

Sygn. akt: KIO/UZP 1451/09

WYROK
z dnia 26 listopada 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Małgorzata Stręciwilk**

Członkowie: **Klaudia Szczytowska-Maziarz**
Ryszard Tetzlaff

Protokolant: **Wioleta Wasilewska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 listopada 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Zakład Usług i Robót Wodnych Sp. z o.o., ul. Morcinka 43, 45-317 Opole** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gmina Długoleka, ul. Wrocławska 18, Długoleka, 55-095 Mirków**, protestu z dnia 7 września 2009 r.

przy udziale wykonawcy **Konsorcjum firm w składzie: Dolnośląska Fundacja Ekorozwoju EKO-RAJ (pełnomocnik Konsorcjum) i Biuro Usługowo Handlowe ECOTEQ z siedzibą dla pełnomocnika Konsorcjum: ul. Purkiniego 1, 50-155 Wrocław**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża **Zakład Usług i Robót Wodnych Sp. z o.o., ul. Morcinka 43, 45-317 Opole** 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 uiszczanego przez **Zakład Usług i Robót Wodnych Sp. z o.o., ul. Morcinka 43, 45-317 Opole**;
- 2) 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 **Zakładu Usług i Robót Wodnych Sp. z o.o., ul. Morcinka 43, 45-317 Opole**.

Uzasadnienie

Zakład Usług i Robót Wodnych Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu, zwany dalej „Odwołującym”, złożył protest i odwołanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na: „Usługę polegającą na opracowaniu dokumentacji projektowej budowy kanalizacji sanitarnej dla miejscowości Szczodre i Domaszczyn wraz z przyłączami, sieciami przesyłowymi oraz włączeniem w istniejący rurociąg”, prowadzonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. z 2007 r. Dz. U. Nr 223, poz. 1655 ze zm.), (dalej: „ustawa Pzp”) przez Gminę Długołęka (dalej: „Zamawiający”). Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w BZP z dnia 30 czerwca 2009 r. (nr ogłoszenia: 102549).

W postępowaniu tym Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. oferty Konsorcjum firm w składzie: Dolnośląska Fundacja Ekorozwoju EKO-RAJ (pełnomocnik Konsorcjum) i Biuro Usługowo Handlowe ECOTEQ z siedzibą dla pełnomocnika Konsorcjum we Wrocławiu (dalej: „Konsorcjum EKO-RAJ” lub „Przystępujący”), jednocześnie też odrzucając ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jako niezgodną z SIWZ. W informacji o wynikach postępowania doręczonej Odwołującemu w dniu 2 września 2009 r. Zamawiający poinformował, że Odwołujący samodzielnie zmienił warunki postawione przez Zamawiającego w SIWZ poprzez zmianę wartości procentowej za pełnienie nadzoru autorskiego na str. 2 oferty. Podkreślił, że Zamawiający w formularzu ofertowym stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ określił, iż wartość za usługę polegającą na pełnieniu nadzoru autorskiego ma wynosić 10% wynagrodzenia ryczałtowego ogółem, natomiast Odwołujący wycenił ten nadzór na 5%.

W związku z odrzuceniem oferty Odwołujący w piśmie z dnia 7 września 2009 r. złożył Zamawiającemu protest (wpływ do Zamawiającego w tej samej dacie). W proteście wskazał na naruszenie przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp. Podniósł, że przedmiotem zamówienia jest usługa polegająca na opracowaniu kompletnej dokumentacji projektowej oraz pełnienie nadzoru autorskiego w trakcie realizacji inwestycji, za który to przedmiot zamówienia Zamawiający oczekiwał wskazania ceny ryczałtowej (pkt X.5 SIWZ). Określenie zatem przez Odwołującego tej ceny ryczałtowej powinno być poddane ocenie przez Zamawiającego w ramach jedyne, cenowego kryterium oceny ofert.

Odwołujący stwierdził też, że kwota 10% wartości całego zamówienia za usługi pełnienia nadzoru autorskiego jest ceną za wysoką, gdyż dla Odwołującego wystarczającą jest to kwota 5%.

Podniósł, że w żadnym miejscu SIWZ Zamawiający nie wprowadził konkretnych wysokości wynagrodzenia za poszczególne części przedmiotu zamówienia. Jedynym dokumentem, który wprowadzał takie regulacje był załącznik nr 1 do SIWZ, który w ocenie Odwołującego jest sprzeczny z treścią SIWZ, która wskazywała na jedną łączną cenę ryczałtową za wykonanie przedmiotu zamówienia.

Powołując się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej wskazał, że podstawą odrzucenia oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp może być jedynie merytoryczna sprzeczność oferty z treścią SIWZ. Istotne zatem z tego punktu widzenia jest, aby niezgodność oferty z treścią SIWZ miała wpływ na osiągnięcie właściwego celu postępowania. Ten cel w ofercie Odwołującego jest zapewniony – jak twierdzi – a rozbieżności pomiędzy wartością wskazaną przez Zamawiającego i Odwołującego co do wartości wykonania usługi nadzoru autorskiego są bez znaczenia dla osiągnięcia tego celu. Podkreślił też, że usługi te nie mogą być wykonywane oddzielenie i Zamawiający nie przewidział w tym zakresie możliwości częściowego składania ofert.

Odwołujący podniósł też, że w przypadku wątpliwości co do ceny ofertowej Zamawiający miał prawo skorzystać z przepisu art. 90 ust. 1 oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, czego nie uczynił.

O proteście Zamawiający poinformował wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu. Konsorcjum EKO-RAJ pismem z dnia 10 września 2009 r. (wpływ do Zamawiającego w tej samej dacie) złożyło do Zamawiającego przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, wskazując na niezasadność protestu.

Zamawiający w piśmie z dnia 17 września 2009 r. (doręczenie Odwołującemu w tej samej dacie) rozstrzygnął protest przez jego oddalenie. W uzasadnieniu rozstrzygnięcia Zamawiający podtrzymał swoją decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego z powodu jej sprzeczności z SIWZ, wskazując dodatkowo, że przyjęty przez niego podział wartości wynagrodzenia umownego ma swoje uzasadnienie merytoryczne, a nie formalne. Zamawiający określają w ten właśnie sposób wartość wynagrodzenia – przypisaną do usług nadzoru autorskiego – ustalili, że wykonawca otrzyma je dopiero po przekazaniu do użytkowania robót budowlanych, czyli po upływie czasu, przez który ma on wykonywać nadzór autorski. Zamawiającemu – jak wskazał – zależało, aby wskazana kwota poprzez jej wysokość była mobilizującą wykonawcę do należytego wykonywania usług nadzoru.

Podkreślił też, że bezpodstawne byłoby w tym przedmiocie korzystanie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp ponieważ nie chodzi w tym przypadku o cenę rażąco niską. Bezpodstawne również – jak podniósł - byłoby wyjaśnienie treści oferty Odwołującego na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, ponieważ przepis ten zakazuje negocjacji co do treści oferty pomiędzy wykonawcą, a Zamawiającym. Niedopuszczalna zatem - w ocenie Zamawiającego - byłaby w tym zakresie zmiana treści oferty Odwołującego. Zresztą – jak podniósł – sam Odwołujący przyznał, że świadomie zmienił procentową wartość kwoty przypisanej do usługi nadzoru autorskiego, gdyż jego zdaniem 10% kwota jest za wysoka. Zaproponowanie ceny w wysokości 5% nie było więc omyłką Odwołującego, ale jego wyraźnym oświadczeniem woli.

Odwołujący od rozstrzygnięcia protestu złożył odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (złożenie odwołania w dniu 21 września 2009 r. w placówce pocztowej operatora publicznego). Kopia odwołania w tej samej dacie została przekazana Zamawiającemu.

W odwołaniu podtrzymane zostały te same zarzuty, które Odwołujący podniósł w proteście. Dodatkowo wskazał, że Zamawiający nie ma uprawnienia do narzucenia ceny jaką mają zaoferować uczestnicy postępowania składający oferty. Zamawiający na podstawie przepisów ustawy Pzp ma jedynie prawo do określenia kryteriów oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu. Określanie poziomu ceny za wykonanie konkretnych elementów przez Zamawiającego jest natomiast niedopuszczalne. Odwołujący podkreślił, że obowiązujące przepisy prawa (Kc) przewidują wprowadzenie szczególnych elementów dyscyplinujących należyte wykonanie umowy (np. kary umowne, czy też na podstawie przepisów ustawy Pzp wpis do rejestru nierzetelnych wykonawców); nie może to być natomiast określanie wysokości wynagrodzenia wykonawcy.

Wskazując na powyższe Odwołujący wniósł o:

- 1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na odrzuceniu jego oferty;
- 2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 3) nakazanie Zamawiającemu ponowną ocenę ofert i wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej;
- 4) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania przed Prezesem UZP według norm przypisanych, w tym kwoty 3 600 zł tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz 17 zł tytułem uiszczonej opłaty skarbowej od udzielonego pełnomocnictwa.

Do postępowania odwoławczego pismem z dnia 23 września (wpływ do Prezesa UZP w dniu 25 września 2009 r.) Konsorcjum EKO-RAJ złożyło przystąpienie po stronie Zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, zaprezentowanych w proteście, przystąpieniu do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, rozstrzygnięciu protestu i odwołaniu oraz w przystąpieniu do postępowania odwoławczego, jak i w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 187 ust. 4 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania. Izba uznała również, że przesłanka interesu prawnego tego wykonawcy w uzyskaniu zamówienia, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, została wypełniona.

Co do zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba stwierdziła, że odwołanie podlega oddaleniu.

Podstawą tych ustaleń składu orzekającego Izby stał się materiał dowodowy zgromadzony w niniejszej sprawie, tj. przede wszystkim dokumentacja z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazana w kopii przez Zamawiającego do akt sprawy oraz przedłożona do wglądu Izby w oryginale w toku rozprawy, w tym w szczególności: oferta Odwołującego i postanowienia SIWZ, jak również stanowiska stron

postępowania oraz Przystępującego wyrażone w pismach złożonych w toku postępowania protestacyjnego i odwoławczego oraz w trakcie rozprawy.

Skład orzekający Izby nie stwierdził naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 7 ust. 1 i 3 ustawy, art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, a także art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Niewątpliwe Odwołujący w swojej ofercie zaproponował cenę za usługę polegającą na pełnieniu nadzoru autorskiego wchodzącego w zakres przedmiotu zamówienia, stanowiącą 5% ceny ryczałtowej, tj. w wysokości 12 200,00 zł brutto (str. 2 formularza ofertowego). Cena ryczałtowa – za realizację przedmiotu zamówienia została przez niego ustalona w formularzu ofertowym na kwotę 244 000,00 zł brutto (str. 1 formularza oferty).

Niesprzeczne również pomiędzy stronami postępowania oraz jego uczestnikiem było to, że Zamawiający w załączniku nr 1 do SIWZ, tj. formularzu ofertowym, ukształtował sposób ustalenia ceny ofertowej w ten sposób, aby wykonawcy z jednej strony wskazali wynagrodzenie ryczałtowe za realizację całości zamówienia, z drugiej zaś wymagał, aby na cenę tą składały się trzy elementy, tj.:

- 1) za wykonanie projektu budowlanego i uzyskanie pozwolenia na budowę w wysokości 50% ceny ryczałtowej za całość zamówienia,
- 2) za wykonanie innych niż budowlanych projektów i dokumentów, w wysokości 40% ceny ryczałtowej,
- 3) za usługę polegającą na pełnieniu nadzoru autorskiego w wysokości 10% ceny ryczałtowej.

Jednocześnie też Izba ustaliła, że wzór umowy określony przez Zamawiającego jako załącznik nr 7 do SIWZ przewidywał również wskazane zasady ustalenia i rozliczenia wynagrodzenia za usługę pełnienia nadzoru autorskiego (§ 4 i § 9 ust. 1 pkt 4) projektu umowy).

Wskazane zasady ustalenia wynagrodzenia za pełnienie nadzoru autorskiego w wysokości 10% wynagrodzenia ryczałtowego nie były modyfikowane przez Zamawiającego ani w trybie odpowiedzi na zapytania do SIWZ, ani w trybie rozstrzygnięcia ewentualnego protestu dotyczącego wskazanych postanowień.

Uwzględniając powyższe skład orzekający Izby uznał, że w tym zakresie oferta Odwołującego jest sprzeczna z przywoływanymi wymogami SIWZ. Jeśli wykonawca ten nie zgadzał się na tak określone zasady ukształtowania wynagrodzenia umownego mógł w tym zakresie złożyć w odpowiednim czasie protest do Zamawiającego na postanowienia SIWZ.

Tego jednak Odwołujący wówczas nie uczynił, stąd też kwestionowanie na etapie oceny ofert postanowień SIWZ w tym zakresie jest nieuprawnione.

Argumentacja Odwołującego, że przyjęty przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu charakter wynagrodzenia jako wynagrodzenie ryczałtowe uzasadnia swobodę w kształtowaniu ceny ofertowej przez wykonawców oraz, że ewentualne stwierdzone w ramach tej ceny błędy nie mają znaczenia dla ważności oferty, bowiem przy wynagrodzeniu ryczałtowym wykonawca zobowiązuje się do realizacji całości przedmiotu zamówienia na zasadach określonych w SIWZ, nie zasługuje na uwzględnienie. Zgodzić należy się z Odwołującym, że charakter ryczałtowy wynagrodzenia umownego wskazuje na obowiązek realizacji całości przedmiotu zamówienia za umówioną cenę łączną. W tym jednak przypadku problem ukształtowania zasad określenia wynagrodzenia umownego nie dotyczy tak naprawdę kwestii związanych z prawdopodobieństwem niewykonania jakiegoś zakresu przedmiotu zamówienia przez wykonawcę lecz stosownego zabezpieczenia prawidłowości realizacji zamówienia oraz zasad wypłaty wynagrodzenia za pełnienie nadzoru autorskiego.

Zamawiający określił procentowo wielkość kwoty wynagrodzenia przysługującego wykonawcy z tytułu realizacji każdej z trzech dających się wyodrębnić części zamówienia, w tym również co do usług nadzoru autorskiego, określając je jako 10 % wartości całości wynagrodzenia. W ten właśnie sposób Zamawiający zabezpieczył prawidłowość wykonania tej usługi przez wykonawcę, która to usługa z racji jej specyfiki będzie realizowana dopiero na etapie wykonawstwa robót budowlanych. Zasadnym zatem jest, aby również wynagrodzenie za wykonywanie tych usług wypłacone zostało wykonawcy po ich wykonaniu, a nie z dużo większym wyprzedzeniem. Ustalony przez Zamawiającego poziom tego wynagrodzenia – jak podniesiono – nie był kwestionowany wcześniej przez wykonawców i nie stanowi też nadużycia ze strony Zamawiającego, o czym świadczą choćby oferty złożone w postępowaniu przez innych wykonawców, w których przyjęli oni za wiążące ustalenie 10% wysokości wynagrodzenia z tytułu wykonywania usług nadzoru autorskiego.

Nie można zgodzić się z argumentacją Odwołującego, że powyższe określenie wysokości wynagrodzenia za wskazane usługi wskazuje, że tak naprawdę to Zamawiający określa cenę ofertową, a nie wykonawcy. Zwrócić należy uwagę, że Zamawiający w niniejszym postępowaniu nie określił faktycznie ceny ofertowej, a wyłącznie zasady jej ustalania, czyli sposób obliczenia ceny, biorąc pod uwagę charakter poszczególnych części wchodzących w zakres przedmiotu zamówienia, ich specyfiki, terminu realizacji i związanych z tym rozliczeniami płatności tego wynagrodzenia. Kalkulację ceny ofertowej każdy z wykonawców opracowywał samodzielnie i Zamawiający w tym zakresie nie miał na wykonawców żadnego wpływu.

Podkreślania wymaga również okoliczność, że ustalone przez Zamawiającego zasady dotyczące ustalenia ceny ofertowej były wskazane w załącznikach do SIWZ (załącznik nr 1 – formularz ofertowy i załącznik nr 7 – wzór umowy). Tym samym stanowiły one nieodłączną treść SIWZ i wskazując na wymogi merytoryczne określały też zakres treści oferty. Zakres ten, w przypadku Odwołującego, nie odpowiadał wymogom SIWZ, stąd też zasadnym było odrzucenie jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Skład orzekający Izby nie znalazł też żadnych postaw do stwierdzenia, że w przypadku tej nieprawidłowości w ofercie Odwołującego mógłby mieć zastosowanie przepis art. 87 ust. 1, czy też 2 ustawy Pzp. Wyjaśnienia treści oferty w tej mierze nie są bowiem obligatoryjne stosownie do regulacji przywołanego przepisu (art. 87 ust. 1 ustawy Pzp), a ponadto, w tym konkretnie przypadku, byłyby zupełnie zbędne, gdyż treść oferty Odwołującego w kwestionowanym zakresie była jednoznaczna, co zresztą potwierdza również stanowisko Odwołującego wyrażone w proteście i odwołaniu. Izba stwierdziła również, że nie wchodzi w tym przypadku w grę zastosowanie przepisów odnośnie poprawienia omyłek w ofercie, bowiem o żadnej omyłce w tym przypadku mówić nie można. Ewidentnie mamy do czynienia z wyraźnym i jasnym oświadczeniem woli Odwołującego o zaoferowaniu wynagrodzenia za świadczenie usług nadzoru na poziomie innym niż wymagany przez Zamawiającego. Takie stanowisko Odwołujący potwierdził także w proteście i odwołaniu. Uwzględniając powyższe przy określeniu 10% wartości wynagrodzenia z całości zamówienia co do usług nadzoru autorskiego nie możemy mówić o niecelowym działaniu wykonawcy wynikającym z jakichś okoliczności, a ze świadomym oświadczeniem woli o 5% poziomie wyceny tych usług.

Niezrozumiałe w ocenie Izby jest również odwoływanie się przez Odwołującego do treści art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Zdaniem Izby przepis ten – czyli żądanie od wykonawcy wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny – nie znajduje żadnego uzasadnienia. Zarzut postawiony ofercie Odwołującego nie dotyczy rażąco niskiej ceny, a wyłącznie sprzeczności treści oferty z treścią SIWZ.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego - stosownie do jego wyniku - orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy 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 ze zm.).

Jednocześnie też Izba orzekając o kosztach postępowania odwoławczego dokonała rozliczenia kosztów z kwoty faktycznie uiszczonej przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania (15 tys. zł), a nie wpisu należnego w niniejszej sprawie (10 tys. zł).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego **we Wrocławiu.**

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....