

Sygn. akt: KIO 2654/18

WYROK

z dnia 08 stycznia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 08 stycznia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 grudnia 2018 przez Wykonawcę **Panorama Obiekty Sportowe Sp. z o.o. (ul. Puławska 38, 05-500 Piaseczno)** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Prezydent Miasta Tychy, (Al. Niepodległości 49, 43-100 Tychy)**

przy udziale Wykonawcy **I.S. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe "GRETASPORT" I.S. (ul. Podlesie 17, 41-303 Dąbrowa Górnicza)** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża Wykonawcę **Panorama Obiekty Sportowe Sp. z o.o. (ul. Puławska 38, 05-500 Piaseczno)** i
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego **Panorama Obiekty Sportowe Sp. z o.o., (ul. Puławska 38, 05-500 Piaseczno)** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2018 r. poz. 1986 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający Gmina Tychy prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego pn.: *Wykonanie projektu budowlano wykonawczego oraz robót budowlanych dla potrzeb realizacji zadania inwestycyjnego pn.: „Modernizacja boiska na os. Z pomiędzy ul. Beskidzką a parafią Św. Maksymiliana Kolbe” w Tychach.*

Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Biuletynie Zamówień Publicznych 21 września 2018 roku pod numerem 619689-N-2018.

Odwołujący Panorama Obiekty Sportowe Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 PZP w zw. z art. 29 ust. 2 PZP, poprzez ich niewłaściwie zastosowanie, polegające na ograniczeniu przez Zamawiającego w treści Załącznika nr 1a do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wartości pozycji 1 "Projekt budowlano wykonawczy", wskazanego w Zbiorczym zestawieniu kosztów do wysokości 1% ceny ofertowej, podczas gdy pozycja "Projekt budowlano wykonawczy" w zakresie wyceny tego elementu nie stanowiła kryterium oceny ofert; naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP poprzez jego nieprawidłowe zastosowanie, polegające na odrzuceniu oferty Odwołującego, ponieważ wartość pozycji "Projekt budowlano wykonawczy" wskazany w Załączniku 1a do SIWZ nie stanowił kryterium oceny ofert, a wartość poszczególnych pozycji w Załączniku nr 1a do SIWZ - Zbiorczym zestawieniu kosztów nie stanowiła warstwy merytorycznej oferty Odwołującego, która podlegała badaniu w toku oceny ofert.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru jako najbardziej korzystnej, oferty GRETASPORT I.S.; nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności powtórnego badania i oceny wszystkich ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

I. [Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 PZP w zw. z art. 29 ust. 2 PZP]

Odwołujący wskazał, że pozycja "Projekt budowlano wykonawczy", w zakresie wyceny tego elementu, nie stanowiła kryterium oceny ofert. Kryteria oceny wynikały z punktu 16 SIWZ. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający nie powinien dokonywać sztucznego rozgraniczenia, oceniając oferty w rozbiciu na poszczególne pozycje tabeli kosztorysu. Wskazany przez Zamawiającego 1% mógł stanowić niewiążące dla oferentów wytyczne, nie zaś warunek formalny przyjęcia oferty. Odwołujący podniósł, że z treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia nie wynika żadne uzasadnienie, dla którego Zamawiający narzucił Wykonawcom ograniczenie w zakresie wartości prac projektowych - bezpodstawnie ingerując w zasadę swobody umów pomiędzy projektantem a Wykonawcą. Wynagrodzenie

Wykonawcy miało charakter ryczałtowy, za całość przedmiotu zamówienia.

Ograniczenie wartości prac projektowych do zaledwie 1% ceny ofertowej, zdaniem Odwołującego określało wartość tej pozycji w sposób nierealny i w sposób nieuzasadniony faworyzowało Wykonawców, którzy wartość tej pozycji zaniżyli (wbrew cenom rynkowym) do wymogów Zamawiającego, sztucznie zawyżając pozostałe pozycje. Nie jest możliwe, przy obecnych cenach panujących na rynku budowlanym, wykonanie projektu budowlano wykonawczego dla obiektu, będącego przedmiotem zamówienia, za wartość nie przewyższającą 1 % inwestycji.

Odwołujący odwołał się do wytycznych, odnoszących się do zasad obliczania honorariów architekta, wydanych przez Stowarzyszenie Architektów Rzeczypospolitej Polskiej. Zauważył, że choć nie jest to akt prawa powszechnie obowiązującego, to podane zasady stanowią niczym nie kwestionowane wytyczne dla architektów, nie tylko zrzeszonych w tym Stowarzyszeniu. Na podstawie zawartych tam wytycznych dokonał obliczenia rynkowego wynagrodzenia architekta 87.486,67 złotych brutto jako średnią cenę rynkową, zakładając najniższy stopień złożoności projektu.

Przyjmując z kolei wartość narzuconą przez Zamawiającego, 1% wartości prac projektowych, w porównaniu do całości wartości oferty, wyniosłaby kwotę 33.648,72 zł. Jak podkreślił Odwołujący, taka kwota jest kwotą realną za sporządzenie projektu dużego domu jednorodzinnego, wraz z garażem i zagospodarowaniem terenu, nie zaś za wykonanie obiektu sportowego za cenę ponad 3 milionów złotych.

Dalej Odwołujący wskazał, że wprowadzenie przez Zamawiającego wartości niższej, określonej na poziomie 1%, nie tylko zmusza Wykonawców do wpisania nierealnych kwot, ale powoduje naruszenie zasady neutralności opisu przedmiotu zamówienia. Narzucenie Wykonawcom konieczności ograniczenia pozycji "Projekt budowlano wykonawczy" do wysokości 1% ceny ofertowej nie wynikało z uzasadnionych potrzeb Zamawiającego i stanowiło naruszenie zasady równego traktowania Wykonawców.

II. [Naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP]

Zdaniem Odwołującego, uchybienia Zamawiającego spowodowały niezasadne odrzucenie jego oferty. Odwołujący nie zgodził się, że odrzucenie oferty nastąpiło z powodu jej niezgodności ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia. Świadczenie Odwołującego było zgodne z wymogami Zamawiającego wskazanymi w SIWZ.

Jedynym naruszeniem przez Odwołującego reguł określonych w SIWZ było wskazanie w pozycji Załącznika nr 1a do SIWZ wartości prac projektowych odzwierciedlających realia rynkowe (w miejsce nieprawdziwych, nierynkowych - jak to oczekiwał Zamawiający).

Odwołujący zwrócił uwagę, że sam koszt prac projektowych nie stanowił kryterium oceny ofert: cena, jako całość, stanowiła 60% kryterium oceny - nie zaś wartość pozycji kosztorysu

w zakresie wyceny prac projektowych. Dalej Odwołujący wskazał, że niezbędnym dla odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP jest wskazanie przez zamawiającego, z jaką treścią SIWZ treść oferty wykonawcy jest sprzeczna. Zamawiający wskazał w sposób zdawkowy, iż oferta Odwołującego nie jest zgodna z załącznikiem do SIWZ, przy czym wartość prac projektowych nie stanowiła kryterium oceny ofert. Wartość prac projektowych stanowiła jeden z elementów całości kalkulacji ceny, zaś oszacowanie wartości prac projektowych nawet na poziomie 5 % miało marginalny wpływ na całościową cenę ryczałtową. Co więcej, wartość prac projektowych była jednym z elementów składowych całości ceny ofertowej, która z punktu widzenia Zamawiającego nie miała znaczenia, bowiem kryterium oceny ofert dotyczyły 60 % ceny, jako całości - to jest sumy wartości prac projektowych i wykonawczych. I to ten element podlegał ocenie w trakcie analizy ofert.

Jak dalej argumentował Odwołujący, niezgodność treści oferty z SIWZ musi mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny, dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SIWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie, tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami SIWZ (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania SIWZ, dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/świadczania ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy również tradycyjnie zamieszczane w SIWZ). Co więcej, możliwe być winno wskazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega - co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami SIWZ. Zdaniem Odwołującego przekroczenie pozycji kosztorysu i wpisanie przez Wykonawcę realnej, rynkowej ceny za prace projektowe, nie może stanowić o wadzie oferty, uzasadniającej odrzuceniem jej przez Zamawiającego.

Odwołujący podniósł zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 29 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, kwestionując postanowienie załącznika nr 1a do SIWZ, w którym Zamawiający wymagał, aby wynagrodzenie za prace projektowe nie przekraczało wartości 1% całości wynagrodzenia proponowanego przez wykonawcę.

Należy wskazać, że kwestionowanie postanowień SIWZ na etapie badania i oceny ofert jest spóźnione. Wynika to z ustawy, która przewiduje termin na kwestionowanie postanowień SIWZ.

Przede wszystkim należy jednak zauważyć, że brak zaskarżenia przez wykonawców postanowień SIWZ przed upływem terminu na złożenie ofert, powoduje, że takie postanowienia SIWZ stają się wiążące dla wszystkich wykonawców. Dokonanie przez zamawiającego zmiany postanowień SIWZ, zmiany na etapie badania i oceny ofert sposobu

oceny ofert przewidzianego w SIWZ, lub stosowanie różnych sposobów oceny ofert wobec różnych wykonawców, stanowiłoby naruszenie zasady równego traktowania wykonawców.

Izba postanowiła o rozpoznaniu na rozprawie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. w zakresie odrzucenia oferty Odwołującego (stosownie do artykułu 180 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych).

Izba ustaliła, że brak jest podstaw do odrzucenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę stan sprawy na chwilę zamknięcia rozprawy, oświadczenia, stanowiska Stron i uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba ustaliła, że w treści SIWZ w punkcie 13 Zamawiający określił, co powinna zawierać oferta. Określił, jakie dokumenty musi zawierać oferta, w tym zakresie wymienił wypełnione zbiorcze zestawienie kosztów, sporządzone z wykorzystaniem wzoru stanowiącego załącznik nr 1a do SIWZ.

Z treści załącznika nr 1a do SIWZ pn. „Zbiorcze zestawienie kosztów” wyraźnie wynikało, że prace projektowe nie mogą stanowić więcej niż 1% wartości zamówienia. Zamawiający dokonał odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazując na jej niezgodność z treścią załącznika nr 1a do SIWZ. Kwota, jaka przewidział Odwołujący za wykonanie prac projektowych była wyższa niż 1% wartości zamówienia.

W ocenie Izby zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych jest bezzasadny.

Podstawą sporządzenia oferty dla wykonawców jest SIWZ i zawarte w niej warunki i dyspozycje. W treści SIWZ Zamawiający jednoznacznie wskazał, że wartość prac projektowych nie może przekraczać 1% całości zamówienia. Do tego wymagania wykonawcy zobowiązani byli się zastosować. Wartość prac projektowych w ofercie Odwołującego przekraczała 1%, co oznacza jej niezgodność z wymaganiami określonymi w SIWZ. Tym samym oferta podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Postanowienie dotyczące wartości prac projektowych było jednakowe dla wszystkich wykonawców. Zmiana na tym etapie postępowania tego postanowienia, czy też uznanie za zgodną z treścią SIWZ oferty Odwołującego, oznaczałoby nie tylko naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez nieodrzućenie oferty Odwołującego, ale prowadziłoby do naruszenia podstawowej zasady zamówień publicznych, jaką jest równe traktowanie wykonawców. Pozostali wykonawcy byli związani tymi samymi postanowieniami SIWZ i zastosowali się do nich.

Odwołujący w treści odwołania podnosił, że powinno być możliwe wskazanie, na czym konkretnie niezgodność ta polega - co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami, czy normami SIWZ.

W niniejszym postępowaniu możliwe jest wskazanie, na czym polega niezgodność z SIWZ – dotyczy ona przekroczenia przez Odwołującego wymaganego progu wartości za prace projektowe, określonego w załączniku nr 1a do SIWZ.

Dalej Odwołujący wskazywał, że niezgodność treści oferty z SIWZ musi mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny. Zdaniem Izby przedmiotowa niezgodność ma właśnie taki charakter. Przede wszystkim Zamawiający wskazał, z którym postanowieniem SIWZ niezgodna jest oferta Odwołującego. Ponadto nie jest możliwe jej poprawienie w trybie przewidzianym w art. 87 ustawy Prawo zamówień publicznych, a zatem niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma charakter nieusuwalny.

Dalej Odwołujący wywodził, że niezgodność dotyczyć powinna zobowiązania zamawianego w SIWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie.

Ponownie należy zauważyć, że Zamawiający oczekiwał zaoferowania wartości prac projektowych nieprzekraczających 1% wartości całego zamówienia. Zamawiający wyjaśnił w trakcie rozprawy, że wynika to z okoliczności, że prace projektowe stanowiące część przedmiotowego zamówienia dotyczą adaptacji istniejącego projektu, nie zaś stworzenia projektu nowego. Istotą jest brak zgodności z wymaganiem SIWZ, które może dotyczyć każdego aspektu specyfikacji. Cena i jej składowe są merytoryczną treścią oferty, zatem ich niezgodność z wymaganiami SIWZ skutkuje odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący zwrócił uwagę, że sam koszt prac projektowych nie stanowił kryterium oceny ofert. Wartość prac projektowych nie stanowiła kryterium oceny ofert.

W ocenie Izby bezzasadne jest odnoszenie kryterium oceny ofert do niezgodności oferty z wymaganiami SIWZ. Czym innym jest ocena oferty w ramach kryterium, czym innym zaś badanie oferty pod kątem jej zgodności z wymaganiami SIWZ.

Bez znaczenia pozostaje także fakt, że wynagrodzenie miało charakter ryczałtowy. Niezgodność z treścią SIWZ może dotyczyć każdego jej aspektu. Cena, a także jej składowe, stanowi merytoryczną treść oferty. Niezgodność zatem sposobu kalkulacji ceny, jej składowych z wyznacznikami SIWZ stanowi podstawę do odrzucenia oferty.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj. z dnia 7 maja 2018 r. Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

Przewodniczący:

.....