

Sygn. akt: KIO 1998/12

WYROK
z dnia 1 października 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Stręciwiłk

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 października 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 września 2012 r. przez wykonawcę **P..... D..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: PLESS-BRAM P..... D....., ul. Katowicka 81, 43-200 Pszczyna** w postępowaniu prowadzonym przez **Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Kobiór, ul. Katowicka 141, 43-211 Piasek**

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża **wykonawcę P..... D..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: PLESS-BRAM P..... D....., ul. Katowicka 81, 43-200 Pszczyna** i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **wykonawcę P..... D..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: PLESS-BRAM P..... D....., ul. Katowicka 81, 43-200 Pszczyna** tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2 zasądza od **wykonawcę P..... D..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: PLESS-BRAM P..... D....., ul. Katowicka 81, 43-200 Pszczyna** na rzecz **Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Kobiór, ul. Katowicka 141, 43-211 Piasek** kwotę: **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) 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

Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Kobiór (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „*Remont ogrodzenia zewnętrznego Rezerwatu Żubrowisko w Nadleśnictwie Kobiór - tura III*”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej: „*ustawa Pzp*”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 24 sierpnia 2012 r. pod nr 183769.

W postępowaniu tym wykonawca P..... D..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą: PLESS-BRAM P..... D..... z siedzibą w Pszczynie (dalej: „Odwołujący”) w dniu 19 września 2012 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Złożone odwołanie dotyczy czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego. Informacja o tej czynności została przekazana Odwołującemu w dniu 14 września 2012 r. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w dniu 19 września 2012 r.

Izba po przeprowadzeniu czynności formalno prawnych związanych z wniesionym odwołaniem postanowiła skierować odwołanie do rozpoznania na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron, a następnie na rozprawie. Posiedzenie oraz rozprawa w przedmiotowej sprawie odbyły się w dniu 1 października 2012 r.

Uwzględniając pisma złożone w sprawie odwołania oraz oświadczenia złożone w trakcie rozprawy Izba ustaliła następujące stanowiska stron postępowania odwoławczego:

I. Stanowisko Odwołującego

Odwołujący w swoim odwołaniu zaskarżonej czynności Zamawiającego zarzucił:

1. naruszenie art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty z naruszeniem przepisów ustawy polegającym na odrzuceniu oferty Odwołującego i tym samym pominięcie go podczas wyboru oferty,

2. art. 26 ust. 3 i ust. 4 w zw. z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dokumentów potwierdzających spełnienie wymagań wskazanych w SIWZ;
3. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”) mimo, iż treść oferty była zgodna z katalogiem nakładów rzeczowych (dalej: „KNR”), pobranym w przedmiarze robót Zamawiającego,
4. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust 2 ustawy Pzp, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia przez zmianę opisu robót w stosunku do opisu KNR, co utrudnia uczciwą konkurencję, a tym samym nie zapewnienie zasad uczciwej konkurencji w postępowaniu.

Jednocześnie Odwołujący zażądał: unieważnienia czynności Zamawiającego polegających na odrzuceniu oferty Odwołującego i wyborze najkorzystniejszej oferty DENDROBUD A. K....., A. K..... Spółka Jawna w Gilowicach oraz nakazanie Zamawiającemu wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień i dokumentów potwierdzających spełnienie wymagań wskazanych w SIWZ oraz przeprowadzenie powtórnego badania i oceny ofert z udziałem Odwołującego.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący podniósł następujące okoliczności:

Stanowisko i argumentacja Zamawiającego o tym, iż oferta Odwołującego nie odpowiada wymaganiom SIWZ, gdyż Odwołujący w ofercie założył niezgodne z wymaganiami zestawienie materiałów, a to w zakresie farby nawierzchniowej – zdaniem Odwołującego - nie zasługuje na uwzględnienie. Odwołujący wskazał, że sporządził ofertę zgodnie z pobranymi od Zamawiającego Tabelami przedmiaru robót, zawierającym jednostki Katalogu Nakładów Rzeczowych tzw. KNR. Odwołujący przygotował swoją ofertę zgodnie z kilkucyfrowym i numerami poszczególnych KNR-ów wskazanych przez Zamawiającego w przedmiarze robót. Zdaniem Odwołującego Zamawiający naruszył art. 26 ust. 3 i ust. 4 w zw. z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż jego obowiązkiem było wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień lub dokumentów. Podkreślił, że w swojej ofercie Odwołujący sporządził zestawienie materiałów według kodów KNR wymaganych przez Zamawiającego zgodnie z przedmiarem robót. Tym samym - zdaniem Odwołującego - Zamawiający naruszy art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej z SIWZ mimo, iż treść oferty była zgodna z katalogiem nakładów rzeczowych, pobranym w przedmiarze robót Zamawiającego. W ofercie odwołującego znalazły się roboty objęte dokładnie takimi samymi numerami KRN-ów jak w tabelach przedmiaru robót udostępnionych przez Zamawiającego. Według niego Zamawiający winien był wezwać Odwołującego do złożenia wyjaśnień tym bardziej, iż leżało to w interesie Zamawiającego, gdyż oferta Odwołującego

była tańsza niż oferta wykonawcy wyłonionego w drodze przetargu. Podkreślił, że gdyby Zamawiający wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień, to oferta Odwołującego zostałaby wyłoniona w przetargu jako najkorzystniejsza cenowo. Dlatego też – jego zdaniem - Zamawiający naruszył również art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, gdyż dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty z naruszeniem przepisów ustawy polegającym na odrzuceniu oferty Odwołującego i tym samym pominięcie go podczas wyboru oferty najkorzystniejszej. Zdaniem Odwołującego Zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust 2 ustawy Pzp, gdyż opisał przedmiotu zamówienia w ten sposób, iż zmienił opis robót w stosunku do opisu KNR. Takie zachowanie utrudnia uczciwą konkurencję, a tym samym nie zapewnienie zasad uczciwej konkurencji w postępowaniu.

W toku rozprawy Odwołujący podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko i wniósł o uwzględnienie odwołania.

II. Stanowisko Zamawiającego

Zamawiający w dniu 1 października 2012 r. złożył do akt sprawy pisemną odpowiedź na odwołanie (pismo z dnia 28 września 2012 r.), w której wniósł o:

- 1) odrzucenie, bądź oddalenie odwołania;
- 2) obciążenie Odwołującego kosztami postępowania, w tym zasądzenie na jego rzecz kwoty: 4350,00 zł z tytułu kosztów dojazdu na rozprawę osób umocowanych oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

W swojej odpowiedzi na odwołanie wskazał na konieczność odrzucenia odwołania z uwagi na brak wypełnienia przez Odwołującego przesłanki interesu z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Podkreślił, że w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jedynym kryterium oceny ofert była cena, a oferta Odwołującego nie była najkorzystniejsza. Wskazał, że oferta najtańsza została odrzucona z powodu niemal analogicznego błędu. Według niego gdyby odwołanie uwzględnić zgodnie z wnioskiem Odwołującego należałoby również dać możliwość wykonawcy z najniższą ceną poprawienia swojego błędu i to on wówczas wygrałby przetarg.

Na wypadek niepodzielenia tej argumentacji przez Izbę Zamawiający wskazał na konieczność oddalenia odwołania z uwagi na niesłuszne zarzuty podnoszone przez Odwołującego. Według Zamawiającego oferta Odwołującego nie była zgodna z SIWZ, nie uwzględniała bowiem istotnego dla Zamawiającego i wyraźnie w kilku miejscach sprecyzowanego żądania, tj. zastosowania dla malowania siatki ogrodzeniowej farby dwuskładnikowej poliuretanowej w kolorze szarym. Podkreślił, że opis wymogów SIWZ w tym zakresie został zawarty w pozycji 10 i 22 przedmiaru robót (złącznik nr 1 do SIWZ)

poprzez wyraźne, odmienne od dosłownego brzmienia normy KNR7-120211/02, jak i w przywołanej obok tej Normy Szczegółowej Specyfikacji Technicznej nr 2 (SST-2) w pozycjach: 1.3 i 2.1. Wskazał, że Odwołujący tymczasem zaoferował farbę epoksydową w kolorze czerwonym i czarnym. Zamawiający wskazał dodatkowo, że występujące różnice pomiędzy tymi farbami i ich zastosowanie zostały określone w piśmie załączonym do odpowiedzi na odwołanie, w którym zawarto w tym zakresie wyjaśnienia Pana J..... K....., które zostało także poparte krótkimi charakterystykami obu farb. Zamawiający wskazał, że zaistniały zatem podstawy do odrzucenia oferty Odwołującego jako sprzecznej w SIWZ w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, a jednocześnie nie zaistniały przesłanki do poprawienia tej niezgodności jako oczywistą omyłkę pisarską, rachunkową, czy inną omyłkę, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, zmiana farby jest bowiem zmianą istotną zarówno z punktu widzenia technologicznego, jak i cenowego.

Według Zamawiającego chybione są także zarzuty naruszenia art. 26 ust. 3 i 4 w związku z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Podkreślił, że przepisy ustawy Pzp nie przewidują wezwania do złożenia wyjaśnień w odniesieniu do SIWZ odnoszą się bowiem do dokumentów, o których mowa w przepisach rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2012 r. (Dz. U. Nr 226, poz. 1817). Podkreślił także, że Zamawiający nie ma obowiązku, ale jedynie prawo do żądania wyjaśnień treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Podkreślił także, że niezasadny jest zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 w związku z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp. Zwrócił uwagę, że Zamawiający ma prawo do indywidualnego opisu swoich oczekiwań z tym, że muszą być one jednakowe dla wszystkich, aby zachowane były zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Wskazał, że KNR-y są jedynie instrumentem pomocniczym określającym konkretny element składający się na przedmiot umowy i z uwagi na postęp techniczny są w znacznym stopniu uogólnione. Z tych też względów Zamawiający w przedmiarze robót dodatkowo przywołał pozycję SST-2, a dodatkowo powtórzył zapisy z poz. 10 i 22 przedmiaru zawarte w pkt 1.3 i 2.1, przedstawiając w tym zakresie swoje oczekiwania w sposób przejrzysty i zrozumiały dla uczestników postępowania. Dodatkowo podniósł, że w odniesieniu do poz. 11 i 12 przedmiaru (siatka) Odwołujący wątpliwości nie miał i pomimo zapisów zawartych w przedmiarze odbiegał od dosłownego brzmienia przywołanego tam KNR-u i w tym zakresie oferta Odwołującego była zgodna z SIWZ. Podkreślił, że jeśli Odwołujący miał wątpliwości co do zapisów przedmiaru powinien był skorzystać z uprawnienia zadania zapytania do treści SIWZ.

W toku rozprawy Zamawiający podtrzymał wnioski zawarte w odpowiedzi na odwołanie i wniósł o jego oddalenie.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również stanowiska stron postępowania, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, a skutkujących odrzuceniem odwołania w całości. W ocenie Izby – uwzględniając dotychczasowe stanowisko wyrażane w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów powszechnych rozpoznających skargi na orzeczenia Izby – wskazywanie przez Zamawiającego na brak interesu we wniesieniu odwołania po stronie Odwołującego stanowi przesłankę materialnoprawną badanego odwołania, ocenianą w trybie art. 179 ust. 1 ustawy Pzp na rozprawie i jej wypełnienie może stanowić podstawę oddalenia odwołania, a nie jego odrzucenia.

W drugiej kolejności Izba ustaliła, że Odwołujący ma interes w złożeniu odwołania. W tym przypadku Odwołujący, którego ofertę odrzucono i który tę czynność zaskarża w trybie odwoławczym w wystarczający sposób wskazuje na swój uszczerbek z uzyskaniem zamówienia. Argument Zamawiającego, iż wykazywane przez Odwołującego podstawy przywrócenia do postępowania oferty Odwołującego stanowiłyby także podstawę do przywrócenia do postępowania oferty innego wykonawcy, korzystniejszej dla Zamawiającego, co pozbawiałoby Odwołującego szans na uzyskanie niniejszego zamówienia, w ocenie Izby są zbyt daleko idącym przypuszczeniem na tym etapie postępowania o zamówienie publiczne i nie zasługują na uwzględnienie.

Izba, rozpoznając odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu, uznała je za niezasadne. W tym zakresie Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy złożone odwołanie, w drodze publicznego ogłoszenia o zamówieniu w dniu 24 sierpnia 2012 r.

W zamieszczonej na stronie internetowej SIWZ Zamawiający w pkt 3 SIWZ dokonał opisu przedmiotu zamówienia, wskazując tam jednocześnie, że szczegółowo przedmiot zamówienia określa Szczegółowa Specyfikacja Techniczna (SST). W pkt 11 SIWZ wskazał na konieczność złożenia w ramach oferty formularza ofertowego wraz ze szczegółowym kosztorysem ofertowym. W pkt 13 SIWZ, który określał sposób obliczenia ceny Zamawiający wskazał, że oferent ma wycenić każdą pozycję swojej oferty z uwzględnieniem wszystkich prac, materiałów i narzędzi oraz prac towarzyszących, a wyceniane pozycje należy szczegółowo zsumować i dodać właściwe narzuty, podając cenę brutto, przy czym należy uwzględnić przepisy dotyczące podatku VAT dla wymienionych usług obowiązujące na dzień otwarcia ofert. We wzorze umowy stanowiącym załącznik do SIWZ Zamawiający określił jako obowiązujące dla niniejszego zamówienia wynagrodzenie kosztorysowe (§ 2 ust. 2), gdzie także wskazano, że wynagrodzenie umowne odpowiada zakresowi robót przedstawionemu w przedmiarach robót, które zostały także załączone do SIWZ. W przedmiarze robót Zamawiający opisał sporne pozycje w następujący sposób:

- poz. 9 (KNR 7-12 0205/02, SST-2) – malowanie pędzlem farbami do gruntowania epoksydowymi konstrukcji stalowych kratowych - dwuskładnikowa farba gruntująca na bazie żywicy epoksydowej z dodatkiem pigmentu i pyłu cynkowego;
- poz. 10 (KNR 7-12 0211/02, SST-2) – malowanie pędzlem farbami nawierzchniowymi i emaliami epoksydowymi konstrukcji stalowych kratowych - dwuskładnikowa farba nawierzchniowa na bazie poliuretanu (kolor metaliczny zbliżony do cynku – wzornik do zaakceptowania przez inwestora);
- poz. 21 (KNR 7-12 0205/02, SST-2) – malowanie pędzlem farbami do gruntowania epoksydowymi konstrukcji stalowych kratowych - dwuskładnikowa farba gruntująca na bazie żywicy epoksydowej z dodatkiem pigmentu i pyłu cynkowego;
- poz. 22 (KNR 7-12 0211/02, SST-2) – malowanie pędzlem farbami nawierzchniowymi i emaliami epoksydowymi konstrukcji stalowych kratowych - dwuskładnikowa farba nawierzchniowa na bazie poliuretanu (kolor metaliczny zbliżony do cynku – wzornik do zaakceptowania przez inwestora).

W Szczegółowej Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót (SST-2) Zamawiający wskazał:

- w pkt 1.3 na przygotowanie powierzchni do nałożenia powłoki i nałożenia powłoki podkładowej z farby epoksydowej i wykonanie powłoki nawierzchniowej poliuretanowej.

- w pkt 2.1, że zastosowane do malowania materiały muszą spełniać określone wymogi, w tym farba nawierzchniowa jest farbą poliuretanową bez wypełniacza płatkowego, dającą krycie powierzchni w jednej powłoce o założonej grubości i kolorze.

W postępowaniu zostały złożone cztery oferty, w tym oferta Odwołującego. W swojej ofercie Odwołujący w poz. 9, 10, 20 i 21 kosztorysu ofertowego, wskazując na opisane w przedmiarze robót KNR-y w opisie pozycji wskazał na malowanie farbami epoksydowymi. W opisie materiałów we wskazanych pozycjach także wskazał na farbę epoksydową.

Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach postępowania, wskazując na wybór jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez DENDROBUD A. K....., A. K..... Spółka Jawna z siedzibą w Gliwicach oraz na odrzucenie trzech pozostałych ofert, w tym oferty Odwołującego. Oferta Odwołującego została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zamawiający uzasadnił tę czynność wskazując, że w poz. 9, 10, 20 i 21 kosztorysu ofertowego wskazano do wykonania malowania farby epoksydowe, tymczasem Zamawiający wymagał farby nawierzchniowej na bazie poliuretanu, która jest odporna na działanie promieni UV w przeciwieństwie do farb epoksydowych.

Odwołujący od powyższej czynności Zamawiającego złożył odwołanie.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia faktyczne Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że oferta Odwołującego podlegała odrzuceniu w postępowaniu jako sprzeczna z SIWZ. W pierwszej kolejności wskazać należy, że w przedmiotowym postępowaniu o zamówienie publiczne Zamawiający wyraźnie określił, że dla robót budowlanych, które zostały objęte przedmiotem zamówienia wiążące będzie wynagrodzenie kosztorysowe. W takim więc przypadku istotnym dla badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu był kosztorys ofertowy, który należało sporządzić w oparciu o przedmiar robót przygotowany przez Zamawiającego, a także uwzględniając w tym zakresie dokumentację techniczną (SST). W takim więc przypadku każda ewentualna niezgodność w treści kosztorysu ofertowego z przedmiarem robót ma znaczenie dla oceny merytorycznej treści oferty wykonawcy. W takim przypadku zasadnym także jest ocena takiej niezgodności w kontekście dyspozycji art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. W drugiej kolejności stwierdzić należało, że w ofercie Odwołującego zaoferowane do wykonania robót budowlanych farby, które nie były zgodne z zapisami zawartymi w opisie pozycji w przedmiarach robót. W poz. 9, 10 20 i 21 kosztorysu ofertowego zaoferowano bowiem farbę epoksydową, podczas gdy z zapisów zawartych w przedmiarze robót wynika, że Zamawiający oczekiwał farby dwuskładnikowej na bazie poliuretanu. Podstawą do odrzucenia oferty nie mógł być kolor farby z racji braku konkretnych wymogów w tym zakresie w SIWZ. Niewątpliwym zatem jest,

że w opisie pozycji kosztorysu ofertowego Odwołującego, jak i w wykazie materiałów dla tych pozycji kosztorysowych, zaoferowano farbę odmienną od oczekiwanej przez Zamawiającego. Pełnomocnik Odwołującego w toku rozprawy wskazał, że zaoferował farbę poliuretanową jednak nie był w stanie wskazać w treści oferty zapisów, które na powyższe wskazywałyby. Powoływanie się na KNR-y w tym przypadku nie może mieć znaczenia bowiem Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia wyraźnie określił rodzaj farb, które mają być zastosowane do malowania. KNR-y mają charakter na tyle ogólny, że doprecyzowanie, jakie w tym zakresie Zamawiający wprowadził tak do przedmiaru, jak i SST-2, która także została przywołana w przedmiarze robót, wyraźnie i w sposób niewątpliwy potwierdzało wymagania Zamawiającego co do zastosowania farby poliuretanowej (dwuskładnikowej). Zamawiający – w ocenie Izby – także wykazał, że obydwa rodzaje farb różnią się od siebie pod kątem ich właściwości i możliwości stosowania na zewnątrz. Twierdzenia przeciwne Odwołującego nie zostały w żaden sposób wykazane. Przedłożone przez Odwołującego karty charakterystyki dwóch farb, w ocenie Izby, nie miały w tym przypadku znaczenia, wobec wymagania SIWZ co do oczekiwanych przez Zamawiającego farb. Warto także podkreślić, że Odwołujący nie był w stanie wskazać, jakiej farby dotyczyła przedłożona charakterystyka farby Noblies Chlorokauczuk. Odwołujący wskazał, że jest to raczej farba epoksydowa, ale nie wskazał na konkretne zapisy tej charakterystyki, które na powyższe wskazywałyby. Okoliczność, na którą wskazane charakterystyki zostały przedłożone to wykazanie niewielkich różnic występujących między tymi farbami i możliwość stosowania farby epoksydowej na zewnątrz. Izba uznała, że powyższe okoliczności są niezasadne do wykazywania na tym etapie postępowania (badanie i ocena ofert oraz wybór oferty najkorzystniejszej). Skoro Zamawiający wymagał do zastosowania w niniejszym postępowaniu farby poliuretanowej, a Odwołujący stwierdzał, że możliwa byłaby także tym przypadku do zastosowania farba epoksydowa powinien był zwrócić się w tym zakresie z zapytaniem do Zamawiającego na etapie postanowień SIWZ, bądź ewentualnie zaskarżyć te zapisy SIWZ. Na tym etapie postępowania, jeśli Odwołujący złożył ofertę wbrew zapisom SIWZ powinien był liczyć się z konsekwencją uznania tej oferty za sprzeczną z SIWZ.

W ocenie Izby wskazana niezgodność z SIWZ treści oferty Odwołującego przy kosztorysowym charakterze wynagrodzenia umownego, nie nadaje się do poprawienia. W tym przypadku bowiem dla wypełnienia dyspozycji wskazanego przepisu ustawy Pzp należałoby dokonać takich czynności, jak zwrócenie się do wykonawcy o opis i nową wycenę czterech pozycji kosztorysu ofertowego. W oparciu o samą treść oferty nie byłoby bowiem możliwe dokonanie poprawienia treści wadliwie opisanych i wycenionych pozycji kosztorysowych. Tym samym takie czynności, jak nowa wycena pozycji kosztorysowych po

upływie terminu składania ofert stanowiłaby czynność polegającą na prowadzeniu negocjacji z wykonawcą co do treści oferty, niedopuszczalną w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba oparła się na art. 192 ust. 9 oraz 10 ustawy Pzp. W oparciu o wskazane przepisy obciążyła nimi Odwołującego stosownie do wyniku postępowania. Wśród kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez stronę Zamawiającą Izba, w oparciu o rachunki przedłożone do akt sprawy przed zamknięciem rozprawy, uwzględniła - stosownie do regulacji zawartej w § 3 pkt 2 lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym w sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego w wysokości 3 600 zł. Izba nie uwzględniła kosztów dojazdu PKP (Intercity) na posiedzenie i rozprawę Izby, zgłoszonych przez Zamawiającego w kwocie 750,00 zł w spisie kosztów, z uwagi na nieprzedłożenie formalnego rachunku w tym zakresie, wskazującego na faktyczne poniesienie tych kosztów przez Zamawiającego.

Przewodniczący: