

WYROK

z dnia 20 sierpnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Członkowie: Marzena Teresa Ordysińska

Małgorzata Stręciwilk

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 sierpnia 2009 r. w Warszawie
odwołania wniesionego przez

**Agua y Estructuras S.A., Marie Curie 2, Isla de la Cartuja, 41092
Sewilla, Hiszpania**

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego:

Gminę Opole, Rynek – Ratusz, 45-015 Opole

protestu z dnia 25 czerwca 2009 r.

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia

WYG International Sp. z o.o. ul. Żelazna 28/30, 00-832 Warszawa oraz

WYG Engineering Limited Arndale Court, 1 Arndale Centre, Headingley,

Leeds, SL6 2UJ Wielka Brytania zgłaszających przystąpienie

do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty Odwołującego,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Gminę Opole, Rynek – Ratusz, 45-015 Opole i nakazuje:**
 - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Agua y Estructuras S.A., Marie Curie 2, Edificio Alia, Parque Tecnológico de la Cartuja, 41092 Sewilla, Hiszpania,**
 - 2) dokonać wpłaty kwoty **8 174 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy sto siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Gminę Opole, Rynek – Ratusz, 45-015 Opole** na rzecz **Agua y Estructuras S.A., Marie Curie 2, Isla de la Cartuja, 41092 Sewilla, Hiszpania** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika,
 - 3) dokonać zwrotu kwoty **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Agua y Estructuras S.A., Marie Curie 2, Edificio Alia, Parque Tecnológico de la Cartuja, 41092 Sewilla, Hiszpania.**

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

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *opracowanie dokumentacji dla zadania pn. Budowa obwodnicy Piastowskiej w Opolu odcinek od obwodnicy północnej do ul. Krapkowickiej* na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058) w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane

10 kwietnia 2009 r. w Dz.Urz. UE pod numerem 2009/S 70-101917. Wartość zamówienia została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 1.630.168,00 zł, tj. 420.460,65 euro.

18 czerwca 2009 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wyniku postępowania, w tym o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych z uwagi na to, iż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdyż Zamawiający wymagał wpisania terminów wykonania poszczególnych opracowań do harmonogramu prac projektowych, natomiast Odwołujący określił tylko jeden termin opracowania poszczególnych elementów projektu, co uniemożliwia prawidłowe i terminowe wykonanie przedmiotu zamówienia. Na tę czynność Odwołujący 25 czerwca 2009 r. wniósł protest, który Zamawiający oddalił, o czym poinformował Odwołującego 8 lipca 2009 r. Od tego rozstrzygnięcia 17 lipca 2009 r. Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez prowadzenie postępowania w sposób, który utrudnia zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, w szczególności poprzez niezgodne z zapisami specyfikacji istotnych warunków zamówienia uznanie, iż Odwołujący nie podał terminów wykonania poszczególnych opracowań żądanych przez Zamawiającego,
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez odrzucenie oferty Odwołującego pomimo faktu, iż jest ona zgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia
i wniósł o: uchylenie czynności Zamawiającego polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty oraz zobowiązanie Zamawiającego do dokonania ponownej oceny ofert z uwzględnieniem faktu, że treść oferty Odwołującego jest zgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia i wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w rozumieniu art. 91 ust. 1 w zw. z art. 2 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Stanowisko Odwołującego wyrażone w proteście i odwołaniu.

Zdaniem Zamawiającego oferta Odwołującego była sprzeczna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, bowiem określił on jeden termin opracowania poszczególnych elementów projektu, co uniemożliwia prawidłowe i terminowe wykonanie przedmiotu zamówienia. W rozstrzygnięciu protestu Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko, a ponadto stwierdził, iż wpisanie przez Zamawiającego w formularzu ofertowym jednego terminu opracowania świadczy o nieznanym przez Odwołującego zasadach procesu projektowego. To stanowisko Zamawiającego jest bezzasadne i nie znajduje oparcia w obowiązujących przepisach prawa i stanie faktycznym.

Zamawiający sporządził załącznik nr 4 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Oferta Przetargowa” i w punkcie 4 rozdziału specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Opis sposobu obliczania ceny” zażądał, aby w formularzu oferty wykonawca wpisał ceny brutto za poszczególne pozycje oraz terminy wykonania poszczególnych opracowań do harmonogramu prac projektowych i łączną cenę oferty. W żadnym z zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający nie wskazał (nie narzucił) terminów, w których wymagał wykonania poszczególnych opracowań, a jedynie w punkcie 3. „Formularza oferty” określił termin końcowy realizacji przedmiotu zamówienia na 15 lipca 2010 r. W przedmiotowym zakresie nie były zadawane żadne pytania, Zamawiający nie modyfikował również specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący miał zatem prawo wpisania dowolnych terminów zakończenia poszczególnych etapów opracowań, z założeniem, iż nie mogą one przekroczyć daty końcowej, tj. 15 lipca 2010 r. Dodatkowo w narzuconym przez Zamawiającego wzorze harmonogramu (pkt 2. „Formularza oferty”) w ostatniej kolumnie tytuł brzmi: „Orientacyjny termin wykonania”. Również załączony do specyfikacji istotnych warunków zamówienia wzór umowy nie narzuca żadnych terminów wykonania opracowań częściowych, a zasady rozliczeń opisanych w § 7 i 8 wymagają jedynie określenia wynagrodzenia za dany element opracowania. Dlatego zarzuty Zamawiającego, iż określone przez Odwołującego terminy uniemożliwiają prawidłowe i terminowe

wykonanie przedmiotu zamówienia, są bezpodstawne i sprzeczne z projektem umowy przygotowanej przez Zamawiającego.

Z treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia wynika, że Zamawiający żądał złożenia oferty na „Formularzu ofertowym” w takiej formie, w jakiej została przygotowana przez Zamawiającego. Domagał się podania orientacyjnych terminów zakończenia poszczególnych opracowań projektowych, tak, aby wszystkie prace zostały wykonane do 15 lipca 2010 r. Rozliczenia częściowe przewidziane w § 8 umowy w żaden sposób nie wiążą się z orientacyjnym terminem zakończenia opracowania.

Odwołujący posiada wieloletnie doświadczenie w prowadzeniu prac projektowych, a zarzut braku wiedzy projektowej i wiarygodności jest nieuzasadniony. Odwołujący jest świadomy konieczności uzyskania niezbędnych opinii, uzgodnień i decyzji, niezbędnych dla właściwego sporządzenia projektu budowlanego, wykonawczego oraz wyceny prac. Zamiarem Odwołującego jest wykonanie projektu zgodnie z ofertą i umową, a poszczególne etapy opracowań będą wykonywane i rozliczane z Zamawiającym sukcesywnie, tak, aby całość opracowania została wykonana do 15 lipca 2010 r.

Jak wynika z szeregu orzeczeń organów rozpatrujących środki ochrony prawnej określone w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych, nie jest dopuszczalne ponoszenie przez wykonawców skutków nieprecyzyjnych zapisów dokonanych przez zamawiającego.

Stanowisko Zamawiającego przedstawione w rozstrzygnięciu protestu.

W ocenie Zamawiającego zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, zatem zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych jest chybiony. W specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w opisie sposobu obliczenia ceny Zamawiający podał: „Wykonawca wpisuje ceny brutto za poszczególne pozycje oraz terminy wykonania poszczególnych opracowań do harmonogramu prac projektowych i cenę oferty (wartość brutto) w formularzu „Oferta przetargowa”. Cena ofertowa winna zawierać należny podatek od towarów i usług – 22% VAT. Harmonogram prac projektowych stanowić będzie załącznik do umowy.” Zamawiający zatem

wymagał podania terminów stanowiących harmonogram prac projektowych. „Harmonogram to rozkład, rozplanowanie przebiegu czynności w czasie. Harmonogram może wskazywać tylko następstwo, kolejność czynności, może być uzupełniony o przewidywany (bądź oczekiwany) czas trwania, może zawierać wymagane (lub wyliczone) terminy (data, godziny) początku i końca czynności. Harmonogram pomaga uświadomić zakres czynności oraz zależności między nimi, ułatwia też nadzorowanie i wczesne wykrywanie zagrożeń realizacji.”

Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia określił przepisy, w oparciu o które należy wykonać zamówienie. Ich zastosowanie nakłada na wykonawcę konieczność wyprzedzającego uzyskania opinii, uzgodnień i decyzji. Uzyskanie tych dokumentów skutkuje rozwiązaniami w projekcie budowlanym, wykonawczym i wyceną robót. Ustawowy termin uzyskania opinii czy decyzji to 30 dni od daty złożenia dokumentu. Dopiero skompletowanie niezbędnych uzgodnień, opinii i decyzji stanowi podstawę do opracowania projektu budowlanego jako załącznika do wniosku o wydanie decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej. Określając jeden termin dla wszystkich dokumentów opracowania Odwołujący wykazał się nieznajomością obowiązujących przepisów oraz zasad procesu projektowego, co podważa jego wiarygodność co do prawidłowego i terminowego wykonania przedmiotu zamówienia. Wobec przytoczonej definicji harmonogramu, specyfiki przedmiotu zamówienia, a także faktu złożenia przez pozostałych 10 wykonawców poprawnie wypełnionych harmonogramów, bezzasadna jest argumentacja o nieprecyzyjnych zapisach w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Na podstawie dokumentacji postępowania oraz oświadczeń złożonych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba stwierdziła, iż Odwołujący posiada interes prawny we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień

publicznych, gdyż złożył ofertę z najniższą spośród wszystkich oferentów ceną. Zatem, przy zastosowaniu wskazanego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia kryterium najniższej ceny, w przypadku uwzględnienia jego odwołania, jego oferta ma możliwość być uznana za najkorzystniejszą.

Postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia przywoływane przez Strony i Przystępującego oraz związane z przedmiotem sporu:

I § 7 wzoru umowy: „1. Ustalone wynagrodzenie umowne (wraz z podatkiem VAT) Wykonawcy za przedmiot umowy wynosi zł (słownie:) w tym podatek VAT 22 % tj. zł. 2. Ceny poszczególnych prac stanowiących przedmiot zamówienia określa harmonogram prac projektowych stanowiących załącznik do umowy. 2. Zamawiająca zastrzega sobie prawo do zmiany wynagrodzenia w przypadku: 1. braku konieczności opracowania pozycji określonej w harmonogramie prac projektowych. 2. różnicy rzeczywistej ilości podzielonych działek do założonej w SIWZ 3. różnicy rzeczywistej ilości powierzchni dróg zbiorczych do założonej w SIWZ

II § 8 wzoru umowy: „Zamawiający dokona zapłaty za wykonane prace wymienione w harmonogramie prac projektowych w terminie 28 dni licząc od dnia dostarczenia faktury. Płatność za prace wymienione w harmonogramie prac projektowych ustala się do wysokości 85% wartości. Pozostałe 15% wartości prac płatne po uzyskaniu decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej. 2. Podstawę do wystawienia faktury stanowi protokół odbioru prac podpisany przez Strony. 3. Faktury VAT wystawiane będą na Zamawiającego...”

III Opis przedmiotu zamówienia (str. 2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia)

I Przedmiot zamówienia obejmuje opracowanie: (...)

2) w zakresie odcinka od obwodnicy północnej do ul. Niemodlińskiej
2.1. pełnego wniosku o wydanie decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej zawierającego dokumentację, decyzje, opinie i uzgodnienia wymagane ustawą z dn. 10.04.2003 r. o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych (Dz.U. Nr

80 z 2003 r. z późniejszymi zmianami) w zakresie pełnego przekroju drogowego, skrzyżowania w układzie docelowym z zejściem do jednej nitki (wiadukty i estakady) z uwzględnieniem ochrony akustycznej budynków sąsiadujących z obwodnicą dla terenu objętego inwestycją.

2.2. projektów wykonawczych poszczególnych branż przy założeniu: jezdni dla jednej nitki obwodnicy wraz z estakadami i wiaduktami, obiekty inżynierskie przepusty i mosty, odwodnienie i urządzenia obce w układzie docelowym

2.3. kosztorysów inwestorskich

2.4. kosztorysów ślepych poszczególnych branż

2.5. studium wykonalności

IV „Opis sposobu obliczenia ceny oferty” (str. 11 specyfikacji istotnych warunków zamówienia): „1. Podstawą obliczenia ceny oferty jest rodzaj i zakres prac podanych w SIWZ w „Opisie przedmiotu zamówienia” w punkcie 1 i 2 oraz w wykazie dokumentacji do opracowania. 2. Cena obejmuje komplet opracowań, opinii, decyzji niezbędnych do złożenia wniosku o wydanie decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji wg przepisów obowiązujących na dzień podpisania umowy. 3. Wykonawca wyceni poszczególne pozycje w harmonogramie prac projektowych. 4. Wykonawca wpisuje ceny brutto za poszczególne pozycje oraz terminy wykonania poszczególnych opracowań do harmonogramu prac projektowych i cenę oferty (wartość brutto) w formularzu OFERTA PRZETARGOWA. 5. Cena ofertowa winna zawierać należny podatek od towarów i usług – 22% VAT. 6. Harmonogram prac projektowych stanowić będzie załącznik do umowy.

Dodatkowe ustalenia: - W przypadku braku konieczności opracowania pozycji określonej w harmonogramie prac Zamawiający zastrzega sobie prawo do zmiany wynagrodzenia umownego.”

V „Oferta przetargowa” (str. 5 specyfikacji istotnych warunków zamówienia) pkt 2. „Harmonogram prac projektowych” w postaci tabeli zawierającej kolumnę „Element opracowania” z pozycjami: Program funkcjonalno użytkowy dla całego odcinka obwodnicy wraz z drogami zbiorczymi – 3 warianty, Raport oddziaływania wraz z niezbędną dokumentacją do wniosku o wydanie decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach zgody na realizację

przedsięwzięcia, Operat wodnoprawny wraz z niezbędną dokumentacją do wniosku o wydanie pozwolenia wodnoprawnego, Projekt budowlany zadania, Dokumentacja podziału nieruchomości, Inne opracowania wymagane przepisami szczegółowymi, Wniosek wraz z kompletem niezbędnych dokumentów do wydania decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej, Projekty wykonawcze poszczególnych branż, Kosztorysy inwestorskie, Kosztorysy ślepe, Studium Wykonalności, a także kolumny „Cena opracowania brutto” oraz „Orientacyjny termin opracowania”.

W tej ostatniej kolumnie Odwołujący we wszystkich pozycjach podał jedną datę -15 lipca 2010 r. będącą ustalonym przez Zamawiającego terminem realizacji całego zamówienia, zgodnie z punktem III Opisu przedmiotu zamówienia.

Po zapoznaniu się z powyższym stanem faktycznym i stanowiskami Stron i Przystępującego do postępowania odwoławczego Izba stwierdziła, iż Odwołujący zadeklarował w ofercie wykonanie wszystkich czynności w ustalonym przez Zamawiającego terminie wykonania zamówienia, podczas gdy Zamawiający – jak oświadczył na rozprawie – oczekiwał podania dat pozwalających mu na śledzenie postępów prac projektowych. Jednak biorąc pod uwagę przytoczone powyżej postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia trudno znaleźć takie, z którymi deklaracja taka – zawarta w ofercie, byłaby wprost niezgodna. Rzeczywiście, w punkcie 4. „Opisu sposobu obliczenia ceny oferty” Zamawiający zażądał, aby wykonawca wpisał ceny brutto za poszczególne pozycje oraz terminy wykonania poszczególnych opracowań. Odwołujący dopełnił tego wymogu wpisując w każdą pozycję termin. Należy także zwrócić uwagę, iż z zastosowanej tabeli, mimo że nazwanej „harmonogramem”, jak i § 7 i 8 wzoru umowy odnoszącej się do tego harmonogramu wynika, iż Zamawiający większą wagę przywiązuje raczej do części tabeli dotyczącej wyceny poszczególnych pozycji, a nie samego określenia terminu wykonania, z którego można by wywodzić jakieś wymogi Zamawiającego do określenia poszczególnych dat.

Należy także przyznać rację Odwołującemu, iż Zamawiający nie zawarł w specyfikacji istotnych warunków zamówienia żadnej instrukcji wypełnienia tej kolumny tabeli ani rygorów co do określenia poszczególnych terminów przez wykonawców, zatem Odwołujący, kierując się swoim interesem, podał najdalszy możliwy termin. Nie bez znaczenia dla oceny niniejszej sprawy jest tytuł kolumny tabeli, w której należało wpisać owe terminy, której wzór opracował Zamawiający: „Orientacyjny termin opracowania”. Określenie „orientacyjny” wskazuje na przybliżony, prawdopodobny termin wykonania poszczególnych czynności wchodzących w zakres przedmiotu zamówienia. taki też termin został wskazany przez Odwołującego.

Zdaniem Zamawiającego ze względu na przepisy prawa określające konieczność przeprowadzenia wymaganych uzgodnień, uzyskania zezwoleń itd. oraz na to, że czynności te nie mogą przebiegać równocześnie, taka ogólna deklaracja w ofercie uniemożliwia prawidłowe i terminowe wykonanie przedmiotu zamówienia. Jednak, zdaniem Izby, jej najbardziej prawdopodobnym skutkiem może być tylko niepewność Zamawiającego na etapie złożenia oferty co do terminów uzyskania poszczególnych opracowań, a nie sama niemożność prawidłowej realizacji, jak i w ogóle prowadzenia nadzoru nad tą realizacją. Jasne jest bowiem, iż wykonawca, chcąc zrealizować wszystkie pozycje wskazane w tabeli w określonym terminie do 15 lipca 2010 r., będzie musiał wykonywać je w czasie pozwalającym na wykonanie wszystkich tych elementów.

Ogólne postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia wskazywane przez Przystępującego dotyczące opisu przedmiot zamówienia (pkt I 2) 2.1. opisu) wskazują generalnie na konieczność wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa. Wskazanie przez Odwołującego jednego maksymalnego terminu realizacji poszczególnych części zamówienia nie może świadczyć o tym, że Odwołujący nie przygotowuje wszystkich projektów i nie uzyska wymaganych prawem decyzji czy zezwoleń tak, aby całość przedmiotu zamówienia była należycie i w terminie wykonana. O nierównym traktowaniu wykonawców nie może również świadczyć fakt, że wszyscy inni wykonawcy zadeklarowali różne terminy realizacji poszczególnych elementów, gdyż warunki złożenia ofert

w tym zakresie były identyczne dla wszystkich wykonawców, tj. Zamawiający nie określił, że wymaga wskazania różnych, czy też określonych terminów dla wykonania poszczególnych elementów zamówienia.

Zatem, skoro Izba nie znalazła postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z którym oferta Odwołującego byłaby niezgodna, stwierdziła, iż nie było podstaw do odrzucenia jej i orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. 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, z 2008 r. Nr 182, poz. 1122).

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, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Opolu.

Przewodniczący:

.....*Polko*.....

Członkowie:

.....*Wojcik*.....

.....*Janusz*.....