

WYROK
z dnia 21 września 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Członkowie: Andrzej Niwicki
Anna Packo

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **16 września 2009 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: PM Group Polska Sp. z o.o., ul. Klecińska 125, 54-424 Wrocław (pełnomocnik) oraz Jarosław Kokolus prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Instalacyjne KONSULT-BUD Jarosław Kokolus** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Urząd Morski w Szczecinie, pl. Stefana Batorego 4, 70-207 Szczecin** protestu z dnia **29 lipca 2009 r.**,

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Usług Inwestycyjnych „EKO-INWEST” S.A., ul. Lucjana Szenwalda 20, 71-281 Szczecin oraz COWI POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Urząd Morski w Szczecinie, pl. Stefana Batorego 4, 70-207 Szczecin i nakazuje:**
 - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 462 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: PM Group Polska Sp. z o.o., ul. Klecińska 125, 54-424**

Wrocław (pełnomocnik) oraz Jarosław Kokolus prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Instalacyjne KONSULT-BUD Jarosław Kokolus,

- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 282 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy dwieście osiemdziesiąt dwa złote zero groszy) przez **Urząd Morski w Szczecinie, pl. Stefana Batorego 4, 70-207 Szczecin** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: PM Group Polska Sp. z o.o., ul. Klecińska 125, 54-424 Wrocław (pełnomocnik) oraz Jarosław Kokolus prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Instalacyjne KONSULT-BUD Jarosław Kokolus** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu,
- 3) dokonać zwrotu kwoty **10 538 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: PM Group Polska Sp. z o.o., ul. Klecińska 125, 54-424 Wrocław (pełnomocnik) oraz Jarosław Kokolus prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Instalacyjne KONSULT-BUD Jarosław Kokolus.**

U z a s a d n i e

I. W dniu 2.05.2009 r. Urząd Morski w Szczecinie, Pl. Batorego 4, 70-207 Szczecin (zwany dalej Zamawiającym), ogłosił w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej nr S z dnia pod nr 2008/S 84-121193 postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. Pełnienie Funkcji Inżyniera Kontraktu wraz z pełnieniem Nadzoru Inwestorskiego na zadaniu "Przebudowa Falochronu Wschodniego w Świnoujściu", i zamieścił Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007r., Nr 223, poz.1655 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 10 lipca 2009 r. Zamawiający zawiadomił uczestników postępowania o wyborze oferty najkorzystniejszej – za ofertę najkorzystniejszą została uznana oferta złożona przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Usług Inwestycyjnych EKO-INWEST S.A., COWI POLSKA Sp. z o.o. Oferta złożona przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: PM Group Polska Sp. z o.o. oraz Jarosław Kokolus, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Inwestycyjne "Konsult-Bud" Jarosław Kokolus (dalej zwanych Odwołującym) została odrzucona.

W dniu 17 lipca 2009 r. Odwołujący złożył protest, który Zamawiający rozstrzygnął w dniu 29 lipca 2009 r., poprzez jego oddalenie. Odwołujący w dniu 5.08.2009 r. (data nadania odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego) wniósł do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie od rozstrzygnięcia protestu, przekazując jednocześnie Zamawiającemu kopię odwołania.

W proteście Odwołujący zarzucił Zamawiającemu (zarzuty zostały później podtrzymane w odwołaniu) naruszenie:

- art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych poprzez jego niewłaściwe zastosowanie,
- art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez jego niezastosowanie,
- art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez naruszenie zasad uczciwej konkurencji i nierówne traktowanie Wykonawców w takich samych okolicznościach.

Zarówno w proteście, jak i w odwołaniu, wnoszono o powtórny ocenę ofert.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający błędnie odrzucił jego ofertę, ponieważ uznał, że jest ona niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (Zamawiający uzasadniając odrzucenie oferty Odwołującego wskazał, iż wykonawca wypełnił tabelę zawierającą zestawienie planowanych kosztów niezgodnie z jego oczekiwaniami, wpisując zamiast jednostki miary, pojęcie „ryczałt”, a ponadto wprowadził do tabeli nową rubrykę „razem”, zawierającą podsumowanie kwot podanych w czwartej kolumnie). Odwołujący podniósł, że Zamawiający nie podał przed składaniem ofert, jaki jest cel wprowadzenia tabeli zawierającej zestawienia planowanych kosztów. Podniósł również, że określenie „ryczałt” obejmuje okres 30 miesięcy, w jakim przedmiot zamówienia ma być realizowany.

Ponadto Odwołujący zauważył, że Zamawiający w ofercie ECM Group Polska Sp. z o.o. dokonał poprawek w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych, i nie tylko powiększył cenę jednostkowa o należyty podatek, ale dopisał jako jednostkę miary „miesiąc”. Świadczy to wg Odwołującego o nierównym traktowaniu wykonawców, ponieważ ewentualne poprawki w ofercie Odwołującego byłyby tożsame. Zresztą, Zamawiający poprawek o podobnym charakterze dokonał w ofercie Konsorcjum EKO-INWEST, w której w punkcie 5 wskazano jako jednostkę miary „całość kontraktu”.

Zamawiający oddalając protest, wskazał, że nie narzucił wykonawcom jakichkolwiek jednostek miary, gdyż nie były one elementem oceny ofert, a miały być w przyszłości podstawą ustalania prawdopodobnych zamówień dodatkowych. Podniósł, że poinformował w ogłoszeniu i SIWZ o planowaniu udzielenia zamówień uzupełniających i dodatkowych, a okres bezpośredniego wykonywania usługi (30 miesięcy) podał ze względu na konieczność zapewnienia porównywalności ofert. Podany okres realizacji nie mógł stanowić jednostki miary, chociażby z tego powodu, że nie wszystkie usługi wchodzące w skład przedmiotu zamówienia będą świadczone równomiernie przez cały okres jej realizacji (np. prace nurkowe, geodezyjne, itd.). Ponadto wykonawca będzie zobowiązany do sprawowania

nadzoru gwarancyjnego w okresie trzech lat po zakończeniu przebudowy falochronu, co również powinien uwzględnić w cenie oferty.

Zamawiający zauważył także, że w przypadku pozostałych ofert (z wyjątkiem oferty ECM Group) po przemnożeniu przez liczbę 30 (miesiący) kwot jednostkowych brutto z tabeli zawierającej zestawienie planowanych kosztów, a następnie po ich podsumowaniu otrzymuje się kwoty znacznie odbiegające od ceny ofertowej. Wskazał także, że wycena Odwołującego nie może stanowić bazy do ustalenia cen jednostkowych co w przyszłości może być asumptem do manipulacji stawkami podczas udzielania zamówień dodatkowych i uzupełniających.

Zamawiający wskazał również, że skorzystanie z trybu przewidzianego w art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych jest uprawnieniem, a nie obowiązkiem Zamawiającego.

Do protestu, a następnie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpili Wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Usług Inwestycyjnych „EKO-INWEST” S.A., ul. Lucjana Szenwalda 20, 71-281 Szczecin, COWI POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (dalej Konsorcjum EKO-INWEST bądź Przystępujący).

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 187 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołujący ma interes prawny we wnoszeniu środków ochrony prawnej, ponieważ w konsekwencji uwzględnienia odwołania, i powtórnej oceny ofert, jego oferta miałaby szansę zostać uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania (kopia dokumentacji postępowania prowadzonego przez Zamawiającego znajduje się w aktach sprawy KIO/UZP 1138/09; z dokumentów istotnych dla rozstrzygnięcia zrobiono kopie z oryginalnej dokumentacji Zamawiającego na rozprawie) i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, co następuje:

1. W piśmie z dnia 12 maja 2009 r. w odpowiedzi na pytanie jednego z Wykonawców (pytanie 1) wskazujące, że sporządzanie harmonogramu rzeczowo-finansowego jest bezcelowe na tym etapie postępowania, ponieważ harmonogram taki może powstać jedynie w oparciu o harmonogram wykonawcy robót budowlanych, Zamawiający przychylił się do prośby Wykonawcy i nadał w punkcie 13 SIWZ "Opis sposobu przygotowania oferty" podpunktowi 1.6. brzmienie:

"Wykonawca dołączy do oferty Zestawienie planowanych kosztów (brutto) podstawowych elementów wchodzących w skład usługi, przyjętych do kalkulacji ceny ofertowej, przy założeniu trzydziestomiesięcznego okresu obowiązywania umowy (...)."

2. W piśmie z dnia 29 maja 2009 r. w odpowiedzi na pytanie jednego z Wykonawców Zamawiający podał wzór Zestawienia planowanych kosztów (brutto) podstawowych elementów wchodzących w skład usługi, przyjętych do kalkulacji ceny, wskazując w tabeli następujące kolumny: L.p., nazwa usługi, jednostka miary, cena jednostkowa.

3. Odwołujący w załączonej do oferty tabeli w kolumnie jednostka miary podał: "ryczałt", a w kolumnie: "cena jednostkowa" cenę za podane w drugiej kolumnie usługi składające się na zamówienie.

4. Oferta złożona przez ECM Group Polska Sp. z o.o. została przez Zamawiającego poprawiona na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych. W piśmie z dnia 26 czerwca 2009 r. Zamawiający poinformował „że dokonał poprawy omyłki danych zawartych w tabeli "Zestawienie planowanych kosztów brutto podstawowych elementów wchodzących w skład usługi, przyjętych do kalkulacji ceny ofertowej" w ten sposób, że cenę jednostkową powiększył o podatek VAT w wysokości 22% oraz dopisał jako jednostkę miary - miesiąc."

5. Za prawidłowo przygotowane zestawienie Zamawiający uznał zestawienie przygotowane przez Konsorcjum "EKO-INWEST" S.A., gdzie w punkcie 5 wskazano jak jednostkę miary "całość Kontraktu", a cena jednostkowa była ceną za określony zakres usług przez cały czas realizacji kontraktu, więc w istocie była ceną ryczałtową.

Na podstawie tak ustalonego stanu faktycznego, Izba stwierdziła, że stanowisko Odwołującego, iż Zamawiający błędnie odrzucił jego ofertę, jest słuszne.

Skoro Zamawiający wyraźnie w odpowiedzi z dn. 12.05.2009 r. wskazał, że zestawienie planowanych kosztów (brutto) podstawowych elementów wchodzących w skład usługi, przyjętych do kalkulacji ceny ofertowej należało podać przy założeniu trzydziestomiesięcznego okresu obowiązywania umowy, to uprawnione było wnioskowanie, że pojęcie „ryczałt” użyte w kolumnie „jednostka miary” w ofercie Odwołującego to to samo, co wyrażenie „całość kontraktu” w ofercie Przystępującego, a więc okres 30 miesięcy.

„Co do zasady, uwzględniając okoliczności złożenia oferty, należy przyjąć, iż wolą wykonawcy jest wykonać zamówienie zgodnie z wymaganiami zamawiającego. Zgodnie z postanowieniami kodeksu cywilnego oferta jest oświadczeniem woli zawarcia umowy, a treść oferty należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których została złożona, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje (art. 65 § 1 k.c.). Oferta nie jest więc oświadczeniem woli złożonym w sferze abstrakcyjnej. Jest to oświadczenie złożone w określonych okolicznościach i celu. Jego treścią jest wykonanie przedmiotu zamówienia w zakresie określonym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia” (KIO/UZP 992/09).

Wbrew twierdzeniom Zamawiającego, z postanowień SIWZ i załączonego do niego wzoru umowy nie wynika, że wynagrodzenie wykonawcy przyszłej umowy będzie

kosztorysowe, i obliczane na podstawie cen jednostkowych za poszczególne czynności, które zostały wskazane w zestawieniu planowanych kosztów (zresztą, w rozstrzygnięciu protestu, Zamawiający podawał inne powody, dla których ceny jednostkowe mają być istotne – a mianowicie miały być podstawą obliczenia wynagrodzenia za zamówienia dodatkowe i uzupełniające). Z SIWZ, z rozdziału 22 „Opis sposobu obliczenia ceny” wynika raczej, że wynagrodzenie wykonawcy będzie ryczałtowe – w pkt. 2 Rozdziału 22 mowa wyłącznie o jednej kwocie (globalnej), podobnie w § 5 ust. 1 wzoru umowy i w art. 22.1 warunków ogólnych umowy. Tezie tej nie przeczy wystawianie miesięcznych faktur na podstawie rzeczywiście wykonanych prac; niewykluczone zresztą, że globalne wynagrodzenie zostało określone jako maksymalna wysokość należności wykonawcy z tytułu umowy, a rzeczywiste wynagrodzenie będzie płatne za wykonane usługi.

Jeżeli przyjąć jako właściwy ten ostatni wariant określenia wynagrodzenia, to zauważyć należy, że każdy z wykonawców składających ofertę inaczej określił katalog usług wchodzących w skład przedmiotu zamówienia (Zamawiający, jak twierdził na rozprawie, pozostawił wykonawcom w tym względzie dowolność). Wydaje się, że zróżnicowanie katalogu usług składających się na przedmiot zamówienia może nastęrczać więcej trudności w porównaniu złożonych ofert, niż użycie pojęcia „ryczałt” w kolumnie „jednostka miary” przez Odwołującego.

Jak już wyżej stwierdzono, nie może ulegać wątpliwości, że użycie w tym miejscu słowa „ryczałt” jest równoznaczne z pojęciem „całość kontraktu” i okresem trzydziestomiesięcznym (skoro okres 30 miesięcy miał być założeniem do sporządzenia zestawienia planowanych kosztów). Dlatego nie ma żadnego znaczenia, że słowo „ryczałt” nie jest jednostką miary, skoro bez wątplenia oznacza okres 30 miesięcy. Jeżeli Zamawiający zamierzałby „poprawić” zestawienie kosztów Odwołującego (choć nie byłoby to w ocenie Izby poprawienie treści oferty w rozumieniu Prawa zamówień publicznych), to należałoby zamiast słowa „ryczałt” wpisać wyrażenie „30 miesięcy”.

Oczywiste jest, że niektóre z usług składających się na przedmiot zamówienia nie będą realizowane z takim samym natężeniem przez cały okres realizacji umowy (prace nurkowe, geodezyjne). Niemniej jednak na podstawie zestawienia planowanych kosztów w ofercie Odwołującego da się określić maksymalną (ryczałtowaną) wartość należności wykonawcy za te usługi przez okres 30 miesięcy. Zauważyć należy, że na podstawie zestawienia kosztów w ofercie Przystępującego nie jest to możliwe. Zamawiający akceptuje sposób, w jaki zostało przedstawione zestawienie kosztów w ofercie Przystępującego, i zdaje się nie zauważać, że dla celów miesięcznego rozliczania za wykonane usługi jest ona tak samo przydatna, jak zestawienie kosztów w ofercie Odwołującego. Co najmniej niektóre ze świadczonych usług nie będą bowiem świadczone równomiernie nie tylko przez cały okres świadczenia umowy, ale i nie będą świadczone z takim samym zaangażowaniem

potencjału kadrowego przez okres jednego miesiąca (Zamawiający w SIWZ określił czas realizacji usług nurkowych w dniach). Zatem, aby w sposób odzwierciedlający rzeczywistość obliczać cenę za usługi zrealizowane w ciągu miesiąca, należałoby podać cenę danej usługi za jeden dzień – bądź nawet za godzinę. W tym sensie cena za „jednostkę miary” 1 miesiąca (w ofercie Przystępującego) jest tak samo „zryczałtowana”, jak cena za „ryczałt równy 30 miesiącom” (w ofercie Odwołującego). Jeżeli Zamawiający oczekiwał podania w ofercie określonych elementów, które będą miały w przyszłości odzwierciedlenie w wystawianych fakturach, powinien w sposób jednoznaczny wskazać te elementy (rodzaj i zakres usług oraz jednakową dla wszystkich uczestników postępowania jednostkę miary).

Wobec powyższego, nie stwierdzono podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych. Za niezgodności treści oferty z treścią SIWZ nie można również uznać uzupełnienie wzoru tabeli wersem „razem” w ofercie Odwołującego (zawierającym podsumowanie).

Zauważyć trzeba, że Krajowa Izba Odwoławcza bada dokumentację postępowania wyłącznie w granicach postawionych zarzutów, a ocena czynności Zamawiającego nie wykracza poza zgłaszane w środkach ochrony prawnej zarzuty, i Izba nie można unieważnić postępowania „z urzędu”.

Rację ma Zamawiający, że skorzystanie z trybu wyjaśnienia treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 jest jego prawem, a nie obowiązkiem, jednak w ocenie składu orzekającego w tym przypadku doszło do naruszenia tego przepisu, a to w kontekście zasady równego traktowania wykonawców wyrażonej w art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych (według Izby wyrażenia użyte przez wykonawców w kolumnie „jednostka miary” - „całość kontraktu” w ofercie Konsorcjum „EKO-INWEST” i „ryczałt” w ofercie Odwołującego – mają identyczny charakter i Zamawiający winien potraktować je jednakowo – tzn. oba wyjaśnić, bądź oba przyjąć za oczywiste).

Reasumując, potwierdziły się zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1, art. 87 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, dlatego orzeczono jak w sentencji, uwzględniając odwołanie nakazując Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Prawa zamówień publicznych.

Uwzględniono koszty zastępstwa Odwołującego w wysokości 3 600,00 zł (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), bowiem jest to maksymalna kwota, określona przez par. 4 ust. 1 pkt 2 lit. b Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007r., Nr 128, poz. 886) oraz koszty dojazdu na podstawie przedłożonych rachunków.

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 późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Szczecinie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....