

**Sygn. akt: KIO/1928/10**

**WYROK**  
**z dnia 22 września 2010 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Emil Kuriata**

**Protokolant: Mateusz Michalec**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **21 września** 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu **7 września** 2010 r. przez **Sport Grupa Sp. z o.o., 04-266 Warszawa, ul. Świetlicka 14** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gmina Chojnice, 89-600 Chojnice, ul. 31 Stycznia 56a,**

przy udziale wykonawcy **Speed Sport Sp. z o.o., ul. Staniewicka 1, 03-310 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża **Sport Grupa Sp. z o.o., 04-266 Warszawa, ul. Świetlicka 14** i nakazuje:

- 1) zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Sport Grupa Sp. z o.o., 04-266 Warszawa, ul. Świetlicka 14** tytułem wpisu od odwołania,
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Sport Grupa Sp. z o.o., 04-266 Warszawa, ul. Świetlicka 14** na rzecz **Gminy Chojnice, 89-600 Chojnice, ul. 31 Stycznia 56a** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu zastępstwa prawnego Zamawiającego, opłaty skarbowej od pełnomocnictwa oraz kosztów dojazdu na posiedzenie Krajowej Izby Odwoławczej.

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

**Przewodniczący:**

.....

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

Zamawiający – Gmina Chojnice ul. 31 Stycznia 56a 89-600 Chojnice prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „*Budowę boiska wielofunkcyjnego ze sztucznej nawierzchni w miejscowości Sławęcín, gmina Chojnice*”, w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2010 r. Nr 113, poz. 759).

**Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 17 sierpnia 2010 r. pod pozycją 252906.**

**Dnia 2 września 2010 roku Zamawiający poinformował wykonawców, iż w wyniku prowadzonego postępowania za najkorzystniejszą została uznana oferta wykonawcy Speed Sport sp. z o.o., ul. Staniewicka 1; 03-310 Warszawa oraz, że odrzucono ofertę złożoną przez wykonawcę Sport Grupa sp. z o.o., ul. Świetlicka 14; 04-266 Warszawa (zwany dalej „*Odwołującym*”). Jako podstawę odrzucenia Zamawiający powołał przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych. Uzasadniając faktyczny powód odrzucenia oferty Zamawiający podał, iż wykonawca zaoferował moduł nawierzchni o wymiarach nie odpowiadających wymiarom podanym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tj, nie mieszczący się w granicach tolerancji przewidzianych przez Zamawiającego.**

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się Odwołujący i dnia 7 września 2010 roku, wniósł odwołanie wobec czynności podjętych przez Zamawiającego, polegających na wadliwej ocenie oferty Odwołującego, w konsekwencji odrzucenia jego oferty.

Zdaniem Odwołującego czynności Zamawiającego zostały dokonane z naruszeniem art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy PZP.

Z tych powodów Odwołujący wniósł o:

1. Unieważnienie czynności polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego, lub jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego objętego niniejszym odwołaniem została zawarta, o unieważnienie umowy.
2. Zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów zgodnie z właściwymi przepisami.

Odwołujący wskazał, iż posiada interes prawny w złożeniu przedmiotowego odwołania, gdyż utrzymanie w mocy wskazanych czynności Zamawiającego pozbawi Odwołującego możliwości ubiegania się o uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Uzasadniając podniósł, co następuje.

Zamawiający w pkt 5.4 Projektu Budowlanego wskazał iż rozmiar modułu, z którego ma być wykonana nawierzchnia, wynosić ma 300x300x15,8 mm przy dopuszczalnej tolerancji +/- 10%. Jednocześnie w pkt 4.3.1. Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Zamawiający wskazał, iż minimalna wysokość modułów wynosić ma 15,8 mm, nie określając przy tym jej maksymalnej wysokości.

W ocenie Odwołującego grubość nawierzchni modułowej oferowanej przez niego spełnia kryteria wskazane w dokumentacji projektowej, do której odsyła Zamawiający. Fakt, iż Zamawiający w s.i.w.z. odsyła do dalszych dokumentów, pomiędzy którymi zachodzą różnice nie może działać na niekorzyść Odwołującego. Moduły oferowane przez Odwołującego spełniają kryterium wymaganej grubości określone w Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót, do której odsyła Zamawiający.

Nawet przy założeniu, iż grubość modułu jest określona tylko w Projekcie Budowlanym, podkreślenia wymaga fakt, iż większa grubość modułów nawierzchni w najmniejszym nawet stopniu nie ma negatywnego wpływu na ich funkcjonalność zwłaszcza, iż jej zwiększenie miałyby nastąpić o 0,62 milimetra.

Ponadto Odwołujący podniósł, iż dokumentacja projektowa wykonana została przez firmę Speed Sport sp. z o.o., która to następnie wzięła udział w przedmiotowym przetargu i go wygrała. W niniejszym postępowaniu udział firmy przygotowującej dokumentację projektową określającą m.in. grubość modułów, stanowi jawny przypadek naruszania zasad uczciwej konkurencji. Parametr grubości modułów wskazany w dokumentacji został tak dobrany, że jedynym podmiotem spełniającym to kryterium jest właśnie podmiot, który je określił w przygotowanej dokumentacji. Fakt jego udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie może być bez wpływu na ocenę naruszenia zasad postępowania określonych w ustawie PZP.

W ocenie Odwołującego odrzucenie jego oferty było czynnością niezgodną z przepisami PZP. Oferta Odwołującego spełnia wymagania wskazane w dokumentacji projektowej - Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót. Fakt sprzeczności dokumentacji projektowej nie może być oceniany ze szkodą dla Odwołującego. Ponadto zastosowany przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia w zakresie żądania określonej wysokości modułów oznaczał w praktyce wybór oferty podmiotu, który przygotował dokumentację techniczną przy całkowitym pozbawieniu możliwości ubiegania się o zamówienie przez innych Wykonawców.

Kopię odwołania, Odwołujący przekazał Zamawiającemu w dniu 7 września 2010 roku.

Zamawiający dnia 8 września 2010 roku wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

Dnia 10 września 2010 roku, do postępowania odwoławczego – po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Speed Sport sp. z o.o., ul. Staniewicka 1; 03-310 Warszawa.

Dnia 17 września 2010 roku Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie

przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza postanowiła dopuścić wykonawcę Speed Sport sp. z o.o., ul. Staniewicka 1; 03-310 Warszawa do postępowania odwoławczego.

Krajowa Izba Odwoławcza pozostawiła bez rozpoznania zarzut dotyczący naruszenia przepisu art. 29 ust. 1 i 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z przepisem art. 182 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp odwołanie, wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, a jeżeli postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, także wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia wnosi się w terminie 5 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej – jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.

Odwołujący postawił zarzut dotyczący naruszenia przepisów art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, które bezpośrednio odnoszą się do opisu przedmiotu zamówienia. Opis przedmiotu zamówienia jest ściśle powiązany z treścią ogłoszenia oraz postanowieniami s.i.w.z. Tym samym, treść spornych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, znana była Odwołującemu na etapie ogłoszenia o zamówieniu oraz publikacji s.i.w.z. na stronie internetowej. W związku z powyższym, termin na wniesienie środka ochrony prawnej w postaci odwołania, dotyczącego naruszenia przepisów art. 29 ust. 1 i 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych, upływał dnia 23 sierpnia 2010 roku.

W związku z okolicznością, iż odwołanie, w zakresie naruszenia przepisów art. 29 ust. 1 i 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych zostało wniesione z uchybieniem ustawowych terminów w zakresie skutecznej ochrony wykonawcy oraz brakiem możliwości częściowego odrzucenia odwołania (w przywołanym zakresie), Izba pozostawiła zarzut powyższy bez rozpoznania.

Izba, bez rozpoznania, pozostawiła również zarzut dotyczący naruszenia, przez Zamawiającego przepisu art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z przepisem art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności:

- 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę,

- 2) opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków w postępowaniu,
- 3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia,
- 4) odrzucenia oferty odwołującego.

Wskazany wyżej, zamknięty katalog wyjątków, od których uzależniona jest możliwość wnoszenia odwołania w postępowaniach, tzw. poniżej progów unijnych, wyklucza możliwość kwestionowania zaniechań Zamawiającego w odniesieniu do ofert innych wykonawców, jak i samych wykonawców.

Jak wynika z akt postępowania, Odwołujący kwestionuje możliwość udziału w przedmiotowym postępowaniu Przystępującego, jako firmy, która przygotowywała dokumentację projektową związaną m.in. z parametrem - grubością modułów. W konsekwencji udziału Przystępującego w przygotowywaniu dokumentacji projektowej Zamawiający, w ocenie Przystępującego, winien tego wykonawcę wykluczyć z postępowania, na mocy art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Jednakże Izba zwraca uwagę na fakt, iż zaniechanie powyższe nie może zostać skutecznie, przed Izbą zakwestionowane przez Odwołującego, gdyż zabrania tego przepis art. 180 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Dlatego też Izba postanowiła, jak wyżej.

Odnosząc się do zarzutu odrzucenia oferty z powodu jej niezgodności z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, Izba stwierdziła, że zarzut powyższy jest niezasadny.

Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w dziale III dokonał opisu przedmiotu zamówienia z zastrzeżeniem, iż jego szczegółowy opis został dokonany w załącznikach: Nr 10 (Specyfikacja Techniczna Wykonania i Odbioru Robót), Nr 9 (Przedmiary Robót) oraz Nr 8 (Projekty Budowlane).

Jednocześnie Zamawiający w działach IV i V wskazał, iż nie dopuszcza możliwości składania ofert częściowych ani też wariantowych.

W projekcie budowlanym, w części 5.4 Zamawiający dokonał opisu projektowanych obiektów precyzując, iż cyt. *„Nawierzchnia syntetyczna polipropylenowa montowana z gotowych modułów o wymiarach użytkowych 300x300x15,8 mm (dopuszczalna tolerancja wymiarowa +/- 10%) o strukturze ażurowej.”*. Na uwagę zasługuje fakt, iż zarówno sformułowania: *„o wymiarach użytkowych”* jak i *„+/- 10%”* zostały naniesione ręcznie, jako poprawka do wcześniej obowiązujących sformułowań, odpowiednio *„min.”* oraz *„+ 10%”*.

Faktem jest również, iż w Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót w punkcie 4.3.1 Zamawiający opisał wymagania szczegółowe dotyczące właściwości materiałów i wyrobów budowlanych precyzując, iż nawierzchnia polipropylenowa modułowo-elastyczna,

winna być montowana z gotowych elementów-modułów o wymiarach 30,48x30,48 cm i wysokości minimum 15,8 mm.

W ocenie Izby, Zamawiający prawidłowo dokonał czynności odrzucenia oferty Odwołującego, na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych, gdyż faktycznie oferta Odwołującego sprzeczna jest z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Stanowisko powyższe Izba zajęła w wyniku oceny faktycznej treści dokumentów składających się na s.i.w.z., jak z zachowania, czy też zaniechania Odwołującego na etapie Ogłoszenia o zamówieniu i publikacji s.i.w.z.

Z treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia bezspornie wynika zamiar Zamawiającego, co do parametrów oferowanych modułów. Oczekiwania Zamawiającego sprecyzowane w Projekcie Budowlanym, z uwzględnieniem poprawek naniesionych przez architekta Jacka P. – sporządzającego projekt – wyrażały chęć otrzymania oferty, która będzie proponowała rozwiązanie, w odniesieniu do nawierzchni, o wymiarach użytkowych modułu 300x300x15,8 mm, przy dopuszczalnej tolerancji wymiarowej +/- 10%.

Na etapie ogłoszenia o zamówieniu i publikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia Odwołujący nie wnosił żadnych pytań, zastrzeżeń, nie odwoływał się też od jej treści do Krajowej Izby Odwoławczej. Tym samym przyjęć należy, że zapoznał się z treścią s.i.w.z. w całości i okoliczności o tym, że jest ona wewnętrznie sprzeczna powziął już na tym etapie. Tym samym uznać należy, że rozumiał jej treść i zamierzenia Zamawiającego, co do otrzymania oferty, która odpowiadać będzie parametrom postawionym w s.i.w.z. Stawianie obecnie zarzutów do Zamawiającego, co do prawidłowości oceny oferty pod kątem jej zgodności z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia i wyciąganie wniosków, iż niezgodności w treści s.i.w.z. należy odczytywać na korzyść Odwołującego są błędne. Oczywiście w sytuacji, w której Zamawiający opracowując treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia posłuży się parametrami nieostrymi bądź opis pozwalał będzie na zaoferowanie różnego przedmiotu, to nie można takiej sytuacji oceniać na niekorzyść wykonawcy, tak by to on ponosił negatywne konsekwencje zaniechań Zamawiającego. Jednakże w przedmiotowym postępowaniu mamy sytuację zgoła odmienną, gdyż Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób dokładny, niepozostawiający możliwości różnej interpretacji.

Parametr dotyczący grubości nawierzchni postawiony w Projekcie Budowlanym w wysokości „15,8 mm z tolerancją +/-10%” różny jest od wielkości opisanej przez Zamawiającego w STWiOR w wysokości „minimum 15,8 mm”. Jednakże nie bez znaczenia,



przy ocenie stanu faktycznego sprawy pozostaje fakt, że Zamawiający, w celu zachowania zasady uczciwej konkurencji dopuścił możliwość zaoferowania nawierzchni o innych parametrach, jednakże w granicach przez siebie określonych, tj. +/-10%.

Odwołujący wiedząc, bądź też domyślając się, że Zamawiający omyłkowo nie poprawił parametrów w STWiOR na takie same parametry jak w Projekcie Budowlanym, próbuje następnie wykorzystać tę niejednorodność i wymusić na Zamawiającym zmianę decyzji w sprawie odrzucenia swojej oferty.

Jednakże nie sposób się zgodzić z takim postępowaniem, gdyż może to prowadzić do patologii w systemie zamówień publicznych. Zaistnieć bowiem może sytuacja celowego wykorzystywania błędów, czy też niedociągnięć Zamawiających, związanych z opisem przedmiotu zamówienia, pozostawianie sytuacji powyższej bez reakcji, a następnie wykorzystywanie tzw. „pozycji poszkodowanego” argumentowanej niezrozumieniem treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Ustawodawca nie po to przewidział w przepisach art. 38 czy też art. 180 ustawy - Prawo zamówień publicznych odpowiednio możliwość zadawania pytań do treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia czy też wnoszenia środków ochrony prawnej dotyczących jej treści, aby dopiero na etapie ogłoszenia o wynikach postępowania, w przypadku niekorzystnego dla siebie wyniku, podnosić nieprawidłowości, czy też niejednorodność s.i.w.z. i wywodzić z tego niekorzystne dla siebie skutki prawne. Zjawisko powyższe należy uznać za wysoce naganne.

Dlatego też wydaje się wątpliwe, w ocenie Izby rozstrzyganie obecnie, na etapie wyboru oferty najkorzystniejszej o braku jednoznaczności treści s.i.w.z.

Oczywistym jest, że brak reakcji Odwołującego dotyczącej treści s.i.w.z., obecnie pozostaje ze skutkiem negatywnym dla Odwołującego, jednakże sytuację powyższą można ocenić, jako próbę obejścia przepisów w celu uzyskania zamówienia publicznego.

Reasumując, w ocenie Izby zaniechania Odwołującego poczynione na etapie Ogłoszenia o zamówieniu i publikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie mogą następnie negatywnie wpływać na ocenę oferty, poczynioną przez Zamawiającego, jeżeli z treści s.i.w.z. wynika zapotrzebowanie na konkretne parametry odnoszące się do przedmiotu zamówienia, a ewentualne wątpliwości wykonawca pozostawia do rozstrzygnięcia przez Zamawiającego i Izbę po ocenie ofert i negatywnym dla siebie wyniku postępowania.

Podobny pogląd wyraziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 7 maja 2009 roku, sygn. akt KIO/UZP 536/09, gdzie skład orzekający stwierdził, iż „Zamawiający przy

*dokonywaniu oceny ofert nie może odstępować od wymogów określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdyż prowadzi to do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Skoro zaoferowany produkt nie spełnia kompletnych parametrów, wyznaczonych, jako graniczne wymagane, obowiązkiem zamawiającego było odrzucenie oferty. Cechy techniczne, którymi obligatoryjnie winno charakteryzować się nabywane urządzenie, stanowią bowiem istotny element oferty, co przesądza o niezgodności jej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w związku z art. 66 ust. 1 Kc.”.*

Dlatego też Izba uznała zarzut dotyczący bezprawnego odrzucenia oferty Odwołującego, jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia – za niezasadny.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w związku z art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. b ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 2 w zw. z § 3 pkt 1 i 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 i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238), uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3 600,00 zł.

**Przewodniczący:**

.....