

Sygn. akt: KIO 831/11

**WYROK**  
z dnia 5 maja 2011 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Emil Kuriata**

Protokolant: Wioleta Paczkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 maja 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 kwietnia 2011 r. przez wykonawcę **Sport Grupa sp. z o.o., ul. Świetlicka 14; 04-266 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Fajslawice, 21-060 Fajslawice, Fajslawice 107,**

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

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

2.1. Zalicza 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., ul. Świetlicka 14; 04-266 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania.

2.2. Zasadza od **Sport Grupa sp. z o.o., ul. Świetlicka 14; 04-266 Warszawa** na rzecz **Gminy Fajstławice, 21-060 Fajstławice, Fajstławice 107** 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. 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 **Zamościu**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Gminę Fajstławice, 21-060 Fajstławice, Fajstławice 107 prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Budowę boiska wielofunkcyjnego w Siedliskach Drugich”, w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 10 marca 2011 r. pod pozycją 41354.

Dnia 15 kwietnia 2011 roku Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, złożonej przez wykonawcę Speed Sport sp. z o.o., ul. Staniewicka 1; Warszawa oraz o odrzuceniu, na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, wykonawcy Sport Grupa Sp. z o.o., ul. Świetlicka 14; 04-266 Warszawa.

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się wykonawca Sport Grupa Sp. z o.o., ul. Świetlicka 14; 04-266 Warszawa (zwany dalej „Odwołującym”) i dnia 20 kwietnia 2011 roku wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

- 1) art. 7 ust. 1 - przez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
- 2) art. 87 ust. 1 - przez zaniechanie żądania od Odwołującego wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, oraz ewentualnie art. 87 ust. 2 pkt 3 - przez zaniechanie poprawienia w ofercie Odwołującego innych omyłek polegających na niezgodności treści oferty z s.i.w.z., niepowodujących istotnych zmian w treści oferty,
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 2 - przez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo iż treść tej oferty odpowiada treści s.i.w.z.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.
2. Unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego.
3. Powtórzenia czynności badania i oceny ofert.
4. Dokonania wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej.

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

Uzasadniając Odwołujący podniósł, co następuje.

Zamawiający poinformował Odwołującego, iż jego oferta została odrzucona w związku z jej niezgodnością ze s.i.w.z. Zamawiający wskazał, iż stwierdził niezgodności pomiędzy przedłożonym przez wykonawcę kosztorysem ofertowym a przedmiarem robót stanowiącym załącznik nr 9 do s.i.w.z., który zgodnie z punktem 4.4.1. i 13 s.i.w.z. stanowi odpowiednio dokument szczegółowo opisujący zakres robót i podstawę do obliczenia ceny oferty. Błędy dotyczyły pozycji 7,8,14,16,17,24 i 32 kosztorysu ofertowego.

Odwołujący wskazał, iż w przedmiarze, według którego wykonywano kosztorys ofertowy w podstawie wyceny podano ściśle KNR bez analogi, w związku z czym, w tych pozycjach nie powinno się zmieniać opisu przypisanego określonym numerom KNR, a nawet nie jest to dozwolone. Odwołujący sporządzając kosztorys posługiwał się numerami KNR zgodnymi z numerami wskazanymi przez Zamawiającego w przedmiarze. W sytuacji, kiedy przy numerze KNR nie zostało dopisane słowo „analogia” (takim określeniem Zamawiający posługiwał się w przypadku niektórych innych pozycji), Odwołujący wykonując kosztorys nie mógł zmieniać opisów odpowiadających danym numerom KNR. Odwołujący sporządzał kosztorys za pomocą odpowiedniego programu komputerowego o nazwie „Norma”. Po wyborze odpowiedniego numeru KNR program ten automatycznie wyświetla opis pozycji przypisany temu numerowi KNR. Opis ten jest właśnie taki, jak w kosztorysie ofertowym złożonym przez Odwołującego wraz z ofertą.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający naruszył również art. 7 ustawy Pzp, przez nierówne traktowanie wykonawców, ponieważ drugi wykonawca w przedmiotowym postępowaniu - firma Speed Sport Sp. z o.o., która wykonywała projekt budowlany, a tym samym przygotowywała również przedmiotowy przedmiar robót, w którym zostały zmienione opisy, w stosunku do opisów przypisanych konkretnym numerom KNR, posiadała wiedzę o tych zmienionych opisach w trakcie przygotowywania oferty przetargowej, gdy tymczasem inni oferenci dostępu do tej wiedzy w takim zakresie byli pozbawieni.

Odwołujący, na marginesie wskazał, iż duże wątpliwości budzi zarówno udział projektanta - firmy Speed Sport Sp. z o.o. w przedmiotowym postępowaniu, jak i niewykluczenie tego wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, pomimo iż jest to wykonawca, który wykonywał bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem tego postępowania, a samo postępowanie, finansowane ze środków Unii Europejskiej będzie podlegało szczegółowej kontroli, w tym m.in. w zakresie zachowania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Firma Speed Sport Sp. z o.o. przygotowała bowiem w istocie opis przedmiotu zamówienia, dokumentację projektową oraz przedmiar robót stanowiący podstawę do wyceny zamówienia przez potencjalnych wykonawców.

Kopię odwołania, Odwołujący przekazał Zamawiającemu w dniu 20 kwietnia 2011 roku.

Zamawiający, dnia 22 kwietnia 2011 roku wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

Do postępowania odwoławczego, dnia 29 kwietnia 2011 roku zgłosił przystąpienie wykonawca Speed Sport sp. z o.o., ul. Staniewicka 1; Warszawa.

Zamawiający, dnia 29 kwietnia 2011 roku złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

**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 posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, co uprawnia go do złożenia odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza postanowiła niedopuszczyć wykonawcy Speed Sport sp. z o.o., ul. Staniewicka 1; 03-310 Warszawa zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego z uwagi na niewypełnienie dyspozycji przepisu art. 185 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych. Zgłaszający przystąpienie wykonawca, zgłaszając przystąpienie w dniu 29 kwietnia 2011 roku uchybił terminowi na zgłoszenie przystąpienia, który upływał w dniu 26 kwietnia 2011 r. Ponadto zgłaszający przystąpienie wykonawca nie udowodnił, że przekazał kopię przystąpienia Odwołującemu, a Odwołujący na posiedzeniu oświadczył, że kopii przystąpienia nie otrzymał.

**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.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, iż istotnym dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy jest ustalenie formy wynagrodzenia za przedmiot przyszłej umowy. W ocenie Izby charakter wynagrodzenia został określony przez Zamawiającego, jako kosztorysowy.

Powyższe ustalenie znajduje swoje odzwierciedlenie w postanowieniach specyfikacji istotnych warunków zamówienia w pkt. 13.2 i 13.3 i 13.7 oraz w załączniku Nr 8 (wzoru umowy) w § 4 pkt. 1 i 2. Powyższe ustalenia, na rozprawie potwierdził zarówno Odwołujący, jak i Zamawiający.

W ocenie Izby Odwołujący nie udowodnił, iż charakter omyłek poczynionych przez niego w ofercie, to omyłki niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, dające uprawnienie Zamawiającemu do ich poprawienia, na podstawie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Odwołujący konstruując treść swojej oferty, w tym w szczególności sporządzając kosztorys ofertowy winien odnieść się do wymagań Zamawiającego, wynikających z projektu budowlanego, gdyż to ten właśnie dokument wyraża intencje Zamawiającego, co do założeń, jakie przyjął Zamawiający zamawiając dany produkt (opisując sposób, w tym materiały przedmiotu zamówienia). Niespełnienie wymogów, co do przedmiotu zamówienia musi rodzić zastrzeżenia po stronie Zamawiającego, który na etapie składania ofert bada treść oferty pod kątem zgodności z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zastosowanie innych materiałów niż te, które przewidywał projekt stanowi podstawę faktyczną do uznania oferty, która na takie rozwiązania wskazuje, za niezgodną z s.i.w.z. Powyższe powoduje zastosowanie podstawy prawnej do odrzucenia takiej oferty na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Powyższe stwierdzenie znajduje swoje odzwierciedlenie w dotychczasowej linii orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej. I tak Izba w wyroku z dnia 9 marca 2009 roku, sygn. akt KIO/UZP 1945/09, KIO/UZP 1957/09 wskazała, iż „Izba zważyła, że kosztorysowy charakter wynagrodzenia określonego w przedmiotowej umowie sprowadza się do tego, że wynagrodzenie przysługujące wykonawcy będzie ustalane i rozliczane w oparciu o ceny jednostkowe określone w poszczególnych pozycjach kosztorysu na podstawie obmiaru dokonanego po wykonaniu faktycznego zakresu robót. Zdaniem Izby, brak ujęcia wszystkich wymaganych przez zamawiającego i niezbędnych do prawidłowego wykonania całego przedmiotu zamówienia robót, przy takim charakterze wynagrodzenia, stanowi o niezgodności treści oferty z treścią siwz, która dodatkowo nie podlega poprawie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.”.

Podobnie Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 26 maja 2010 roku, sygn. akt KIO 845/10, w którym Izba wskazała, iż „Przy tak określonej formie wynagrodzenia kosztorysy ofertowe stanowią istotny element treści oferty. Tym samym, w oparciu o ww. zapisy SIWZ, sporządzenie kosztorysów ofertowych odbywa się poprzez wypełnienie przedmiarów robót, zaś ich niezgodne wypełnienie przesądza o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ oraz w konsekwencji powoduje niemożność porównania cenowego złożonych w postępowaniu ofert. (...). Ponadto w przypadku wynagrodzenia kosztorysowego każdy z wykonawców

składających ofertę zobowiązuje się do wykonania pod względem ilościowym takiego zakresu, jaki zostaje ujęty w kosztorysach ofertowych. Potwierdza on przy pomocy kosztorysów ofertowych zakres ilościowy zamówienia oraz wskazuje na technikę, sposób i prawidłowość obliczenia ceny ofertowej. Wynika to z roli, jaką posiadają kosztorysy ofertowe sporządzone ściśle w oparciu o przedmiary robót, oraz z faktu, iż Zamawiający w przypadku wynagrodzenia ustalonego w formie kosztorysowej jest obowiązany do przekazania wraz z dokumentacją projektową przedmiarów robót. Takiego obowiązku nie ma w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego. Tym samym Izba uznała, iż w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający miał nie tylko prawo, ale i obowiązek sprawdzenia poprawności sporządzenia kosztorysów ofertowych, zaś wszelkie zaistniałe w ich treści rozbieżności w odniesieniu do poszczególnych pozycji kosztorysowych, ilości, zastosowanych materiałów w stosunku do przedmiarów robót stanowią o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ".

W ocenie Izby nie jest zasadna argumentacja Odwołującego odnosząca się do możliwych zmian w opisach KNR dokonanych przez Zamawiającego, przy zastosowaniu odmiennego oprogramowania. Obowiązkiem Zamawiającego jest prawidłowe sporządzenie dokumentacji projektowej, a obowiązkiem wykonawcy jest jej sprostanie, tzn. sporządzenie kosztorysu ofertowego uwzględniające wymagania Zamawiającego. Bez znaczenia przy tym pozostaje forma sporządzenia kosztorysu i typ użytego oprogramowania, a błędy z tego powodu obciążają wykonawcę.

Na aprobatę zasługuje stanowisko wyrażone w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 10 lutego 2009 roku, sygn. akt V Ca 2692/08, w którym sąd wskazał, iż „Zgodzić się należy ze stanowiskiem zajęтым przez Przystępującego ustosunkowującego się do powyższej argumentacji Wykonawcy (strona II protokołu), a w szczególności przywołanym przez niego wyrokiem Zespołu Arbitrów z dnia 07.04.2005 r. sygn. akt UZP/ZO/0-614/05 gdzie w uzasadnieniu podano, iż także zaokrąglenie w ofercie norm KNNR załączonych do specyfikacji na skutek wykorzystania do obliczeń programu komputerowego nie chroni wykonawcy przed ujemnymi konsekwencjami spowodowanej tym niezgodności oferty ze specyfikacją. Program jest tylko narzędziem, jakim może posługiwać się wykonawca przy formułowaniu oferty. Sama oferta jest natomiast oświadczeniem woli i w przypadku jej niezgodności ze specyfikacją zachodzi przesłanka do odrzucenia oferty". (...). W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego to Zamawiający decyduje o opisie przedmiotu zamówienia. Stanowi to jego uprawnienie jak i obowiązek. Tworząc przedmiar w przedmiotowym postępowaniu projektant oparł się na normach KNNR, które służą, jako pomoc przy tworzeniu dokumentacji na wykonanie robót budowlanych, nie podlegając jednak ścisłemu stosowaniu i jednocześnie nie wymagają podkreślania odstępstw od nich. Należy zgodzić się ze Skarżącym, że przyjęcie stanowiska Izby, jako trafnego prowadziłoby do

akceptacji stanu, w którym każdy z Wykonawców, w którego ofercie doszłoby do sprzeczności pomiędzy kosztorysem ofertowym, a przedmiarem robót wskazywałby, że jest to wynikiem działaniem Zamawiającego wprowadzającego odstępstwa w przedmiarze w stosunku do norm katalogowych (do czego Zamawiający jest w pełni uprawniony), żądając jednocześnie poprawienia tych sprzeczności na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy. Nie można przy tym odmówić słuszności pogładowi Skarżącego, że wydając zaskarżony wyrok Krajowa Izba Odwoławcza nie uwzględniła, że wykonawcy składający oferty na wykonanie robót budowlanych są to podmioty profesjonalnie zajmujące się robotami stanowiącymi przedmiot zamówienia. Od takich podmiotów wymaga się należytej staranności z uwzględnieniem zawodowego jej charakteru - art. 355 § 2 k.c. przy wykonywaniu czynności przez te podmioty (w szczególności składaniu oferty), a zatem starania o przeniesienie odpowiedzialności za błędy popełnione w ofercie przez Wykonawcę na Zamawiającego należy uznać za niewłaściwe.”.

Reasumując, Krajowa Izba Odwoławcza nie znalazła podstaw do uwzględnienia zarzutów Odwołującego dlatego też, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 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 i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238), uwzględniając koszty Zamawiającego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł.

**Przewodniczący:** .....