

WYROK

z dnia 16 lipca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 lipca 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 lipca 2012 r. przez **Gardenia Sport Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Baranowo w Baranowie**

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża **Gardenia Sport Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** i
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Gardenia Sport Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Ostrołęce**.

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Baranowo w Baranowie – prowadzi postępowanie w sprawie zamówienia publicznego na wykonanie zadania pn. „Podniesienie standardu infrastruktury oświatowej w Gminie Baranowo. I. Część edukacyjno-sportowa. Zapewnienie właściwego rozwoju fizycznego dzieci i młodzieży poprzez budowę zespołu boisk i urządzeń sportowych przy Zespołach Szkół w Baranowie Etap II. Zadanie 2. Budowa „rolkowiska” z okólną bieżnią lekkoatletyczną wraz z towarzyszącą infrastrukturą”.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku Nr 113, poz. 759 ze zmianami), zwaną dalej ustawą Pzp.

W dniu 3 lipca 2012 roku wykonawca Gardenia Sport Sp. z o.o. (dalej: odwołujący się) wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego polegających na:

- odrzuceniu oferty odwołującego się,
- dokonanie wyboru ofert wykonawcy Konsorcjum: Firma Kaszub, Dariusz Kaszuba i Akada-Sport w Kiełpinie

w wyniku czego zamawiający naruszył następujące przepisy ustawy Pzp:

- art. 89 ust. 1 pkt 2 poprzez odrzucenie oferty za treść rzekomo nie odpowiadającą treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), czego potwierdzeniem mają być błędy, które podlegają poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp jako omyłki nie wpływające na treść oferty,
- art. 91 ust. 1 ustawy Pzp przez wybór oferty, która nie jest najtańsza spośród ofert ważnych;
- art. 92 ust. 1 przez brak uzasadnienia faktycznego dla czynności odrzucenia oferty odwołującego się, w rezultacie czego utrudniono złożenie odwołania,
- art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez nierówne traktowanie wykonawców i utrudnianie uczciwej konkurencji, czego przejawem jest niezasadne odrzucenie oferty odwołującego się, podlegającej ocenie na podstawie kryterium ceny z wagą 100% bez podania faktycznej podstawy odrzucenia,

- art. 8 ust. 1 ustawy Pzp przez naruszenie zasady jawności postępowania, czego przejawem jest brak wskazania faktycznych podstaw odrzucenia oferty odwołującego się utrudniającego skorzystanie przez odwołującego się z prawa do zastosowania środków ochrony prawnej.

Odwołujący się wniósł o:

- unieważnienie czynności odrzucenia jego oferty,
- unieważnienie czynności wyboru oferty konsorcjum z liderem Firma Kaszub,
- powtórzenie czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty odwołującego się i wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej, wraz z podaniem rzetelnego prawnego i faktycznego uzasadnienia rozstrzygnięcia postępowania w rozumieniu art. 92 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu podniósł, że zgodnie z rozdz. VI „Wykaz oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu” ofertę stanowią: formularz ofertowy, oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia z postępowania, podpisany wzór umowy z harmonogramem, kosztorysy ofertowe, dowód wniesienia wadium. Z § 1 ust. 2 wzoru umowy wynika, że zakres robót budowlanych określa SIWZ, kosztorys ofertowy i dokumentacja techniczna, stanowiące integralną część umowy. Z § 4 pkt 3 wzoru umowy wynika, że do podstawowych obowiązków wykonawcy należy wykonanie przedmiotu umowy zgodnie z projektem technicznym, normami polskimi, warunkami technicznymi wykonania i odbioru robót budowlanych, specyfikacją istotnych warunków zamówienia z uwzględnieniem zmian proponowanych przez zamawiającego. W wykazie tym pominięto kosztorys ofertowy. Z § 5 ust. 5 wzoru umowy wynika, że kosztorys ofertowy zostanie wykorzystany w celu wyceny wartości robót zaniechanych, a z § 5 ust. 7 wzoru umowy wynika, że podstawą określenia kwoty całkowitej wynagrodzenia jest powykonawczy obmiar wykonanych robót, ceny jednostkowe i wskaźniki wyszczególnione w kosztorysie ofertowym. Z przytoczonych postanowień wynika, że wynagrodzenie ma charakter kosztorysowy.

Odwołujący się podniósł, że analiza porównawcza treści kosztorysu ofertowego odwołującego się i przedmiarów sporządzonych przez zamawiającego prowadzi do wniosku, że ofertę odwołującego się odrzucono na podstawie niezgodności oferty z SIWZ, które mają charakter omyłek nie powodujących istotnych zmian w treści oferty w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. I tak w przedmiarze zamawiającego brak jest pozycji dotyczących

kopania rowów dla kabli w sposób ręczny w gruncie – 109,32 oraz zasypywania rowów dla kabli wykonanych ręczni w gruncie – 109,32 m². Odwołujący się pozycje te dopisał w kosztorysie ofertowym.

Odwołujący się stoi na stanowisku, że zamawiający nie chcąc uwzględniać dopisanych pozycji powinien dokonać ich wykreślenia i skorygować cenę oferty przez odjęcie skalkulowanych cen za te pozycje – art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Odwołujący się podkreślił, że dopisane pozycje wynikają wprost z treści projektu budowlanego.

Ponadto odwołujący się podniósł, że w przedmiarze zamawiającego w przypadku kosztorysu sanitarnego jest – montaż odwodnienia liniowego z rusztem ze stali ocynk. Zabezpieczeniem typu standard 150-50 m. *Opis tej pozycji jest zgodny z opisem projektu odwodnienia.* W kosztorysie odwołującego się jest – montaż odwodnienia liniowego z rusztem ze stali ocynk. Zabezpieczeniem typu standard 150-50 m. *Opis tej pozycji jest zgodny z opisem projektu odwodnienia.*

W przedmiarze robót jest – studzienki odwodnienia liniowego z osadnikiem ze stali ocynk., przykryte rusztem ocynkowanym 150 – 2 szt. W kosztorysie odwołującego się jest – studzienki odwodnienia – 50 szt. Pozycja zawiera cenę jednostkową za 1 szt.

W przedmiarze robót jest – montaż odwodnienia liniowego szczelinowego, kanał monolityczny z pokrywą z tworzywa sztucznego – odcinki proste i łukowe 397,0 m. Odwołujący się podniósł, że opis tej pozycji nie jest zgodny z opisem projektu odwodnienia. Odwołujący się w kosztorysie pozycję tę ominął. Podniósł, że pozycję tę wyceniono w poz. Nr 22 kosztorysu sanitarnego, podając cenę jednostkową za 1 m.

W przedmiarze zamawiającego jest – studzienki odwodnienia liniowego szczelinowego z osadnikiem ze stali ocynkowanej, przykrycie szczelinowe – 9 szt. W kosztorysie odwołującego się pozycję tę pominięto. Odwołujący się podniósł, że pozycję tę wyceniono w poz. Nr 23, podając cenę jednostkową za 1 szt.

W przedmiarze zamawiającego jest – roboty ziemne wykonywane koparkami przedsiębiornymi o poj. łyżki 0,15 m³ – 17,88 m³. W kosztorysie odwołującego się pozycję pominięto. Odwołujący się podniósł, że pozycję tę w poz. Nr 7 kosztorysu sanitarnego, podając cenę jednostkową za 1 m³.

Odwołujący się podniósł, że w pkt. 3.1 Opisu projektu wskazane jest, iż *3.1 Odwodnienie liniowe. Odwodnienie powierzchniowe bieżni, boisk do piłki ręcznej i nożnej,*

koszykówki i siatkówki oraz kortów zaprojektowano po zachodniej części budynku szkoły i gimnazjum. Do odwodnienia przyjęto korytka typu Recyfix® - Standard 150 z rusztem stalowym ze stali ocynkowanej. Odpływy ze studzienek odwodnienia liniowego L1-L8 – z osadnikiem.

Teren opracowania jest płaski i piaszczysty, o dobrej przepuszczalności. Wody gruntowe mają poziom poniżej 3,0 m od poziomu terenu. Zostało to udokumentowane wykonanymi badaniami geotechnicznymi. Istniejące warunki gruntowo-wodne pozwalają zatem na odprowadzenie większej ilości wód opadowych z terenu boisk i bieżni w grunt.

Oznacza to, że w zakresie odwodnień liniowych pomiędzy projektem i przedmiarem istnieje rozbieżność, która powinna być interpretowana na korzyść wykonawcy.

Zdaniem odwołującego się zamawiający powinien na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp:

- poprawić pozycję 2 tabeli, uwzględniając cenę jednostkową,
- wypełnić pozycję 3 tabeli, uwzględniając cenę jednostkową podaną w poz. nr 22 kosztorysu,
- wypełnić pozycję 4 tabeli, uwzględniając cenę jednostkową podaną w poz. nr 23 kosztorysu'
- wypełnić pozycję 5 tabeli, uwzględniając cenę jednostkową podaną w poz. nr 7 kosztorysu.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie jest niezasadne.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że odwołujący się jest uprawniony do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że zgodnie z rozdziałem VI SIWZ wykonawcy wraz z ofertą winni byli złożyć kosztorysy ofertowe. Kosztorysy te winny być być sporządzone zgodnie z przedmiarem robót przekazanym przez zamawiającego.

Odwołujący się sporządził kosztorysy nieodpowiadające przedmiarowi w zakresie wskazanym w treści odwołania. Tym samym uchybił obowiązkowi sporządzenia kosztorysu zgodnie z przedmiarem.

Odwołujący się utrzymuje, że zarówno pozycje przez niego dopisane do kosztorysu, jak i pozycje pominięte powinny zostać przez zamawiającego poprawione na podstawie art. 87 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Jednocześnie twierdzi, iż różnice pomiędzy kosztorysem i przedmiarem robót wynikają z rozbieżności pomiędzy przedmiarem robót i projektem budowlanym. Wskazuje, że dodał dwie pozycje do kosztorysu systemu nagłośnienia, ponieważ wynikają one wprost z projektu budowlanego.

W ocenie Izby nie można w tym zakresie twierdzić, iż mamy do czynienia z omyłkami, które można poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. W myśl tego przepisu zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki (niż oczywiste omyłki pisarskie i rachunkowe) polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Ustawodawca nie definiuje pojęcia „omyłki”, pozostawiając wyjaśnienie tego pojęcia doktrynie i orzecznictwu. Omyłka w potocznym znaczeniu oznacza na ogół niewłaściwe posunięcie, braki lub sprzeczności, przy czym warunkiem koniecznym jest, by wynikały one z jawnego niedopatrzenia. W ocenie Izby definicja ta może znaleźć zastosowanie na gruncie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, co oznacza, że wystąpienie omyłki winno być spowodowane niezamierzonym działaniem wykonawcy, wynikającym z przeoczenia, a ponadto jej charakter nie może być istotny. Powyższa definicja uniemożliwia zakwalifikowanie rozbieżności pomiędzy przedmiarem a kosztorysem jako omyłki. Z treści odwołania oraz z oświadczeń odwołującego się składanych podczas rozprawy w dniu 16 lipca 2012 roku wynika, że działanie odwołującego się było świadome, a zatem nie dodał on dwóch pozycji w kosztorysie oraz nie pominął trzech innych omyłkowo, lecz zdając sobie sprawę z tego, co robi.

Niezależnie od powyższego omyłki, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp winny mieć taki charakter, by czynności ich poprawy mógł dokonać zamawiający samodzielnie, bez udziału wykonawcy w tej czynności (tak też: Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 20 stycznia 2009 r., KIO/UZP 11/09). Z powyższego orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej wynika, iż omyłka ta powinna być oczywista dla zamawiającego i wynikać w jednoznaczny sposób z treści oferty. Nie ulega wątpliwości, iż wprowadzone poprawki muszą stanowić odzwierciedlenie złożonego oświadczenia woli wykonawcy wyrażonego w ofercie oraz że działania zamawiającego nie mogą prowadzić do negocjacji między stronami ani modyfikacji istotnych zapisów oferty. Wezwanie do wyrażenia zgody na poprawienie omyłki

powinno być w tym przypadku formalnością, niepociągającą za sobą konieczności dalszych wyjaśnień treści oferty.

Tym samym Izba nie może zgodzić się z odwołującym się, iż w przypadku pozycji, które dodał do kosztorysu zamawiający powinien dokonać ich wykreślenia i skorygować cenę oferty przez odjęcie skalkulowanych cen za te pozycje. Z twierdzeń odwołującego się wynika bowiem, iż składając ofertę był przekonany, iż roboty wskazane w tych pozycjach winny były znaleźć się w przedmiarze robót. A zatem jego oświadczenie woli po dokonaniu takich poprawek nie byłoby zgodne z oświadczeniem woli, które chciał złożyć i które złożył wraz z ofertą, a ponadto ingerencja zamawiającego w treść oświadczenia woli w sposób, jakiego domaga się odwołujący się spowodowałaby istotną zmianę w treści oferty. Dotyczyłaby ona bowiem takich elementów oświadczenia woli odwołującego się, jak zakres wykonywanych czynności oraz cena oferty. Oba te czynniki stanowią przedmiotowo istotne elementarne i tym samym niezbędne cechy identyfikujące czynność prawną, jaką w tym przypadku jest złożenie oferty. Ich modyfikacja jest w ocenie Izby zmianą istotną, przez co zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie jest możliwe.

Z powyższego wynika także, iż jako omyłki, którą zamawiający mógłby poprawić na podstawie wskazanego przepisu, nie można zakwalifikować pominięcia przez odwołującego się w kosztorysie trzech pozycji z przedmiaru robót. Po pierwsze – analogicznie jak w przypadku pozycji, które odwołujący się dodał do kosztorysu – działanie odwołującego się było świadome, co wyklucza możliwość potraktowania tego rodzaju zmian jako omyłki, a po drugie – ewentualnej poprawy zamawiający nie byłby w stanie dokonać bez udziału odwołującego się w tej czynności. Brak wskazanych pozycji nie był bowiem dla zamawiającego oczywisty, natomiast uwzględnienie pominiętych pozycji w innych pozycjach kosztorysu nie byłoby możliwe bez dalszych wyjaśnień treści oferty.

Izba uznała, że zamawiający naruszył art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez nie podanie w sposób dostateczny faktycznego uzasadnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego się. Niemniej jednak Izba nie uwzględniła w tym zakresie odwołania, a to z uwagi na treść art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. *Ratio legis* art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jest między innymi poinformowanie wykonawcy o przyczynach odrzucenia jego oferty w celu podjęcia przez niego obrony oferty poprzez skorzystanie ze środków ochrony prawnej. Oznacza to, że wykonawca powinien wiedzieć, na czym polegają uchybienia w złożonej przez niego ofercie, by móc ocenić, czy decyzja zamawiającego była słuszna oraz jakie

ewentualnie podnieść zarzuty wobec tej czynności. W rozpoznawanym przypadku zamawiający poinformował jedynie, że oferta została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z powodu rozbieżności kosztorysu ofertowego z przedmiarem robót, zaś odwołujący się sam wiedział, na czym te niezgodności polegały i dokładnie wskazał je w złożonym odwołaniu. Zamawiający na rozprawie potwierdził, iż odrzucił ofertę odwołującego się z tych powodów, które odwołujący się wskazał w treści odwołania. Izba uznała zatem, że odwołujący się mógł skorzystać z przysługującego mu uprawnienia do wniesienia odwołania i podniesienia dokładnie tych samych zarzutów, które podniósłby, gdyby został przez zamawiającego poinformowany szczegółowo o przyczynach odrzucenia jego oferty. Tym samym naruszenie przez zamawiającego przepisu art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nie miało i nie może mieć wpływu na wynik postępowania, co oznacza konieczność oddalenia odwołania.

Na marginesie Izba wskazuje, że odwołujący się podnosił co prawda – nie jako osobny zarzut – ale w treści odwołania, iż zamawiający winien był ewentualne rozbieżności pomiędzy projektem budowlanym a przedmiarem robót interpretować na korzyść odwołującego się, niemniej jednak odwołujący się nie wskazał na konkretny zapis projektu budowlanego dotyczący systemu nagłaśniania, który uzasadniałby dodanie dwóch pozycji w kosztorysie ofertowym. Odwołujący się ograniczył się jedynie do informacji w treści odwołania, że dopisane pozycje wynikają wprost z projektu budowlanego. Izba nie mogła zatem zweryfikować zasadności twierdzeń odwołującego się w tym zakresie. Ponadto odwołujący się nie podnosił takiego zarzutu w stosunku do wszystkich rozbieżności pomiędzy jego kosztorysem a przedmiarem robót, a zatem nawet w przypadku potwierdzenia się, że przedmiar różnił się we wskazanym zakresie od projektu, odwołanie z uwagi na nieuwzględnienie innych zarzutów, nie byłoby skuteczne.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....