

WYROK
z dnia 19 grudnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 grudnia 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 grudnia 2011 r. przez wykonawcę **ASSECO POLAND S.A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów** w postępowaniu prowadzonym przez **Komunikacyjny Związek Komunalny Górnośląskiego Okręgu Przemysłowego, ul. Barbary 21a, 40-053 Katowice,**

przy udziale wykonawcy **R&G PLUS Sp. z o.o., ul. Traugutta 7, 39-300 Mielec** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego i wnoszącego sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności z dnia 28 listopada polegającej na poprawieniu oczywistej omyłki rachunkowej w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy pzp oraz nakazuje dokonanie ponownego badania i oceny ofert, z udziałem oferty odwołującego.

2. kosztami postępowania obciąża R&G PLUS Sp. z o.o., ul. Traugutta 7, 39-300 Mielec i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez ASSECO POLAND S.A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów tytułem wpisu od odwołania,**
- 2.2. zasądza od R&G PLUS Sp. z o.o., ul. Traugutta 7, 39-300 Mielec na rzecz ASSECO POLAND S.A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty**

postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,

- 2.3. zasądza od **R&G PLUS Sp. z o.o., ul. Traugutta 7, 39-300 Mielec** na rzecz **Komunikacyjny Związek Komunalny Górnośląskiego Okręgu Przemysłowego, ul. Barbary 21a, 40-053 Katowice** kwotę **115 zł 50 gr** (słownie: sto piętnaście złotych, pięćdziesiąt groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu dojazdu na posiedzenie.

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 Katowicach.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Komunikacyjny Związek Komunalny Górnośląskiego Okręgu Przemysłowego prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na zaprojektowanie, dostawę, wdrożenie i utrzymanie systemu dynamicznej informacji pasażerskiej oraz dostawę profesjonalnego narzędzia informatycznego wspierającego modelowanie i analizowanie ruchu.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2011/S 118-194782 w dniu 22 czerwca 2011 roku.

Postępowanie prowadzone jest w oparciu o przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.).

Odwołujący – Asseco Poland S.A. wniósł w dniu 8 grudnia 2011 roku odwołanie na czynność zamawiającego z dnia 28 listopada 2011 roku polegającą na poprawieniu w trybie art. 87 ust.2 pkt 2 ustawy pzp oferty odwołującego, przez dodanie do ceny oferty wyszczególnionej w formularzu ofertowym kwoty 159.900,00 zł brutto co spowodowało zwiększenie ceny oferty odwołującego, która winna była wynosić 7.159.510,20 zł zamiast pierwotnie wskazanej w ofercie kwoty 6.999.610,20 zł. W ocenie odwołującego czynność zamawiającego była nieuprawniona, bowiem z treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia wynika, że cena jest ceną ryczałtową i jako taka nie podlega zmianom, o których mowa w art.87 ust. 2 ustawy pzp.

Odwołujący podniósł naruszenie art. 7 ust. 1 w związku z art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp przez dokonanie bezzasadnej oraz nieuprawnionej zmiany treści oferty odwołującego i w konsekwencji wniósł o:

1. unieważnienie dokonanej w dniu 28 listopada 2011 r. czynności zmiany treści oferty odwołującego;
2. przyjęcie do oceny w przyjętych kryteriach oceny ofert kwoty 6.999.610,20 zł brutto stanowiącej całkowity koszt wykonania zamówienia, wynikającej z treści oferty Odwołującego, formularza ofertowego.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca R&G PLUS Sp. z o.o., wnosząc o oddalenie odwołania. W dniu 13 grudnia 2011 roku zamawiający poinformował o uwzględnieniu odwołania.

Na wezwanie Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 grudnia 2011 roku, zgłaszający przystąpienie R&G PLUS Sp. z o.o. wniósł sprzeciw od uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów zawartych w odwołaniu, domagając się oddalenia odwołania.

W piśmie procesowym z dnia 19 grudnia 2011 roku, złożonym w toku rozprawy, zgłaszający sprzeciw podniósł, że w jego ocenie nie można zgodzić się ze stanowiskiem, że w przedmiotowym postępowaniu mamy do czynienia z ceną ryczałtową, która nie może podlegać poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 ustawy pzp. Zgłaszający sprzeciw podkreślił, że załącznikiem do formularza ofertowego był załącznik nr 2A – formularz cenowy, w którego treści należało wycenić wszystkie usługi i dostawy, których zrealizowanie jest niezbędne do kompletnego wykonania umowy. Jedną z pozycji była wycena usługi wykonania dokumentacji, którą odwołujący wycenił na kwotę 159 900 zł, jednak nie uwzględnił tej kwoty w formularzu cenowym. Tymczasem z postanowień pkt 14.1 siwz wynika, że za cenę ofert przyjmuje się łączną wartość brutto (z podatkiem VAT) wykonania przedmiotu zamówienia. Zdaniem zgłaszającego sprzeciw w tym przypadku mamy do czynienia z ceną kosztorysową, gdyż wykonawcy byli zobowiązani do wskazania poszczególnych czynników cenotwórczych. Zamawiający nie może mieć pewności, mimo wyjaśnień odwołującego, że nie ujęty w cenie oferty element zostanie wykonany w cenie faktycznie wskazanej w formularzu. Nawet, gdyby przyjąć, że cena ma charakter ryczałtowy, to, zdaniem zgłaszającego sprzeciw, nie oznacza to automatycznie, że zamawiający nie ma prawa dokonania sprawdzenia, czy została ona skalkulowana w sposób uwzględniający wykonanie całego zamówienia. Na poparcie swojego stanowiska powołał orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej. Zgłaszający sprzeciw wniósł o:

1. uwzględnienie sprzeciwu,
2. oddalenie odwołania w całości,
3. nakazanie zamawiającemu uznania, że cena oferty odwołującego nie obejmuje całości zakresu zamówienia i powinna zostać poprawiona w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp albo dorzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 lub 6 ustawy pzp

Podczas rozprawy strony i uczestnik postępowania podtrzymały swoje dotychczasowe stanowiska.

W oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego oraz mając na uwadze stanowiska stron i uczestnika postępowania zgłoszone do protokołu rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie, Izba stwierdziła, że odwołujący, jako podmiot ubiegający się o udzielenie przedmiotowego zamówienia, legitymuje się interesem, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy pzp, uprawniającym go do złożenia odwołania.

Zamawiający wskazał w pkt 3.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej siwz), że szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawiera załącznik nr 1 do siwz oraz załącznik nr 2A do siwz.

W pkt 12.10 zamawiający wymagał, aby oferta zawierała m.in.: wypełniony formularz ofertowy (załącznik 2 do siwz) oraz wypełniony formularz cenowy (załącznik nr 2A).

Z kolei w pkt 14. zamawiający podał Opis sposobu obliczenia ceny, wskazując, że za cenę oferty przyjmuje się łączną wartość brutto (z podatkiem VAT) wykonania przedmiotu zamówienia, tj. zaprojektowanie, dostawę, wdrożenie i utrzymanie systemu dynamicznej informacji pasażerskiej oraz dostawę profesjonalnego narzędzia informatycznego wspierającego modelowanie i analizowanie ruchu. (pkt 14.1). Zaoferowana cena musi uwzględniać koszty wykonania wszelkich prac i czynności związanych z realizacją zamówienia, świadczonego przez okres i na warunkach określonych w ofercie wykonawcy. (pkt 14.2)

W formularzu cenowym, stanowiącym załącznik nr 2A do siwz, odwołujący Asseco Poland podał ceny (netto, brutto, VAT) dla poszczególnych prac, objętych dziesięcioma zadaniami. W ostatniej pozycji „cena oferty: Łączna wartość wykonania dokumentacji, wdrożenia, utrzymania i serwisowania systemu wykonawca podał cenę 6.999.610, 20 zł. Taką samą cenę odwołujący podał na formularzu oferty.

W ocenie Izby, zaproponowana cena oferty w wysokości 6.999.610,20 zł obejmuje wykonanie całości przedmiotu zamówienia, w tym wykonanie dokumentacji, wdrożenia, utrzymania i serwisowania systemu. Okoliczność ta wynika wprost ze złożonego przez odwołującego oświadczenia zarówno na formularzu cenowym (ostatnia pozycja formularza), jak i na formularzu oferty, gdzie odwołujący oświadczył, że w cenie oferty zostały uwzględnione wszystkie koszty wykonania zamówienia.

Izba podkreśla, że formularz cenowy, będący załącznikiem 2A do siwz, nie służył do wyliczenia ceny oferty. W postanowieniach siwz dotyczących sposobu obliczenia ceny oferty

brak wskazania, że cenę oferty należy obliczyć przez zsumowanie wszystkich cen jednostkowych prac ujętych w formularzu cenowym. Wobec braku takiego wskazania, zasadnym jest pogląd, że cena całkowita oferty nie musiała być wyliczona w oparciu czy przy użyciu załącznika 2A a zatem nie musiała być sumą cen poszczególnych zadań wymienionych w formularzu cenowym. W kontekście powyższego nieuzasadnione jest twierdzenie, że brak zsumowania jednej z pozycji załącznika nr 2A tj. „wykonanie Dokumentacji (opisanej w Szczegółowym Opisie Przedmiotu Zamówienia w pkt 3.6 i 3.7 będącym załącznikiem nr 1 do siwz)” jest omyłką rachunkową w obliczeniu ceny podlegającą poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy pzp.

Z cytowanego wyżej pkt 3.2 siwz wynika, że formularz cenowy służył raczej do opisu przedmiotu zamówienia niż do sposobu obliczenia ceny oferty. Podanie cen jednostkowych poszczególnych zadań miało jedynie charakter poglądowy.

Formularz cenowy nie stanowił także podstawy do rozliczenia umowy, poszczególnych prac wykonywanych w toku realizacji zamówienia, nie stanowił o zobowiązaniu wykonawcy. Wykonawca zaoferował wykonanie całości zamówienia za cenę podaną w formularzu ofertowym (załącznik nr 1) a nie za cenę, będącą sumą cen dla poszczególnych prac wymienionych w formularzu cenowym.

Niezależnie od powyższego, w ocenie Izby, mimo, że w treści siwz jak i wzoru umowy, nie wskazano wprost, że wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy, to jednak z całości sformułowań ujętych w siwz jak i we wzorze umowy wynika, że ustalone wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy w rozumieniu art. 632 § 1 K.c. W takiej sytuacji znajdzie zastosowanie dyspozycja art. 88 ust. 1 pkt 3 a ustawy pzp, zgodnie z którą uznaje się, że prawidłowo podano cenę ryczałtową bez względu na sposób jej obliczenia.

Przyjmujący zamówienie nie będzie mógł 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 wszystkich źródeł kosztów składających się na realizację poszczególnych prac i ograniczyć się do żądania od wykonawcy przedstawienia w formularzu oferty łącznej ceny za wykonanie wszystkich robót określonych w opisie przedmiotu zamówienia. Wówczas wykonawca zobowiązany jest wykonać całość prac za stałą cenę, podaną w ofercie.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 2 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: