

Sygn. akt: KIO/UZP 210/10

WYROK
z dnia 22 marca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Paweł Trojan

**Członkowie: Ryszard Tetzlaff
Justyna Tomkowska**

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 marca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum firm: WYG International Sp. z o.o., WYG ENGINEERING LIMITED, 00-832 Warszawa, ul. Żelazna 28/30** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie, 35-959 Rzeszów, ul. Legionów 20** protestu z dnia 25 stycznia 2010 r.

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności polegającej na unieważnieniu przedmiotowego postępowania oraz nakazuje dokonanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

2. kosztami postępowania obciąża Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie, 35-959 Rzeszów, ul. Legionów 20

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 444 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy)

z kwoty wpisu uiszczanego przez **Konsorcjum firm: WYG International Sp. z o.o., WYG ENGINEERING LIMITED, 00-832 Warszawa, ul. Żelazna 28/30,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 8 044 zł 00 gr (słownie: osiem tysięcy czterdzieści cztery złote zero groszy) przez **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie, 35-959 Rzeszów, ul. Legionów 20** na rzecz **Konsorcjum firm: WYG International Sp. z o.o., WYG ENGINEERING LIMITED, 00-832 Warszawa, ul. Żelazna 28/30** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać zwrotu kwoty 10 555 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt pięć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum firm: WYG International Sp. z o.o., WYG ENGINEERING LIMITED, 00-832 Warszawa, ul. Żelazna 28/30.**

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

Zamawiający - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Rzeszowie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „*Wykonanie dokumentacji technicznej zabezpieczenia osuwiska w m. Korzeniec Gm. Bircza w ciągu drogi krajowej Nr 28 Zator – Medyka od km 299+970 do km 300+200 wraz z odbudową tej drogi na odcinku objętym osuwiskiem*”. Przedmiotowe postępowanie zostało wszczęte przez Zamawiającego w dniu 19.10.2009 r. przekazaniem w drodze elektronicznej do publikacji ogłoszenia Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich. Ogłoszenie zostało opublikowane w suplemencie do Dz. U. UE z dnia 22.10.2009 r. Nr 2009/S 204-293826. Wartość szacunkowa przedmiotu zamówienia ustalona przez Zamawiającego wyniosła 901.639,34 zł , co stanowi równowartość kwoty 232.555,09 euro i jest większa od kwot określonych na podstawie przepisów wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 11.01.2010 r. (pismo z dnia 08.01.2010 r.) Zamawiający przekazał faxem wykonawcy konsorcjum: WYG International Sp. z o.o. z siedzibą ul. Żelazna 28/30, 00-832 Warszawa (Lider konsorcjum) oraz WYG Engineering Limited z siedzibą Arndale Court, 1

Arndale Center, Headingley Leeds, SL6 2UJ (Członek konsorcjum) zawiadomienie o wyborze jako najkorzystniejszej oferty ww. Konsorcjum. Podstawą wniesienia odwołania oraz poprzedzającego go protestu była czynność Zamawiającego polegająca na unieważnieniu przedmiotowego postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, o której to czynności informację dnia 18.01.2010 r. Zamawiający przekazał faxem wykonawcy – Konsorcjum: WYG International Sp. z o.o. i WYG Engineering Limited (zwanego w dalszej części „Odwołującym”).

W dniu 25.01.2010 r. Odwołujący wniósł faxem na podstawie przepisu art. 180 ust.1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej: „Pzp” protest wobec czynności unieważnienia przedmiotowego postępowania, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp poprzez przyjęcie, że zachodzą przesłanki unieważnienia przetargu określone w tym przepisie.

Odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności polegającej na unieważnieniu postępowania,
- 2) dokonanie wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej w niniejszym postępowaniu i zawarcie umowy o zamówienie publiczne.

Odwołujący wskazał w treści wniesionego protestu, że informację o unieważnieniu postępowania otrzymał w dniu 18.01.2010 r. W uzasadnieniu protestu wskazał, iż z art. 93 ustawy Pzp wynika, iż zamawiający w toku prowadzonego postępowania jest zobligowany do unieważnienia prowadzonego postępowania w przypadku wystąpienia któregośkolwiek ze zdarzeń enumeratywnie wymienionych w ww. przepisie ustawy. Oznacza to, zdaniem Odwołującego, iż działanie zamawiającego winno być pozbawione w odniesieniu do instytucji unieważnienia postępowania jakiegokolwiek uznaniowości. Tym samym, zdaniem Odwołującego, należy uznać, iż normy prawne wyrażone w art. 93 ustawy Pzp mają imperatywny charakter. Odwołujący w treści protestu na potwierdzenie swojego stanowiska przywołał m. in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 stycznia 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 54/07), w uzasadnieniu którego Izba wskazała, że: „Unieważnienie postępowania jest czynnością obligatoryjną po stronie zamawiającego w sytuacjach ściśle określonych w art. 93 ust. 1 ustawy Pzp, co nie daje zamawiającemu jednocześnie prawa do nadużywania tej instytucji”. Ponadto w uzasadnieniu protestu Odwołujący wskazał, iż interpretacja przesłanek unieważnienia postępowania powinna być dokonywana w sposób ścisły przy zachowaniu prymatu wykładni literalnej i celowościowej norm prawnych wyrażonych w art. 93 ustawy Pzp, na potwierdzenie czego przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 lutego 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 25/08). Ponadto Odwołujący w uzasadnieniu wniesionego na etapie postępowania protestu wskazał, że pomiędzy wadą

a niemożnością zawarcia ważnej umowy musi istnieć normalny związek przyczynowy. Wadą w rozumieniu tego przepisu jest nieusuwalna wada samego postępowania o udzielenie zamówienia, która wywiera tak istotny wpływ na umowę w sprawie zamówienia publicznego, że powoduje jej bezwzględną nieważność ab initio, a tym samym jej prawną bezskuteczność. Zdaniem Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu nie została wypełniona dyspozycja żadnej z przesłanek, która mogłaby stanowić podstawę do jego unieważnienia. Uchybienie, na które powołuje się zamawiający nie prowadzi, jak wskazał Odwołujący w uzasadnieniu protestu, do nieważności umowy zawartej w wyniku rozstrzygnięcia postępowania. W uzasadnieniu wniesionego protestu zostały przywołane kolejno wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 lutego 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 72/08), z dnia 4 listopada 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 1145/08) oraz z dnia 3 marca 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 134/08), w uzasadnieniach których Izba wskazała, że wada samego postępowania skutująca jego unieważnieniem musi prowadzić do bezwzględnej nieważności umowy, tj. w rozumieniu art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp jest to nieusuwalna wada samego postępowania, która wywiera tak istotny wpływ na umowę w sprawie zamówienia, że powoduje jej bezwzględną nieważność, zaś pomiędzy wadą postępowania a nieważnością umowy musi istnieć adekwatny związek przyczynowo - skutkowy.

W dalszej części uzasadnienia protestu Odwołujący wskazał na uzasadnienie postanowienia Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 4 listopada 2005 r. (sygn. akt II Ca 941/05) zgodnie z którym: „wadą w rozumieniu tego przepisu jest nieusuwalna wada samego postępowania, która wywiera istotny wpływ na umowę w sprawie zamówienia, że powoduje jej bezwzględną nieważność. (...) Wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy jest obiektywna niemożność dokonania wyboru najkorzystniejszej ofert”. Ponadto w uzasadnieniu protestu zostało wskazane, iż brzmienie art. 146 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, przez pryzmat którego należy odczytywać przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp nie pozostawia wątpliwości, że ustawodawca rygor nieważności umowy przewidział nie dla każdego przypadku naruszenia przez zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przepisów tej ustawy, ale jedynie do przypadków naruszenia rażącego, nadto takiego naruszenia, które miało wpływ na wynik postępowania, nie zaś takiego, w którym wpływ ten oceniany jest jako możliwy i potencjalny (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 czerwca 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 670/09). W tym zakresie w uzasadnieniu protestu zostało wskazane, iż w niniejszym postępowaniu Zamawiający nie wykazał, na czym miałyby polegać wada postępowania. Zamawiający w uzasadnieniu pisma z dnia 18.01.2010 r. wskazał na rozbieżność między datami wskazanymi w Instrukcji dla Wykonawców oraz wzorze formularza stanowiącego załącznik nr 1 do oferty (Tabela Opracowań Projektowych). W tym pierwszym dokumencie termin realizacji został wskazany jako 63 miesiące, zaś w drugim jako 60 miesięcy. Jak zostało podniesione w uzasadnieniu

protestu Odwołujący podniósł, iż z całą pewnością okoliczność przywołana jako przesłanka stanowiąca o konieczności unieważnienia postępowania nie wpływa na ważność zawieranej umowy o zamówienie publiczne, a tym samym przywołana przez Zamawiającego podstawa prawna unieważnienia nie wypełnia przesłanki z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. W dalszej części uzasadnienia protestu Odwołujący na potwierdzenie swojej argumentacji przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 października 2007 r. (sygn. akt KIO/UZP 1064/08). Odwołujący w treści protestu wskazał także, iż unieważniając przedmiotowe postępowanie Zamawiający pominął zasadniczy cel organizowania przetargu, jakim jest udzielenie zamówienia publicznego, gdyż nie jest możliwe unieważnienia postępowania bez wskazania wystąpienia istotnej przyczyny, zwłaszcza w sytuacji, gdy cel ten jest możliwy do osiągnięcia, a jedynie nie ma woli do zawarcia umowy. Na potwierdzenie powyższego przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 lipca 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 624/08).

Odwołujący podniósł w uzasadnieniu protestu, iż zgodnie z pkt 6 „Instrukcji dla wykonawców” Zamawiający wymagał, aby zamówienie zostało zrealizowane w terminie 63 miesięcy, licząc od dnia zawarcia umowy i zgodnie z założonymi terminami cząstkowymi określonymi w Tabeli opracowań projektowych. W praktyce oznacza to, że termin ten jest terminem maksymalnym, w jakim przedmiotowe zamówienie powinno być wykonane. Termin wynikający z oferty Protestującego, tj. 60 miesięcy jest krótszy niż termin określony w „Instrukcji dla wykonawców”, a tym samym przyjęć należy, iż jest dla Zamawiającego korzystny. Tym samym w uzasadnieniu protestu zostało wskazane, że w kontekście wymagań Zamawiającego zaoferowanie terminu wykonania wynoszącego 60 miesięcy, a więc krótszego niż przewidziano, nie można zakwalifikować zarówno jako wady postępowania, jak i niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Wskazanie takiego terminu bez względu na to, czy wynika z błędu w opracowanych przez Zamawiającego dokumentach, czy też z woli samego Wykonawcy (chęć zaoferowania terminu korzystniejszego) jest, jak wskazał Odwołujący w treści protestu, działaniem zgodnym zarówno z SIWZ (termin 63 miesięcy nie został przekroczony) jak i interesem Zamawiającego.

W podsumowaniu Odwołujący wskazał, iż poprzez art. 93 ust. 1 ustawy Pzp ustawodawca stworzył zamknięty katalog przesłanek dopuszczających unieważnienie postępowania o zamówienie publiczne, ograniczając nadużywanie uprawnień w zakresie możliwości korzystania z unieważnienia postępowania przez zamawiających. Wprowadzone prawem ograniczenia mają więc na celu uniknięcie dowolności działań Zamawiającego, stwarzając gwarancję pewności obrotu dla podmiotów ubiegających się o zamówienia publiczne. Przyjęcie sposobu rozumienia art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy w sposób prezentowany przez Zamawiającego prowadziłoby do stworzenia regulacji prawnej dającej wprost

nieograniczone możliwości unieważniania postępowań o zamówienia publiczne. Takie zaś działanie, w ocenie Odwołującego, niweczy sens regulacji dotyczących wydatkowania środków publicznych. Jakiegokolwiek błędy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli nie miały wpływu na wynik tego postępowania i nie skutkują tym samym niemożnością zawarcia ważnej umowy z wykonawcą, nie prowadzą do unieważnienia postępowania. Unieważnienie postępowania, zdaniem Odwołującego, jest bowiem decyzją znoszącą to postępowania od początku, powodującą daleko idące skutki w sytuacji tak zamawiającego, jak również wykonawców uczestniczących w postępowaniu. Dlatego przesłanki do unieważnienia postępowania stanowią numerus clausus i powinny być interpretowane wąsko (wyrok KIO z dnia 19 maja 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 431/08). Odwołujący ponadto wskazał, iż wykazanie i udowodnienie, że dokonanie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia miało swoje normatywne i faktyczne podstawy, spoczywa zawsze na zamawiającym. W powyższym zakresie przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 lutego 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 176/09), z dnia 3 kwietnia 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 248/08) oraz z dnia 11 grudnia 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 1377/08). Zdaniem Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie udowodnił zaistnienia przesłanki skutkującej koniecznością unieważnienia postępowania, zaś o tym, że błędy, na które powołuje się Zamawiający uzasadniając swoją decyzję o unieważnieniu, nie powinny stanowić podstawy do unieważnienia postępowania świadczy przywołane w treści uzasadnienia orzecznictwo, a także wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z dnia 16 października 2007 r. (sygn. akt X Ga 158/07), w którego uzasadnieniu zostało wskazane, że wadą taką (wada uniemożliwiająca zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego w świetle art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp) na pewno nie jest to, że umowa nie została zawarta na okres przewidziany w SIWZ, tj. od 01.01.2007 r. do 31.12.2007 r., gdyż nic nie stoi na przeszkodzie, aby tę umowę zawrzeć na okres krótszy, ale do dnia 31.12.2007 r. W uzasadnieniu protestu Odwołujący wskazał ponadto, iż co do zasady wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji działania Zamawiającego, w tym wypadku błędów w dokumentacji, na które powołuje się Zamawiający. Zastosowanie się Odwołującego do postanowień SIWZ, które dodatkowo zdaniem tego ostatniego, zgodne jest z intencją Zamawiającego (zaoferowanie krótszego terminu), w świetle wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 czerwca 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 540/08, KIO/UZP 541/08) nie może być przyczyną do odrzucenia oferty ani unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp. Konkludując Odwołujący w uzasadnieniu protestu wskazał, iż stosownie do treści art. 17 ust. 3 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem

przepisów o zamówieniach publicznych, określających przesłanki upoważniające do unieważnienia tego postępowania.

W dniu 01.02.2010 r. Zamawiający przekazał Odwołującemu rozstrzygnięcie protestu. W rozstrzygnięciu Zamawiający wskazał, iż oddał protest z dnia 25.01.2010 r. w całości. Zamawiający w uzasadnieniu oddalenia protestu przyznał, iż protest został wniesiony w ustawowym terminie, zaś Odwołujący posiadał interes prawny do wniesienia środka ochrony prawnej. W dalszej części uzasadnienia Zamawiający podniósł, iż nie podziela argumentacji podniesionej w proteście. Zamawiający wskazał, iż oferta powinna być zgodna ze specyfikacją, która natomiast ma być zgodna z ogłoszeniem (wnioskowanie z art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 38 ust. 4a pzp). Wobec faktu, że z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego (wewnętrzna sprzeczność pomiędzy treścią specyfikacji a wzorem formularza stanowiącego załącznik do oferty - Tabela opracowań projektowych) konieczne jest unieważnienie postępowania za względu na wady uniemożliwiające zawarcie ważnej umowy. Zdaniem Zamawiającego w ugruntowanym stanowisku doktryny i praktyki za przyczynę leżącą po stronie zamawiającego w zakresie przesłanek unieważnienia uznawane jest nienależyte wykonanie obowiązków zamawiającego, co niestety miało miejsce w przedmiotowym postępowaniu. Zamawiający podniósł, iż wskazał w SIWZ termin realizacji umowy z podziałem na etapy, wskazując jednocześnie, że termin ten łącznie wynosił będzie 63 miesiące. Brak jest w SIWZ wskazania terminu jako nieprzekraczalnego, tj. umożliwiającego Wykonawcy określić termin inny, byle nie przekraczał on 63 miesięcy. Powyższe, zdaniem Zamawiającego, uzasadnia zdanie o niezgodności oferty ze specyfikacją. Jednocześnie Zamawiający wskazał, iż argument, że skrócenie terminu jest korzystne dla Zamawiającego i nie ma żadnych skutków z tym związanych jest błędne. Zamawiający przewidział, iż od 16-tego miesiąca do 63-tego miesiąca trwania umowy sprawowany będzie nadzór autorski. Skrócenie terminu realizacji umowy oznacza, zdaniem Zamawiającego, że wykonawca najprawdopodobniej nie będzie przez planowany czas realizacji inwestycji sprawował nadzoru (termin ten ulegnie skróceniu o 3 miesiące), co z całą pewnością nie jest rozwiązaniem korzystnym dla Zamawiającego. Jednocześnie Zamawiający podniósł, iż w ogłoszeniu wskazał, że wymagał będzie zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zaś zabezpieczenie to powinno obowiązywać przez cały okres trwania umowy – argument zatem, że takie określenie jest zgodne z SIWZ, bo termin 60 miesięcy jest krótszy od 63 miesięcy jest zdaniem Zamawiającego nieprawidłowe. Tym samym, jak wskazał w rozstrzygnięciu protestu Zamawiający, nie mógłby żądać zabezpieczenia na okres wymagany specyfikacją, lecz na wynikający z oferty okres 60 miesięcy.

Na powyższe rozstrzygnięcie protestu Odwołujący w dniu 09.02.2010 r. złożył odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (wpływ bezpośredni). Kopię odwołania

Odwołujący przekazał Zamawiającemu w dniu 10.02.2010 r. W odwołaniu Odwołujący podtrzymał w całości swoje zarzuty i stanowisko podniesione w proteście i wniósł o unieważnienie czynności polegającej na unieważnieniu postępowania oraz dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu i zawarcie umowy o zamówienie publiczne. Ponadto Odwołujący w uzasadnieniu wniesionego odwołania odniósł się do argumentów podniesionych przez Zamawiającego w rozstrzygnięciu protestu z dnia 01.02.2010 r. i wskazał na wstępie, że obawy Zamawiającego polegające na tym, iż przypuszcza on, że skrócenie terminu realizacji umowy spowoduje, iż wykonawca najprawdopodobniej nie będzie przez planowany czas realizacji inwestycji sprawował nadzoru autorskiego (termin ulegnie skróceniu o 3 miesiące) nie znajdują potwierdzenia zarówno w treści dokumentacji przetargowej, jak i ofercie Odwołującego. Zdaniem Odwołującego, wyrażonym w pkt 1 uzasadnienia odwołania, termin pełnienia nadzoru autorskiego został określony w sposób elastyczny, na co wskazuje rozdział 1 pkt 6 SIWZ, który stanowi, że: „Sprawowanie nadzoru autorskiego wraz z wykonywaniem opracowań zamiennych w okresie realizacji przedsięwzięcia w okresie pomiędzy 16 a 63 miesiącem od dnia podpisania umowy z możliwością prolongaty terminu”. Zdaniem Odwołującego się w tym kontekście stwierdzić należy, iż biorąc pod uwagę fakt, że etap II dotyczący wyłonienia wykonawcy robót (udzielenie odpowiedzi i modyfikacja opracowań projektowych) przewidziany jest pomiędzy 13 a 15 miesiącem to terminy sprawowania nadzoru autorskiego w okresie pomiędzy 16 a 63 miesiącem są wyłącznie terminami planowanymi. Niewątpliwie, jak podniósł Odwołujący, wskazuje na to wyraźnie dopuszczenie możliwości prolongaty tego terminu, a także zapisy Istotnych postanowień umowy. Zgodnie z art. 6a ust. 6.3. Istotnych postanowień umowy „(...) Nadzór autorski pełniony będzie w okresie prowadzenia robót wykonywanych w oparciu o dokumentację projektową będącą przedmiotem niniejszej umowy oraz w okresie gwarancyjnym (...)”. W tym wypadku, zdaniem Odwołującego, w przeciwieństwie do prac projektowych termin nie jest określony w sposób „sztywny” i odwołuje się de facto do pewnego procesu, którego dotyczy, a więc do okresu wykonywania robót budowlanych. W związku z tym, jak zostało wskazane w uzasadnieniu odwołania, iż termin ich wykonywania z uwagi na specyfikę i okoliczności jest zwykle niezależny zarówno od wykonawcy jak i zamawiającego, a przez to trudny do określenia z góry, takie działanie jest uzasadnione, bowiem stwarza możliwość elastycznego reagowania na faktyczne potrzeby związane z procesem.

W pkt 2 uzasadnienia odwołania Odwołujący wskazał, iż maksymalny zakres (ilość) pełnionych nadzorów została określona precyzyjnie i zmiana okresu, w którym nadzór będzie pełniony nie wpływa na zakres świadczenia wykonawcy. W odniesieniu do powyższego argumentu Odwołujący wskazał na „Tabelę opracowań projektowych”, z której wynika, iż w ramach nadzoru autorskiego przewidziano 20 pobyków x 900 PLN/pobyt oraz

opracowania projektowe zamienne 200 jnp x 13 PLN/jnp. Zdaniem Odwołującego oznacza to, że w SIWZ została określona ilość nadzorów autorskich, która możliwa jest do wykorzystania w bliżej nieokreślonym czasie. Tym samym, zdaniem Odwołującego się, obawy Zamawiającego związane ze zmniejszeniem zakresu usługi są nieuzasadnione. W praktyce więc wskazanie „60 miesięcy” z całą pewnością nie wpływa na jakiegokolwiek „uszczipienie” zakresu usług świadczonych na rzecz Zamawiającego. Odwołujący wskazał ponadto, iż sam Zamawiający ma wyłącznie obawy, co do możliwości zmniejszenia zakresu świadczonych nadzorów autorskich, na co wskazuje użycie w uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu sformułowania „wykonawca najprawdopodobniej nie będzie (...)” – nie mające charakteru imperatywu, a raczej wątpliwości. W odniesieniu do powyższego Odwołujący wskazał, iż treść dokumentacji nie potwierdza tych wątpliwości i nie może decydować o tak istotnych czynnościach jak unieważnienie postępowania o zamówienie publiczne.

Odwołujący w pkt 3 uzasadnienia odwołania wskazał, że jego stanowisko potwierdza treść art. 4, Tom II, Rozdział IV Istotnych postanowień umowy gdzie pkt 3 stanowi, że: „wynagrodzenie za sprawowanie nadzoru autorskiego wraz z wykonywaniem opracowań zamiennych (etap III) nie przekroczy kwoty netto ...(...)”. Zdaniem Odwołującego powyższy zapis wskazuje, że wykonawca będzie rozliczany jedynie za faktycznie wykonane czynności, zaś art. 10 Istotnych postanowień umowy dodatkowo wskazuje, że za ryczałt w przypadku nadzoru autorskiego uważa się cenę za jeden pobyt projektanta jednej branży na budowie (a nie łączną cenę za 20 pobytów) oraz w przypadku dokumentacji projektowej (przetargowej) – cenę za 1 dodatkowy komplet dokumentacji. Odwołujący wskazał także na treść art. 15.4. Istotnych postanowień umowy, który stanowi, że: „W okresie pełnienia nadzoru Wykonawca będzie otrzymywał wynagrodzenia za dzień pobytu projektanta każdej branży – w wysokości określonej w Tabeli opracowań projektowych. Płatności będą dokonywane miesięcznie za faktycznie pełnione i wykazane nadzory zgodnie z wymaganiami Zamawiającego”. Zdaniem Odwołującego wyżej wskazane zapisy Istotnych postanowień umowy potwierdzają, iż w dokumentacji został określony maksymalny zakres usługi i w praktyce może zdarzyć się, że nie zostanie on wykorzystany, ale wyłącznie z uwagi a potrzeby Zamawiającego, nie zaś termin, w którym możliwe jest jego wykorzystanie, gdyż ten termin jest określony w sposób elastyczny. Odwołujący zwrócił także uwagę na treść art. 5 ust. 5.5. Istotnych postanowień umowy, który stanowi że: „Wykonawca będzie sprawował nadzór autorski w sposób zgodny z wymaganiami określonymi w Umowie oraz wg zasad podanych w opisie przedmiotu zamówienia”, co zdaniem Odwołującego świadczy o tym, że kluczowe dla rozstrzygnięcia są zapisy Istotnych postanowień umowy oraz opis przedmiotu zamówienia – te zaś są jednoznaczne i zgodne w zakresie użytych terminów.

Powyższe zdaniem Odwołującego oznacza, że nawet przyjęcie, iż Zamawiający popełnił błąd w Tabeli opracowań to nie stanowi on wady postępowania, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, gdyż błąd, na który powołuje się Zamawiający w żaden sposób nie wpływa, zarówno na zakres świadczenia jak i termin, w którym świadczenie to może zostać wykorzystane.

W dalszej części uzasadnienia Odwołujący powtórzył argumentację zawartą w proteście z dnia 25.01.2010 r. w odniesieniu do przesłanek unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp przywołując powtórnie uzasadnienie postanowienia Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 4 listopada 2005 r. (sygn. akt II Ca 941/05). Dodatkowo przywołał fragment uzasadnienia wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 lutego 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 125/09). Odwołujący wskazał, iż w powyższym wyroku Izba przychyliła się do stanowiska wyrażonego w wyroku Sądu Okręgowego w Nowym Sączu z dnia 2 czerwca 2005 r. (sygn. akt III Ca 262/05) gdzie zostało wskazane, że: „(...) nie ma przeszkód, aby przepis art. 144 ust. 1 ustawy Pzp zastosować odpowiednio po wyborze oferty a przed podpisaniem umowy. Skoro ustawodawca dopuszcza – w określonych sytuacjach – dokonywanie zmian postanowień umowy już zawartej to tym bardziej możliwe są zmiany w przyszłej umowie”. W odniesieniu do powyższego Odwołujący wskazał, iż w przedmiotowym postępowaniu możliwość przedłużenia terminu realizacji nadzoru autorskiego została przewidziana, a więc wypełniona została dyspozycja art. 144 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący przywołał ponadto fragment uzasadnienia wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 marca 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 333/09). Zdaniem Odwołującego z uzasadnienia powyższego wyroku wynika dla niniejszej sprawy, że zakres świadczenia wykonawcy na skutek błędu, na który powołuje się Zamawiający nie uległ zmianie (bez względu na to, czy prawidłowa jest ilość 60 czy też 63 miesiące), gdyż zgodnie z wymaganiami Zamawiającego w ramach nadzoru autorskiego przewidziano 20 pobyków oraz 4 opracowania projektowe zamienne. Ponadto Odwołujący wskazał, iż termin na pełnienie nadzoru autorskiego bez względu na to, czy Zamawiający prawidłowo czy błędnie wskazał, iż wynosi 60 czy też 63 miesiące może zostać przedłużony lub skrócony (Zamawiający może zrezygnować z części usług) w zależności od faktycznych potrzeb Zamawiającego.

W podsumowaniu uzasadnienia Odwołujący wskazał, iż w przedmiotowym postępowaniu nie została wypełniona dyspozycja żadnej z przesłanek, która mogłaby stanowić podstawę do jego unieważnienia, gdyż uchybienie, na które powołuje się Zamawiający nie prowadzi bowiem do nieważności umowy zawartej w wyniku rozstrzygnięcia postępowania. Rozbieżność pomiędzy datami pełnienia nadzoru autorskiego wskazanymi w Instrukcji dla wykonawców (63 miesiące) oraz wzorze formularza

stanowiącego załącznik nr 1 do oferty „Tabela Opracowań Projektowych” (60 miesięcy) w okolicznościach niniejszej sprawy, a w szczególności treści dokumentacji, nie stanowi wady, która determinuje konieczność unieważnienia postępowania. Tym samym Odwołujący podniósł, iż wada postępowania, która może być przyczyną jego unieważnienia, musi mieć charakter nieusuwalny i jednocześnie powodujący, iż umowa zawarta w wyniku takiego postępowania będzie wskutek wystąpienia wady nieważna. Zdaniem Odwołującego popełniony przez Zamawiającego błąd nie wpływa zarówno na całokształt postępowania, jak i zawieraną w wyniku tego postępowania umowę.

W odniesieniu do poruszonej w rozstrzygnięciu protestu przez Zamawiającego kwestii zabezpieczenia należytego wykonania umowy Odwołujący podniósł, iż w przypadku wydłużenia terminu umowy wykonawcy zobligowani są do automatycznego przedłużenia ważności zabezpieczenia, gdyż takie działania są powszechną praktyką związaną z realizacją umów.

Z ostrożności procesowej Odwołujący podniósł w treści odwołania, iż wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji działania Zamawiającego, zaś w okolicznościach niniejszej sprawy Zamawiający nie wykorzystał wszystkich prawnie dostępnych środków przewidzianych ustawą Pzp, które nakazują mu poprawienie wszelkich możliwych do poprawienia omyłek w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, czy też wyjaśnienia treści oferty stosownie do art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Kopię treści odwołania Zamawiający otrzymał dnia 10.02.2010 r. (wpływ bezpośredni).

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, w tym po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami SIWZ, treścią oferty Odwołującego, jak również po zapoznaniu się z protestem, rozstrzygnięciem protestu, odwołaniem, odpowiedzią Zamawiającego na odwołanie złożoną na rozprawie, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, przed dniem 29 stycznia 2010 r., tj. przed dniem wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy

odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp w brzmieniu dotychczasowym - sprzed wejścia w życie wskazanych przepisów.

W drugiej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 187 ust. 4 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania. Jednocześnie Izba stwierdziła, że wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zdaniem Izby, Odwołującemu, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą w przypadku braku unieważnienia przedmiotowego postępowania przez Zamawiającego przysługiwałoby roszczenie o zawarcie umowy. Oznacza to, iż w przypadku uwzględnienia odwołania i nakazania zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania oraz nakazania powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, z uwagi na przedłożenie oferty najkorzystniejszej cenowo i mieszczącej się w kwocie, którą Zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (na co jednoznacznie wskazuje dokumentacja postępowania), tj. Odwołujący ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Skład orzekający Izby dopuścił w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z treści oferty złożonej w postępowaniu przez Odwołującego, treści SIWZ wraz z załącznikami oraz ze stanowisk stron złożonych na piśmie w ramach środków ochrony prawnej oraz ustnie do protokołu.

W odniesieniu do stanu faktycznego będącego przedmiotem niniejszego rozstrzygnięcia Izba jako zasadniczy dowód uznała dokumentację postępowania, tj. ogłoszenie o zamówieniu, SIWZ wraz z załącznikami (Instrukcja dla wykonawców, Istotne postanowienia umowy) oraz ofertę złożoną w przedmiotowym postępowaniu przez Odwołującego.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, Izba uznała za zasadny.

Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń odnośnie ww. zarzutu:

Zamawiający po przeprowadzeniu czynności badania i oceny złożonej w postępowaniu oferty przez wykonawcę Konsorcjum: WYG International Sp. z o.o. oraz WYG Engineering Limited w dniu 11.01.2010 r. (pismem z dnia 08.01.2010 r.) przekazał informację o wyborze oferty najkorzystniejszej. Następnie w dniu 13.01.2010 r. (pismem z dnia 13.01.2010 r.) wezwał Odwołującego do wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy i poinformował, że podpisanie umowy nastąpi w dniu 20.01.2010 r. W dniu 15.01.2010 r. (pismem z dnia 14.01.2010 r.) Zamawiający poinformował wykonawcę Konsorcjum: WYG International Sp. z o.o. oraz WYG Engineering Limited, że anuluje wezwanie do wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy zawarte w piśmie z dnia 13.01.2010 r. W dniu 18.01.2010 r. (pismem z dnia 18.01.2010 r.) Zamawiający przekazał Odwołującemu informację o unieważnieniu przedmiotowego postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Izba ustalił, iż w treści formularza oferty złożonej przez Odwołującego się zostały przez tego ostatniego złożone oświadczenia, iż wykonawca składa ofertę na wykonanie przedmiotu zamówienia w zakresie określonych w SIWZ, że zapoznał się ze SIWZ i uznaje się związany określonymi w niej postanowieniami i zasadami postępowania oraz jednocześnie, iż zobowiązuje się do wykonania przedmiotu zamówienia w terminach określonych w Tabeli opracowań projektowych.

Izba ustaliła ponadto, iż złożony wraz z ofertą wykonawcy Konsorcjum: WYG International Sp. z o.o. oraz WYG Engineering Limited załącznik nr 1 (Tabela opracowań projektowych) w kolumnie nr 8 (Termin wykonania) w wierszu nr 23 (Nadzory autorskie 20 pobytów x 900 PLN/pobyt) oraz w wierszu nr 24 (Opracowania projektowe zamienne 2000 jnp. X 13 PLN/jnp) określa ten termin jako okres 16 – 60 miesięcy.

Jednocześnie z treści ogłoszenia o zamówieniu (Sekcja II pkt 3 Czas trwania zamówienia lub termin realizacji), Instrukcji dla wykonawców (Rozdział 1 , pkt 6 – Termin realizacji przedmiotu zamówienia, etap III) oraz Istotnych postanowień umowy (art. 6a pkt 6.2.) termin końcowy został przez Zamawiającego ustalony na 63 miesiące od dnia podpisania umowy.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Izba uznała zasadność argumentacji Odwołującego wraz z przywołanym na jej potwierdzenie w odwołaniu orzecznictwem i dowodami z dokumentacji postępowania wskazanymi przez stronę.

Instytucja unieważnienia postępowania ma znamienny wpływ na los postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Skutki jakie wywołuje dla jego uczestników przesądzają o tym, iż obowiązek wykazania, iż czynność ta znalazła dla określonego postępowania swoje prawne i faktyczne uzasadnienie spoczywa każdorazowo na zamawiającym. Tym samym wykazanie i udowodnienie, że dokonanie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego miało swoje normatywne i faktyczne podstawy spoczywa zawsze na zamawiającym i stosownie do treści art. 93 ust. 3 ustawy Pzp fakt ten powinien zostać jednocześnie uzewnętrzniiony wszystkim wykonawcom. Niewątpliwie nadużycie instytucji unieważnienia postępowania przez zamawiającego stanowi rażące naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Wszakże sam fakt ogłoszenia postępowania lub przekazania wykonawcom zaproszenia do składania ofert i złożenie w danym postępowaniu oferty nie podlegającej odrzuceniu przez wykonawcę nie podlegającego wykluczeniu z postępowania powinno poskutkować zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego. Jednocześnie, ze względu na podstawę unieważnienia przedmiotowego postępowania, istotne jest wskazanie, iż wykonawcy na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie powinni ponosić negatywnych konsekwencji błędów i zaniedbań zamawiającego, zaś w przypadku ich wystąpienia winny być one każdorazowo odczytywane i interpretowane na korzyść wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego.

Wskazaną przez Zamawiającego w piśmie z dnia 18.01.2010 r. podstawą prawną unieważnienia przedmiotowego postępowania jest art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy, który stanowi, że zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wykładnia literalna ww. przepisu wskazuje, iż istnienie przesłanki wskazanej w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy nastąpi jedynie w przypadku, gdy pomiędzy wadą postępowania istnieje związek przyczynowo – skutkowy, który prowadziłyby do nieważności zawartej umowy w całości. Wykładnia literalna i celowościowa ww. przepisu prowadzi także do wniosku, iż ze względu na użycie przez ustawodawcę zwrotu „(...) postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy (...)” wada ta musi być wadą bezwzględnie nieusuwalną, tj. niemożliwą do wyeliminowania przez zamawiającego lub wykonawcę na etapie postępowania w żadnej z dopuszczalnych w ustawie Pzp procedur sanacyjnych. Tylko tego rodzaju wada faktycznie uniemożliwia zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Powyższa wykładnia jest wynikiem założenia, iż czynność unieważnienia postępowania przez zamawiającego musi być pozbawiona uznaniowości i tym samym w sytuacji, gdy przesłanka skutkująca nieważnością umowy na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp jest możliwa do usunięcia, powoduje automatycznie odpadnięcie

też przestanki. Przesłanki wskazanej w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp nie można również stosować w przypadku, gdy nieważność mogłaby dotyczyć tylko części umowy i to części stanowiącej marginalny zakres świadczenia. Nieważnością w powyższym wypadku musi być dotknięta cała umowa w rozumieniu art. 146 ust. 1 ustawy Pzp. Jednakże, zdaniem Izby, Zamawiający nie wykazał, iż zaistniała którakolwiek z przesłanek wskazanych w art. 146 ust. 1 ustawy Pzp skutkujących z mocy prawa nieważnością umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zarówno w odpowiedzi na protest, jak również na etapie postępowania odwoławczego Zamawiający nie odniósł podstawy prawnej i faktycznej swojej decyzji do wskazanych w ustawie przesłanek regulujących przypadki nieważności umowy zawartej w wyniku udzielenia zamówienia publicznego.

Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu posłużył się przypuszczeniem, iż „Skrócenie terminu realizacji umowy oznacza, że Wykonawca najprawdopodobniej nie będzie przez planowany czas realizacji inwestycji sprawował nadzoru (termin ten ulegnie skróceniu o 3 miesiące), co z pewnością nie jest rozwiązaniem korzystnym dla Zamawiającego”. W odniesieniu do powyższego należy wskazać, iż wada, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, musi istnieć w momencie podejmowania decyzji o unieważnieniu postępowania. Ze względu na charakter normy prawnej wyrażonej w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp decyzji o unieważnieniu postępowania Zamawiający nie może podjąć na podstawie domniemań i przypuszczeń, tym bardziej jeżeli istnieje realne prawdopodobieństwo, iż zamówienie będzie wykonane zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, co znajduje potwierdzenie w treści oświadczenia zawartego w ofercie Odwołującego. W powyższym zakresie Odwołujący w złożonej ofercie potwierdził, iż złożył ofertę na wykonanie przedmiotu zamówienia w zakresie określonym w SIWZ, oświadczył, iż zapoznał się ze SIWZ i uznał się za związanego określonymi w niej postanowieniami i zasadami postępowania, oraz jednocześnie zobowiązał się do wykonania przedmiotu zamówienia w terminach określonych w Tabeli opracowań projektowych. Ponadto w pkt 11 oferty Odwołujący złożył oświadczenie, że zapoznał się z Istotnymi dla stron postanowieniami umowy, określonymi w SIWZ i zobowiązał się w przypadku wyboru jego oferty, do zawarcia umowy zgodnej z niniejszą ofertą, na warunkach określonych w SIWZ oraz w miejscu i terminie wyznaczonym przez Zamawiającego. W tym zakresie nie sposób zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego, że oświadczenie złożone przez Odwołującego w ofercie dotyczy terminu obarczonego błędem, tj. krótszego terminu 60 miesięcy i w takim wypadku umowa byłaby wszakże zgodna z ofertą, lecz oferta jest niezgodna ze specyfikacją i ogłoszeniem. Zdaniem Izby zasadnicza sprzeczność nie zachodzi pomiędzy treścią oferty a treścią SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu, lecz jedynie pomiędzy poszczególnymi dokumentami stanowiącymi treść samej oferty (formularz ofertowy i załącznik nr 1 do oferty – Tabela opracowań ofertowych). Powoduje to, iż złożone w przez Odwołującego w treści formularza ofertowego oświadczenie stoi

w sprzeczności z załącznikiem nr 1 (Tabela opracowań projektowych) do ww. formularza, czym powoduje wewnętrzną sprzeczność samej oferty. Wszakże zawarte w treści formularza ofertowego oświadczenia odnoszą się bezpośrednio zarówno do treści SIWZ (w której na str. 6 zawarte zostały prawidłowe terminy) oraz do Tabeli opracowań projektowych (w której na str. 3 terminy zostały określone w sposób błędny).

Ponadto należy wskazać, iż analiza załączonej do oferty Odwołującego „Tabeli opracowań projektowych” – załącznik nr 1 wskazuje, iż sposób realizacji nadzoru autorskiego realizowany będzie w postaci określonej przez zamawiającego ilości wizyt na budowie (w ilości 20) przy wskazanej jednocześnie wartości jednostkowej za pobyt (900 PLN/pobyt). Analiza istotnych postanowień umowy wskazuje, iż wynagrodzenie za sprawowanie nadzoru autorskiego wraz z wykonywaniem opracowań zamiennych (art. 4 pkt 4.1 ppkt 3) zostało określone jako wartość maksymalna, co pozwala wysnuć wniosek, iż będzie ono rozliczane powykonawczo. Jedynie dla ceny za jeden pobyt projektanta jednej branży na budowie w ramach pełnienia nadzoru autorskiego zamawiający w art. 10 ust. 10.1. Istotnych postanowień umowy przewidział formę wynagrodzenia ryczałtowego. Tym samym i ilość pobytów i całkowite wynagrodzenie za sprawowanie nadzoru autorskiego, określone jako wartość maksymalna skutkuje tym, iż o zapłacie wynagrodzenia za pobyt projektanta (w ramach nadzoru autorskiego) przesądza faktyczne wykonanie czynności – i tylko w takim wypadku wykonawcy w tym zakresie przysługiwać będzie wynagrodzenie. Wynika to wprost z art. 15 ust. 15.4. Istotnych postanowień umowy, który stanowi, że: „W okresie pełnienia nadzoru Wykonawca będzie otrzymywał wynagrodzenie za dzień pobytu projektanta każdej branży – w wysokości ustalonej w Tabeli opracowań projektowych. Płatności będą dokonywane miesięcznie za faktycznie pełnione i wykazane nadzory zgodnie z wymaganiami Zamawiającego”. Powyższe przesądza o tym, iż w interesie wykonawcy będzie leżało wykonanie przewidzianych czynności (wbrew obawom Zamawiającego, że wykonawca nie będzie sprawował nadzoru autorskiego w okresie ostatnich 3 miesięcy), co w następstwie uprawniać będzie wykonawcę do żądania stosowanego wynagrodzenia. I nie ma w tym zakresie znaczenia przywołana przez Zamawiającego okoliczność, iż ilość pobytów na budowie w liczbie 20 dla projektanta każdej branży w ramach nadzoru autorskiego została zawarta celem zapewnienia porównywalności złożonych ofert (str. 3 załącznika nr 1 do oferty, str. 29 specyfikacji; specyfikacje techniczne, wymagania ogólne, str. 19 pkt 7.3 – płatność za nadzór autorski), gdyż kwestia ta nie ma wpływu na zakres terminowy świadczenia. Ww. okoliczności wskazują, iż w interesie wykonawcy będzie leżało wykonanie żądanej przez Zamawiającego liczby czynności, gdyż tylko wtedy przysługiwać mu będzie wynagrodzenie, zaś sam fakt przedłużenia lub skrócenia

terminu realizacji nadzoru autorskiego nie ma wpływu na wysokość należnego wykonawcy wynagrodzenia.

Izba nie zaaprobowała ponadto stanowiska Zamawiającego, iż termin realizacji nadzoru autorskiego oraz projektowych opracowań zamiennych jest elementem istotnym umowy. Zasadniczym elementem przedmiotu zamówienia jest wykonanie dokumentacji projektowej (I etap), zaś opracowanie odpowiedzi i modyfikacja opracowań projektowych na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (II etap) oraz pełnienie nadzoru autorskiego oraz wykonanie projektowych opracowań zamiennych (III etap) są elementami subsydiarnymi do zasadniczego przedmiotu, mają niewielkie znaczenie wartościowe (nie przekraczają 10% wartości całkowitej określonej w ofercie Odwołującego) i jednocześnie ich realizacja jest uzależniona od okoliczności zewnętrznych, nierzadko niezależnych od Zamawiającego. Tym samym omyłka polegająca na skróceniu terminu realizacji czynności polegających na pełnieniu nadzoru autorskiego oraz wykonaniu projektowych opracowań zamiennych (III etap) o okres 3 miesięcy kalendarzowych nie stanowi istotnego elementu treści oferty w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Zamawiający podnosił, iż wyjaśnianie lub poprawienie omyłki załącznika nr 1 do oferty byłoby *de facto* negocjowanie treści przyszłej umowy. Izba wskazuje, iż art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp dopuszcza wprost taką możliwość, jeżeli przedmiotem tej czynności jest omyłka nie powodująca istotnych zmian treści oferty i wykonawca nie złoży w tym zakresie sprzeciwu w ciągu 3 dni od zawiadomienia o powyższej czynności. Ze względu na fakt, że niezawiniona przez Odwołującego rozbieżność treści „Tabeli opracowań projektowych” z ogłoszeniem o zamówieniu i SIWZ, a w konsekwencji z treścią samego formularza ofertowego posiada marginalne znaczenie w odniesieniu do całego świadczenia powinna zostać przez Zamawiającego poprawiona w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Tym samym, gdyby nawet uznać, iż ww. rozbieżność stanowi wadę postępowania, odpadła w odniesieniu do niej jedna z wyprowadzonych w drodze wykładni z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp przesłanek – przesłanka nieusuwalności tejże wady. Dopiero w przypadku nie wyrażenia przez Odwołującego (Konsorcjum: WYG International Sp. z o.o. oraz WYG Engineering Limited) zgody na dokonanie takiej poprawki, mającej za swój przedmiot treść jednego z elementów oferty, mogłoby to poskutkować, w związku z treścią art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, odrzuceniem oferty tego wykonawcy i dopiero w konsekwencji braku zgody unieważnieniem postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Zamawiający jednakże nie dokonał czynności, do której był zobligowany na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp pomimo faktu, iż był świadom tego, że istnieje niezgodność pomiędzy treścią załącznika nr 1 do oferty i treścią SIWZ, której źródłem jest błąd Zamawiającego -

niezawiniony przez Odwołującego. Wszakże przepis art. 87 ust. 2 ustawy Pzp nie zawiera wskazania, iż zastosowanie instytucji poprawiania w ofercie omyłek odnosi się jedynie do omyłek spowodowanych działaniem wykonawcy.

Jak słusznie podniósł Odwołujący w treści wniesionego odwołania określony przez Zamawiającego termin sprawowania nadzoru autorskiego może być zmodyfikowany, na co jednoznacznie wskazuje Rozdział 1 Instrukcji dla Wykonawców – pkt 6 (Termin realizacji przedmiotu zamówienia) – etap III, który wskazuje, że: „Sprawowanie nadzoru autorskiego wraz z wykonywaniem opracowań zamiennych w okresie realizacji przedsięwzięcia w okresie pomiędzy 16 a 63 miesiącem od dnia podpisania umowy z możliwością prolongaty terminu”. W zakresie interpretacji ww. zapisu SIWZ w odniesieniu do treści art. 144 ust. 1 ustawy Pzp należy przyznać rację Odwołującemu, gdyż takie sformułowanie zapisów SIWZ odnoszące się do terminu realizacji nadzoru autorskiego stanowi *de facto* wypełnienie podstawowego obowiązku wskazanego w art. 144 ust. 1 ustawy Pzp, tj. zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany. Choć zmiana ta nastąpi przed zawarciem umowy, jednakże ze względu na treść art. 140 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, dopuszczalny jest wniosek, że ustawodawca dopuszczając pod pewnymi warunkami (art. 144 ust. 1 ustawy Pzp) zmianę już zawartej umowy, przy dochowaniu tych samych warunków, dopuścił zmianę umowy w odniesieniu do treści oferty wykonawcy – jednakże (w tym wypadku) jeszcze przed jej zawarciem. W zakresie drugiej przesłanki z art. 144 ust. 1 ustawy Pzp (obowiązku określenia warunków takiej zmiany) sama rozbieżność dokumentacji postępowania (treści SIWZ, ogłoszenia o zamówienia i załączników do SIWZ) warunkuje niejako w sposób wystarczająco zobiektywizowany okoliczności tejsze zmiany. Powyższa przesłanka ma bowiem gwarantować zachowanie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp i poprzez obiektywne określenie warunków zmiany umowy umożliwić wykonawcom, już na etapie analizy dokumentacji postępowania, możliwość przewidzenia losów przyszłego kontraktu. Niewątpliwie rozbieżność treści dokumentacji postępowania (ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ i załączników do niej) stanowi, w rozumieniu art. 144 ust. 1 w zw. Z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, zobiektywizowany warunek gwarantujący wykonawcom zachowanie uczciwej konkurencji i ich równego traktowania. Każdy podmiot po analizie dokumentacji przedmiotowego postępowania jest w stanie ustalić, iż dokumentacja zawiera wewnętrzną sprzeczność, która winna zostać wyeliminowana w dopuszczalnym przez ustawę Pzp trybie. Tym samym umowa winna ulec zmianie, gdyż jako warunek takiej zmiany należy uznać niezgodność treści dokumentów wchodzących w skład oferty z treścią SIWZ, która jest wynikiem niezawinionego błędu Zamawiającego popełnionego na etapie tworzenia dokumentacji postępowania.

Izba w oparciu o dokumentację postępowania uznała za nieuzasadniony argument Zamawiającego podniesiony w rozstrzygnięciu protestu (pismo z dnia 01.02.2010 r.), z którego wynika, iż ze względu na wymagania dotyczące wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy nie będzie można żądać zabezpieczenia na okres wymagany specyfikacją, lecz jedynie na wynikający z oferty okres 60 miesięcy. W Istotnych postanowieniach umowy (Tom II, Rozdział IV SIWZ) w art. 13 ust. 13.1. pkt 3 zostało wskazane, iż Strony ustalają, że zabezpieczenie będzie zwracane proporcjonalnie w terminie 30 dni od daty wykonania usługi, tj. zakończenia ostatniego z okresów gwarancyjnych na wykonane roboty budowlane – stosownie do wysokości wynagrodzenia określonego w art. 4 ust. 1 pkt 3 (odnoszącego się do sprawowania nadzoru autorskiego wraz z wykonywaniem opracowań zamiennych – etap III). Tym samym należy wskazać, iż okres funkcjonowania zabezpieczenia należytego wykonania umowy jest ściśle związany z prawem otrzymania jego zwrotu przez wykonawcę, a zatem zdarzenie determinujące zwrot części zabezpieczenia w odniesieniu do czynności sprawowania nadzoru autorskiego wraz z wykonywaniem opracowań zamiennych (etap III) nie jest uzależnione od terminu realizacji tychże czynności, lecz upływu ostatniego z okresów gwarancyjnych na wykonane roboty budowlane (art. 13 ust. 1 pkt 3 Istotnych postanowień umowy). W tym zakresie Izba ustaliła, iż terminu realizacji nadzoru autorskiego i wykonania projektowych opracowań zamiennych nie ma wpływu na ciągłość zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

W zakresie zawartego w odwołaniu wniosku, którego przedmiotem jest żądanie zawarcia umowy o zamówienie publiczne Izba wskazuje, iż stosownie do treści art. 191 ust. 5 ustawy Pzp nie może nakazać zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego i pozostawia żądanie Odwołującego w powyższym zakresie bez rozpoznania.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba nie znalazła podstaw do uznania, iż zasadne było unieważnienie przedmiotowego postępowania. W związku z powyższym, na podstawie art. 191 ust. 1 i ust. 1a ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania. O kosztach wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego Izby orzekł na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b 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. z 2007 r., Nr 128, poz. 886 z późn. zm.), uznając za uzasadnione koszty w kwocie 3.600,00 zł, tj. maksymalna kwota dopuszczona przez w/w rozporządzenie.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Rzeszowie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....