 09.10.2017r. oświadczył, iż udzielając wyjaśnień w dniu 4.08.2017r. załączył wariantową ofertę firmy CALVERO. Z zapisów SIWZ z pkt 5.1. oraz 14.3 Tom I SIWZ, wynikało, że Zamawiający nie dopuszcza składania ofert wariantowych. Wykonawca w swych wyjaśnieniach i załączonych do nich dowodach przyznał również, iż omyłkowo do obliczenia poz. 4 pale fundamentowe CFA fi 800mm kosztorysu ofertowego, przyjął 32,10 kg stali na metr bieżący pala, co jest niezgodne z zapisami SIWZ TOM III - Projekt Wykonawczy - rys. nr K/0093/PW/32.

Powyższa sytuacja według Zamawiającego powodowała, że treść oferty Odwołującego nie odpowiadała treści SIWZ. Równocześnie nie było możliwe poprawienie stwierdzonej niezgodności w treści oferty w sposób, o którym mowa w 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Po dokonaniu analizy odpowiedzi Odwołującego z dnia 9.10.2017r., Zamawiający stwierdził, że Odwołujący ujął w swojej ofercie odmienny od określonego w SIWZ sposób i warunki realizacji zamówienia. Tym samym wskazał, że treść jego oferty jest niezgodną z treścią SIWZ. Równocześnie nie jest możliwe poprawienie stwierdzonej w treści oferty niezgodności w sposób, o którym mowa w 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Stwierdził, że ustalony w sprawie stan faktyczny uprawniał Zamawiającego do zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Przystępujący do postępowania odwoławczego wykonawca Przedsiębiorstwo Budowlano - Usługowe GOMIBUD Sp. z o.o., Borek Szlachecki 1, 32-050 Skawina poparł stanowisko prezentowane przez Zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania.

**Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron i przystępującego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.**

**Odwołanie jest niezasadne i tym samym zostaje oddalone.**

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.. Odwołujący wykonawca wykazał także interes we wniesieniu odwołania o którym mowa w art. 179 ust.1 ustawy Pzp.

Podkreślenia wymaga kwestia, że stan faktyczny sprawy wynikający z treści odwołania i prezentowany przez strony na etapie rozprawy jest praktycznie taki sam jak podany w odwołaniu, co skutkuje brakiem potrzeby ponownej jego prezentacji przez Izbę.

Wskazać należy, że ustawodawca dopuścił możliwość wyjaśnienia treści złożonej oferty, która de facto skutkuje jej uszczegółowieniem. W przepisie art. 87 ust. 1 Pzp ustawodawca zastrzegł, iż wyjaśnienia udzielone zamawiającemu nie mogą być formą negocjacji zamawiającego z wykonawcą, a także nie mogą prowadzić do zmiany treści oferty chyba że zostanie wykazane, iż wykonawca składający ofertę popełnił jedną z omyłek o których mowa w art. 87 ust.2. Pzp.

W zakresie możliwości żądania przez zamawiającego od wykonawcy wyjaśnień należy mieć na względzie, że nie należy zakładać już na wstępie, iż złożenie przez wykonawcę wyjaśnień będzie próbą negocjowania z zamawiającym treści złożonej oferty. Wyjaśnienia wykonawcy często prowadzą do ustalenia, czy zauważona nieprawidłowość jest omyłką, a jej wystąpienie było niezawinione przez wykonawcę, co ma wpływ na możliwość uruchomienia przez zamawiającego działań z art. 87 ust.2 pkt 3 Pzp.

Podkreślić należy, że wyjaśnienia w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp mogą służyć wyłącznie rozwianiu wątpliwości co do tego, co już w ofercie zostało przedstawione, przepis ten natomiast wprost zabrania uznawania takich wyjaśnień, które prowadzą do dokonywania jakichkolwiek zmian w treści oferty. Również Orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej dopuszcza możliwość, by w drodze wyjątku dane oferty mogły zostać skorygowane lub uzupełnione w pojedynczych aspektach w szczególności w związku z tym, że wymagają zwykłego wyjaśnienia, lub by usunąć oczywiste błędy rzeczowe, pod

warunkiem, że owe zmiany nie doprowadzą do przedstawienia w rzeczywistości nowej oferty (wyrok TSUE z 29 marca 2012 r. w sprawie C-599/10 SAG ELV Slovensko z a.s.).

Należy mieć jednak na względzie, iż wprowadzenie do Pzp możliwości poprawienia treści oferty miało na względzie, iż ustawodawca uznał że odrzucenie oferty z powodu drobnych merytorycznych niezgodności z SIWZ byłoby niezasadne. Treść art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp wskazuje z jednej strony na realizację celu ustawodawcy, tj. wyłączenie możliwości odrzucenia ofert z powodu błahych uchybień w jej treści, ale z drugiej ma na względzie trwałość złożonej oferty, tj. że uzyskane wyjaśnienia nie mogą prowadzić do istotnych zmian w treści oferty, gdyż prowadziłyby to do naruszenia zasad z art. 7 ust.1 Pzp.

Przenosząc powyższe na grunt przedmiotowego odwołania podkreślić należy, iż Odwołujący w zakresie obu zarzutów podał, że składając wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny omyłkowo wskazał na niewłaściwy rodzaj zaoferowanego materiału do wypełnienia ekranów dźwiękochłonnych tj. zamiast podanego materiału w postaci szkła mineralnego, winien był zaoferować materiał zgodny z ST czyli szkło akrylowe. Także w zakresie zbrojenia pali CFA 800 omyłkowo wskazał, że oferuje w ofercie niższą ilość stali do zbrojenia na 1mb pala, niż tą, którą Zamawiający wymagał w SIWZ. W konsekwencji, w złożonych przez Odwołującego wyjaśnieniach pojawiły się niezgodne z opisem przedmiotu zamówienia w SIWZ technologie wykonania robót.

Izba odnosząc się do podstaw odrzucenia oferty w świetle zarzutów Odwołującego uznała iż podniesione zarzuty nie zasługiwały na uwzględnienie. Odwołujący w żaden przekonujący sposób nie wykazał, że przedstawione w załączonych do wyjaśnień z 04.08.2017 r kalkulacje szczegółowe wykonania zamówienia były omyłką, a nie stanowiły rzeczywistego zamiaru co do sposobu wykonania zamówienia. Nie wykazano także, że treść kolejnych wyjaśnień Odwołującego z dnia 9 października 2017 roku nie była argumentacją przywołaną dla próby obrony złożonej oferty, w szczególności, kiedy nawet w ww. wyjaśnieniach z 9.10.2017 roku Odwołujący nie wspomina w treści wyjaśnień z dnia 04.08.2017 roku o popełnieniu omyłki, która winna zostać poprawiona.

W zakresie roli i wagi złożonych Zamawiającemu wyjaśnień wskazać należy, że wykonawca wezwany do ich złożenia podaje zamawiającemu treści, które stanowią wyjaśnienie- uszczegółowienie złożonej oferty. Z utrwalonej linii orzeczniczej KIO (por. wyroki KIO/UZP 1327/09; 1443/09; 2145/10) wynika, iż *Wyjaśnienia udzielone zamawiającemu przez odwołującego w odpowiedzi na wezwanie stanowią oświadczenie wykonawcy, którym jest on związany na równi ze złożoną ofertą.*

Dlatego też treść wyjaśnień składanych zamawiającemu winna być dokonana z taką samą starannością i precyzją, jak treść sporządzanej oferty. Niezasadne jest twierdzenie Odwołującego, że treść oferty była prawidłowa (co nie zostało wykazane) a dopuszczono się

błędów dopiero w treści wyjaśnień. Podnieść należy fakt, że treść wyjaśnień z 9 października 2017 roku wskazuje na próbę zmiany treści oferty, a nie na jej uszczegółowienie. Za wyrokiem Izby o sygn. KIO 2143/17 wskazać należy, że *wykonawca wyjaśniając treść oferty w wyniku ponownego wezwania na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp musi zamknąć treść złożonych wyjaśnień, w treści wyjaśnień pierwotnie składanych*. Inne podejście do tej kwestii stanowiłaby niedopuszczalna zmianę treści oferty dokonanej w ramach składanych wyjaśnień. Dalsze wzywanie w tej samej kwestii byłoby rażącym naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców.

Kolejną kwestią warunkującą możliwość odrzucenia oferty wykonawcy z powodu jej niezgodności z SIWZ jest brak możliwości poprawy stwierdzonych nieprawidłowości (błędów) w trybie art. 87 ust.2 pkt 3 Pzp. Wskazać należy w tym zakresie, że w orzecznictwie Izby jednoznacznie przesądzono o braku przeszkód, aby zamawiający wykonał ciążący na nim obowiązek poprawy oferty o której mowa w art. 87 ust.2 pkt 3 także wtedy, kiedy potrzeba poprawy omyłek, czy drobnych błędów w ofercie wynikła dopiero po uzyskaniu wyjaśnień od wykonawcy. Odnosząc się do powyższej kwestii Izba po analizie okoliczności w jakich miałyby zostać popełnione ww. omyłki w treści oferty uznała, iż stwierdzone nieprawidłowości nie miały charakteru omyłek, lecz nastąpiły w wyniku świadomego działania Odwołującego. Żądanie poprawy pojawia się dopiero na etapie odwołania.

Odnosząc się do kwestii podania niewłaściwego materiału z którego miały być wykonane panele dźwiękochłonne podać należy, iż Odwołujący w pkt 1 wyjaśnień z dnia 9 października 2017 roku wskazał, że *„Wykonawca udzielając wyjaśnień w dniu 04.08.2017 r. (...) miał na uwadze doświadczenie z kontraktów zakończonych w zeszłym roku (DK-1 Siewierz) oraz obecnie realizowanego (DK-1 Piasek - Pszczyna), gdzie Zamawiający zmienił treść SIWZ w zakresie wypełnień przeziernych dopuszczając do zastosowania jedynie materiał trudno zapalny co jednoznacznie wskazywało na szkło mineralne”*. Z powyższego należało jednoznacznie wywieść, że Odwołujący nie popełnił omyłki co do rodzaju oferowanego szkła, ale popełnił błąd w tym zakresie, sugerując się wcześniejszym doświadczeniem ze współpracy z Zamawiającym, który dla wcześniej realizowanych zamówień wymagał zastosowania do paneli dźwiękochłonnych szkła mineralnego, a nie jak w tym postępowaniu szkła akrylowego. Niewątpliwym zdaniem Izby zmiana rodzaju szkła z oferowanego mineralnego na wymagane akrylowe jest zmianą materiału wymaganego w SIWZ i tym samym byłaby zmianą treści oferty. Zdaniem Izby, niewątpliwym jest, że gdyby Odwołujący realizował przedmiotowe zadania to zastosowałby inny rodzaj materiału z którego wykonane by były panele odbijające, niż wynika to z dokumentacji technicznej.

Podobna, acz jeszcze bardziej wyrazista jest niezgodność treści oferty z SIWZ w zakresie wykazania w wyjaśnieniach niezgodności odnoszących się do ilości stali, którą

Odwołujący przyjął w założeniach oferty dla zbrojenia pali CFA fi 800 mm. W wyjaśnieniach z dnia 4.08.2017 roku Odwołujący podał, że do zbrojenia pali zostanie zużyte 32,1 kg stali na 1mb. pala w sytuacji, kiedy wg. wymagań Projektu Wykonawczego SIWZ TOM III - Projekt Wykonawczy - rys. nr K/0093/PW/32 ilość ta winna wynosić 42,91 (kg/m) kg stali na metr pala, co skutkuje na całym zamówieniu zaoferowanie mniej o około 45 ton stali.

Powyższa niezgodność zdaniem Odwołującego nie ma znaczenia dla prawidłowości wykonania zamówienia, gdyż za zaoferowaną cenę, która została przyjęta w ofercie i wykazana w wyjaśnieniach z dnia 4 sierpnia 2017 roku tj. 317,57 zł za 1mb., Odwołujący jest w stanie w sposób prawidłowy wykonać zamówienie, czyli zaoferować zamiast 32 kg stali wymaganą ilość 42,91 kg na 1 mb pala fi 800mm. Jednakże zauważyć należy, że w tym zakresie Odwołujący na rozprawie podał, że gdyby wskazana w wyjaśnieniach z 4 sierpnia 2017 roku ilość stali została przyjęta w ilości wymaganej przez Zamawiającego, to cena 1 mb pala wzrosłaby do około 350 zł netto, czyli o ponad 30 złotych. Izba biorąc pod uwagę powyższe uznała, że Odwołujący nie wykazał, iż w ofercie przyjął właściwą ilość stali, a pomyłka została dokonana dopiero w wyliczeniu podanym w wyjaśnieniu dotyczącym wykazania, czy zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Powyższa kwestia nie jest również omyłką, gdyż Odwołujący wskazał wprost w załączonej do wyjaśnień kalkulacji szczegółowej, jaką ilość stali zaoferował. Próba poprawy oferty w tym zakresie przez Zamawiającego byłaby poprawą co do której Zamawiający musiałby uzyskać od Odwołującego informacje, jaka rzeczywistą ilość stali na 1 mb. pala fi 800 zamierza zaoferować, a tym samym prowadziłby z wykonawcą negocjacje w zakresie ilości stali.

Izba zauważa, że niezasadnym jest wywodzenie przez Odwołującego merytorycznej poprawności złożonej oferty, z faktu iż składając wyjaśnienia z dnia 9 października 2017 roku oświadczył że *„Odwołujący potwierdza i oświadcza, że zaproponowane materiały są zgodne z SIWZ i jest to jest to sedno sprawy i ten fragment przesądza zarówno o intencjach Odwołującego, jak i o faktycznym brzmieniu jego oferty”*.

Podkreślić należy, że samo złożenie ogólnego oświadczenia wykonawcy o zgodności oferowanego przedmiotu zamówienia z wymaganiami specyfikacji, nie prowadzi do sanowania ustalonych przez Zamawiającego braków czy też popełnionych błędów w zakresie treści oferty.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, że Zamawiający zasadnie stwierdził, iż Odwołujący ujął w swojej ofercie odmienny od określonego w SIWZ sposób i warunki realizacji zamówienia, co skutkowało jej niezgodnością z treścią SIWZ. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Obowiązek odrzucenia przez zamawiającego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, aktualizuje się z chwilą ustalenia, że

oferowane świadczenie nie odpowiada wyrażonym w treści SIWZ wymaganiom zamawiającego, co zasadnie miało miejsce w przedmiotowej sprawie.

Izba uznaje, że Zamawiający nie może przy ocenie oferty pomijać faktu, że z wyjaśnień Odwołującego wynikało, iż oferuje Zamawiającemu inny sposób wykonania zamówienia niż ustalił to Zamawiający w treści SIWZ w szczególności, jeśli do wyjaśnień załączona została kalkulacja szczegółowa z której jednoznacznie ta niezgodność wynikała. Za odrzuceniem oferty przemawiała także kwestia, że gdyby dokonać poprawny omyłek, jak tego oczekiwał Odwołujący to mielibyśmy w zamówieniu sytuację innego świadczenia wykonawcy, po dokonaniu poprawy omyłek w stosunku do tego, jaki wskazany został w pierwszych wyjaśnieniach. Podkreślić należy, że sposób wykonania zamówienia w zakresie objętym zarzutami odwołania, Odwołujący podał na etapie składania wyjaśnień, co do prawidłowego skalkulowania ceny oferty, wskazując przy jakiej metodzie wykonania zamówienia zaoferowana cena jest ceną rzetelną.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust. 2 i 192 ust. 2 ustawy Pzp,

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) i 2 b) 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 (Dz. U. Nr 41 poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący .....