

Sygn. akt: KIO/UZP 1083 /09

**WYROK**  
z dnia 3 września 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:** Jolanta Markowska

**Członkowie:** Luiza Łamejko  
Marzena Teresa Ordysińska

**Protokolant:** Wioletta Paczkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 września 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Eiffage Budownictwo Mitex S.A. Oddział Zachód ul. Św. Michała 43, 61-119 Poznań** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Pałac Książęcy Spółka z o.o. ul. Szprotawska 4, 68-100 Żagań** protestu z dnia 9 lipca 2009 r.

przy udziale wykonawcy xxx zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

przy udziale wykonawcy **Konsorcjum: Budimex Dromex S.A., Przedsiębiorstwo Budowlano - Usługowe „Budopol” S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie,**

2. kosztami postępowania obciąża **Eiffage Budownictwo Mitex S.A. Oddział Zachód ul. Św. Michała 43, 61-119 Poznań** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 462 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Eiffage Budownictwo Mitex S.A. Oddział Zachód ul. Św. Michała 43, 61-119 Poznań**,
- 2) dokonać wpłaty kwoty 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Eiffage Budownictwo Mitex S.A. Oddział Zachód ul. Św. Michała 43, 61-119 Poznań** na rzecz **Pałac Książęcy Spółka z o.o. ul. Szprotawska 4, 68-100 Żagań** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15 538 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Eiffage Budownictwo Mitex S.A. Oddział Zachód ul. Św. Michała 43, 61-119 Poznań**.

### **U z a s a d n i e n i e**

Zamawiający Pałac Książęcy Spółka z o.o. w Żaganiu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na zadanie pn. „Budowa kompleksu turystyczno -rekreacyjnego w Żaganiu”. W dniu 18 marca 2009 r opublikowano ogłoszenie o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2009/S 53 - 076253, a w dniu 19 marca 2009 r. na stronie internetowej zamawiającego.

W dniu 3 lipca 2009 r. zamawiający przekazał wykonawcom informację o wyborze najkorzystniejszej oferty w tym postępowaniu, złożonej przez Konsorcjum: Budimex Dromex S.A. w Warszawie i Przedsiębiorstwo Budowlano -Usługowe "Budopol" S.A. w Bydgoszczy (zwane dalej w skrócie Konsorcjum Budimex-Dromex).

Odwołujący Eiffage Budownictwo Mitex S.A. w Warszawie wniósł protest wobec tej czynności zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zmianami), zwanej dalej Pzp, poprzez nierówne traktowanie wykonawców, przejawiające się w zastosowaniu trybu poprawiania ofert, przewidzianego w art. 87 ust. 2 pkt. 3 Pzp w odniesieniu do Konsorcjum Budimex Dromex przy jednoczesnym zaniechaniu dokonania analogicznej poprawki w ofercie odwołującego, pomimo zaistnienia tożsamyh przesłanek oraz naruszenie art. 87 ust. 2 pkt. 3 Pzp, poprzez zaniechanie poprawienia niezgodności treści oferty odwołującego ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty. Odwołujący wniósł o powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołujący podniósł, co następuje.

Cena zaoferowana przez Konsorcjum Budimex-Dromex wynosiła 23 876 466,26 zł, natomiast odwołujący zaoferował cenę 23.433.285,67 zł, a więc była to cena niższa od ceny oferty zwycięskiej - o kwotę 443.180,59 zł. W toku czynności badania ofert zamawiający poinformował odwołującego, powołując się na pismo z dnia 30 kwietnia 2009 r., iż wobec powtarzających się kosztorysów dotyczących niecek basenów i zbiorników przelewowych, kosztorys należało przygotować według -"przedmiar - niecki basenów i zbiorniki przelewowe" - całość, natomiast z przedmiaru "niecki basenów i zbiorniki przelewowe" należało usunąć powtarzające się pozycje (2, 3, 4, 5) i przygotować kosztorys tylko dla pozycji 1 - "konstrukcje niecek i basenów". Zamawiający przypomniał jednocześnie, że w ofercie odwołującego - w kosztorysie "konstrukcje niecek i basenów" występuje zapis dla wszystkich pozycji kosztorysowych: wartość -"ujęto w tabeli przedmiar niecki basenów i zbiorn. przelew". Zamawiający, działając w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, zwrócił się do odwołującego o wyjaśnienie "w której tabeli wymienionego kosztorysu to ujęto, i w której pozycji". Odwołujący pismem z dnia 30 czerwca 2009 r. odpowiedział, iż „Dla pozycji 1-22 zawartych w elemencie 1 "Konstrukcje niecek i basenów" kosztorysu pn. "Niecki basenów i zbiorników przelewowych" wartości wyceniono w odpowiadających im pozycjach elementów 1 i 2 kosztorysu pn. "Niecki basenów i stref przybasenowych". Jednocześnie, pismem z dnia 1 lipca 2009 r. zamawiający poinformował Konsorcjum Budimex Dromex o ujawnieniu w ofercie tego wykonawcy innej omyłki, polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty. Zamawiający stwierdził, że element 1 - "konstrukcje niecek i basenów" kosztorysu pn. "niecki basenów i zbiorn. przeł." jest sumą

elementów 1 i 2 kosztorysu pn. "przedmiar -niecki basenów i zbiorn. przel." W związku z tym, w oparciu o przepis art. 87 ust. 2 pkt. 3 Pzp dokonał poprawienia ceny oferty o wartość elementu 1 - "Konstrukcje niecek i basenów" kosztorysu pn. "niecki basenów i zbiorn. przel." odejmując wartość kosztorysową elementu 1 kosztorysu pn. "niecki basenów i zbiorn. przel." od ceny oferty, czego skutkiem było zmniejszenie tej ceny do kwoty 23 429 437,52 zł, na co Konsorcjum wyraziło zgodę. Oferta złożona przez Konsorcjum Budimex Dromex została wybrana jako najkorzystniejsza. W ocenie odwołującego wybór tej oferty nastąpił z rażącym naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców.

Odwołujący podniósł, że udzielone przez niego wyjaśnienia wskazywały jednoznacznie na sytuację analogiczną do tej, jaka zaistniała w ofercie Konsorcjum Budimex-Dromex. Z udzielonej odpowiedzi wynika, że element 1 "konstrukcje niecek i basenów" kosztorysu pn. "niecki basenów i zbiorników przelewowych" został przez odwołującego wyceniony w ofercie, a jego wartość została podana w odpowiadających pozycjach elementów 1 i 2 kosztorysu pn. "niecki basenów i stref przybasenowych". Z odpowiedzi tej nie można wyciągnąć wniosku, jak uczynił to zamawiający, że sporny element został wyceniony jeden raz. Wręcz przeciwnie, wyceniono ten element dwukrotnie, a jedynie jego wartość została wpisana w innym kosztorysie, niż uczyniło to Konsorcjum Budimex -Dromex. Zdaniem odwołującego zamawiający zobowiązany był poprawić ofertę odwołującego w trybie art. 87 ust. 2 pkt. 3 Pzp, umniejszając odpowiednio wartości podane w elementach 1 i 2 kosztorysu pn. "Niecki basenów i stref przybasenowych". Wskutek poprawienia tej omyłki cena zaoferowana przez odwołującego winna była zostać zmniejszona o kwotę 262.123,06 zł i wyniosłaby 23.216.686,62 zł. Uwzględniając kryterium cena -100 %, oferta odwołującego winna była zostać wybrana jako najkorzystniejsza w tym postępowaniu.

Do postępowania toczącego się na skutek wniesienia protestu przystąpiło Konsorcjum: Budimex-Dromex wnosząc o oddalenie odwołania.

Zamawiający rozstrzygnął protest przez jego oddalenie. W uzasadnieniu wyjaśnił, że w toku badania i oceny ofert stwierdził w ofertach inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty i na podstawie art. 87 ust. 2 pkt. 3 Pzp dokonał ich poprawy we wszystkich ofertach.

W ofercie złożonej przez Konsorcjum Budimex-Dromex dokonano poprawek zgodnie z pismem z dnia 30 czerwca 2009 r., co spowodowało wzrost ceny oferty o kwotę 668,99 zł netto tj. do kwoty 23 876 466,26 zł (brutto) oraz pismem z dnia 1 lipca 2009 r. - od ceny oferty została odjęta wartość kosztorysowa elementu 1. - "konstrukcje niecek i basenów"

kosztorysu pn. "niecki basenów i zbiorn. przel." w kwocie 447.028,74 zł (brutto). W konsekwencji zaoferowana cena w uległa zmianie do kwoty brutto -23.429.437,52 zł.

W ofercie złożonej przez Eiffage Budownictwo Mitex S.A. zamawiający również dokonał poprawy stwierdzonej omyłki, zgodnie z pismem z dnia 29 czerwca 2009 r., co spowodowało wzrost ceny oferty o kwotę 37 314,76 zł (netto) - cena oferty po poprawie wyniosła 23 478 809,68 zł (brutto). Wykonawca pismem z dnia 30 czerwca 2009 wyraził zgodę na dokonanie poprawek w treści oferty.

W zakresie omyłki związanej z wartością kosztorysową elementu 1 -"konstrukcje niecek i basenów" kosztorysu pn. "niecki basenów i zbiorn. przel.", zamawiający wyjaśnił, że zgodnie z treścią odpowiedzi na pytania wykonawców, pozycja 1 – „konstrukcje niecek i basenów” powinna zostać wyceniona zarówno w kosztorysie sporządzonym na podstawie przedmiaru „przedm. -niecki basenów i zbiorn. przel” jak i w kosztorysie sporządzonym na podstawie przedmiaru „niecki basenów i zbiorn. przel.", a więc podwójnie - w zakresie ilościowym i cenowym, z podaniem cen jednostkowych. Odwołujący nie wycenił tej pozycji w kosztorysie dotyczącym przedmiaru „niecki basenów i zbiorn. przel.", stwierdzając w nim jedynie, że taka pozycja została wyceniona w kosztorysie sporządzonym w oparciu o przedmiar „przedm. -niecki basenów i zbiorn. przel.", co potwierdził w odpowiedzi z dnia 30 czerwca 2009 r. Odwołujący dokonał jednokrotnej wyceny pozycji 1 – „konstrukcje niecek i basenów” w zakresie ilości i ceny - wyłącznie w przedmiarze „przedm. –niecki basenów i zbiorn. przel". Powyższe potwierdza również fakt, że wskazane w kosztorysie sporządzonym na podstawie przedmiaru "przedm. -niecki basenów i zbiorn. przel" ilości robót dla pozycji 1 – „konstrukcje niecek i basenów” odpowiadają ilościom określonym w tym przedmiarze, a nie sumie ilości robót z tej pozycji określonej w „przedm. -niecki basenów i zbiorn. przel” i "niecki basenów i zbiorn. przel.". Ponadto, ceny jednostkowe określone w kosztorysie odwołującego sporządzonym w oparciu o przedmiar „przedm. -niecki basenów i zbiorn. przel" odnoszą się jedynie do ilości w nim wskazanych. Wobec powyższego nie zaistniały podstawy do obniżenia ceny oferty odwołującego o koszty wynikające z przedmiaru „niecki basenów i zbiorn. przel." oraz możliwość dokonania analogicznej poprawki, co w ofercie Konsorcjum Budimex Dromex.

Zamawiający stwierdził, że nie naruszono zasady równego traktowania wykonawców, poprzez nieuzasadnione zastosowanie procedury poprawiania omyłek opisanych w art. 87 ust. 2 pkt. 3 Pzp jedynie w odniesieniu do oferty Konsorcjum Budimex-Dromex, tym bardziej, iż analogiczne poprawki zostały dokonane w ofertach innych wykonawców tj. Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno - Budowlanych SAN -BUD Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Budowlane FAMBUD Sp. z o.o., MASTERS Sp. z o.o., Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Budowlane „JANBUD" Sp. z o.o., DC Engineering Sp. z o.o., Kułak Leszek "OGRÓD" Usługi Ogrodnicze, HEMET Sp. z o.o.

Wykonawca Eiffage Budownictwo Mitex S.A. wniósł odwołanie od oddalenia protestu. Podtrzymał w nim zarzuty dotyczące naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 7 ust. 1 i 3 i art. 87 ust. 2 pkt. 3 Pzp. Wniósł w odwołaniu o nakazanie unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, zgodnie z przepisami ustawy Pzp i zapisami siwz. Podtrzymał w odwołaniu dotychczasową argumentację, a ponadto podkreślił, że zamawiający nie poinformował odwołującego o fakcie zdublowania elementu 1 w kosztorysach, ani o tym, że odkrył opisany powyżej błąd w toku badania ofert. Taką informację zamawiający przekazał natomiast Konsorcjum Budimex-Dromex w piśmie z dnia 1 lipca 2009r. Powyższe wskazuje na rażące naruszenie przez zamawiającego zasady równego traktowania wykonawców.

Wskazał, że błędna interpretacja przez zamawiającego udzielonej przez odwołującego odpowiedzi nie może skutkować negatywnie dla odwołującego.

Konsorcjum Budimex-Dromex przystąpiło do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Wniosło o oddalenie odwołania, podnosząc, iż sytuacja faktyczna odwołującego i przystępującego nie są tożsame, biorąc pod uwagę treść ofert złożonych przez wykonawców - w zakresie dotyczącym pozycji 1 – konstrukcje niecek i basenów. W ocenie przystępującego pozycja ta została wyceniona w ofercie odwołującego tylko raz, podczas gdy zamawiający wymagał podwójnej jej wyceny.

Krajowa Izba Odwoławcza, w wyniku analizy dokumentów przedłożonych do akt sprawy, oryginalnej dokumentacji postępowania oraz wyjaśnień stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożonych na rozprawie, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

KIO stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem prawnym w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. W przedmiotowym postępowaniu zostało złożonych 9 ofert. Ośmiu wykonawców spełnia warunki udziału w postępowaniu, jeden wykonawca został wykluczony z postępowania. Odwołujący złożył ofertę z najniższą ceną. Po dokonaniu poprawek w ofertach, oferta odwołującego uzyskała drugą pozycję w rankingu ofert, biorąc pod uwagę kryterium oceny ofert – 100% najniższa cena. Izba uznała, że interes prawny odwołującego w uzyskaniu zamówienia mógłby doznać uszczerbku w przypadku potwierdzenia się naruszenia przez zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp, poprzez dokonanie poprawki w ofercie Konsorcjum Budimex-Dromex, przy jednoczesnym zaniechaniu dokonania analogicznej poprawki w ofercie odwołującego, co skutkowałoby

uznaniem oferty złożonej przez odwołującego za najkorzystniejszą w przedmiotowym postępowaniu.

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający dokonał wyjaśnień treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia - na pytanie wykonawcy z dnia 30 kwietnia 2009 r. o treści: "W związku z brakiem odpowiedzi dotyczącej nakładających się przedmiarów robót zamieszczonych przez Zamawiającego w specjalnym katalogu na stronie internetowej, prosimy ponownie o pilną odpowiedź czy należy korzystać z przedmiaru "niecki basenów i zbiorn. przel." czy „przedm. -niecki basenów i zbiorn. przel.”, ponieważ w obu przedmiarach pojawiają się te same pozycje, z tymi samymi ilościami. Brak odpowiedzi uniemożliwia przygotowanie prawidłowej oferty.", udzielił odpowiedzi o treści: "Kosztorys należy przygotować według „przedm. -niecki basenów i zbiorn. przel.” -całość natomiast z przedmiaru „niecki basenów i zbiorn. przel.” należy usunąć powtarzające się pozycje (2,3,4,5) i przygotować kosztorys tylko dla pozycji 1-konstrukcje niecek i basenów".

Zgodnie zatem z treścią powyższych wyjaśnień, pozycja 1 – „konstrukcje niecek i basenów” powinna zostać wyceniona podwójnie tj. zarówno w kosztorysie sporządzonym na podstawie przedmiaru „przedm. -niecki basenów i zbiorn. przel.” jak i w kosztorysie sporządzonym na podstawie przedmiaru „niecki basenów i zbiorn. przel.” - w zakresie ilościowym i wartościowym, z podaniem cen jednostkowych, czego strony nie kwestionowały. W toku rozprawy strony zgodnie też potwierdziły, że nazwy kosztorysów „niecki basenów i stref przybasenowych” i „przedmiar - niecki basenów i stref przelewowych” mogą być używane zamiennie, gdyż obejmują ten sam zakres robót, podobnie jak kosztorys o nazwie „niecki basenów i stref przelewowych”, z tym, że element 1 kosztorysu „niecki basenów i stref przelewowych” odpowiada dwóm elementom – 1 i 2 kosztorysu „przedm. - niecki basenów i zbiorn. przel.” lub „niecki basenów i stref przybasenowych”.

Konsorcjum Budimex-Dromex złożyło ofertę zawierającą m.in.:

1. Kosztorys 2 pn. „Przedm. – niecki basenów i zbiorn. przel.”, w którym wyceniono wszystkie pozycje, w tym pozycje zawarte w elemencie 1 i 2,
2. Kosztorys 3 pn. „Niecki basenów i zbiorn. przel.”, w którym uwzględniono pozycje tylko elementu 1 pn. „konstrukcje niecek i basenów” w tytule „niecki basenów i strefy przybasenowe z wykończeniem krytej pływalni” z dopiskiem „zgodnie z odpowiedzią INWESTORA tylko poz.1”.

Treść powyższych kosztorysów potwierdza jednoznacznie, że Konsorcjum Budimex-Dromex wyceniło w ofercie pozycje zawarte w elemencie 1 kosztorysu „niecki basenów i zbiorn. przel.” - w tym kosztorysie, pomijając elementy od 2 do 5, zgodnie z wymaganiami zamawiającego oraz w kosztorysie „Przedm. – niecki basenów i zbiorn. przel.” W ofercie Konsorcjum Budimex-Dromex element 1 – „konstrukcje niecek i basenów” kosztorysu

pn. „Niecki basenów i zbiorn. przel.” stanowi sumę elementów 1 i 2 kosztorysu pn. „Przedmiar-niecki basenów i zbiorn. przel.” W toku postępowania odwołujący nie podważał zgodności wyceny robót w powyższym zakresie z wymaganiami zamawiającego.

Odwołujący w swojej ofercie przedłożył m.in.:

1. Kosztorys ofertowy pn. „Niecki basenów i zbiorników przelewowych”, w którym dla wszystkich pozycji, w tym dla 22 pozycji zakresu 1 – „konstrukcje niecek i basenów” przypisano adnotację „ujęto w tabeli przedmiar niecki basenów i zbior. przel.” Wartość kosztorysową robót wynikających z tego kosztorysu odwołujący wycenił na 0,00 zł.
2. Kosztorys ofertowy pn. „Niecki basenów i stref przybasenowych”, w którym wyceniono wszystkie pozycje, w tym element 1 i 2.

W dniu 29 czerwca 2009 r. zamawiający zwrócił się do odwołującego o wyjaśnienie - w której tabeli przedmiaru i w której pozycji zostały ujęte pozycje elementu 1 kosztorysu „Niecki basenów i zbiorników przelewowych”. Odwołujący wyjaśnił (pismo z 30 czerwca 2009r.), że „dla pozycji 1-22 zawartych w elemencie 1 „konstrukcje niecek i basenów” kosztorysu pn. „niecki basenów i stref przelewowych” wartości wyceniono w odpowiadających im pozycjach elementów 1 i 2 kosztorysu pn. „niecki basenów i stref przybasenowych”. Zarówno w odwołaniu jak i w toku rozprawy odwołujący twierdził, że pozycje zawarte w elemencie 1 kosztorysu „niecki basenów i zbior. przel.” zostały wycenione podwójnie w pozycjach elementu 1 i 2 kosztorysu „niecki basenów i stref przybasenowych”.

Izba uznała, że powyższe twierdzenie odwołującego nie znajduje jednak oparcia w treści kosztorysu pn. „niecki basenów i stref przybasenowych”. Wskazane w złożonym kosztorysie „niecki basenów i stref przybasenowych” ilości robót dla elementu 1 – „konstrukcje niecek i basenów” odpowiadają ilościom określonym w tym przedmiarze "przedm. -niecki basenów i zbiorn. przel", a nie sumie ilości robót, ujętych w tym elemencie, określonej w obu przedmiarach. W ocenie Izby, podnoszony przez odwołującego brak zgody zamawiającego na dokonywanie przez wykonawców zmian ilości w pozycjach kosztorysów w stosunku do przedmiarów, nie usprawiedliwia nie wykazania przez odwołującego w toku postępowania, że zarówno ilości, jak i wartość pozycji, które miały być wycenione w obu omawianych kosztorysach, rzeczywiście zostały ujęte łącznie w kosztorysie „niecki basenów i stref przybasenowych”. Z porównania obu ofert (odwołującego i Konsorcjum Budimex-Dromex) wynika, że ceny jednostkowe określone w kosztorysie odwołującego „niecki basenów i stref przybasenowych”, znajdują się na poziomie cen zaoferowanych przez przystępującego, co nie potwierdza faktu podwójnego ich zawyżenia. Odwołujący twierdził, że ujął zwiększone ilości w cenach jednostkowych wykazanych w pozycjach elementu 1 i 2 kosztorysu „niecki basenów i stref przybasenowych” – oświadczył, że dwukrotnie zawyżył ceny jednostkowe we wszystkich pozycjach elementów 1 i 2 kosztorysu „niecki basenów



i stref przybasenowych” i wskazał na możliwość takiego obniżenia kosztów jednostkowych przez firmę odwołującego. Dwukrotne zawyżenie cen jednostkowych poszczególnych pozycji kosztorysu należy, zdaniem Izby, uznać za błędne i niedopuszczalne przy wycenie robót budowlanych, gdyż uniemożliwia prawidłowe ich rozliczenie, w szczególności w ramach wynagrodzenia kosztorysowego, które zostało przewidziane w tym postępowaniu, zgodnie z treścią § 5 ust. 4 wzoru umowy.

Izba stwierdziła w tych okolicznościach, iż brak jest podstaw do uznania, że odwołujący dokonał dwukrotnej (lub podwójnej) wyceny elementu 1 -konstrukcje niecek i basenów - w zakresie ilości i ceny w ramach przedmiaru „przedm. -niecki basenów i strefy przybasenowe”, biorąc pod uwagę niespójność wyjaśnień odwołującego oraz nie przedstawienie jakichkolwiek dowodów na potwierdzenie składanych wyjaśnień.

Należy zauważyć, że jednokrotna wycena elementu 1 jest formalnie niezgodna z wymaganiami zamawiającego i mogłaby zostać uznana za podstawę do odrzucenia oferty, gdyby rzeczywisty zakres robót - przedmiot zamówienia - obejmował podwójne wykonanie przedmiotowych robót. Biorąc pod uwagę wyjaśnienia zamawiającego, iż wymaganie dotyczące podwójnej wyceny elementu 1 jest wynikiem błędu zamawiającego, a roboty nie będą wykonywane podwójnie, działanie zamawiającego polegające na dokonaniu poprawek w ofertach wykonawców, poprzez skorygowanie zbędnej wyceny elementu 1 w kosztorysie „niecki basenów i zbiorn.przel.”, która nie powinna mieć miejsca w świetle opisu przedmiotu zamówienia można uznać za uzasadnione. Błąd popełnił zamawiający, a jego konsekwencje nie powinny obciążać wykonawców. Zamawiający nie mógł, wobec tego, odrzucić ofert zawierających jednokrotną wycenę elementu 1, gdyż były one zgodne z zakresem robót wynikających z opisu przedmiotu zamówienia (dokumentacja projektowa i techniczna). Aby możliwa była jednak ocena ofert w postępowaniu, oferty muszą być porównywalne. Poprawienie ofert, poprzez odjęcie od ceny oferty - wartości robót, które zbędnie zostały wycenione, stanowi doprowadzenie złożonych ofert do stanu ich porównywalności i zgodności z opisanym przedmiotem zamówienia. W tym stanie rzeczy zamawiający dokonał ww. poprawek w ofercie Konsorcjum Budimex-Dromex, poprzez odjęcie od ceny oferty wartości robót zdublowanych, które nie będą wykonywane, natomiast, z uwagi na brak podwójnej wyceny tych robót w ofercie odwołującego, nie mógł obniżyć odpowiednio ceny oferty odwołującego, a tym samym dokonać analogicznej poprawki, co w ofercie Konsorcjum Budimex-Dromex. W tych okolicznościach KIO uznała, że nie zaistniały przesłanki do zastosowania przez zamawiającego w przypadku oferty odwołującego trybu określonego w art. 87 ust. 2 pkt. 3 Pzp, dotyczącego możliwości poprawy innych omyłek, niepowodujących istotnych zmian treści oferty.

W konsekwencji powyższego, Izba nie znalazła również podstaw do stwierdzenia zasadności zarzutu naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, poprzez

nierówne traktowanie wykonawców, przejawiające się w zastosowaniu trybu poprawiania ofert, przewidzianego w art. 87 ust. 2 pkt. 3 Pzp w odniesieniu do Konsorcjum Budimex-Dromex, przy jednoczesnym zaniechaniu dokonania analogicznej poprawki w ofercie odwołującego, pomimo zaistnienia tożsamyh przesłanek.

Izba uznała, że działanie zamawiającego, polegające na braku pisemnego zawiadomienia wszystkich wykonawców (w tym odwołującego) o stwierdzeniu błędu w postaci nieuzasadnionego przedmiotem zamówienia zdublowania części robót w przedmiarach, na podstawie których wykonawcy sporządzali kosztorysy ofertowe oraz o sposobie jego skorygowania, potwierdza nierówne potraktowanie wykonawców w powyższym zakresie. Izba uznała przy tym, że naruszenie to nie miało i nie może mieć istotnego wpływu na wynik postępowania, a wobec tego stosownie do brzmienia art. 191 ust. 1 a Pzp nie może uzasadniać uwzględnienia odwołania.

Biorąc za podstawę stan rzeczy, ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art.191 ust.1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych stosownie do wyniku postępowania. Izba uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w wysokości 3 600,00 zł, na podstawie faktury złożonej do akt sprawy stosownie do brzmienia § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze 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 ze zmianami) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Zielonej Górze**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....