

-Sygn. akt: KIO/UZP 1444/08

**WYROK**

**z dnia 23 grudnia 2008 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** **Luiza Łamejko**

**Członkowie:** **Izabela Kuciak**

**Emil Kuriata**

**Protokolant:** **Przemysław Śpiewak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **22 grudnia 2008 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **BAUTECH Polska Sp. z o.o., Konin, ul. Aleje 1-go maja 13 lok. 1011** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Rejonowy Zarząd Infrastruktury, Olsztyn, Gietkowska 5** protestu z dnia 24 listopada 2008 r.

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

**2. Kosztami postępowania obciąża BAUTECH Polska Sp. z o.o., Konin, ul. Aleje 1-go maja 13 lok. 1011 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 **BAUTECH Polska Sp. z o.o., Konin, ul. Aleje 1-go maja 13 lok. 1011,**

- 2) dokonać zwrotu kwoty 15 936 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **BAUTECH Polska Sp. z o.o., Konin, ul. Aleje 1-go maja 13 lok. 1011.**

## **Uzasadnienie**

Zamawiający tj. Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Olsztynie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na przebudowę strzelnicy garnizonowej do typu B klasy I w kompleksie 539 Jednostki Wojskowej 2039 Lidzbark Warmiński. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 30 września 2008 r. pod numerem 240887.

W dniu 19 listopada 2008 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach oceny ofert, w tym o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Zakładu Ogólnobudowlanego s.c. Marek Słowikowski Sławomir Słowikowski oraz o odrzuceniu ofert BAUTECH Polska Sp. z o.o. i LB Sp. z o.o. jako niezgodnych z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Zamawiający podał następujące powody uznania oferty BAUTECH Polska Sp. z o.o. za niezgodną z treścią Specyfikacji:

1. Nieprawidłowy materiał (kosztorys - Stanowisko dowodzenia):

- pkt. 8 (str. 194) - jest pręt żebrowany do 7 mm, powinien być o średnicy  $d=12\text{mm}$ ,
- pkt. 12 (str. 196) - jest płyta styropianowa z normą nakładu  $0,0525\text{ m}^3/\text{m}^2$ , powinna być płyta estrudowana o grubości 6 cm,
- pkt. 20 (str. 199) - jest pręt żebrowany do 7 mm, powinien być o średnicy  $d=12\text{mm}$ ,
- pkt. 63 (str. 214) - jest farba emulsyjna naw. Uniwersalna, powinna być farba lateksowa,
- pkt. 78 (str. 219) - jest płyta styropianowa z normą nakładu  $52,75\text{ dm}^3/\text{m}^2$ , powinna być płyta styropianowa o grubości 12 cm,
- pkt. 79 (str. 220) - jest płyta styropianowa z normą nakładu  $52,75\text{ dm}^3/\text{m}^2$ , powinna być płyta styropianowa o grubości 15 cm,

2. Nieprawidłowy materiał (kosztorys - Strefa strzelań):

- pkt. 17 (str. 309) - są pręty do zbr. 10-14mm, powinny być  $d=8\text{ mm}$  i  $d= 12\text{ mm}$ ,

- pkt. 104 (str. 339) - są pręty do zbr. 10-14mm, powinny być d=8 mm,
- pkt. 107 (str. 340) - nie wykreślono materiałów (tlen, acetylen, blacha, elektrody) pomimo tego, że do wyceny należało przyjąć tylko kształtowniki KS7 i materiały pomocnicze (wg odpowiedzi Zamawiającego Nr 8 z dnia 21.10.2008 r.),
- pkt. 136 (str. 350) - są pręty do zbr. 10-14mm, powinny być d=8 mm i d=12 mm,
- pkt. 137 (str. 350) - są pręty do zbr. 16-28mm, powinny być d=16 mm i d=32 mm,
- pkt. 154 (str. 357) - są pręty do zbr. 10-14mm, powinny być d=8 mm i d=12 mm,
- pkt. 155 (str. 357) - są pręty do zbr. 16-28mm, powinny być d=16 mm i d=32 mm,
- pkt. 159 (str. 358) - nie wykreślono materiałów (tlen, acetylen, blacha, elektrody), pomimo tego, że do wyceny należało przyjąć tylko kształtowniki KS7 i materiały pomocnicze (analogia do odpowiedzi Zamawiającego Nr 8 z dnia 21.10.2008 r.),
- pkt. 177 (str. 365) - są pręty do zbr. 10-14mm, powinny być d=8 mm i d=12 mm,
- pkt. 178 (str. 365) - są pręty do zbr. 16-28mm, powinny być d= 16 mm i d=32 mm,
- pkt. 195 (str. 372) - są pręty do zbr. 16-28mm, powinny być d=16 mm i d=32 mm,
- pkt. 198 (str. 373) - nie wykreślono materiałów (tlen, acetylen, blacha, elektrody), pomimo tego, że do wyceny należało przyjąć tylko kształtowniki KS7 i materiały pomocnicze (analogia do odpowiedzi Zamawiającego Nr 8 z dnia 21.10.2008 r.),
- pkt. 219 (str. 380) - są pręty do zbr. 10-14mm, powinny być d=8 mm, d=10mm i d=12 mm,
- pkt. 220 (str. 381) - są pręty do zbr. 16-28mm, powinny być d=16 mm, d=20mm, d= 25 mm i d=32 mm,
- pkt. 233 (str. 385) - nie wykreślono materiałów (tlen, acetylen, blacha, elektrody) pomimo tego, że do wyceny należało przyjąć tylko kształtowniki KS7 i materiały pomocnicze (analogia do odpowiedzi Zamawiającego Nr 8 z dnia 21.10.2008 r.),

### 3. Nieprawidłowy materiał (kosztorys - Instalacje wew. wod.-kan.):

- pkt. 17 (str. 404) - są postumenty do umywalek, powinny być półpostumenty,
- pkt. 34 (str. 404) - są postumenty do umywalek, powinny być półpostumenty,

### 4. Brak zastosowanie współczynników zmniejszających nakłady (kosztorys - Sieć ks-wod):

- pkt. 30 (str. 449) - nie zastosowano współczynników z tablicy 9910/1 (rozdział 3.8 założeń szczegółowych) dotyczącej płukania i dezynfekcji do nakładów robocizny i wody,
- pkt. 31 (str. 449) - nie zastosowano współczynników z tablicy 9910/1 rozdział 3.8 założeń szczegółowych) dotyczącej płukania i dezynfekcji do nakładów robocizny, podchlorynu i wody,

- pkt. 32 (str. 450) - nie zastosowano współczynników z tablicy 9909/1 (rozdział 3.8 założeń szczegółowych) dotyczącej próby szczelności do nakładów robocizny i wody,

5. Brak wyceny materiału (kosztorys - Sieć ks-wod):

- pkt. 41 (str. 452-453) - brak wyceny osprzętu do pompy: kosza ssawnego, głowicy studziennej, łącznika ciśnieniowego Presscontrol, dwuzłączki 1"/1,5",

6. Nieprawidłowy materiał (kosztorys - Roboty elektryczne):

- pkt. 30 (str. 469) - jest kabel YKY 3x4, powinien być YKYżo 3x4,

- pkt. 31 (str. 470) - jest kabel YKY 3x4, powinien być YKYżo 3x4,

- pkt. 53 (str. 476) - jest przewód YDY 5x10, powinien być YDYżo 5x10,

7. Uwzględniono materiał do wyceny choć Zamawiający wyjaśnił, że nie należy wstawiać żadnego materiału, tylko obliczyć sam montaż (kosztorys - Roboty elektryczne):

- pkt. 117 (str. 493) - wyceniono materiał rozdzielnicę choć Zamawiający wyjaśnił, że nie należy wyceniać materiału, tylko sam montaż (odpowiedź Zamawiającego nr 14 z dnia 21.10.2008 r.),

- pkt. 131 (str. 497) - wyceniono materiał rozdzielnicę choć Zamawiający wyjaśnił, że nie należy wyceniać materiału, tylko sam montaż (odpowiedź Zamawiającego nr 14 z dnia 21.10.2008 r.).

Zamawiający stwierdził również, że złożony przez BAUTECH Polska Sp. z o.o. odpis z Krajowego Rejestru Sądowego w rubryce 3 i 4 zawiera informację o postępowaniu upadłościowym, zatem Wykonawcę należy wykluczyć z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ustawy Pzp.

Wobec powyższej decyzji Zamawiającego protest wniósł w dniu 24 listopada 2008 r. Wykonawca BAUTECH Polska Sp. z o.o. zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 87 ust. 2 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 7 i art. 24 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) zwanej dalej ustawą Pzp.

Protestujący wskazał, że zgodnie z założeniami wyjściowymi do kosztorysowania, pkt. A, kosztorysowanie szczegółowe ma być zgodne z zasadami określonymi wg KNR z wyceną wynikową każdej pozycji i cenami jednostkowymi (pkt XII i zał. Nr 5 Specyfikacji). Zauważył, iż Zamawiający nie przekazał oferentom wzoru kosztorysu ofertowego w formie szczegółowej, wobec czego uwagi Zamawiającego do zastosowania nakładów RMS przez danego wykonawcę nie mają umocowania i jako takie nie powinny być czynione.

Odnosząc się do wskazanej przez Zamawiającego niezgodności kosztorysu z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia Protestujący podniósł:

#### Stanowisko dowodzenia:

- pkt 8 (str. 194 oferty) – przywołana w załączniku nr 7A tablica 202 0290 02 00 – wydanie IZOiEPB Orgbud Warszawa 1985 z uwzględnieniem BI do 9/96 mówi o nakładach dla średnicy 7 mm, dla średnicy 12 mm jest inny numer tablicy. Ponadto, nakłady RMS dla tych tablic są identyczne, a przyjęta cena prętów jest ceną rynkową niezależnie od średnicy i realnie można w tej cenie kupić pręty o średnicy 12 mm. Różnica wartości: 0 PLN;
- pkt 12 (str. 196 oferty) - norma przyjęta w kosztorysie ofertowym jest zgodna z nakładami RMS powołanej tablicy. Różnica wartości przy normie na płyty o grubości 8 cm jest nieistotna w skali kosztorysu i wynosi 888,39 PLN netto;
- pkt 20 (str. 199 oferty) – jak w pkt 8, różnica wartości: 0 PLN;
- pkt 63 (str. 214 oferty) – w kosztorysie ofertowym zgodnie z załącznikiem 7A w poz. 63 powołano tablice KNR 202 15 05 03. Nakłady materiałowe zarówno dla farby lateksowej jak i farby emulsyjnej można przyjąć zgodnie z nakładami tej tablicy, jak przyjmuje autor przedmiaru przywołując ten sam numer tablicy z KNR 202 dla malowań farbami emulsyjnymi w poz. 62 oraz farbami lateksowymi w poz. 63, wobec czego różnica jest nieistotna;
- pkt 78 i 79 (str. 219 i 220 oferty) – nakłady materiałowe przyjęto zgodnie z nakładami powołanych tablic bez wprowadzania zmian w nakładach materiałowych w tablicach. Różnica wartości dla pkt 78 +1095,28 PLN netto, dla pkt 79 -65,45 PLN netto;

#### Strefa strzelań:

- pkt 17 (str. 309 oferty) - nakłady materiałowe przyjęto zgodnie z nakładami w tablicy powołanej w załączniku 7A, w kosztorysie w opisie tablicy wpisano żądane średnice. Różnica wartości: 0 PLN;
- pkt 104 (str. 339 oferty) – j.w. Różnica wartości: 0 PLN;
- pkt 107 (str. 340 oferty) – z pozycji tej nie wykreślono materiałów z uwagi na treść odpowiedzi udzielonej przez Zamawiającego – w odpowiedzi napisano: M-kształtowniki stalowe KS 7 w ilości 0.0832 t/m<sup>2</sup> i materiały pomocnicze 1,05 % od M - nie mówiąc nic o wykreślaniu jakichkolwiek czynników RMS. Protestujący wskazał, że w tablicach katalogu 205 Konstrukcje metalowe nie są podawane nakłady na same konstrukcje, które powinny być przyjmowane zgodnie z projektem lub informacją zawartą w przedmiarze oraz nie są uwzględniane materiały pomocnicze wg wskaźnika procentowego od nakładów materiałowych, ponieważ te nie występują w tablicach. Można przyjmować, że uwzględnione w tablicach nakłady pełnią rolę materiałów pomocniczych służących do realizacji prac określonych w tablicach. Różnica wartości: - 215,44 PLN netto;
- pkt 136, 137, 154, 155 (str. 350, 357 oferty) – jak w pkt 17, w tytule tablicy podano żądane

średnice. Różnica wartości: 0 PLN;

- pkt 159 (str. 358 oferty) – jak w pkt 107, w odpowiedzi Zamawiający nie wskazał na pkt 159. Różnica wartości: - 161,89 PLN netto;

- pkt 177 (str. 365 oferty) – jak w pkt 17, w uwagach mowa o średnicy 8 i 12 mm, a w przedmiarze o średnicy 16 i 32 mm. Różnica wartości: 0 PLN;

- pkt 178 (str. 365 oferty) – w uwagach mowa o prętach średnicy 16 i 32 mm, a w przedmiarze mowa o „konstrukcji podparć, zawiesznień i osłon o masie elementów do 50 kg” oraz informacja dodatkowa marka M1. Różnica wartości: 0 PLN;

- pkt 195 (str. 372 oferty) – jak pkt 17. Różnica wartości: 0 PLN;

- pkt 198 (str. 373 oferty) – jak pkt 159. Różnica wartości: - 161,89 PLN netto;

- pkt 219, 220 (str. 380, 381 oferty) – jak pkt 17. Różnica wartości: 0 PLN;

- pkt 233 (str. 385 oferty) – jak pkt 159. Różnica wartości: - 267,05 PLN netto;

#### Instalacja wewnętrzna wodno-kanalizacyjna:

- pkt 17 (str. 404 oferty) – nakłady zgodne z powołaną w zał. 7B pkt 17 tablicą. Różnica wartości: - 691,10 PLN netto;

- pkt 34 (str. 404 oferty) – j.w. Różnica wartości: - 69,11 PLN netto;

Sieci wodno – kanalizacyjne (przyłącza kanalizacji sanitarnej):

- pkt 30 (str. 448 oferty) – przywołany KNR W-218 07 08 01 – w katalogu 218 Zewnętrzne sieci wodociągowe i kanalizacyjnej WACETOB Warszawa w założeniach szczegółowych w rozdziale 07 w pkt 3.8 nie ma mowy o tablicy 0708. Także opis w zał. 7B w poz. 30 nie ma mowy o ww. tablicy. Różnica wartości: 0 PLN;

- pkt 31 (str. 449 oferty) – w uwagach w pkt 31 zał. 7B jest informacja o zmniejszeniu nakładów, ale w pkt 3.8 i w pkt 3.10 nie ma mowy o tablicy 218 07 07 01, która jest przywołana. Różnica wartości: 0 PLN;

- pkt 32 (str. 450 oferty) – w pkt 32 zał. 7B przywołano tablice KNR W 218 07 04 01, w uwagach tam zamieszczonych mowa o tablicy 07 07 – nie ma mowy o tablicy 07 04, także pkt 3.8 i 3.10 w założeniach szczegółowych o tej tablicy nie mówią. Różnica wartości: 0 PLN;

#### Sieć kanalizacja sanitarna (ks-wod):

- pkt 41 (str. 452-453 oferty) – materiał został wyceniony jako komplet: pompa + osprzęt, co sugerował sposób zapisu w pkt 41 zał. 7B, ponadto w założeniach szczegółowych mówi się o tym, że nakłady tablic dotyczą wszystkich robót montażowych pompy i osprzętu. Różnica wartości: 0 PLN;

### Roboty elektryczne:

- pkt 30 (str. 469 oferty) – nakłady zgodne z przedmiarem. W kosztorysie ofertowym w tytule tablicy przywołano kabel YKY 3x4 mm<sup>2</sup>. Różnica wartości: 0 PLN;

- pkt 31, 53 (str. 470, 476 oferty) – j.w. Różnica wartości: 0 PLN;

- pkt 117, 131 (str. 493, 497 oferty) – Protestujący podniósł, iż Zamawiający nie może twierdzić, że należało wycenić tylko montaż poz. 117 i 131 tak jak brzmi literalnie odpowiedź na pytanie nr 14, bo równocześnie przysłał aktualizacje przedmiaru i w opisach tych pozycji są wymienione elementy przeznaczone do montażu (są dopisane, bo w wydaniu oryginalnym tego katalogu opis tablicy jest inny i brzmi: montaż, z przyspawaniem konstrukcji, skrzynek lub rozdzielnie o masie ponad 150 - 300 kg.) Różnica wartości dla poz. 117: - 2616,00 PLN netto, różnica wartości dla poz. 131: - 2616,00 PLN netto.

Protestujący stwierdził, że ww. ewentualne błędy popełnione w ofercie stanowią omyłki polegające na niezgodności treści oferty z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia nie powodujące istotnych zmian w treści oferty, które Zamawiający powinien poprawić w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Ponadto, odnosząc się do stwierdzenia Zamawiającego o zawartej w złożonym odpisie z Krajowego Rejestru Sądowego informacji o postępowaniu upadłościowym Protestujący wskazał, że ze stanowiska Zamawiającego nie wynika czy Zamawiający rzeczywiście dokonał wykluczenia Protestującego z udziału w postępowaniu. Oświadczył, że wobec Protestującego nie toczy się postępowanie upadłościowe, a użyte przez Zamawiającego sformułowanie „rubryka 3 i 4” nie pozwala na zajęcie stanowiska z uwagi na nie przywołanie numeru działu.

Protestujący wniósł o unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na badaniu i ocenie złożonych w postępowaniu ofert, unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Protestującego, powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Protestującego oraz dokonanie powtórnego wyboru oferty najkorzystniejszej.

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

Zamawiający rozstrzygnął protest w dniu 3 grudnia 2008 (pismem z dnia 1 grudnia 2008 r.) przez jego odrzucenie. Wyjaśnił, iż oferta Protestującego została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, Zamawiający nie wykluczył Protestującego z udziału w postępowaniu, a zarzucenie Zamawiającemu naruszenia art. 87 ust 2 ustawy Pzp jest bezpodstawne z uwagi na fakt, iż ostatnia nowelizacja ustawy Pzp umożliwia zamawiającemu poprawienie w treści oferty omyłek polegających na niezgodności oferty

z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Podkreślił, iż ww. przepis ustawy dotyczy omyłek, a nie błędów. Dodał, iż stwierdzone przez Zamawiającego błędy w ofercie Protestującego stanowią zagrożenie niewykonania zamówienia w całości, zatem oferta została słusznie odrzucona zgodnie z treścią art. 89 ust. 1 pkt. 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt. 6 ustawy Pzp. Jednocześnie Zamawiający poinformował o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 91 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Z powyższą decyzją nie zgodził się Wykonawca BAUTECH Polska Sp. z o.o., który wniósł w dniu 8 grudnia 2008 r. odwołanie zarzucając Zamawiającemu, jak w proteście, naruszenie art. 87 ust. 2 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 7 i art. 24 ustawy Pzp. Odwołujący powtórzył argumentację zawartą w proteście. Ponadto stwierdził, iż brak jest podstaw do przyjęcia, że ewentualne omyłki popełnione w ofercie stanowią zagrożenie niewykonania zamówienia – w przypadku ich poprawienia oferta będzie obejmowała cały przedmiot zamówienia.

Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na badaniu i ocenie złożonych ofert, unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego, unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu protestu Odwołującego i unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego przy zastosowaniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp oraz nakazanie 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.

Na rozprawie strony podtrzymały dotychczas prezentowane stanowiska.

Analizując dokumentację postępowania Izba ustaliła, iż wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu zamówienia ma charakter kosztorysowy - zgodnie z § 10 ust. 1 Wzoru umowy (Załącznik nr 4 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia) za wykonanie przedmiotu umowy Zamawiający zapłaci Wykonawcy wynagrodzenie kosztorysowe według uzgodnionych cen jednostkowych ustalonych w kosztorysie ofertowym Wykonawcy oraz ilości wykonanych robót ustalonej na podstawie obmiaru robót. Kosztorys ofertowy stanowi załącznik do umowy (§ 10 ust. 3 Wzoru umowy).

W pkt XII Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia Zamawiający uregulował sposób obliczenia ceny. Wskazał, iż cenę należy ustalić przez sporządzenie kosztorysów szczegółowych, w oparciu o dostarczony ze Specyfikacją przedmiar robót, z uwzględnieniem



ewentualnych uzupełnień i zmian przekazanych przez Zamawiającego w trakcie postępowania. Stwierdził również w tym miejscu, że kosztorys szczegółowy należy sporządzić w oparciu o określone w przedmiarze robót podstawy ustalenia nakładów rzeczowych. Podkreślił, że wykonawcom nie wolno zmieniać kolejności pozycji oraz podstaw wyceny określonych w przedmiarze, a także, że w kosztorysie należy wycenić i pokazać wszystkie elementy wchodzące w skład pozycji katalogowych.

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wpłynęło sześć ofert. Ranking wszystkich złożonych w postępowaniu ofert układa się następująco:

1. LB Sp. z o.o. – 9 232 739,13 PLN,
2. BAUTECH Polska Sp. z o.o. – 9 944 720,64 PLN,
3. Zakład Ogólnobudowlany s.c. Marek Słowikowski Sławomir Słowikowski – 10 625 000,00 PLN,
4. Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego BUDOPRZEM Sp. z o.o. – 10 973 040,75 PLN,
5. Przedsiębiorstwo Transportowo – Sprzętowe PYZAK – 11 259 388,71 PLN,
6. Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Usługowe TERMOBUD Sp. z o.o. - 12 181 956,20 PLN.

Szacunkowa wartość zamówienia została ustalona przez Zamawiającego określona na kwotę 9 558 290 PLN, co stanowi równowartość 2 465 319,56 euro (Protokół postępowania o udzielenie zamówienia, DRUK ZP-2).

W tym stanie faktycznym Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie nie 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. Podnoszone przez Odwołującego zarzuty dotyczą czynności Zamawiającego polegającej na ocenie złożonej przez Odwołującego oferty, zatem złożone odwołanie jest dopuszczalne w myśl art. 184 ust. 1a ustawy Pzp.

Zarzuty podniesione przez Odwołującego sprowadzają się do możliwości poprawienia przez Zamawiającego popełnionych przez Odwołującego w złożonym kosztorysie błędów w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Przepis ten został wprowadzony ustawą z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058), która weszła w życie w dniu 24 października 2008 r. Przedmiotowa regulacja miała na celu umożliwienie poprawienia w ofercie omyłek, które nie stanowią oczywiście omyłki pisarskiej czy rachunkowej, polegają na niezgodności oferty ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, ale nie powodują istotnych zmian w treści

oferty. Izba przychyliła się do stanowiska zaprezentowanego w publikacji pod red. J. Sadowego „Prawo zamówień publicznych po nowelizacji z dnia 4 września 2008 r.”, gdzie stwierdzono, że „dopuszczalne wydaje się dokonanie zmian w sytuacji, jeżeli z okoliczności wynika zamiar złożenia przez wykonawcę oferty zgodnie z wymaganiami zamawiającego oraz poprawienie omyłki nie ingeruje w sposób istotny w treść oferty, tj. nie powoduje konieczności znaczącej ingerencji ze strony zamawiającego lub nie dotyczy jej istotnych postanowień”. („Prawo zamówień publicznych po nowelizacji z dnia 4 września 2008 r.”, red. J. Sadowy, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2008).

W ocenie Izby, popełnione przez Odwołującego błędy nie są omyłkami podlegające poprawie na podstawie ww. regulacji. W przedmiotowym stanie faktycznym wszystkie błędy mają podobny charakter, a większość z nich dotyczy zastosowania niewłaściwego materiału. Jako przykład można wskazać błędy występujące w pozycjach kosztorysu nr 8 (str. 194 oferty), 20 (str. 199 oferty), nr 17 (str. 309 oferty), nr 104 (str. 339 ofert), nr 136 (str. 350 ofert), nr 137 (str. 350 oferty), nr 154 (str. 357 oferty), nr 155 (str. 357 oferty), nr 177 (str. 365 oferty), nr 178 (str. 365 oferty), nr 195 (str. 372 oferty), nr 219 (str. 380 oferty), nr 220 (str. 381 oferty), w których Odwołujący dokonał wyceny poszczególnych prętów o średnicach niezgodnych z żądaniami Zamawiającego. Niezgodności te nie stanowią omyłek nie powodujących istotnych zmian w treści oferty. Chcąc poprawić ww. błędy Zamawiający zmuszony byłby wskazać ceny jednostkowe za pręty o innej niż wycenione przez Odwołującego średnicy. Takie działanie Zamawiającego jest niedopuszczalne – jedynym podmiotem, który może wskazać w ofercie cenę za realizację przedmiotu zamówienia lub jego części jest Wykonawca. Zamawiający nie jest uprawniony do samodzielnej jego wyceny tym bardziej, że podana przez Zamawiającego w ramach poprawienia oferty cena byłaby dowolną ceną przyjętą przez Zamawiającego, co z zasady budzi wątpliwości, lub ceną przyjętą po uzgodnieniach z Wykonawcą, na co z kolei nie pozwala art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Twierdzenie Odwołującego zawarte w treści protestu, iż cena za pręty o różnej średnicy jest jednakowa nie może się ostać – Odwołujący nie przedstawił dowodu na tę okoliczność, a Izbie znany jest z urzędu fakt, iż cena na tego rodzaju wyroby nie jest ceną regulowaną. Powyższe działania Zamawiającego stanowiłyby znaczącą ingerencję Zamawiającego w treść oferty i prowadziłyby do zmiany jej treści, wbrew dyspozycji art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Nie sposób przy tym uznać, iż wolą Odwołującego było zaoferowanie prętów o średnicy zgodnej z wymaganiami Zamawiającego, skoro Odwołujący w części wymienionych powyżej pozycji w tytule zawarł prawidłową średnicę prętów, z czego można wnioskować, iż miał świadomość, jakie wymogi postawił Zamawiający, a zaoferował i wycenił pręty o innej średnicy.

Z uwagi na opisane powyżej niezgodności treści złożonej przez Odwołującego oferty z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, nie podlegające poprawie w trybie

art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, za prawidłową Izba uznała decyzję Zamawiającego o konieczności odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Z uwagi na powyższe Izba uznała odwołanie za podlegające oddaleniu.

Inny charakter ma zarzut dotyczący naruszenia art. 24 ustawy Pzp. Zarzut ten Izba uznała za bezpodstawny – Zamawiający nie dokonał wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu, co potwierdził w rozstrzygnięciu protestu.

Za nie udowodniony przez Odwołującego uznać należy zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 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.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 191 ust. 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. Na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b 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 z późn. zm.), kosztami postępowania odwoławczego Izba obciążyła Odwołującego.

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 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Olsztynie**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....