

Sygn. akt: KIO/UZP 979/08

**WYROK**  
**z dnia 29 września 2008 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Małgorzata Stręciwilk**

**Członkowie: Izabela Niedziałek**

**Andrzej Niwicki**

**Protokolant: Jadwiga Ząbek**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 września 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Geokart – International Sp. z o.o., ul. Wita Stwosza 44, 35-113 Rzeszów** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Dąbrowa Górnicza, ul. Graniczna 21, 41-300 Dąbrowa Górnicza**, protestu z dnia 19 sierpnia 2008 r.

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie**

**2. kosztami postępowania obciąża Geokart – International Sp. z o.o., ul. Wita Stwosza 44, 35-113 Rzeszów** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Geokart – International Sp. z o.o., ul. Wita Stwosza 44, 35-113 Rzeszów**;
- 2) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz XXX, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i kosztów pełnomocnictwa;
- 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 **Geokart – International Sp. z o.o., ul. Wita Stwosza 44, 35-113 Rzeszów.**

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

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Dokumentację projektową dla VII zadania, obejmującego dzielnice: Tucznawa, Sikorka, Bugaj – w ramach przedsięwzięcia pn. „Uporządkowanie gospodarki wodno – ściekowej w Gminie Dąbrowa Górnicza”, którego dotyczy odwołanie wniesione przez Geokart – International Sp. z o.o., z siedzibą w Rzeszowie, zwany dalej „Odwołującym”, zostało wszczęte w trybie przetargu nieograniczonego, poprzez publikację ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 10 czerwca 2008 r. (nr ogłoszenia: 2008/S 111 - 149305). Postępowanie to prowadzi Gmina Dąbrowa Górnicza, zwana dalej: „Zamawiającym”, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. z 2007 r. Dz. U. Nr 223, poz. 1655 ze zm.), zwanej dalej „ustawą”.

Zamawiający w piśmie z dnia 18 sierpnia 2008 r. poinformował wykonawców, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu, o jego wynikach, tj. o odrzuceniu wszystkich trzech złożonych ofert i w efekcie o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy. Odrzuceniu podlegała również oferta, którą złożył Odwołujący. Zamawiający poinformował we wskazanym piśmie o przyczynach odrzucenia tej oferty, wskazując na przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. W szczegółowym uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający podniósł, że – zgodnie z postanowieniami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: *SIWZ*) wycena do oferty powinna być sporządzona w oparciu o Środowiskowe Zasady Wyceny Prac Projektowych – 2006, tymczasem – w jego ocenie – Odwołujący w załączonej do oferty wycenie nie uwzględnił całego zakresu wynikającego z SIWZ, tj. specyfikacji technicznej, inwentaryzacji zieleni, projektu odwodnienia. Zamawiający wskazał, że część zakresu zamówienia, tj. przedmiary robót i kosztorysy inwestorskie Odwołujący przypuszczalnie wycenił według własnej kalkulacji, podczas gdy zasady tej wyceny są podane w Rozdziale 1 wskazanej publikacji. Podobnie potraktowano wycenę operatów („wodno-prawnych”), których zasady wyceny podane są z kolei w Rozdziale 7 publikacji.

Zamawiający wskazał również, że w wycenie nie podano stawki jednostki nakładu pracy (j.n.p.), ale z wyliczeń Zamawiającego (wynik dzielenia wartości danej pozycji przez

ilość j.n.p. tejże pozycji) wynika, że wartość stawki j.n.p. to 16,40 zł/j.n.p. Tymczasem - zgodnie z przyjętym przez Zarząd Koordynacji Biur Projektów na rok 2008 i obowiązującym w tym zakresie ustaleniem - stawka j.n.p. wynosi 16,50 zł/j.n.p. Zamawiający podniósł również, że zgodnie z Rozdziałem 1 pkt 1.2.4. wskazanej publikacji stosowanie niższej lub wyższej stawki za j.n.p. niż określona na dany rok przez Zarząd Rady Koordynacji jest niewłaściwe, gdyż stawka ta nie podlega negocjacji.

Na te czynności Zamawiającego Odwołujący w piśmie z dnia 19 sierpnia 2008 r. (wpływ do Zamawiającego w tej samej dacie drogą faksową) złożył protest, podnosząc naruszenie przez Zamawiającego przepisów art. 93 ust. 1 pkt 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. W uzasadnieniu protestu Odwołujący wskazał, że Zamawiający bezpodstawnie unieważnił postępowanie o zamówienie publiczne uznając, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu. Odwołujący podniósł, że Zamawiający dokonując odrzucenia jego oferty nie podał na podstawie jakich przepisów powszechnie obowiązującego prawa wskazuje, że ceny kategorii jakich towarów, czy usług nie mogą być wyższe, czy niższe niż normatywnie wskazane. Wśród tych nie ma z całą pewnością cen na usługi projektowe, czy geodezyjne, które nie wynikają z powszechnie obowiązujących i zatwierdzonych tabel, cenników, czy taryfikatorów.

Odwołujący podniósł także, że w swojej ofercie zaoferował określoną kwotę ryczałtową za cały projekt z uwzględnieniem całego zakresu robót i nie jest prawdą, że w cenie nie zawarto, np. projektu odwodnienia, czy inwentaryzacji zieleni, gdyż te elementy zostały ujęte w kalkulacji w Zadaniu: Projekty budowlane Część: sieci wod.-kan., elektryka, operaty, raporty. Tym samym oferta Odwołującego – w jego ocenie – jest zgodna z treścią SIWZ, a odmiennie ujęty, ale kompletny sposób wyceny nie kwalifikuje jego oferty do odrzucenia.

Podnosząc przywołane zarzuty i argumentację Odwołujący w proteście zażądał:

- 1) unieważnienia czynności unieważnienia postępowania;
- 2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
- 3) dokonanie ponownej oceny ofert;
- 4) dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert ważnych.

Odnosząc się do podniesionych w proteście zarzutów Zamawiający protest oddalił w piśmie z dnia 4 września 2008 r. (doręczenie Odwołującemu drogą faksową w dniu 5 września 2008 r.). W uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu Zamawiający podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko o niezgodności treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ w zakresie sposobu wyceny przedmiotu zamówienia: tak co do nieuwzględnienia w wycenie inwentaryzacji zieleni, projektu odwodnienia oraz kosztów sporządzenia specyfikacji

technicznej, które zgodnie z pkt 3.4.8, 3.4.9, 3.4.11 SIWZ stanowiły części składowe przedmiotu zamówienia, jak i co do przyjęcia innej niż oficjalnie przyjęta stawki za j.n.p. Zamawiający podkreślił, że w SIWZ (pkt 10.4. c) zażądał sporządzenia szczegółowej wyceny zamówienia w oparciu o Środowiskowe Zasady Wyceny Prac Projektowych – 2006 z podaniem tabel i pozycji wyceny oraz tomu rocznika (netto)+podatek VAT zgodny z obowiązującymi przepisami. Kwestionowanie przez Odwołującego tych ustalonych w SIWZ zasad wyceny na tym etapie postępowania jest niedopuszczalne.

Odnosząc się do stanowiska Odwołującego zawartego w proteście o wycenie przez niego kwestionowanych pozycji w kalkulacji w Zadaniu: Projekty Budowlane Część: sieci wod.-kan., elektryka, operaty, raporty, Zamawiający podniósł, że w ofercie Odwołujący przypisał wskazanym pozycjom konkretne tabele ze Środowiskowych Zasad Wyceny Prac Projektowych – 2006, które to tabele nie obejmują swym zakresem: specyfikacji technicznej, inwentaryzacji zieleni, czy projektu odwodnienia.

Ponadto Zamawiający podniósł, że ustalenie obowiązującej stawki za j.n.p. nie pozbawiało wykonawców, w tym Odwołującego, wpływu na końcową cenę oferty, a w konsekwencji nie ograniczało zasady konkurencji, ze względu na możliwość zastosowania upustów, ale w odniesieniu do ceny obliczonej na podstawie określonej wartości j.n.p.

Zamawiający zakwestionował również wskazywany przez Odwołującego ryczałtowy charakter ceny w niniejszym postępowaniu. Wskazał przy tym na zapisy § 4 ust. 4 projektu umowy, zgodnie z którym integralną część umowy miał stanowić harmonogram rzeczowo-finansowy sporządzony przez Jednostkę Projektową: uwzględniający podział przedmiotu umowy wraz z wysokością wynagrodzenia za poszczególne jego części. Ponadto Zamawiający w § 5 ust. 2 projektu tej umowy przewidział możliwość fakturowania przejściowego za wykonaniem każdej z pozycji harmonogramu rzeczowo – finansowego, jak i kilku pozycji harmonogramu łącznie. Powyższe zapisy – w ocenie Zamawiającego – jednoznacznie wykluczają ryczałtowy charakter zamówienia.

Od tego rozstrzygnięcia protestu Odwołujący w piśmie z dnia 9 września 2008 r. (z tą samą datą pismo złożone w urzędzie pocztowym operatora publicznego) złożył do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie. Kopia odwołania w tej samej dacie została przekazana Zamawiającemu. W odwołaniu Odwołujący podtrzymał podniesione w proteście zarzuty wnioski i argumentację, jednocześnie wnosząc o zasądzenie kosztów postępowania od Zamawiającego na rzecz Odwołującego.

Dodatkowo w przywoływanej argumentacji Odwołujący wskazał, że niezgodności treści oferty z treścią SIWZ nie należy rozpatrywać pod kątem formalnym. Podniósł, że jego oferta spełnia cel wymagań formalnych, ale może nie w sposób taki jaki żądał tego Zamawiający, cel ten został jednak osiągnięty bowiem Zamawiający poznał cenę za cały przedmiot

zamówienia. Wskazując jednocześnie ponownie na ryczałtowy charakter ceny w niniejszym postępowaniu podniósł, że w żadnym razie nie pozbawia natury ryczałtu umożliwienie wykonawcy częściowego fakturowania wykonywanego przedmiotu umowy, w szczególności w przypadku, jeżeli jest to zadanie złożone i pociągające znaczne nakłady ze strony wykonawcy. Z ostrożności procesowej wskazał również, że nawet gdyby Zamawiający stwierdził braki w dokumentacji lub w oświadczeniach złożonych razem z ofertą w przedmiotowym postępowaniu, to na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy powinien był wezwać Odwołującego do ich usunięcia przed ewentualnym odrzuceniem oferty.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ i treść oferty Odwołującego oraz biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.**

Skład orzekający Izby ustalił, że Odwołujący wnosząc odwołanie od rozstrzygnięcia protestu przez Zamawiającego nie wykazał interesu prawnego - materialnoprawnej przesłanki do rozpatrzenia odwołania, wynikającej z treści art. 179 ust. 1 ustawy. W treści protestu, jak i odwołania, Odwołujący wskazywał na niezgodne z prawem dokonanie przez Zamawiającego dwóch czynności: odrzucenia jego oferty (naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy) i unieważnienia postępowania (naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy), wnosząc jednocześnie o unieważnienie tych czynności. Skład orzekający Izby ustalił, że o czynnościach tych Zamawiający poinformował Odwołującego jednocześnie, tj. jednym pismem z dnia 18 sierpnia 2008 r., doręczonym Odwołującemu w dniu 19 sierpnia 2008 r. Protest dotyczący tych obydwu czynności Odwołujący złożył Zamawiającemu w dniu 19 sierpnia 2008 r. Rozstrzygnięcie protestu, w którym Zamawiający merytorycznie odniósł się do obydwu zarzutów i żądań Odwołującego zostało doręczone Odwołującemu w dniu 5 września 2008 r. Od tego rozstrzygnięcia protestu Odwołujący w dniu 9 września 2008 r. złożył odwołanie.

Skład orzekający Izby uznał, że zarzut podnoszony w odwołaniu dotyczący unieważnienia postępowania został podniesiony po upływie ustawowego terminu. Stosownie bowiem do treści art. 183 ust. 1 ustawy zamawiający rozpatruje protest dotyczący enumeratywnie wymienionych w tym przepisie czynności w terminie 10 dni od upływu ostatniego z terminów na wniesienie protestu. Wśród czynności wymienionych w tym przepisie wskazuje się na: treść ogłoszenia, postanowienia SIWZ oraz wykluczenie, odrzucenie ofert i wybór oferty najkorzystniejszej. Przywołany przepis nie wymienia czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Tym samym,

jeśli protest dotyczy tej czynności Zamawiającego powinien być rozpatrywany zgodnie z zasadą wyrażoną w ust. 2 art. 183 ustawy, tj. w terminie 10 dni od dnia złożenia protestu.

Uwzględniając tę okoliczność skoro protest dotyczący unieważnienia postępowania Zamawiający powinien był rozstrzygnąć w terminie 10 dni od dnia jego złożenia, czyli najpóźniej do dnia 29 sierpnia 2008 r. Rozstrzygnięcie przez Zamawiającego protestu w tym zakresie w dacie 5 września 2008 r. należało uznać za rozstrzygnięcie dokonane po terminie, a zatem nie wywołujące skutków prawnych. Tę sytuację należało potraktować w kategoriach przepisu art. 183 ust. 3 ustawy, uznając, że Zamawiający protestu nie rozstrzygnął w terminie, a zatem protest ten uznaje się za oddalony. Powyższe ustalenie ma istotne znaczenie dla ustalenia terminu na złożenie odwołania w niniejszej sprawie. Termin ten – stosownie do przepisu art. 184 ust. 2 ustawy – powinien być liczony (w odniesieniu do czynności unieważniania postępowania) od dnia 30 sierpnia 2008 r., tj. od upływu terminu na rozstrzygnięcie protestu (Zamawiającemu termin ten upływał w dniu 29 sierpnia 2008 r.) i upływał zatem w dniu 3 września 2008 r., tymczasem odwołanie złożono w dniu 9 września 2008 r., zatem po upływie ustawowego w tym zakresie terminu.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia stwierdzić należy, że nawet uwzględnienie przez skład orzekający zarzutów z odwołania, dotyczących odrzucenia oferty Odwołującego nie może skutkować dla Odwołującego przywróceniem go do udziału w postępowaniu i możliwością uzyskania przez niego zamówienia, bowiem Odwołujący skutecznie, tj. w terminie, nie podniósł zarzutu co do czynności Zamawiającego dalej idącej, tj. czynności unieważnienia postępowania. Przywrócenie Odwołującego do postępowania nie będzie zatem skutkowało uzyskaniem przez niego zamówienia.

Niemniej jednak należy zauważyć, że zarzuty dotyczące bezpodstawnego odrzucenia oferty Odwołującego potwierdziły się. Dokonując tego ustalenia skład orzekający Izby oparł się na ustaleniu, że wykonawcy składający oferty w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego mieli obowiązek sporządzić wycenę oferty w oparciu o dokument Środowiskowe Zasady Wyceny Prac Projektowych – 2006. Zamawiający w postanowieniach SIWZ – pkt 10.4 lit c – zażądał bowiem, aby do oferty dołączyć: „szczegółową wycenę oferty, prace projektowe, które winny być sporządzone w oparciu o Środowiskowe Zasady Wyceny Prac Projektowych – 2006 z podaniem tabel i pozycji wyceny oraz tomu i rocznika (netto) + podatek VAT zgodny z obowiązującymi przepisami – aktualną datą i podpisem osoby/osób reprezentujących Wykonawcę”. (str. 7 SIWZ). Jednocześnie też w pkt 24.3 SIWZ Zamawiający wskazał, że szczegółową wycenę prac projektowych należy wykonać zgodnie z przywołanym pkt 10.4.c SIWZ, tj. w oparciu o „Środowiskowe Zasady Wyceny Prac Projektowych – 2006”.

Odwołujący dołączył do swojej oferty wycenę oferty wskazując, że oparto ją o „Środowiskowe Zasady Wyceny Prac Projektowych – 2006 r.” (str. 3 oferty). W tabelarycznym ujęciu tej wyceny Odwołujący wycenił 7 pozycji (1. Prace przedprojektowe, 2. Mapy do celów projektowych, 3. Projekty budowlane część drogowa, 4. Projekty budowlane Część: sieci wod.-kan., elektryka, operaty, raporty, 6. Projekty wykonawcze Część drogowa wraz z częścią kosztową, 7. Projekty wykonawcze Część sanitarna – sieci wod.-kan., sieci elektryczne wraz z częścią kosztową), wskazując dla każdej z nich rozdział z tomem przywoływanej publikacji, część, tabelę, ilość jednostek, cenę netto, podatek VAT (22%) oraz cenę brutto. Odwołujący też w załączonej wycenie uwzględnił stawkę jednostki nakładu pracy w wysokości 16,40 zł/j.n.p. zamiast obowiązującej w roku 2008 stawki 16,50 zł/j.n.p. (stawka ogłoszona przez Zarząd Koordynacji Biur Projektów na podstawie dokumentu „Środowiskowe Zasady Wyceny Prac Projektowych – 2006”)

Skład orzekający Izby, odnosząc się do zarzutów o niezgodności załączonej do oferty wyceny z dokumentem „Środowiskowe Zasady Wyceny Prac Projektowych – 2006”, a tym samym niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, w której miało odwołanie do przywołanego dokumentu stwierdził, że nie można mówić o tej sprzeczności.

W kwestii pierwszej okoliczności, która stała się podstawą odrzucenia oferty Odwołującego przez Zamawiającego, tj. braku w wycenie przedmiotu zamówienia: w zakresie inwentaryzacji zieleni, projektu odwodnienia oraz kosztów sporządzenia specyfikacji technicznej, skład orzekający Izby przychylił się do twierdzeń Odwołującego, że wycenił on te pozycje w Zadaniu: Projekty budowlane Część: sieci wod.-kan., elektryka, operaty, raporty (poz. 4 wyceny) oraz w innych pozycjach z racji specyfiki niektórych elementów podlegających wycenie, gdzie wykonawca oparł się na kalkulacji własnej (inwentaryzacja zieleni, o zakresie której wiedzę wykonawca będzie miał na etapie realizacji zadania), bądź na uwzględnieniu w kalkulacji różnych zadań (sporządzenie specyfikacji technicznych które związane jest z przygotowywanymi w odniesieniu do różnych zadań kosztorysów inwestorskich). Przywoływany dokument „Środowiskowe Zasady Wyceny Prac Projektowych – 2006”, na którym wykonawcy winni oprzeć się przy sporządzeniu wyceny nie stanowi o stopniu szczegółowości przygotowywanej wyceny. Dokument ten ma charakter materiału informacyjnego i pomocniczego. Jeśli Zamawiający chciał na jakieś konkretne kwestie zwrócić uwagę mógł w tym zakresie wprowadzić szczegółowe zapisy do SIWZ. Zamawiający nie uczynił jednak tego, wprowadzając jedynie uszczegółowienie, że wykonawcy w wycenie powinni wskazać tabele i pozycje wyceny oraz tom rocznika i cenę netto oraz podatek VAT. Elementy te w wycenie Odwołującego znajdują się. Uwzględniając tę okoliczność brak jest podstaw do kwestionowania w tym zakresie wyceny sporządzonej przez Odwołującego,

który podzielił ją na 7 pozycji, przyjmując taki stopień szczegółowości podziału przedmiotu zamówienia jako wystarczający. Zamawiający w tym zakresie nie zawarł jakiś szczególnych wymogów, a i przywołane publikacja – jak podniesiono – nie reguluje tych kwestii w sposób konkretny i zasadniczy. Tym samym trudno z tego tytułu, że Odwołujący przyjął mniejszy stopień szczegółowości rozbitcia przedmiotu zamówienia w przygotowanej wycenie czynić zarzuty skoro sam Zamawiający nie przykładał do tej kwestii istotnej wagi na etapie formułowania SIWZ.

Co do drugiej wskazanej przez Zamawiającego przesłanki, skutkującej – w jego ocenie – odrzuceniem oferty Odwołującego skład orzekający Izby stwierdził, że Odwołujący miał prawo w swojej ofercie zastosować upust w cenie, czego nie kwestionuje również Zamawiający, twierdząc w rozstrzygnięciu protestu, że upust ten mógł wykonawca zastosować do końcowej ceny. Zastosowanie upustu w wycenach poszczególnych zadań, nie może świadczyć o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ i dokumentem „Środowiskowe Zasady Wyceny Prac Projektowych – 2006”, do których SIWZ odwołuje się. Skoro w przygotowanej wycenie wprost nie została wskazana nieobowiązująca stawka j.n.p. (brak rubryki, w której wskazana byłaby wprost ta wartość), Zamawiający powinien był przynajmniej wyjaśnić z Odwołującym tę okoliczność w trybie art. 87 ust. 1 ustawy. Wyjaśnienia Odwołującego o zastosowaniu w tym zakresie upustu niezakazanego przepisami prawa nie mogą w żadnym wypadku skutkować odrzuceniem oferty Odwołującego.

Uwzględniając powyższe skład orzekający Izby stwierdził naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, biorąc jednak pod uwagę brak uszczerbku w interesie prawnym Odwołującego w związku z brakiem skutecznego (w terminie) kwestionowania czynności unieważnienia postępowania – jak wskazano powyżej – należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania.

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 w Katowicach.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....