

Sygn. akt: KIO/UZP 1175/08

**WYROK**

**z dnia 12 listopada 2008 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Luiza Łamejko**

**Członkowie: Jolanta Markowska**

**Lubomira Matczuk-Mazuś**

**Protokolant: Dorota Witak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 listopada 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Robót Wodnych i Ekologicznych EKO-WOD Sp. z o.o., Świdnica, ul. Towarowa 12-14, Przedsiębiorstwo Budownictwa Specjalistycznego i Melioracji Sp. z o.o., Legnica, ul. Jaworzyńska 254, Przedsiębiorstwo Konserwacji Urządzeń Wodnych i Melioracji MELIOBUD Sp. z o.o., Nowogrodzic, ul. Lubańska 42, Przedsiębiorstwo Budowlano – Melioracyjne BUD-MEL Sp. z o.o., Dzierżonów, ul. Ząbkowicka 26 i Przedsiębiorstwo Melioracji i Inżynierii Środowiska, Jelenia Góra, ul. Spółdzielcza 10** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Dolnośląski Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych, Wrocław, ul. Jana Matejki 5** protestu z dnia 1 października 2008 r.

przy udziale **Konsorcjum firm: RPM S.A., Lubliniec, ul. Niegolewskich 7, PBG S.A., Przeźmierowo, Wysogotowie, ul. Skórzewska 35, Hydrobudowa Polska S.A., Przeźmierowo, Wysogotowo, ul. Skórzewska 35 i Zakład Robót Mostowych „Mostmar” Marcin i Grzegorz Marcinków Spółka Jawna, Pietrzykowice, Zarzecze, ul. Łęgowa 1** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje dokonanie powtórnej oceny ofert,**

2. Kosztami postępowania obciąża **Dolnośląski Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych, Wrocław, ul. Jana Matejki 5** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Robót Wodnych i Ekologicznych EKO-WOD Sp. z o.o., Świdnica, ul. Towarowa 12-14, Przedsiębiorstwo Budownictwa Specjalistycznego i Melioracji Sp. z o.o., Legnica, ul. Jaworzyńska 254, Przedsiębiorstwo Konserwacji Urządzeń Wodnych i Melioracji MELIOBUD Sp. z o.o., Nowogrodziec, ul. Lubańska 42, Przedsiębiorstwo Budowlano – Melioracyjne BUD-MEL Sp. z o.o., Dzierżoniów, ul. Ząbkowicka 26 i Przedsiębiorstwo Melioracji i Inżynierii Środowiska, Jelenia Góra, ul. Spółdzielcza 10,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 7 664 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy sześćset sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Dolnośląski Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych, Wrocław, ul. Jana Matejki 5** na rzecz **Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Robót Wodnych i Ekologicznych EKO-WOD Sp. z o.o., Świdnica, ul. Towarowa 12-14, Przedsiębiorstwo Budownictwa Specjalistycznego i Melioracji Sp. z o.o., Legnica, ul. Jaworzyńska 254, Przedsiębiorstwo Konserwacji Urządzeń Wodnych i Melioracji MELIOBUD Sp. z o.o., Nowogrodziec, ul. Lubańska 42, Przedsiębiorstwo Budowlano – Melioracyjne BUD-MEL Sp. z o.o., Dzierżoniów, ul. Ząbkowicka 26 i Przedsiębiorstwo Melioracji i Inżynierii Środowiska, Jelenia Góra, ul. Spółdzielcza 10,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania i kosztów udziału pełnomocnika,
- 3) dokonać zwrotu kwoty 35 936 zł 00 gr (słownie: trzydzieści pięć tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Robót Wodnych i Ekologicznych EKO-WOD Sp. z o.o., Świdnica, ul. Towarowa 12-14, Przedsiębiorstwo Budownictwa Specjalistycznego i Melioracji Sp. z o.o., Legnica, ul. Jaworzyńska 254, Przedsiębiorstwo Konserwacji Urządzeń Wodnych i Melioracji MELIOBUD Sp. z o.o., Nowogrodziec, ul. Lubańska 42, Przedsiębiorstwo Budowlano – Melioracyjne BUD-MEL Sp. z o.o., Dzierżoniów, ul. Ząbkowicka 26 i Przedsiębiorstwo Melioracji i Inżynierii Środowiska, Jelenia Góra, ul. Spółdzielcza 10.**

## Uzasadnienie

Zamawiający, tj. Dolnośląski Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zabezpieczenie przeciwpowodziowe miasta Lwówek Śląski. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 1 sierpnia 2008 r. pod numerem 2008/S 148 – 198844.

W dniu 24 września 2008 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum firm: RPM S.A., PBG S.A., Hydrobudowa Polska S.A. i Zakład Robót Mostowych „Mostmar” Marcin i Grzegorz Marcinków Spółka Jawna zwanego dalej Konsorcjum RPM.

Na powyższą decyzję protest wniósł w dniu 1 października 2008 r. wykonawca Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Robót Wodnych i Ekologicznych EKO-WOD Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Budownictwa Specjalistycznego i Melioracji Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Konserwacji Urządzeń Wolnych i Melioracji MELIOBUD Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Budowlano – Melioracyjne BUD-MEL Sp. z o.o. i Przedsiębiorstwo Melioracji i Inżynierii Środowiska zwane w dalszej części Konsorcjum EKO-WOD zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7, art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 91 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) zwanej dalej ustawą Pzp.

Protestujący zarzucił Zamawiającemu dokonanie oceny prawidłowości sporządzenia ofert w sposób niestaranny, na skutek czego zaniechał on odrzucenia oferty uznanej następnie za najkorzystniejszą (oferta nr 2) oraz oferty nr 1 złożonej przez Konsorcjum firm: Budownictwo Hydro-Energetyka Dychów Sp. z o.o., Zakład Usług Melioracyjnych i Kanalizacyjnych DRENBUD zwane dalej Konsorcjum BHE Dychów-Drenbud Protestujący stwierdził, iż z uwagi na szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, wynagrodzenie kosztorysowe, a także brak możliwości składania ofert wariantowych i częściowych, opisany przez Zamawiającego zakres prac powinien znaleźć odzwierciedlenie w załączonych do ofert kosztorysach ofertowych, a jakakolwiek zmiana w tym przedmiocie skutkuje bezwzględną koniecznością odrzucenia oferty w trybie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Protestujący zwrócił uwagę na następujące nieprawidłowości zawarte w kosztorysie ofertowym Konsorcjum RPM skutkujące, w ocenie Protestującego, koniecznością odrzucenia oferty. Nieprawidłowości te dotyczą następujących pozycji kosztorysu:

1. poz. 80 (str. 23 oferty),
2. poz. 103 (str. 25 oferty),

3. poz. 24 (str. 173 oferty),
4. poz. 25 (str. 173 oferty),
5. poz. 28 (str. 179 oferty),
6. poz. 153 (str. 204 oferty)

i skutkują dokonaniem wyceny niezgodnej z przedmiarem robot.

Protestujący wskazał, iż Zamawiający pismami z dnia 25 sierpnia 2008 r. oraz 29 sierpnia 2008 r. zmodyfikował brzmienie przedmiaru robót nakazując dokonanie wyceny kłap wykonanych PEHD zamiast kłap ze stali nierdzewnej. Innej modyfikacji Zamawiający dokonał pismem z dnia 19 sierpnia 2008 r. nakazując dokonanie wyceny dla budynku nr 24 warstwy SMA o grubości 4 cm i asfaltobetonu o grubości 4 cm, natomiast dla budynku nr 39 warstwy SMA o grubości 4 cm i asfaltobetonu o grubości 5 cm. Zdaniem Protestującego, Konsorcjum RPM nie uwzględniło ww. modyfikacji.

Protestujący zwrócił również uwagę na nieprawidłowości w kosztorysie ofertowym Konsorcjum BHE Dychów-Drenbud skutkujące bezwzględną koniecznością odrzucenia jego oferty. Nieprawidłowości te dotyczą następujących pozycji kosztorysu:

1. dział Wał I - ujęcie wody, poz. 21, 26, 27, 28, 32, 35, 36, 37, 40, 56, 58, 85, 117,
2. dział Wał II, poz. 13, 23,
3. dział Wał III, droga powiatowa /odcinek wału/0+000-0=156/, poz. 86,
4. dział Wał III, droga wojewódzka, poz. 42,
5. dział Wał III, droga gminna, poz. 34,
6. dział Most nr 24 – X Kosztorys, Zbrojenie, poz. 6,
7. dział Most nr 24 – Kosztorys, Beton, poz. 12,
8. dział Most nr 24 – Kosztorys, Inne roboty, poz. 23,
9. dział Wał VI, poz. 48,
10. dział Wał VII, VIII, Potok Srebrna km 0+289-0+592, poz. 44,
11. dział Wał IX, lewobrzeżny km 0+000-0+549, poz. 95,
12. dział Wał X, lewobrzeżny km 0+000-0+304, poz. 9,
13. dział Wał XI, Rakowic Wielkich, poz. 39,
14. dział Wał XI, Elektrownia Brunów, poz. 62,
15. dział Most 39, XXVII Kosztorys, Beton, poz. 13,

16. dział Potok Płóczka km 1+931-2+166 wraz z robotami towarzyszącymi, poz. 68, 69, 81, 82,

17. dział Przebudowa sieci gazowej, poz. 24, 30, 37.

W ocenie Protestującego, wskazane powyżej rozbieżności uniemożliwiają dokonanie porównania złożonych ofert z uwagi na fakt, iż zostały w nich opisane odmienne przedmioty zamówienia. Na poparcie swoich twierdzeń Protestujący przywołał orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej.

Protestujący wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonanie powtórnej czynności badania i oceny ofert i i wyboru oferty najkorzystniejszej.

Protest został złożony z zachowaniem terminu ustawowego z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp.

Do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu w dniu 3 października 2008 r. zgłosiło przystąpienie Konsorcjum BHE Dychów-Drenbud stwierdzając, iż zawarte w jego ofercie uchybienia są omyłkami tekstowymi i rachunkowymi wynikającymi z wielkości projektu, ilości wprowadzanych zmian i uzupełnień. Wskazał, że skala ww. uchybień nie ma znaczącego wpływu na ostateczną cenę oferty, a popełnione omyłki są możliwe do skorygowania.

Do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przystąpienie zgłosił w dniu 4 października 2008 r. również wykonawca Konsorcjum RPM. Wykonawca ten zaprzeczył naruszeniu przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp wskazując na treść Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (pkt 9.3 – 9.5).

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego poz. 80 (str. 23 oferty) i 103 (str. 25 oferty) Konsorcjum RPM stwierdziło, iż Zamawiający nie wymagał modyfikacji przedmiaru, a jedynie wyceny innych elementów. Oświadczył jednocześnie, iż we ww. pozycjach zawarł klapy zgodne z wymogami Zamawiającego.

W zakresie zarzutów dotyczących poz. 24, 25 (str. 173 oferty) i 28 (str. 179 oferty) wskazał na treść Specyfikacji.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego poz. 153 (str. 204 oferty) wskazał, iż pozycja ta przywołuje właściwy numer specyfikacji technicznej. Stwierdził ponadto, iż projekt w przedmiotowym zakresie nie jest jednoznaczny, bowiem na planie sytuacyjnym ark. 7 rys. 2/7 jest bednarka FeZn 25x5, natomiast na schemacie ideowym oświetlenia rys. 4, który jest w ocenie Przystępującego bardziej miarodajny, gdyż zawiera szczegółowe rozwiązania techniczne, widnieje uziom o parametrach FeZn 25x4. Stwierdził również, że ewentualna zmiana opisu pozycji nie pociągałaby za sobą zmiany kosztów.

Podsumowując Przystępujący stwierdził, iż popełnione przez niego błędy w kosztorysie ofertowym sprowadzają się jedynie do formy zapisu nie powodując zmian w wycenie, a co za tym idzie, nie wpływają na treść oferty i zaoferowaną cenę.

Zamawiający nie rozstrzygnął protestu, co zgodnie z art. 183 ust. 3 ustawy Pzp uznaje się za jego oddalenie.

Wobec powyższego, w dniu 14 października 2008 r. Konsorcjum EKO-WOD wniosło odwołanie zarzucając Zamawiającemu, jak w proteście, naruszenie art. 7, art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 91 ustawy Pzp. Odwołujący w pełni podtrzymał argumentację zawartą w proteście. Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert oraz dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołanie zostało złożone z zachowaniem terminu i warunku jednoczesności przekazania Zamawiającemu kopii odwołania, wynikających z art. 184 ust. 2 ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosiło Konsorcjum RPM (pismem z dnia 24 października 2008 r.).

Pismem z dnia 31 października 2008 r. Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, w którym wskazał na brak interesu prawnego Odwołującego. Stwierdził, iż nawet w przypadku poprawienia błędów w ofertach, a co za tym idzie, poprawienia cen, Odwołujący nie miałby możliwości uzyskania zamówienia z uwagi na trzecie z kolei miejsce pod względem jedyne kryterium oceny ofert tj. ceny.

Zamawiający podniósł ponadto, że w trakcie oceny ofert we wszystkich ofertach stwierdził występowanie uchybień, które opisał szczegółowo wraz ze wskazaniem konsekwencji finansowych ich poprawienia. Uchybienia te nie powodują jednak zmiany w „rankingu ofert”.

Ponadto Zamawiający wskazał, że w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia dopuszczono rozbieżności zastrzegając, że ich występowanie nie może mieć wpływu na zmianę zaoferowanej ceny, a roboty nie ujęte w kosztorysie lub źle skalkulowane muszą zostać wykonane. Zamawiający zwrócił uwagę na treść pkt 9.3, 9.4 i 9.5 Specyfikacji. Zamawiający wskazał również na różnice w cenach pomiędzy poszczególnymi ofertami. Do pisma Zamawiający załączył zestawienie popełnionych przez poszczególnych wykonawców błędów wraz z ich konsekwencjami finansowymi.

Na rozprawie strony podtrzymały dotychczas prezentowane stanowiska.

W tym stanie faktycznym, uwzględniając oryginalną dokumentację z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przedłożoną przez Zamawiającego oraz oświadczenia i stanowiska stron postępowania odwoławczego złożone na rozprawie, Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący posiada interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniający go do wniesienia środków ochrony prawnej. Odwołujący złożył trzecią z kolei, pod względem kryterium ceny, ofertę, a zarówno w proteście, jak i w odwołaniu postawił zarzuty wobec oceny przez Zamawiającego ofert, które uzyskały pierwsze i drugie miejsce, wskazując na naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp i obowiązek odrzucenia ofert. Wskazał zatem na wszystkie przesłanki wymienione w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp tj. na naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, które skutkuje uszczerbkiem w interesie prawnym Odwołującego mającym wpływ na uzyskanie przez niego zamówienia. Oferta Odwołującego bowiem, w przypadku odrzucenia ofert, co do których oceny podnosi on zarzuty, zostałaby uznana za najkorzystniejszą.

Analizując dokumentację postępowania Izba stwierdziła w ofercie Konsorcjum RPM uchybienia podnoszone przez Odwołującego.

W poz. 80 na stronie 23 oferty Konsorcjum RPM wyceniło zakup klapy zwrotnej dla przepustu o średnicy 0,6 m ze stali nierdzewnej oraz jej montaż. Treść opisu ww. pozycji jest zbieżna z treścią opisu pozycji zamieszczonego w Przedmiarze robót będącym częścią dokumentacji przetargowej. Jednak pismem z dnia 25 sierpnia 2008 r. w odpowiedzi na pytanie nr 17 Zamawiający zmodyfikował przedmiar stwierdzając, iż „należy wycenić i zamontować klapy zwrotne z PEHD”. Nie ma przy tym znaczenia czy Zamawiający dokonał modyfikacji wprost czy w ramach wyjaśnień udzielanych wykonawcom - w każdy przypadku wykonawcy zobowiązani są uwzględnić zmiany w dokumentacji. Konsorcjum RPM nie wprowadziło stosownych zmian do oferty. Twierdzenie Przystępującego Konsorcjum RPM, iż nakaz Zamawiającego nie dotyczył modyfikacji Przedmiaru lecz wyceny nie znajduje uzasadnienia, bowiem wytyczne Zamawiającego, iż należy wycenić i zamontować klapy zwrotne z PEHD są równoznaczne z nakazem zaoferowania klapy zwrotnej z PEHD, a co za tym idzie, z koniecznością zawarcia w ofercie klap żądanych przez Zamawiającego. Analogiczna sytuacja odnosi się do pozycji 104 na str. 25 oferty Konsorcjum. Odwołujący wskazał co prawda poz. 103, lecz treść opisu pozycji przytoczona przez Odwołującego,

jak również podniesiony zarzut, wskazuje na fakt, iż zarzut dotyczy w istocie pozycji 104 na str. 25 oferty.

Podobnie stało się w przypadku pozycji 24 i 25 na str. 173 oferty Konsorcjum RPM. Zacytowane opisy pozycji, treść zarzutu oraz przywołana odpowiedź Zamawiającego z dnia 19 sierpnia 2008 r. wskazuje na fakt, iż zarzuty dotyczą w istocie pozycji 25 i 26 na stronie 173 oferty. Konsorcjum RPM powtórzyło we ww. pozycjach ich opisy zawarte w Przedmiarze robót. Tymczasem Zamawiający odpowiedział na pytanie nr 9 z dnia 19 sierpnia 2008 r. dokonał modyfikacji ww. opisów wymagając przyjęcia w budynku nr 24 grubości warstwy asfaltobetonu i SMA po 4 cm. Konsorcjum RPM nie zastosowało ww. modyfikacji oferując nawierzchnię z asfaltobetonu o grubości warstwy wiążącej i warstwy ścieralnej 5 cm.

Analogicznie do powyższego, w poz. 28 na str. 179 oferty Konsorcjum zaoferowało nawierzchnię SMA o grubości warstwy ścieralnej 5 cm, podczas gdy Zamawiający po modyfikacji dokonanej w dniu 19 sierpnia 2008 r. żądał nawierzchni o grubości warstwy ścieralnej 4 cm.

Niezgodność oferty Konsorcjum RPM z treścią Przedmiaru robót dotyczy także poz. 153 ze str. 204 oferty. Wykonawca zaoferował w niej układanie uziomów w rowach kablowych FeZn 25x4, podczas gdy Zamawiający wymagał ułożenia uziomów w rowach kablowych FeZn 30x4.

Za zasadne Izba uznała również niektóre zarzuty podniesione przez Odwołującego wobec oferty złożonej przez Konsorcjum BHE Dychów-Drenbud.

Izba ustaliła, iż w kilku pozycjach kosztorysu ofertowego Konsorcjum BHE Dychów-Drenbud zaoferowało inne niż wymagał tego Zamawiający, kategorie gruntu. Niezgodność ta dotyczy poz. 21 (str. 18 oferty), poz. 26, 27, 28, 32, 35 (str. 19 oferty), 36, 37 (str. 20 oferty), poz. 58 (str. 21 oferty), poz. 13 (str. 29 oferty), poz. 23 (str. 31 oferty).

Część pozycji kosztorysu złożonego przez Konsorcjum BHE Dychów-Drenbud zawiera również inne niezgodności w stosunku do Przedmiaru robót. Niezgodności te dotyczą:

- szerokości pasów darniny – poz. 56 (str. 21 oferty), poz. 86 (str. 43 oferty), poz. 34 (str. 53 oferty), poz. 39 (str. 128 oferty), poz. 62 (str. 136 oferty),
- grubości podsypki cementowo – piaskowej - poz. 85 (str. 23 oferty), poz. 95 (str. 101 oferty),
- grubości warstwy humusu - poz. 117 (str. 25 oferty),
- odległości, na jaką zostanie wywieziony gruz - poz. 9 (str. 115 oferty),



- ilości zbrojenia wraz z podaniem błędnej jednostki - t zamiast kg - poz. 6 (str. 64 oferty),
- średnicy kolumny wydmuchowej - poz. 24 (str. 187 oferty),
- średnicy rur z polietylenu - poz. 30 (str. 187 oferty),
- średnicy króćców kołnierzowych - poz. 37 (str. 188 oferty).

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, że oferty złożone przez Konsorcjum RPM oraz Konsorcjum BHE Dychów-Drenbud są niezgodne z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Owa niezgodność dotyczy zaoferowania przez obu wykonawców przedmiotu zamówienia nie odpowiadającego przedmiotowi opisanemu przez Zamawiającego w dokumentacji przetargowej co do zakresu, ilości, warunków realizacji lub innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia, zatem zaoferowany przedmiot zamówienia nie odpowiada wymaganiom merytorycznym określonym w Specyfikacji. Wbrew twierdzeniom Przystępującego, popełnionych przez niego błędów nie sposób uznać za uchybienia w zakresie formy oferty, bowiem do tego typu błędów zalicza się np. brak numeracji stron, brak trwałego spięcia oferty, brak pieczęci, brak potwierdzenia za zgodność z oryginałem czy brak podpisu na każdej stronie oferty.

Bezspornym w niniejszej sprawie jest fakt, iż przedmiotowe zamówienie będzie rozliczane kosztorysem powykonawczym. Kosztorys taki uwzględnia rzeczywistą ilość pracy i materiału, a za podstawę rozliczenia służy kosztorys złożony wraz z ofertą. Ma on też zasadnicze znaczenie dla ukształtowania ostatecznej wysokości wynagrodzenia. Zważyć należy, że w przypadku nie uwzględnienia w kosztorysie ofertowym części prac wymaganych przez Zamawiającego, zaoferowania innego sposobu realizacji części zamówienia czy zaoferowania innego, niż tego wymagał Zamawiający, materiału, przy pomocy którego wykonane ma zostać zamówienie, jego rozliczenie przy pomocy złożonego wraz z ofertą kosztorysu stanie się niemożliwe. W takim przypadku trudno byłoby uznać zaoferowaną przez wykonawców cenę za wyliczoną rzetelnie, a Zamawiający pozostawałby w niepewności co do cen, na podstawie których wykonawca ostatecznie wystawi faktury, a tym samym w niepewności co do ostatecznej ceny za wykonanie zamówienia.

Nie ma przy tym znaczenia na gruncie brzmienia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp fakt, iż ewentualna zmiana w kosztorysie dokonana na skutek poprawienia błędu pozostaje bez wpływu na układ cen poszczególnych ofert, ponieważ ustawa Pzp nie uzależnia stwierdzenia niezgodności oferty ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia od „istotności” błędu wykonawcy dla złożonej oferty i jej ceny.

Odwołujący wskazał również na inne błędy popełnione przez Konsorcjum BHE Dychów-Drenbud, które jednak Izba uznała nie za niezgodność oferty z treścią Specyfikacji,

a za oczywiste omyłki pisarskie podlegające poprawie na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. Należą do nich:

- poz. 23, (str. 65 oferty) – zamawiający opisał przedmiotową pozycję w następujący sposób „humusowaniem stożków przyczółków z obsianiem trawą”. Konsorcjum BHE Dychów-Drenbud dokonało następującego opisu tej pozycji: „Humusowanie skarp z obsianiem przy grub. warstwy humusu 5 cm – Humusowanie stożków przyczółków z obsianiem traw”, podało przy tym prawidłowy numer specyfikacji technicznej, prawidłową jednostkę i ilość. Izba uznała, że dodana treść opisu przedmiotowej pozycji stanowi, ze względu na fakt, iż pozycja zawiera również prawidłową treść opisu oraz prawidłową zawartość pozostałych kolumn, omyłkę pisarską;

- poz. 40 (str. 20 oferty), poz. 12 (str. 64 oferty), poz. 44 (str. 91 oferty), poz. 13 (str. 140 oferty) – Konsorcjum BHE Dychów-Drenbud podało błędną jednostkę miary - m<sup>2</sup> zamiast m<sup>3</sup>, jednak treść pozostałych pozycji jest zgodna z Przedmiarem robót;

- poz. 68, poz. 69 (str. 148 oferty), poz. 81, poz. 82 (str. 149 oferty) – Konsorcjum BHE Dychów-Drenbud podało błędny numer specyfikacji technicznej, jednak treść pozostałych pozycji jest zgodna z Przedmiarem robót;

- poz. 48 (str. 87 oferty) - Zamawiający podał opis „Zakup kraty ze stali nierdzewnej i jej montaż”, podczas gdy Konsorcjum BHE Dychów-Drenbud zawarło w ofercie następujący opis tej pozycji „Zakup elementów stalowych – krata i montaż”, podało prawidłowy numer specyfikacji technicznej, zgodną z Przedmiarem jednostkę i ilość.

Jednocześnie, w ocenie Izby, nie znajduje potwierdzenia w zgromadzonym materiale dowodowym zarzut dotyczący poz. 42 (str. 47 oferty) w ofercie Konsorcjum BHE Dychów-Drenbud. Wykonawca ten, wbrew zarzutowi Odwołującego, podał w opisie pozycji prawidłową grubość warstwy podsypki, podał także prawidłowy numer specyfikacji technicznej, jednostkę oraz ilość, zatem zarzut Odwołującego nie potwierdził się.

Za nie udowodniony przez Odwołującego uznać należy zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy Pzp tj. zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji w toku przeprowadzania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący, formułując ww. zarzut, będąc zobowiązany, zgodnie z art. 6 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. kodeks cywilny (Dz. U. z 1964 r. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.), do wskazywania dowodów na poparcie faktów, z których wywodzi skutki prawne, nie wskazał żadnych środków dowodowych mogących posłużyć do ustalenia czy i w jakim zakresie została naruszona zasada równego traktowania i uczciwej konkurencji w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba nie wzięła pod uwagę wykazanych w piśmie Zamawiającego z dnia 31 października 2008 r. uchybień w ofercie Odwołującego i w pozostałych ofertach złożonych w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, bowiem zgodnie z art. 191 ust. 3 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w proteście.

Mając na uwadze fakt, iż potwierdziły się zarzuty naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, na podstawie art. 191 ust. 1 i 2 pkt 1 ustawy Pzp orzeczono jak w pkt 1 wyroku.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp oraz na podstawie rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r., Nr 128, poz. 886).

Izba nie uwzględniła kosztów dojazdu pełnomocnika Odwołującego z uwagi na fakt, iż w złożonym zestawieniu kosztów nie została wskazana pojemność skokowa silnika, marka samochodu oraz jego numer rejestracyjny, które powinny być wskazane zgodnie z § 4 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 25 marca 2002 r. w sprawie warunków ustalania oraz sposobu dokonywania zwrotu kosztów używania do celów służbowych samochodów osobowych, motocykli i motorowerów niebędących własnością pracodawcy (Dz. U. z 2002 r. Nr 27, poz. 271 z późn. zm.).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego we **Wrocławiu**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....