

WYROK
z dnia 16 września 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Honorata Łopianowska
Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 września 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 3 września 2010 r. przez ECM Group sp. z o.o. w Warszawie, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej we Wrocławiu przy udziale wykonawcy przystępującego do postępowania po stronie Zamawiającego – Safège w Natterre

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego ECM Group sp. z o.o. w Warszawie i nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych, zero groszy), uiszczony przez ECM Group sp. z o.o. w Warszawie.

Stosownie do treści art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz.U. z 2010, Nr 113, poz. 759 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 **we Wrocławiu**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na „Nadzór inwestorski Inżyniera Projektu związany z realizacją przedsięwzięcia pn. *«Poprawa ochrony przeciwpowodziowej Lewina Brzeskiego na rzece Nysie Kłodzkiej»*” z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz.U. z 2010, Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) wymaganych przy procedurze, kiedy wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych – wartość zamówienia, którego przedmiotem są usługi, wynosi 1.646.360 zł, co stanowi równowartość 428.851,26 euro.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2010/S 111-168805 w dniu 10 czerwca 2010r.

Pismem z dnia 27 sierpnia 2010r., które doręczono Odwołującemu w tej samej dacie Zamawiający powiadomił Odwołującego o wynikach oceny ofert, w tym o odrzuceniu Jego oferty, uznając że Jego oferta nie spełnia warunku określonego na podstawie art. 82 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych i zgodnie z treścią art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy została odrzucona gdyż nie jest zgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

W dniu 3 września 2010r. Odwołujący wniósł odwołanie, przekazując jednocześnie jego kopię Zamawiającemu, wobec czynności podjętych przez Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego polegających na odrzuceniu oferty Odwołującego oraz wybór jako najkorzystniejszej oferty Safège SA. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, iż odrzucenie Jego oferty narusza art. 7 ust. 1 oraz art. 89 ust 1 pkt 2) ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż wskazane przez Zamawiającego powody odrzucenia oferty nie stanowią o niezgodności jej treści z treścią SIWZ. W związku z tym, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności badania i oceny ofert;
2. uznania oferty Odwołującego za spełniającą warunki specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
3. dokonania ponownej oceny ofert z udziałem oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł, iż jako powód odrzucenia Jego oferty Zamawiający podał niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, przy czym uzasadniając konieczność odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający

wyjaśnił, że zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (Rozdział XI opis sposobu obliczania ceny pkt. 2) wykonawca powinien obliczyć cenę według zasad i założeń przedstawionych w pkt 3.4 ppkt 1 Specyfikacji Zasad Działania Inżyniera Projektu, która określa

KIO 1910/10 2

największe zaangażowanie nadzoru inwestorskiego Inżyniera Projektu w fazie II, natomiast przedstawione przez Odwołującego wyliczenie wartości ogółem wynagrodzenia przedstawia największą cenę jednostkową w I fazie realizacji. Odwołujący podał, że zdaniem Zamawiającego doprowadza to do braku środków na pokrycie podstawowych kosztów realizacji usługi w kolejnej II i III fazie realizacji, przy czym, że oceniając ofertę Odwołującego dokonał obliczeń, na podstawie których ustalił, że cena oferty Odwołującego w I fazie realizacji jest wyższa o 189.950,00 zł od ceny minimalnej ustalonej zgodnie ze Specyfikacją Zasad Działania Inżyniera Projektu a cena w II i III fazie mniejsza odpowiednio o 61.216,00 zł i 128.727,00 zł. Różnice stały się podstawą uznania oferty Odwołującego za niezgodną w swej treści z treścią SIWZ. Odwołujący podnosi, że powołany przez Zamawiającego pkt 2. Rozdziału XI SIWZ wskazuje, że *Cenę należy obliczyć zgodnie z „Formularzem cenowym”- zał. nr 03 do niniejszej SIWZ na podstawie kalkulacji kosztów wg zasad i założeń przedstawionych w pkt. 3.4. ppkt. 1. Specyfikacji Zasad Działania Inżyniera Projektu (SZD 450 - I/A), załącznik nr 2 do umowy.* Jednocześnie w pkt 1. tego rozdziału Zamawiający ustalił, że *Podana w ofercie cena musi uwzględniać wszystkie wymagania niniejszej SIWZ oraz obejmować wszelkie koszty, jakie poniesie Wykonawca z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotu zamówienia, a cena winna zawierać wynagrodzenie za kompletne wykonanie przedmiotu zamówienia. Wykonawca musi przewidzieć wszystkie okoliczności, które mogą wpłynąć na cenę zamówienia i uwzględnić to w ofercie.* Odwołujący podał, że obliczył cenę oferty zgodnie z założeniami wskazanymi w Rozdziale XI SIWZ uwzględniając wszystkie wskazane przez Zamawiającego okoliczności oraz założenia i zasady, że ustalił cenę oferty według swojej wiedzy i doświadczenia na podstawie kalkulacji kosztów sporządzonej według zasad i założeń przedstawionych w pkt 3.4 ppkt 1 SZDIP uwzględniając m.in. fakt największego zaangażowania inżyniera w fazie II oraz przewidywane okresy pracy poszczególnych inżynierów, co znalazło odzwierciedlenie w cenie poszczególnych faz realizacji (odpowiednio I - 299 100,00 zł; II - 598 208,00 zł oraz III - 99 693,00zł). Sporządzona przez Zamawiającego „wzorcowa” kalkulacja ceny dla oferty Odwołującego jest – w ocenie Odwołującego - niczym innym jak próbą narzucenia wykonawcy minimalnej ceny oferty, nie jak określono w SIWZ pewnych założeń i zasad jej kalkulacji a charakter postępowania o udzielenie zamówienia publiczne nie pozwala Zamawiającemu na określenie cen za wykonanie przedmiotu zamówienia (tak: uzasadnienie wyroku KIO z 22 maja 2009r. KIO/UZP 586/09, KIO/UZP 600/09). Zdaniem Odwołującego, na etapie oceny ofert Zamawiający dokonał nieuprawnionej interpretacji SIWZ, wbrew jej literalnemu brzmieniu i wyciągnął z tego negatywne konsekwencje prawne dla Odwołującego. W ocenie Zamawiającego oferta zgodna z SIWZ to taka, w której

KIO 1910/10 3

wartość poszczególnych etapów jest równa lub wyższa od wartości tych etapów obliczonej przez Zamawiającego (dopiero na etapie oceny ofert). Zamawiający nie podał w SIWZ, że cenę oferty należy skalkulować przyjmując konkretne minimalne wartości dla poszczególnych faz realizacji określając jedynie, że ma być ona obliczona *„na podstawie kalkulacji kosztów według zasad i założeń przedstawionych w pkt 3.4 ppkt 1 SZDIP”*, a postanowienie SIWZ jednoznacznie wskazuje, że podstawą obliczenia ceny jest kalkulacja kosztów, a więc elementu możliwego do wskazania wyłącznie przez podmiot, który koszty te ponosi. Punkt 3.4 ppkt 1 SZDIP określa natomiast zasady i założenia jakimi należy się kierować sporządzając taką kalkulację. Nie bez znaczenia jest również fakt, że Zamawiający wzywając Odwołującego do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny jako przyczynę wątpliwości wskazał zbyt niską cenę w stosunku do kwoty jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Po złożeniu przez Odwołującego odpowiednich wyjaśnień Zamawiający nie uznał ceny jego oferty za rażąco niską. Jako podstawę odrzucenia oferty Zamawiający podał ostatecznie niezgodność treści oferty z treścią SIWZ.

Jednocześnie, na podstawie oferty Odwołującego oraz jego wyjaśnień złożonych w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, Zamawiający przeprowadził obliczenia, z których wywiódł, że kwota przeznaczona na inne

wydatki niż wynagrodzenie płacowe Rezydenta i inspektorów nadzoru nie wystarcza na pokrycie wszystkich nieuniknionych kosztów. W związku z tym Zamawiający uznał, że Odwołujący nie jest w stanie według własnej kalkulacji rzetelnie wykonać obowiązków, które nakłada na niego umowa co mogłoby skutkować złą jakością pracy nadzoru oraz wadliwą współpracą z inwestorem. Wniosek taki jest, w ocenie Odwołującego, nieuprawniony chociażby ze względu na przyjęcie ceny ryczałtowej. Wybrany wykonawca będzie musiał wykonać usługę nadzoru w całości, niezależnie od rozkładu poniesionych kosztów na poszczególne etapy.

Powyższe prowadzić może, zdaniem Odwołującego, do wniosku, że Zamawiający ustalając czy treść oferty jest zgodna z treścią SIWZ brał pod uwagę nie tylko ofertę Odwołującego ale również wyjaśnienia złożone w trybie art. 90 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny nie stanowią treści oferty, nie mogą zatem stanowić podstawy do jej odrzucenia w trybie art. 89 ust 1 pkt 2) ustawy Prawo zamówień publicznych.

Reasumując, z uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego wynika, że podstawą uznania oferty Odwołującego za niezgodną w swej treści z treścią SIWZ była niezgodność sposobu odliczenia ceny z zasadami i założeniami jakimi należało się kierować sporządzając taką kalkulację.

KIO 1910/10 4

Zamawiający nie wskazał jednak na konkretne zasady lub założenia, których nie uwzględnił Odwołujący kalkulując cenę oferty. Jako podstawa ustalenia niezgodności treści oferty z treścią SIWZ posłużyła Zamawiającemu oferta Odwołującego oraz wyjaśnienia złożone w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Safeg SA w Naterre, wykazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony do której przystąpił.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. Na rozprawie strony podtrzymały swoje stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła następujący stan faktyczny:

W specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający podał, określając przedmiot zamówienia: II. OPIS PRZEDMOTU ZAMÓWIENIA: 2. Określenie przedmiotu zamówienia: Nadzór Inwestorski prowadzony przez zespół pracowników Inżyniera Projektu na budowie nad realizacją przedsięwzięcia pn. „Poprawa *ochrony przeciwpowodziowej Lewina Brzeskiego na rzece Nysie Kłodzkiej*” w oparciu o przepisy Prawa Budowlanego wraz z rozliczeniami rzeczowo-finansowym wykonanych i odebranych robót, dostaw i usług, przy *uwzględnieniu Specyfikacji Zasad Działania Inżyniera Projektu (SZD 450 - 1/A) oraz Specyfikacji Technicznej (ST 450 - „Część Ogólna”)* wykonania i odbioru robót w ramach przedmiotowej inwestycji. Uszczegółowienie przedmiotu zamówienia zawiera: Przedmiot zamówienia (PZ) stanowiący zał. nr 1 do umowy, Specyfikacja Zasad Działania Inżyniera Projektu SZD 450-1A.

W pkt XI ust. 2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia „*OPIS SPOSOBU OBLICZENIA CENY*” Zamawiający określił, iż cenę należy obliczyć zgodnie z „Formularzem cenowym” – zał. nr 3 do SIWZ na podstawie kalkulacji kosztów wg zasad i założeń przedstawionych w pkt 3.4 ppkt 1 Specyfikacji Zasad Działania Inżyniera Projektu (SZDZ 450 - 1/A), załącznik nr 2 do umowy.

W załączniku do specyfikacji istotnych warunków zamówienia - Specyfikacji Zasad Działań Inżyniera Projektu (SZD 450-01/A) w pkt. 3.4. ppkt. 1 Zamawiający określił sposób obliczenia ceny ofertowej oraz ustalania wynagrodzenia za wykonanie zamówienia w sposób następujący:

1. Zasady i założenia:

KIO 1910/10 5

- 1) Zakłada się ryczałtowy system rozliczeń usług NI Inżyniera na budowie wykonanych w ciągu miesiąca przy uwzględnieniu 3-ch okresów realizacyjnych, a mianowicie:
 - I- fazy zapoznania się z inwestycją wraz z przygotowaniem terenu budowy i zaplecza tymczasowego, a także wykonaniem grodzki jazowej z robotami towarzyszącymi (ca 5 m-cy);

- II- fazy budowy jazu klapowego oraz wykonanie innych zadań, liczonej od odbioru technicznego grodzy jazowej wraz z robotami towarzyszącymi (ca 26 m-cy);
- III-fazy końcowej realizacji inwestycji wraz z okresami przygotowania jej do odbioru końcowego i przekazania do eksploatacji oraz całkowitego rozliczenia rzeczowo - finansowego wykonanego przedsięwzięcia oraz Umowy z Wykonawcą NI (ca 11 m-cy).
- 2) Dla każdego z w/w okresów należy przyjąć inną cenę jednostkową ryczałtu uwzględniając największe zaangażowanie NI Inżyniera w fazie II oraz biorąc pod uwagę przewidywany okres pracy poszczególnych inspektorów nadzoru uwzględniony w pkt 1.5. niniejszej SZD, a także Harmonogram Budowy załączony do ST 450 - „Część Ogólna”.
- 3) W ryczałcie miesięcznym przyjmuje się, że Inżynier lub jego Rezydent na budowie oraz inspektorzy nadzoru inwestorskiego nad robotami hydrotechnicznymi wraz z pracownikiem obsługi biurowej w Lewinie Brzeskim są zobowiązani przepracować wszystkie dni robocze w miesiącu i nie mniej jak 20 dniówek miesięcznie. W razie przerw roboczych na budowie spowodowanych przez warunki pogodowe czy powódź lub zarządzonych przez Wykonawcę inwestycji w porozumieniu z Inżynierem oraz JRP (np. związanych z okresami świąt), które nie pozwolą na przepracowanie 20-tu dniówek przez NI Inżyniera, miesięczne wynagrodzenie ryczałtowe zostanie skorygowane o 5,0 % jego ceny jednostkowej wg Formularza jak wyżej za każdy nieprzepracowany dzień roboczy poniżej 20-tu dniówek w miesiącu rozliczeniowym, przy czym jednostkowa cena ryczałtowa będzie zależna od fazy realizacyjnej, kiedy ta przerwa zaistniała.
- 4) Nieobecności Inżyniera względnie jego Rezydenta na budowie, jak również każdego z inspektorów nadzoru inwestorskiego z powodu choroby lub urlopu w stosunku do wymaganych pobyków w/w pracowników na budowie wg tabeli nr 2, spowoduje potrącenie 0,50 % z kwoty ryczałtu miesięcznego za każdy nieprzepracowany dzień roboczy przez jednego z tych pracowników Nadzoru Inwestorskiego w miesiącu rozliczeniowym lub w ciągu tygodnia, przy czym jednostkowa cena ryczałtu będzie zależna od fazy realizacyjnej, kiedy ta nieobecność nastąpi.

KIO 1910/10 6

-
- 5) Inżynier w porozumieniu z JRP ustalają zasady dokumentowania obecności pracowników Nadzoru Inwestorskiego na budowie, także przy wykorzystaniu Dziennika Nadzoru Inwestorskiego.
- 6) Nadzór Inwestorski będzie realizowany przez okres do 42 miesięcy, przy czym przewiduje się rozliczenia miesięczne wynagrodzenia NI Inżyniera oraz fakturowania najczęściej w okresie co 3 miesiące, z bezwzględnym wyłączeniem miesięcy zimowych.
- 7) Na miesięczne wynagrodzenia ryczałtowe składają się następujące koszty:
- miesięczne koszty płac brutto własnych pracowników Wykonawcy NI z wszystkimi elementami dokumentami obciążeń wraz z uwzględnieniem taryfowych urlopów, a ponadto koszty wynagrodzeń bez VAT podwykonawców;
 - miesięczne koszt delegacji służbowych, ewentualnych rozłąk i noclegów własnych pracowników Wykonawcy NI;
 - miesięczne koszty utrzymania samochodu terenowego;
 - miesięczne obciążenia kosztowe wynikające z wyposażenia sprzętowo-technicznego NI, wykupu polisy ubezpieczeniowej wg Umowy oraz obsługi kredytowej działalności NI na budowie;
 - koszty najmu biura NI lub kontenerów w Lewinie Brzeskim przez okres do 7 m-cy;
 - miesięczne koszty ogólne działalności NI Inżyniera, uwzględniające także zakup kasków i odzieży roboczej dla własnych pracowników Inżyniera, jak również koszty udziału Inżyniera w przeglądach gwarancyjnych oraz ewentualne koszty nadzoru technicznego i obsługi techniczno-prawnej w razie konieczności usuwania wad przez Wykonawcę inwestycji w okresie gwarancji i rękojmi;
 - miesięczny wskaźnik zysku do sumarycznych kosztów jak wyżej Wykonawcy NI.
- 8) Kary umowne za niewłaściwą realizację niniejszego PZ precyzuje Umowa. Niektóre z kar umownych powinny być ustalone i uściślone w trakcie miesięcznego rozliczenia wynagrodzenia NI Inżyniera.

W pkt 3.4 ppkt 2 Specyfikacji Zasad Działań Inżyniera Projektu (SZD 450-01/A) Zamawiający zastrzegł dalej, że wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy: „Wynagrodzenie ogółem za wykonanie PZ oraz jednostkowe ceny ryczałtów miesięcznych dla 3-ch faz realizacyjnych należy przyjąć do Oferty i Umowy wg

powyższych zasad i założeń”.

W wykonaniu zapisów Specyfikacji Zasad Działań Inżyniera Projektu (SZD 450-01/A), stanowiącej załącznik do specyfikacji istotnych warunków zamówienia Odwołujący w załączonym do oferty formularzu cenowym wskazał następujące ceny jednostkowe:

KIO 1910/10 7

Poz. Wyszczególnienie faz realizacyjnych Jednostka Ilość Cena Wartość jednostkowa wynagrodzenia

netto zł zł 1. Faza zapoznania się z inwestycją oraz m-ce 5,0

59.820,00 299.100,00

przygotowania terenu budowy i zaplecza tymczasowego oraz wykonania grodzy jazowej z robotami towarzyszącymi.

2. Faza budowy jazu klapowego i m-ce 26,0 23.008,00 598.208,00 wykonawstwa innych zadań inwestycyjnych, liczona od odbioru technicznego grodzy jazowej wraz z robotami towarzyszącymi. 3. Faza końcowa realizacji inwestycji wraz m-ce 11,0 9.063,00 99.693,00 z okresami przygotowania jej odbioru końcowego i przekazania do eksploatacji oraz całkowitego rozliczenia rzeczowo- finansowego wykonanego przedsięwzięcia oraz Umowy Razem wynagrodzenie ogółem - netto m-ce 42,0 - 997.001,00 Razem wynagrodzenie ogółem - - 1.216.341,22 brutto (VAT 22%)

W odpowiedzi na wezwania Zamawiającego, wystosowane na podstawie art. 87 ust. 1 oraz art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych do złożenia wyjaśnień, Odwołujący podał czynniki, jakie w jego ocenie złożyły się na powyższą kalkulację ceny.

Zamawiający, pismem z dnia 27 sierpnia 2010r. odrzucając ofertę Odwołującego podał, iż Wykonawca ECM GROUP POLSKA Sp. z o.o. w wyjaśnieniach dotyczących czynników wpływających na zróżnicowanie pomiędzy fazami wyszczególnionymi w pozycjach nr 1.0 nr 2.0. i nr 3.0. „formularza cenowego” przedstawił schemat wg którego Zamawiający przeliczył kwoty przypadające na poszczególne fazy. Wynika z niego oraz z harmonogramu, że na płace rezydenta i inspektorów poszczególnych branż powinny wg wyjaśnień Wykonawcy ECM GROUP POLSKA Sp. z o.o. przypadać następujące kwoty:

Faza I II II (płaca netto w złotych) (płaca netto w złotych) (płaca netto w złotych)
Rezydent- 5000 x 5m-cy 5000 x 26m-cy 5000 x 11 m-cy hydrotech. =25000,00 =130000,00 =55000,00
Hydrotechnik 4000 x 5m-cy 4000 x 26m-cy 4000 x 11 m-cy =20000,00 =104000,00 =44000,00
Drogowiec 2105 x 3m-ce 2105 x 21m-cy 2105 x 4m-ce =6315,00 =44205,00 =8420,00
Mostowiec 2055 x 9m-cy 2055 x 1 m-c =18495,00 =2055,00
Elektryk 2000 x 2m-ce 2000 x 17m-cy 2000 x 2ni-ce =4000,00 =34000,00 =4000,00
Sanitamy 2300 x 1 m-c 2300 x 3m-ce 23 00 x 1 m-c =2300,00 =6900,00 =2300,00

KIO 1910/10 8

Telekomunik. 2000 x I m-c 2000 x 3m-ce 2000 x 1 m-c =2000,00 =6000,00 =2000,00
Mechanik ——— 4234 x 13 m-cy 4234 x 2m-cc =55042,00 =8468,00
Przyrodnik 2000 x 2m-ce 2000 x 12m-cy 2000 x 1 m-c =4000,00 =24000,00 =2000,00
RAZEM (zł netto): 63.615,00 422.642,00 128.243,00

Ogółem: 614.500,00 złotych

Pozostała kwota:

997.001,00 zł. (wartość wynagrodzenia ogółem - netto zgodnie z formularzem cenowym)
- 614.500,00 zł. (wartość wynagrodzenia netto wyliczona przez Zamawiającego na podstawie wyjaśnienia Wykonawcy ECM GROUP POLSKA Sp. z o.o. z dnia 29.07.2010r.) = 382.501,00 zł
382.501,00 zł : 42 m-ce (liczba m-cy zgodnie ze Specyfikacją Zasad Działania Inżyniera Projektu (SZD 450-1/A) - 9.107,17 zł« 9.107 zł/m-c

Zamawiający podał, że na podstawie wyjaśnienia Wykonawcy ECM GROUP POLSKA Sp. z o.o. z dnia 29.07.2010 r. dokonał również obliczenia wartości wynagrodzenia w poszczególnych fazach realizacji, a mianowicie:

Faza I

Wyszczególnienie Kwota w zł

Koszty płacy netto 63.615,00 Pozostałe koszty 45.535,00
(5 m-cy x 9.107,00 zł)

Razem: 109.150,00

Fazall Wyszczególnienie Kwota w zł
Koszty płacy netto 422.642,00 Pozostałe koszty (26ra- 236.782,00
cyx9.107,00zł)

Razem; 659.424,00 Faza III

Wyszczególnienie Kwota w zł Koszty płacy netto 128.243,00
Pozostałe koszty 100.177,00
(11 m-cy x 9.107,00 zł)
Razem: 228.420,00

Zamawiający wskazał, że zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (Rozdział XI. opis sposobu obliczenia ceny pkt. 2) Wykonawca powinien obliczyć cenę wg zasad i założeń przedstawionych w pkt. 3.4. ppkt.I. Specyfikacji Zasad Działania Inżyniera

KIO 1910/10 9

Projektu (SZD 450-I/A), która określa największe zaangażowanie NI Inżyniera Projektu w fazie II, natomiast przedstawione przez Wykonawcę wyliczenie wartości ogółem wynagrodzenia przedstawia najwyższą cenę jednostkową w I fazie realizacji, co w kolejnej II i III fazie doprowadza do braku środków na pokrycie podstawowych kosztów realizowanej usługi. Wg formularza cenowego Wykonawcy ECM GROUP POLSKA Sp. z o.o, wartość wynagrodzenia I fazy wynosi 299.100,00 zł, a wg powyższych wyliczeń 109.150,00 zł, różnica wynosi 189.950,00 zł. W fazie II, wg formularza cenowego wynagrodzenie wynosi 598.208,00 zł, a wg wyliczeń 659.424,00 zł, różnica wynosi (minus) -61.216,00 zł. W fazie III, wg formularza cenowego wynagrodzenie wynosi 99.693,00 zł, a wg wyliczeń 228.420,00 zł, różnica wynosi (minus) - .28.727,00 zł.

Powyższe różnice wskazują, zdaniem Zamawiającego, na nieuzasadnione nadwyżki w wynagrodzeniu w fazie I, natomiast w fazie II i III wystąpi brak środków nawet na wynagrodzenia płacowe.

Niedopuszczalne jest, by zleceniodawca kredytował wykonawcę, gdyż w żadnym dokumencie nie ma mowy o zaliczkowaniu na poczet przyszłych usług.

Wg załączonego do oferty „formularza cenowego” środki przeznaczone na realizację całej usługi wynoszą 997.001,00 zł netto, natomiast wg obliczeń Zamawiającego sporządzonych zgodnie z wyjaśnieniami Wykonawcy ECM GROUP POLSKA Sp. z o.o., środki finansowe niezbędne na wynagrodzenia płacowe Rezydenta i inspektorów nadzoru wynoszą 614.500,00 zł, wobec tego na pozostałe koszty, zgodnie z wyliczeniem jak powyżej pozostaje kwota 382.501,00 zł, co po podziale na 42 m-ce wynosi 9.107 zł/m-c. Stwierdzamy, że jest to kwota nie wystarczająca na pokrycie wszystkich nieuniknionych kosztów, takich jak: podatku dochodowego od wynagrodzeń, kosztu ZUS, dojazdów, ewentualnych rozłąk i noclegów własnych pracowników Wykonawcy NI, utrzymania samochodu terenowego i kosztów jego leasingu, miesięczne obciążenia wynikające z wyposażenia sprzętowo-technicznego NI takich jak komputery abonamenty telefonów komórkowych, wykup polisy ubezpieczeniowej, koszty obsługi kredytowej działalności NI na budowie, najmu biura NI lub kontenerów w Lewinie Brzeskim przez okres do 7 m-cy oraz pozostałe miesięczne koszty ogółem działalności NI Inżyniera, uwzględniające także zakup kasków, odzieży roboczej dla własnych pracowników Inżyniera, jak również koszty udziału Inżyniera w przeglądach gwarancyjnych oraz ewentualne koszty nadzoru technicznego i obsługi techniczno-prawnej w razie konieczności usuwania wad przez Wykonawcę inwestycji w okresie gwarancji i rękojmi, a także zysku do sumarycznych kosztów j.w. Wykonawcy NI.

KIO 1910/10 10

W związku z tym wyjaśnienie Wykonawcy ECM GROUP POLSKA Sp. z o.o. może prowadzić do przekonania Zleceniodawcy, że Wykonawca nie jest w stanie wg własnej kalkulacji rzetelnie wykonać obowiązków, które nakłada na niego umowa, co mogłoby skutkować złą jakością pracy nadzoru oraz wadliwą współpracą z inwestorem.

Ponadto w załączonym do oferty „Wykazie osób” wykazano Inspektora nadzoru w specjalności telekomunikacyjnej nie wskazując czy posiada on uprawnienia budowlane bez ograniczeń jak wymagał zamawiający w Rozdz. IV pkt. 3 SIWZ ww. postępowania. Zamawiający nie wzywał Wykonawcy do wyjaśnienia tego dokumentu ponieważ pomimo jego wyjaśnienia

oferta Wykonawcy podlega odrzuceniu z przyczyn podanych jak wyżej.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty złożone przez wykonawców, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że wobec wszczęcia w dacie 10 czerwca 2010r. (data ogłoszenia o zamówieniu) postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, to jest po dniu 29 stycznia 2010 r., w którym weszły w życie przepisy *ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw* (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do jego rozpoznawania mają zastosowanie przepisy ustawy *Prawo zamówień publicznych* w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 2 grudnia 2009 r. Jednocześnie Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że do przedmiotowego odwołania zastosowanie znajdują przepisy *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* (Dz. U. Nr 41, poz. 238) oraz *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań* (Dz. U. Nr 48, poz. 280).

W drugiej kolejności ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy *Prawo zamówień publicznych*: skoro odwołanie złożone zostało z zachowaniem wymaganego, dziesięciodniowego terminu, to podlega ono rozpatrzeniu przez Krajową Izbę Odwoławczą.

KIO 1910/10 11

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 *Prawa zamówień publicznych*, co uprawnia go do złożenia odwołania: w wypadku uwzględnienia odwołania mógłby starać się o wybór jego oferty jako najkorzystniejszej, skoro Jego oferta zawiera najniższą cenę za wykonanie zamówienia.

Przepis art. 192 ust. 2 ustawy *Prawo zamówień publicznych* stanowi, że uwzględnienie odwołania może mieć miejsce tylko wtedy, gdy zostanie stwierdzone takie naruszenie przepisów ustawy, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Oceniając stan faktyczny sprawy oraz kwestionowaną w odwołaniu i w granicach tego odwołania (zgodnie z brzmieniem art. 192 ust. 7 ustawy *Prawo zamówień publicznych*) czynność Zamawiającego polegającą na odrzuceniu oferty Odwołującego, uznać należało, że w analizowanym zakresie nie doszło do naruszenia przepisów ustawy *Prawo zamówień publicznych*.

Na wstępie podkreślenia wymaga, że Zamawiający w specyfikacji wyraźnie postawił wobec wykonawców wymóg, by ceny zawarte w ofertach zostały ujęte w rozbiciu na trzy odrębne okresy (etapy) i by oferty wskazywały cenę ryczałtową za wykonanie całości trwających 42 miesiące usług Inżyniera Projektu, ale także by wskazywały ceny jednostkowe w ujęciu miesięcznym, odnoszone do odpowiedniego, jednego z trzech etapów wykonywania zamówienia. Dla każdego z etapów należało przyjąć inną cenę jednostkową ryczałtu, uwzględniając największe zaangażowanie Nadzoru Inwestorskiego Inżyniera w fazie II oraz biorąc pod uwagę przewidywany okres pracy poszczególnych inspektorów nadzoru uwzględniony w pkt 1.5. Specyfikacji *Zasad Działania Inżyniera Projektu*, a także *Harmonogram Budowy* załączony do Specyfikacji Technicznej 450 - „Część Ogólna”. Wbrew twierdzeniu Odwołującego, wskazany zapis, jakkolwiek zamieszczony w Specyfikacji *Zasad Działania Inżyniera Projektu* (pkt 3.4 ppkt 1. 2) tej Specyfikacji), stanowi część specyfikacji istotnych warunków zamówienia i wiąże w pełni wykonawców w zakresie warunków, jakich należało dopełnić składając oferty. Wynika to wprost z treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia:

- w pkt II ppkt 2 SIWZ podano, że przedmiotem zamówienia jest Nadzór Inwestorski prowadzony przez zespół pracowników Inżyniera Projektu na budowie nad realizacją przedsięwzięcia pn. „Poprawa ochrony przeciwpowodziowej Lewina Brzeskiego na rzece Nysie Kłodzkiej” w

oparciu o przepisy Prawa Budowlanego wraz z rozliczeniami rzeczowo-finansowym wykonanych i odebranych robót, dostaw i usług, przy uwzględnieniu Specyfikacji Zasad Działania Inżyniera Projektu (SZD 450 - 1/A) oraz Specyfikacji Technicznej (ST 450 - „Część Ogólna”) wykonania i odbioru robót w ramach przedmiotowej inwestycji. Uszczegółowienie przedmiotu zamówienia zawiera: Przedmiot zamówienia (PZ) stanowiący zał. nr 1 do umowy, Specyfikacja Zasad Działania Inżyniera Projektu SZD 450-1A;

- w pkt XI ust. 2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia „*OPIS SPOSOBU OBLICZENIA CENY*” podano, iż cenę należy obliczyć zgodnie z „Formularzem cenowym” – zał. nr 3 do SIWZ na podstawie kalkulacji kosztów wg zasad i założeń przedstawionych w pkt 3.4 ppkt 1 Specyfikacji Zasad Działania Inżyniera Projektu (SZDZ 450 -1/A), załącznik nr 2 do umowy.;

- na karcie tytułowej specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wskazano wyraźnie jako załączniki do SIWZ między innymi zał. nr 2 do umowy Specyfikację Zasad Działania Inżyniera Projektu SZD 450 -1/A (18 str.).

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia, w tym Specyfikacja Zasad Działania Inżyniera Projektu w powyższym brzmieniu nie została zakwestionowana przez uczestników postępowania – nie złożono wobec wskazanych zapisów odwołania w wymaganym terminie, tym samym stała się ona wiążąca wykonawców w przedmiotowym postępowaniu.

Z analizowanego zapisu Specyfikacji Zasad Działania Inżyniera Projektu (pkt 3.4 ppkt 1.2) wynika, że wykonawcy obowiązani byli podać inne ceny jednostkowe dla każdego z trzech etapów (faz) wykonywania usługi, przy czym Zamawiający podał okres trwania każdego z etapów (I etap – 5 miesięcy, II etap – 26 miesięcy oraz III etap – 11 miesięcy) a także charakter prac składających się na poszczególne etapy wskazując, że I etap obejmuje zapoznanie się z inwestycją wraz z przygotowaniem terenu budowy i zaplecza tymczasowego, a także wykonaniem grodzy jazowej z robotami towarzyszącymi (ca 5 m-cy); II faza - budowa jazu klapowego oraz wykonanie innych zadań, liczonej od odbioru technicznego grodzy jazowej wraz z robotami towarzyszącymi (ca 26 m-cy); III faza - końcowa realizacja inwestycji wraz z okresami przygotowania jej do odbioru końcowego i przekazania do eksploatacji oraz całkowitego rozliczenia rzeczowo - finansowego wykonanego przedsięwzięcia oraz Umowy z Wykonawcą NI (ca 11 m-cy).

Nie ulega także wątpliwości, że ceny jednostkowe należało podać w odniesieniu do jednego miesiąca przypadającego odpowiednio w każdym z trzech etapów wykonywania umowy – wynika to wprost z brzmienia pkt 3.4 ppkt 1) Specyfikacji Zasad Działania Inżyniera Projektu, gdzie podano, że ryczałtowy system rozliczeń usług nadzoru Inwestorskiego Inżyniera na budowie wykonanych

w ciągu miesiąca dotyczy 3-ch okresów realizacyjnych. Nie sposób podzielić w tym miejscu stanowiska Odwołującego, zgodnie z którym wskazana cena ryczałtowa miała dotyczyć poszczególnych trzech etapów wykonywania zamówienia jako całości i że Odwołujący podając w formularzu ofertowym ceny dla tych etapów odpowiednio: I etap – 59.820 zł miesięcznie i 299.100 zł – dla całego etapu, II etap – 23.008 zł miesięcznie i 598.208 zł dla całego etapu oraz III etap – 9.063 zł na miesiąc oraz 99.693 zł dla całego etapu wykonał dyspozycję postanowienia pkt 3.4 ppkt 2 Specyfikacji Zasad Działania Inżyniera Projektu uwzględniając największe zaangażowanie Inżyniera w II etapie, bowiem w ocenie Odwołującego, to największe zaangażowanie miało być relatywizowane do całego II etapu a nie miesiąca i wynikać z najdłuższego okresu trwania tego etapu.

Odwołujący wykazywał, że skoro za cały drugi etap podano najwyższą cenę łączną (598.208,00 zł) w porównaniu do pozostałych dwóch etapów, to wypełniono wymóg uwzględnienia największego zaangażowania Inżyniera w II etapie, tak jak wymagał tego Zamawiający. Jak wynika z brzmienia Specyfikacji Zasad Działania Inżyniera Projektu, największe zaangażowanie Inżyniera miało być uwzględniane przy ustalaniu przez wykonawców ceny jednostkowej a ta wyraźnie dotyczy miesiąca, co oznacza że owe zaangażowanie inżyniera winno znaleźć odzwierciedlenie właśnie w cenie miesięcznej dla odpowiedniego etapu a nie cenie za cały etap. Dostrzec trzeba także, że w treści pkt 3.4 ppkt 1.2 Specyfikacji Zasad Działania Inżyniera Projektu wyraźnie największe zaangażowanie powiązane z nakładami i kosztami ponoszonymi w związku z wykonywaniem zamówienia w zakresie II etapu wynikającymi z przewidywanej ilości odpowiednich specjalistów i inżynierów w odpowiednim etapie realizacji zamówienia a także

ilości godzin pracy poszczególnych inspektorów nadzoru uwzględnionych w pkt 1.5. Specyfikacji Zasad Działania Inżyniera Projektu, oraz w Harmonogramie Budowy. Skoro przedmiot zamówienia był w okresie trwania kontraktu (42 miesiące) relatywnie jednorodny w każdym z miesięcy, niezależnie od etapu tego zamówienia, różnicowała go jedynie konieczność poniesienia w pierwszym etapie zwiększonych nieznacznie kosztów z tytułu zorganizowania biura oraz ogólnych kosztów organizacyjnych a także nieistotnych jeśli chodzi o wysokość wydatków z tytułu wyposażenia pracowników (w kaski i ubrania robocze) oraz zasygnalizowana wyraźnie przez Zamawiającego potrzeba w drugim etapie stanowiącym fazę właściwego nadzoru zaangażowania większej ilości inżynierów i inspektorów, to tylko te elementy powinny się przekładać na miesięczną cenę jednostkową odmienną dla każdego z etapów, w tym najwyższą właśnie w drugim etapie. Postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia wyraźnie wiążą miesięczną cenę jednostkową z kosztami i nakładami, których ta cena jest pochodną. W pkt

KIO 1910/10 14

XI ust. 2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia „*OPIS SPOSOBU OBLICZENIA CENY*” Zamawiający bowiem podał, iż cenę należy obliczyć zgodnie z „Formularzem cenowym” – zał. nr 3 do SIWZ na podstawie kalkulacji kosztów wg zasad i założeń przedstawionych w pkt 3.4 ppkt 1 Specyfikacji Zasad Działania Inżyniera Projektu (SZDZ 450 -1/A), załącznik nr 2 do umowy. W pkt 3.4. ppkt 1.2) Specyfikacji Zasad Działania Inżyniera Projektu również powiązано miesięczną cenę jednostkową z kosztami i nakładami ponoszonymi w odpowiednich etapach, co wynika z sugestii Zamawiającego uwzględnienia przy kalkulacji Harmonogramu Budowy oraz okresów pracy poszczególnych inspektorów nadzoru uwzględnionych w pkt 1.5 Specyfikacji Zasad Działania Inżyniera Projektu. Zamawiający wyszczególnił jakie kategorie kosztów i nakładów należy uwzględnić w cenie jednostkowej – precyzuje to bowiem wyraźnie pkt 3.4 ppkt 1.3) Specyfikacji Zasad Działania Inżyniera Projektu: miesięczne koszty płac brutto własnych pracowników Wykonawcy NI z wszystkimi elementami dokumentami obciążeń wraz z uwzględnieniem taryfowych urlopów, a ponadto koszty wynagrodzeń bez VAT podwykonawców; miesięczne koszt delegacji służbowych, ewentualnych rozłąk i noclegów własnych pracowników Wykonawcy NI; miesięczne koszty utrzymania samochodu terenowego; miesięczne obciążenia kosztowe wynikające z wyposażenia sprzętowo-technicznego NI, wykupu polisy ubezpieczeniowej wg Umowy oraz obsługi kredytowej działalności NI na budowie; koszty najmu biura NI lub kontenerów w Lewinie Brzeskim przez okres do 7 m-cy; miesięczne koszty ogólne działalności NI Inżyniera, uwzględniające także zakup kasków i odzieży roboczej dla własnych pracowników Inżyniera, jak również koszty udziału Inżyniera w przeglądach gwarancyjnych oraz ewentualne koszty nadzoru technicznego i obsługi techniczno-prawnej w razie konieczności usuwania wad przez Wykonawcę inwestycji w okresie gwarancji i rękojmi; miesięczny wskaźnik zysku do sumarycznych kosztów jak wyżej Wykonawcy NI.

Bezpodstawny jest zatem wniosek Odwołującego, zgodnie z którym ceny jednostkowe zostały w Jego ofercie skalkulowane w sposób zgodny z wymaganiem Zamawiającego, w tym że cena miesięczna w pierwszym etapie jest wyższa znacząco niż w pozostałych etapach, ponieważ uwzględnia zwiększone koszty i nakłady w pierwszym okresie wykonywania zamówienia. Dostrzec jednak należało w tym miejscu, że Odwołujący, zgodnie z wymaganiem postawionym przez Zamawiającego, wykazał posiadanie niezbędnych elementów sprzętu do wykonania zamówienia, takich jak samochód terenowy, dwa stacjonarne zestawy komputerowe, cztery laptopy, drukarka laserowa, kserokopiarka, miernik grubości powłok malarskich czy dziewięć telefonów komórkowych (vide: wykaz narzędzi w ofercie Odwołującego), wskazując je jako swoją własność lub leasing – w odniesieniu do samochodu terenowego, które to przedmioty

KIO 1910/10 15

Odwołujący dedykował do realizacji przedmiotowego zamówienia. Dodatkowo Zamawiający udostępnił nieodpłatnie trzy kontenery dla celów zamieszkiwania i pracy inżynierów i pracowników wykonawcy tego zamówienia – co wynika z zapisu pkt 1.6 Specyfikacji Zasad Działania Inżyniera Projektu, tym samym odpadał wydatek związany ze szczególną organizacją w pierwszym etapie wykonywania zamówienia zaplecza mieszkalnego oraz miejsc do wykonywania pracy. Podobnie należało ocenić argumentację Odwołującego, iż koszty uwzględnione w miesięcznej cenie jednostkowej są wyższe od ceny za drugi etap realizacji zamówienia z uwagi na to, że obejmują dodatkowo wyższe ryzyka związane z realizacją zamówienia, a wynikające

przykładowo z możliwości rozwiązania umowy przez Zamawiającego, odstąpienia od jej realizacji. Dostrzec trzeba w tym zakresie, że wskazane ryzyka, które – zgodnie z twierdzeniem Odwołującego znalazły odzwierciedlenie w wysokości ceny miesięcznej wskazanej dla pierwszego etapu realizacji umowy nie odzwierciedlają rzeczywistych nakładów i kosztów, stanowią jedynie pewien szacunek – algorytm właściwy dla całego okresu realizacji umowy, dodatkowo powiązane zostały one przez samego Zamawiającego z odpowiednimi etapami realizacji (choćby poprzez powiązanie kar umownych i obniżek wynagrodzenia należnego wykonawcy z wynagrodzeniem miesięcznym właściwym dla etapu realizacji zamówienia, w którym zdarzenia powodujące powstanie ewentualnych kar i obniżek wynagrodzenia wystąpiły). Tym samym nie sposób uznać, by - wbrew założeniom Zamawiającego wyrażonym w pkt 3.4 ppkt 1.2) Specyfikacji Zasad Działania Inżyniera Projektu - właśnie w pierwszym etapie wykonywania zamówienia Odwołujący miał ponieść zwiększone w stosunku do etapu drugiego koszty i nakłady, które znalazły wyraz w wysokości miesięcznej ceny jednostkowej za ten etap, którą to cenę Odwołujący skalkulował na poziomie 59.820 zł (podczas gdy dla etapu II wynosi ona 23.008 zł za miesiąc).

Analiza zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym Specyfikacji Zasad Działania Inżyniera Projektu wskazuje, że obowiązek podania cen jednostkowych miesięcznych dla poszczególnych etapów wykonywania usługi stanowił nie tylko techniczne rozłożenie ceny na elementy nań się składające w poszczególnych okresach wykonywania zamówienia (która to cena w niniejszym postępowaniu ma charakter ryczałtowy), co by pozwalało uznać że wskazany wymóg miał znaczenie podrzędne, porządkowe dla Zamawiającego, ale obowiązek ten został powiązany z rozliczeniem całego kontraktu. Od wskazanych cen jednostkowych, różnych w odpowiednich etapach wykonywania umowy ustalone mają być miesięczne płatności za wykonanie umowy; w relacji do miesięcznej ceny ryczałtowej mają odbywać się zmniejszenia należności na rzecz wykonawcy świadczącego usługę z tytułu przestoju czy nieobecności inżynierów na budowie w odpowiednich okresach tej budowy, wreszcie w powiązaniu z miesięcznymi cenami jednostkowymi

KIO 1910/10 16

ustalonymi w różnej wysokości w odniesieniu do odpowiedniego etapu ustalone mają być kary umowne. Przewidziano bowiem, że w ryczałcie miesięcznym przyjmuje się, że Inżynier lub jego Rezydent na budowie oraz inspektorzy nadzoru inwestorskiego nad robotami hydrotechnicznymi wraz z pracownikiem obsługi biurowej w Lewinie Brzeskim są zobowiązani przepracować wszystkie dni robocze w miesiącu i nie mniej jak 20 dniówek miesięcznie, zaś w razie przerw roboczych na budowie spowodowanych przez warunki pogodowe czy powódź lub zarządzonych przez Wykonawcę inwestycji w porozumieniu z Inżynierem oraz JRP (np. związanych z okresami świąt), które nie pozwolą na przepracowanie 20-tu dniówek przez NI Inżyniera, miesięczne wynagrodzenie ryczałtowe zostanie skorygowane o 5,0 % jego ceny jednostkowej za każdy nieprzepracowany dzień roboczy poniżej 20-tu dniówek w miesiącu rozliczeniowym, przy czym jednostkowa cena ryczałtowa będzie zależna od fazy realizacyjnej, kiedy ta przerwa zaistniała. Natomiast nieobecności Inżyniera względnie jego Rezydenta na budowie, jak również każdego z inspektorów nadzoru inwestorskiego z powodu choroby lub urlopu w stosunku do wymaganych pobyków w/w pracowników na budowie ma powodować potrącenie 0,50 % z kwoty ryczałtu miesięcznego za każdy nieprzepracowany dzień roboczy przez jednego z tych pracowników Nadzoru Inwestorskiego w miesiącu rozliczeniowym lub w ciągu tygodnia, przy czym jednostkowa cena ryczałtu będzie zależna od fazy realizacyjnej, kiedy ta nieobecność nastąpi (pkt 3.4, ppkt 3 i 4 Specyfikacji Zasad Działania Inżyniera Projektu; § 4 ust. 4 i 5 projektu umowy). Dodatkowo, Wykonawca zobowiązany będzie do zapłaty Zamawiającemu kar umownych za odstąpienie od umowy w skutek okoliczności, za które odpowiada Wykonawca w wysokości 10 % wynagrodzenia umownego brutto; za opóźnienie względnie przerwę w realizacji robót przez Wykonawcę inwestycji z winy NI Inżyniera w wysokości 1,0 % ryczałtu miesięcznego brutto wg Oferty za każdy dzień opóźnienia lub przerwy w stosunku do daty określonej przez JRP w DNI; z tytułu niezapewnienia dla Nadzoru Inwestorskiego Inżyniera na budowie gwarantowanego (kompletnego) potencjału sprzętowo - technicznego zgodnego z zał. nr 2.0. pkt. 1.6. (SZD) oraz Oferty, stanowiących integralną część Umowy w wysokości 5 % ryczałtu miesięcznego brutto wg Oferty, przy czym braki w wyposażeniu wymagają wcześniejszej oceny JRP przedstawionej w DNI; za przerwanie przez Zamawiającego czynności odbioru częściowego lub końcowego inwestycji w związku z nieprzygotowaniem budowli lub zadań do eksploatacji np. na skutek wad względnie z powodu braku skomplikowanej dokumentacji podwykonawczej wg wymagań ST 450 - „Część Ogólna”, w wysokości 1.000,00 zł. za każdy dzień opóźnienia w przeprowadzeniu odbioru w dodatkowym terminie; z tytułu niezyskania decyzji w sprawie użytkowania budowli

oraz zadań w terminie do 20 dni od daty wykonania umowy przez Wykonawcę inwestycji w

KIO 1910/10 17

wysokości do 5 % wynagrodzenia umownego brutto; za opóźnienie w wykonaniu końcowego rozliczenia rzeczowo - finansowego odbioru i przekazanej do eksploatacji inwestycji w wysokości 0,5 % wynagrodzenia umownego brutto za każdy dzień opóźnienia licząc od dnia terminu końcowego wykonania Umowy; w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania Umowy przez Wykonawcę NI w wysokości 10 % wynagrodzenia umownego brutto (§ 8 ust. 1 projektu umowy).

Wskazanie miesięcznych cen jednostkowych w odpowiedniej wysokości wiąże się także z kwotami, jakie Zamawiający będzie zobowiązany zapłacić w poszczególnych okresach wykonywania umowy, w tym kwotami, jakie – wobec trwania umowy przez 42 miesiące – musi zabezpieczyć dla przyszłych okresów w budżetach odpowiednich lat oraz w planach finansowych na dalsze lata. Stąd określenie przez wykonawców miesięcznych cen jednostkowych zgodnie z regułami wskazanymi przez Zamawiającego w Specyfikacji Zasad Działania Inżyniera Projektu miało doniosłe znaczenie rozrachunkowe dla całego kontraktu, wykraczając poza sferę prezentacji Zamawiającemu, jakie kwoty cząstkowe (jednostkowe) składają się na cenę za wykonanie zamówienia, celem weryfikacji czy cenę skalkulowano w sposób realny i pozwalający na prawidłową realizację zamówienia.

Powyższe przekonuje, że podanie cen jednostkowych w ujęciu miesięcznym miało znaczenie istotne dla Zamawiającego w zakresie comiesięcznego rozliczania inwestycji. Jak wykazano wyżej, miesięczne ceny jednostkowe nie zostały określone przez Odwołującego w sposób czyniący zadość zasadom opisanym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym w Specyfikacji Zasad Działania Inżyniera Projektu. Nie podziela więc pełnego uzasadnienia decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego, w części w której Zamawiający uznał, że skutkiem podania przez Odwołującego miesięcznych cen jednostkowych w wysokości niższej dla drugiego etapu realizacji zadania aniżeli dla etapu pierwszego będzie fakt, że nie wystarczy Odwołującemu środków na realizację zadania zgodnie z jego zakresem wynikającym z przedmiotowego postępowania w drugim i trzecim etapie, uznano, że oferta Odwołującego, ze względów podanych wyżej, w zakresie podanych cen jednostkowych jest niezgodna ze specyfikacją. Rozłożenie należności w ten czy inny sposób nie oznacza, jak to uzasadniał Zamawiający, że środków po pierwszym etapie wykonywania zamówienia (za który Odwołujący, po pięciu miesiącach wykonywania umowy otrzymałby ok. 1/3 wartości trwającego łącznie 3,5 lata kontraktu) nie wystarczy na pozostałe etapy (dalsze 37 miesięcy). Otrzymanie wyższej zapłaty we wcześniejszym okresie nie jest bowiem równoznaczne z zaliczkowaniem na poczet wykonania zamówienia – to bowiem musiałyby dotyczyć nadpłacania przez Zamawiającego za prace jeszcze nie wykonane, a nie świadczenia wyższego aniżeli ponoszone koszty i nakłady, ale wynikającego z

KIO 1910/10 18

umowy – co miałyby miejsce w analizowanej sytuacji. Niezależnie jednak od tego, Zamawiający zawarł w Specyfikacji Zasad Działania Inżyniera Projektu wytyczne dotyczące obliczenia miesięcznych cen jednostkowych, których znaczenie – z uwagi na powiązanie miesięcznych cen jednostkowych z kwestią rozliczania kontraktu, obliczania kar umownych, zmniejszeń wynagrodzenia z powodu przestoju należy uznać za niebagatelne i wiążące wykonawców przy konstruowaniu swoich ofert, których to zasad Odwołujący nie uwzględnił, co czyniło Jego ofertę niezgodną ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

Tym samym, należało uznać, że Odwołujący nie wykonał dyspozycji zawartej w pkt 3.4 ppkt 1.2) Specyfikacji Zasad Działania Inżyniera Projektu i nie określił cen jednostkowych, a tym samym elementów służących miesięcznemu systemowi rozliczeniowemu w sposób zgodny ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, co wyczerpuje wyrażoną w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych podstawę odrzucenia Jego oferty.

Tak argumentując, Krajowa Izba Odwoławcza, nie dopatrując się naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, oddaliła odwołanie.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości

i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący:

KIO 1910/10 19