

**Sygn. akt KIO/UZP 414/08**

**WYROK**  
**z dnia 15 maja 2008 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący:   Andrzej Niwicki**

**Członkowie:       Grzegorz Mazurek**  
**Izabela Niedziałek**

**Protokolant:       Magdalena Sierakowska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 maja 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Zakłady Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy Sp. z o. o., Warszawa, ul. Julianowska 13** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miasto Płock, Płock, ul. Stary Rynek 1** protestu z dnia 16 kwietnia 2008 r.

przy udziale **BUD-INVENT Sp. z o.o., Warszawa, ul. Filtrowa 67 bud. D lok.111** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego.

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża **Zakłady Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy Sp. z o. o., Warszawa, ul. Julianowska 13**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Zakłady Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy Sp. z o. o., Warszawa, ul. Julianowska 13.**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz xxx, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu xxx.
- 3) dokonać wpłaty kwoty xxx zł xxx gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15 936 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Zakładów Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy Sp. z o. o., Warszawa, ul. Julianowska 13.**

## **Uzasadnienie**

Odwołując się od braku rozstrzygnięcia przez Zamawiającego protestu z dnia 16 kwietnia 2008 r. wykonawca uczestniczący w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na prowadzenie inwestorskiego nadzoru technicznego nad kontraktem PN. Budowa dróg dojazdowych (krajowych) k II przeprawy mostowej w Płocku. Budowa odcinka IV (od km 14+350 do km 18+851) od węzła „Dobrzykowska” do węzła „Góry” wraz z budową ulicy Browarnej (na odcinku 190 m od drogi dojazdowej w kierunku ulicy Piwnej)”, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Uzasadniając zarzuty Odwołujący wskazał, że zarówno oferta spółki BUD-INVENT sp. z o.o. jak i następną w kolejności oferta ECM Group Polska Sp. z o.o. nie były sporządzone zgodnie z postanowieniami siwz tj. zapisem pkt 8 Działu II. Oferta BUD-INVENT sp. z o.o. była także niezgodna z postanowieniem pkt 9 Działu I Rozdziału IV oraz pkt 3.1.1. Działu II i Rozdziału III Działu I siwz.

W Dziale II pkt 8 siwz dotyczącym płatności wskazano, że wynagrodzenie za wykonane usługi w czasie realizacji Robót będzie stanowiło 80% ceny brutto, zaś płatność za nadzór pełniony w okresie rękojmi, gwarancji oraz Okresie Zgłaszania Wad będzie stanowiło 20% ceny brutto. Wykonawcy mieli podać cenę netto i brutto za pełniony nadzór, a ceny te powinny zostać określone zgodnie z postanowieniem pkt 8 Działu II siwz.

W ofercie BUD-INVENT sp. z o.o. wynagrodzenie za wykonane usługi w czasie realizacji Robót stanowiło 97,5% ceny brutto, zaś wynagrodzenie za nadzór pełniony w okresie rękojmi, gwarancji oraz w okresie zgłaszania wad – 2,5%, a w ofercie ECM Group Polska Sp. z o.o. odpowiednio 95% i 5% ceny brutto.

W kolejnym zarzucie Odwołujący wskazał, że wykonawca zobowiązany był złożyć wykaz wykonanych usług odpowiadających swoim rodzajem i wartością usługom stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz załączyć dokumenty potwierdzające należyte wykonanie usług. Odwołujący podniósł, że dokumenty złożone przez BUD-INVENT sp. z o.o. tj. Świadectwo Przejęcia oraz Protokół Odbioru potwierdzają jedynie fakt wykonania robót, lecz nie potwierdzają należytego ich wykonania. Nawet jeśli potwierdzają prawidłowe wykonanie robót budowlanych, to nie są dowodem prawidłowego wykonania usługi nadzoru objętej odrębną umową.

W tej sytuacji, w ocenie Odwołującego oferta uznana za najkorzystniejszą tj. BUD-INVENT sp. z o.o. oraz oferta spółki ECM Group Polska Sp. z o.o. jako niezgodne z postanowieniami siwz powinny zostać odrzucone.

Wskazując powyższe zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania, nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, dokonanie

czynności ponownej oceny ofert, odrzucenie oferty BUD-INVENT sp. z o.o. oraz oferty ECM Group Polska Sp. z o.o. i nakazanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania wobec braku interesu prawnego w popieraniu odwołania przez wykonawcę, którego oferta nie jest zabezpieczona wadium, względnie o oddalenie odwołania i odnosząc się zarzutów stwierdził, że nie ma podstaw do odrzucenia wybranej oferty. Wskazał, że przepisy prawa nie przesądzają o treści referencji składanych przez wykonawców, a złożone protokoły odbioru końcowego i świadectwa przejęcia są dokumentami potwierdzającymi wykonanie robót zgodnie z kontraktem. Odnosząc się do zarzutu błędnego wyliczenia w ofertach wynagrodzenia wskazał, że proporcje wynagrodzenia i płatności nie są tożsame ze sposobem obliczenia ceny. Zasady te zostały w siwz przedstawione odrębnie, a wszystkie złożone oferty zawierają prawidłowo obliczone ceny niezależnie od faktu zaistniałych różnic w proporcjach między poszczególnymi elementami rozliczeniowymi ujętymi w tabeli elementów scalonych..

Przystępujący do postępowania po stronie Zamawiającego wykonawca BUD-INVENT sp. z o.o. w całości poparł argumentację Zamawiającego o wniósł o odrzucenie odwołania lub jego oddalenie.

Wskazał, że załączone do oferty dokumenty w postaci Świadectwa Przejęcia oraz Protokołu Odbioru wskazują na należyte wykonanie usług, gdyż do ich wykonania nie było zastrzeżeń, a ustawa i siwz nie wskazują, jakie konkretne dokumenty należało dołączyć na potwierdzenie, że usługi zostały należyte wykonane. Charakter obu tych dokumentów przesądza przy tym, że w razie nienależytego wykonania usług, stosowne informacje byłyby zawarte w ich treści.

Przystępujący podniósł również, że w aktualnym stanie prawnym dopuszcza się wezwanie wykonawców do uzupełniania dokumentów na podstawie art. 26 ust 3 ustawy w sytuacji, gdy wykonawcy ich nie złożyli lub złożyli dokumenty wadliwe.

Odnosząc się do zarzutu protestu i odwołania w zakresie proporcji pomiędzy płatnością za nadzór pełniony w czasie realizacji robót oraz płatnością za nadzór w okresie rękojmi, gwarancji oraz w Okresie Zgłaszania Wad Przystępujący wskazał, że „Tabela elementów scalonych” zawiera nie dwa, ale cztery wiersze zawierające składniki ceny (elementy rozliczeniowe). Oprócz wskazanych przez Odwołującego płatności za nadzór pełniony w czasie realizacji robót oraz płatności za nadzór w okresie zgłaszania wad, w tabeli ujęte są kolejne dwie pozycje tj. „limit na badania laboratoryjne” oraz „Limit na ewentualne badania wykopaliskowe lub badania sondażowe oraz ratownicze badania interwencyjne”. Z tego względu niemożliwy jest sposób zadeklarowanie sposobu płatności za dwie pierwsze pozycje w proporcji 80% i 20% na etapie składania oferty. Założone rozliczenie na wskazanych zasadach będzie możliwe dopiero na etapie realizacji umowy, a nie przy sporządzaniu załączonej do oferty tabeli elementów scalonych., w której Zamawiający

wymagał uwzględnienia wszystkich czterech elementów rozliczeniowych. Przystępujący podniósł nadto, że wnioski protestu i odwołania dotyczą jedynie treści oferty i jej odrzucenia, nie zawierają zaś zarzutów naruszenia przepisów ustawy dotyczących spełnienia warunków podmiotowych, w tym przedstawienia dowodów należytego wykonania robót, których uwzględnienie skutkowałoby ewentualnym wykluczeniem wykonawcy z postępowania.

**Krajowa Izba Odwoławcza** po rozpatrzeniu sprawy, zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami stron i uczestnika przedstawionymi na rozprawie ustaliła, co następuje.

Oceniając kwestię interesu prawnego Odwołującego we wniesieniu odwołania, Izba uznaje, że wykonawca, który nie został wykluczony z postępowania i którego oferta nie została odrzucona, ma interes prawny w ubieganiu się o udzielenie zamówienia. Fakt, że w chwili obecnej jego oferta nie jest zabezpieczona wadium nie zmienia tej oceny zwłaszcza, że okoliczność braku wadium jest skutkiem zaniechania wezwania przez Zamawiającego do przedłużenia ważności wadium przez tego konkretnego wykonawcę, co może być uznane za uchybienie zasadzie równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 w zw. z art. 181 ust. 2a ustawy).

Oceniając zarzut braku złożenia przez wybranego wykonawcę dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usług Izba, biorąc pod uwagę treść przedłożonych

Świadectw Przejęcia oraz Protokołu Odbioru uznaje, że dokumenty te nie tylko wskazują na fakt wykonania robót budowlanych, lecz również fakt należytego wykonania czynności przez pozostałych uczestników procesu inwestycyjnego, w tym podmiotu pełniącego funkcję nadzoru inwestorskiego, w nomenklaturze FIDIC – Inżyniera Kontraktu. Potwierdzeniem tej oceny jest brak odmiennych uwag w odniesieniu do stron sporządzających końcowy lub całościowy protokół. Tym samym uwzględniając ponadto fakt złożenia wykazu z podaniem ilości świadczonych usług, zarzut niekompletności referencji i wadliwego wykazania niezbędnego i wymaganego doświadczenia, jest nieuzasadniony. Powyższy zarzut został przez Izbę oceniony, gdyż został on zgłoszony i uzasadniony pod względem faktycznym zarówno w proteście jak i w odwołaniu, jakkolwiek wnioski i zarzuty prawne w tym zakresie, a zwłaszcza wniosek o wykluczenie wykonawcy, w razie uwzględnienia tego zarzutu, nie został przez Odwołującego wprost sformułowany.

Izba odstąpiła od rozstrzygania w zakresie zarzutu dotyczącego kwalifikacji zawodowych osób wskazanych w ofercie wobec odstąpienia przez Odwołującego od popierania tego zarzutu.

Oдноśnie zarzutu niezgodności treści oferty z treścią siwz w zakresie wynagrodzenia za wykonane usługi, skład orzekający Izby ustalił, na podstawie treści specyfikacji, że zgodnie z Działem I R. X cena ofertowa jest ceną ryczałtową obliczoną przez zsumowanie wartości

poszczególnych elementów scalonych. Na elementy te, ujęte w tabeli składają się elementy rozliczeniowe i pozycje cenowe dla każdego elementu z rozbiem na cenę netto, podatek od towarów i usług oraz cenę brutto, a także cenę łączną stanowiącą cenę oferty. Analiza treści ofert kwestionowanych przez Odwołującego wskazuje, że ceny ofert zostały obliczone zgodnie z podanym sposobem obliczenia ceny, a tym samym w zakresie obliczenia ceny nie stwierdzono niezgodności cen ofertowych z treścią siwz.

Wskazana przez Odwołującego rozbieżność między postanowieniami siwz, a treścią ofert nie dotyczy zatem kalkulacji ceny, która jak wyżej wskazano jest ceną ryczałtową, a więc obejmującą całość zadania, lecz zasady okresowego wypłacania wynagrodzenia wykonawcy, z którym zawarta zostanie umowa.

Odnosząca się do sposobu wykonania umowy zasada zawarta w Dziale II pkt 8 „Płatności” stanowi, że wynagrodzenie za wykonane usługi będzie stanowiło 80% ceny brutto i będzie wypłacane proporcjonalnie w okresach miesięcznych./.../, a płatność za nadzór pełniony w okresie rękojmi, gwarancji oraz Okresie Zgłaszania Wad będzie stanowiło 20% ceny brutto i będzie następowało proporcjonalnie w okresach kwartalnych na podstawie faktur wystawionych przez Wykonawcę /.../. Odrębnie założono przy tym płatności za pozostałe elementy usługi.

W świetle powyższego nie ma podstaw do uznania, że różnice proporcji w poszczególnych składnikach cenotwórczych w porównywanych ofertach oznaczają niezgodność tych ofert z postanowieniami specyfikacji.

W konsekwencji, wobec stwierdzenia, że treść ofert wybranego oraz kolejnego wykonawcy nie są sprzeczne z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, orzeczono, jak w pkt 1 wyroku.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, 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 **Płocku**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

---

\* *niepotrzebne skreślić*