

Sygn. akt: KIO 444/12

WYROK
z dnia 15 marca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska - Romek

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 marca 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 marca 2012 r. przez wykonawcę **Pleneria Sp. z o.o. Sp.K. , 05 – 200 Wołomin, ul. Głowackiego 45** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Janowiec, 24 – 123 Janowiec, ul. Radomska 2.**

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz nakazuje unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego i nakazuje dokonanie ponownego badania i oceny ofert.**
- 2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego Gminę Janowiec, 24 – 123 Janowiec, ul. Radomska 2, i:**
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Pleneria Sp. z o.o. Sp.K. , 05 – 200 Wołomin, ul. Głowackiego 45, tytułem wpisu od odwołania,**
 - 2.2 zasądza od zamawiającego Gminy Janowiec, 24 – 123 Janowiec, ul. Radomska 2 na rzecz wykonawcy Pleneria Sp. z o.o. Sp.K. , 05 – 200 Wołomin, ul. Głowackiego 45 kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Lublinie.**

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Janowiec, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest kompleksowe zagospodarowanie turystyczne zbiornika wodnego Janowice w formule „zaprojektuj i wybuduj”.

Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 5 lutego 2012 roku, pod nr 34376. Postępowanie prowadzone jest na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej ustawą pzp.

Pismem z dnia 5 marca 2012 roku, odwołujący – Pleneria Sp. z o.o. Sp. k. wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, w którym zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy pzp przez odrzucenie oferty odwołującego z powodu błędów w obliczeniu ceny, mimo, że oferta takich błędów nie zawierała,
2. art. 7 ust. 3 ustawy pzp przez odrzucenie oferty odwołującego niezgodnie z przepisami ustawy pzp oraz innymi przepisami wymienionymi w treści uzasadnienia.

Odwołujący, wskazując na interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz szkodę jaką może ponieść w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy pzp, podniósł, że postępowanie prowadzone jest w systemie „zaprojektuj i wybuduj”, a tego typu zamówienia wymuszają przez swój charakter (brak dokumentacji projektowej, brak przedmiarów, kosztorysów itp.) zastosowanie wynagrodzenia ryczałtowego. Na okoliczność, że wynagrodzenie w tym zamówieniu ma charakter ryczałtowy odwołujący przywołał treść postanowień pkt XII.4 siwz oraz § 3 ust. 11 i ust. 13 a także § 22 ust. 4 wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 10 do siwz.

Zdaniem odwołującego „Zbiorcze zestawienie kosztów” nie stanowi, wbrew twierdzeniom zamawiającego treści oferty, ale jest dokumentem służącym wyłącznie w celach informacyjnych i poglądowych, na co wskazuje sam zamawiający w treści „uwagi” zamieszczonej pod tabelą zbiorczego zestawienia kosztów („wyróżnione elementy w podpunktach służą do rozliczenia projektu z parterem”). Na poparcie swojego stanowiska co do konsekwencji związanych z zastosowaniem przez zamawiającego wynagrodzenia ryczałtowego odwołujący powołał się na wyroki Krajowej Izby Odwoławczej.

W ocenie odwołującego postępował on ściśle wg zaleceń zamawiającego, w tym zalecenia ujętego w „uwadze” zamieszczonego pod tabelą „zbiorczego zestawienia kosztów”, gdzie zamawiający wskazał, że „przy wycenie danej branży należy brać pod uwagę cały zakres wynikający z PFU. W związku z faktem, iż projekt jest realizowany z partnerem (Powiatem

Puławskim) dodatkowo w poszczególnych branżach należy wycenić część robót określonych w podpunktach. Wymienione elementy w podpunktach nie muszą wyczerpywać całego zakresu danej branży. Odwołujący wycenił rzetelnie wszystkie branże z rozbiem na podpunkty, według niego części robót wymienione w podpunktach nie wyczerpywały zakresu poszczególnych branż, dlatego wartości dla branż nie są sumą robót częściowych wymienionych w podpunktach. Wynagrodzenie ryczałtowe powoduje, że ryzyko pominięcia części robót spoczywa na wykonawcy, więc w interesie wykonawcy jest, aby cena oferty obejmowała cały zakres prac a zamawiający nie może tego prawa ograniczać, szczególnie w formule „projektuj i wybuduj”, gdzie szczegółowy zakres prac zostanie ustalony po udzieleniu zamówienia (wyrok KIO o sygn. KIO 2723/11). Podniósł także, że suma wartości poszczególnych branż oraz dokumentacji projektowej powiększona o podatek VAT stanowi cenę oferty, nie ma zatem mowy o jakimkolwiek błędzie w obliczeniu ceny. Skoro wszyscy wykonawcy, którzy złożyli oferty w takim sam sposób dokonali wyceny, to schemat działania zamawiającego, który odrzucił wszystkie oferty jest błędny. Powstałe wątpliwości interpretacyjne nie mogą obciążać wykonawców, bowiem zadaniem zamawiającego jest jednoznaczne i nie budzące wątpliwości opisanie przedmiotu zamówienia i sposób obliczenia ceny oferty. Potwierdza to jednolite orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, które przytoczył odwołujący w treści odwołania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego,
2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
3. unieważnienia czynności unieważnienia postępowania, gdyż w efekcie przywrócenia oferty odwołującego przesłanka art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp przestaje istnieć.
4. wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Do postępowania wywołanego wniesieniem odwołania zgłosił swoje przystąpienie po stronie odwołującego Jan Dąbrowski, prowadzący działalność gospodarczą p.n. Przedsiębiorstwo Prywatne Jadex.

Na podstawie dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne oraz mając na uwadze stanowiska stron zgłoszone do protokołu rozprawy, Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest kompleksowe zagospodarowanie turystyczne zbiornika wodnego Janowice w formule „zaprojektuj i wybuduj”. W dziale XII specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Opis sposobu obliczenia ceny”, zamawiający podał, że: pkt 3. Cena oferty powinna obejmować cały przedmiot zamówienia.

pkt 4. Oferowana cena brutto będzie ceną ryczałtową.

pkt 5. Cena podana w ofercie powinna obejmować wszystkie koszty i składniki związane z wykonaniem zamówienia oraz warunkami stawianymi przez Zamawiającego.

pkt 6. Cenę oferty należy obliczyć zgodnie ze wzorem zawartym w formularzu ofertowym, stanowiącym załącznik nr 1 do niniejszej siwz, zaokrąglając ją do dwóch miejsc po przecinku,

pkt 7. Cenę oferty należy rozbić na cenę dokumentacji projektowej oraz cenę poszczególnych branży określonych w punktach zbiorczego zestawienia kosztów. Przy wycenie danej branży należy brać pod uwagę cały zakres wynikający z PFU. W związku z faktem, iż projekt jest realizowany z partnerem (Powiatem Puławskim), dodatkowo w poszczególnych branżach należy wycenić część robót określonych w podpunktach. Wymienione elementy w podpunktach nie muszą wyczerpywać całego zakresu danej branży. Wyróżnione elementy w podpunktach służą do rozliczenia projektu z partnerem.

Informację zawartą w pkt 7 działu XII siwz zamawiający umieścił także pod tabelą „Zbiorcze zestawienie kosztów” w poz. „uwaga”.

Zgodnie z § 22 ust. 3 wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 10 do siwz, kwota wynagrodzenia określona w ust. 2 obejmuje całkowite wykonanie przedmiotu umowy, zawiera wszystkie koszty całkowitego wykonania przedmiotu umowy, w tym koszty dokumentacji projektowej ze wszystkimi kosztami uzgodnień, opinii i ekspertyz, nadzoru autorskiego, kosztów robót budowlanych wraz z kosztami usunięcia wad lub/i usterek kosztów materiałów i urządzeń i ich zakupu oraz składowania, koszty obsługi geodezyjnej, koszty robót przygotowawczych, porządkowych, zabezpieczenia, uporządkowania terenu budowy itp.

W postępowaniu złożono 5 ofert z następującymi cenami:

1. Elektro – Bud Przemysław Gawda – cena 4 459 000 zł,
2. Max – Bud Rafał Wróbel – cena 3 079 000 zł,
3. Pleneria Sp.z o.o. Sp.k. – cena 2 968 077,35 zł,
4. Przedsiębiorstwo Budowlano – Montażowe Flisbud Stanisław Flis – cena 4 674 000 zł,
5. Przedsiębiorstwo Prywatne Jadex Jan Dąbrowski – cena 2 988 900 zł.

Zamawiający odrzucił oferty wszystkich wykonawców, wskazując jako podstawę art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy pzp i w konsekwencji unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp. W uzasadnieniu faktycznym odrzucenia oferty odwołującego, zamawiający podał, że oferta zawiera błąd w obliczeniu ceny polegający na tym, że kwoty podane w zbiorczym zestawieniu kosztów w poszczególnych podpunktach nie stanowią sumy podanej w punktach: 2 (branża remontowo – budowlana), 3 (branża elektryczno – sanitarna), 4

(branża drogowa) oraz 5 (branża architektura i zieleń). Zamawiający wskazał, że w opisie zaznaczył, iż przy wycenie danej branży należy brać pod uwagę cały zakres wynikający z Programu Funkcjonalno Użytkowego, gdyż elementy zawarte w podpunktach nie muszą wyczerpywać całego zakresu danej branży. Zamawiający wskazał, że obowiązkiem wykonawcy było dokonać analizy porównawczej zapisów PFU oraz wymienionych elementów zawartych w zestawieniu kosztów i stwierdzić, czy wymienione elementy wyczerpują bądź nie całą branżę. W przypadku branż z pkt 2, 3, 4, 5 elementy zawarte w ppkt zbiorczego zestawienia kosztów wyczerpują cały zakres tych branż, zatem kwota podana za te branże winna być sumą elementów określonych w ppkt danej branży.

Mając na uwadze ustalony stan faktyczny sprawy, Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący legitymuje się interesem, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy pzp, uprawniającym go do wniesienia odwołania. Oferta odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą cenowo, a zatem w przypadku uwzględnienia odwołania ma on szansę uzyskać przedmiotowe zamówienie.

Izba nie dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym, zgłaszającego przystąpienie po stronie odwołującego wykonawcę Jan Dąbrowski, prowadzącego działalność gospodarczą p.n. Przedsiębiorstwo Prywatne Jadex, z uwagi na brak wykazania interesu w zgłoszonym przystąpieniu na korzyść strony do której wykonawca przystąpił tj. na korzyść odwołującego. Zgłaszający przystąpienie złożył w postępowaniu ofertę konkurencyjną a zatem uwzględnienie odwołania nie spowoduje korzyści po jego stronie.

Niespornym między stronami jest, że wynagrodzenie w niniejszym postępowaniu ma charakter ryczałtowy w rozumieniu art. 632 § 1 k.c. i art. 88 ust. 1 pkt 3a ustawy pzp. W sytuacji zastosowania takiego rodzaju wynagrodzenia uznaje się, że prawidłowo podano cenę ryczałtową bez względu na sposób jej obliczenia. Przyjmujący zamówienie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac, co potwierdza orzecznictwo, m.in. wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 6.03.2001 sygn. akt I ACa 1147/2000.

W przypadku ryczałtowej formy wynagrodzenia zamawiający może zrezygnować z identyfikacji źródeł kosztów składających się na realizację poszczególnych robót i ograniczyć się jedynie do żądania od wykonawcy przedstawienia w formularzu oferty łącznej ceny za wykonanie wszystkich robót. Wówczas wykonawca będzie zobowiązany wykonać całość prac za stałą cenę, podaną w ofercie.

Przy tak ustalonym wynagrodzeniu wszelkie nie ujęte i nie wycenione prace muszą być wykonane przez wykonawcę, bez prawa do żądania podwyższenia ustalonego z góry wynagrodzenia. Stąd istotnym jest, aby wykonawcy dokonali kalkulacji własnej w sposób rzetelny i uwzględnili w niej całość robót niezbędnych do prawidłowego wykonania zamówienia, również roboty nie ujęte przez zamawiającego. W rozpatrywanym postępowaniu okoliczność ta jest szczególnie istotna z uwagi na to, że Program Funkcjonalno Użytkowy był jedynym dokumentem, na podstawie którego wykonawcy mieli dokonać wyceny całości przedmiotu zamówienia, obejmującego zarówno zaprojektowanie jak i wykonanie przedmiotu umowy.

W ocenie Izby podanie cen w poszczególnych podpunktach zbiorczego zestawienia kosztów miało jedynie charakter informacyjny i służyło do rozliczeń finansowych z partnerem, realizującym projekt – Powiatem Puławskim. Na taki cel zbiorczego zestawienia kosztów wskazał sam zamawiający wprost w treści „uwagi” znajdującej się pod tabelą, gdzie podano, że „w związku z faktem, iż projekt jest realizowany z partnerem (Powiatem Puławskim), dodatkowo w poszczególnych branżach należy wycenić część robót określonych w podpunktach (...).Wyróżnione elementy w podpunktach służą do rozliczenia projektu z partnerem”. W kontekście powyższego należy przyjąć, że zbiorcze zestawienie kosztów miało charakter pomocniczy i jakiegokolwiek niespójności czy błędy w obliczeniu ceny, wynikające z tego dokumentu nie mają wpływu na prawidłowość wyliczenia ceny oferty.

Izba wskazuje także, że brak w postanowieniach specyfikacji istotnych warunków zamówienia informacji, że wartości w poszczególnych podpunktach muszą sumować się na wartość poszczególnych branż podanych w punktach zbiorczego zestawienia kosztów, brak również informacji, że cenę oferty należy obliczyć przy pomocy czy w oparciu o zbiorcze zestawienie kosztów. Zamawiający wprost podał, że „przy wycenie danej branży należy brać pod uwagę cały zakres wynikający z PFU (...).Wymienione elementy w podpunktach nie muszą wyczerpywać całego zakresu danej branży”. Wobec takich postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, za uzasadnione należy przyjąć zwiększenie przez wykonawcę ceny ryczałtowej o koszty robót nie ujęte w jego ocenie w podpunktach zbiorczego zestawienia kosztów. Zakresy robót wymienione w podpunktach poszczególnych branż mają charakter ogólny i nie wyczerpują całego zakresu robót danej branży, na co wskazał w toku rozprawy odwołujący, wymieniając choćby roboty instalacyjne, które nie zostały ujęte a należy je wykonać w branży elektryczno- sanitarnej.

Izba orzeka wyłącznie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu, co powoduje, że podnoszony przez zamawiającego zarzut podania w ofercie ceny rażąco niskiej, jako nie objęty rozpatrywanym odwołaniem, nie może być przedmiotem rozpoznania w tym postępowaniu odwoławczym.

Z uwagi na stwierdzenie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy pzp przez niezgodne z przepisami odrzucenie oferty odwołującego, a w konsekwencji naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp przez nieuzasadnione unieważnienie postępowania o zamówienie publiczne, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy pzp, uwzględniła odwołanie i nakazała unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz nakazała dokonanie ponownego badania i oceny ofert.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 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).

Przewodniczący:

.....