

WYROK

z dnia 24 marca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:

Katarzyna Brzeska

Protokolant:

Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 marca 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 9 marca 2014 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: WANT Sp. z o.o. z siedzibą w Tczewie oraz K. N. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Budowlano-Uslugowo – Handlowe i B. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Budowlane, prowadzących działalność w formie spółki cywilnej** w postępowaniu prowadzonym przez **Powiat Tczewski w Tczewie**

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie**
- 2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: WANT Sp. z o.o. z siedzibą w Tczewie oraz K. N. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Budowlano - Uslugowo – Handlowe i B. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Budowlane, prowadzących działalność w formie spółki cywilnej**
i:

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr.** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: WANT Sp. z o.o. z siedzibą w Tczewie oraz K. N. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Budowlano-Uslugowo – Handlowe i B. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Budowlane, prowadzących działalność w formie spółki cywilnej** tytułem wpisu od odwołania;

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 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 **Gdańsku**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Powiat Tczewski w Tczewie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie 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 również „ustawą Pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia na: *„Wykonanie robót budowlanych związanych z realizacją zadania inwestycyjnego pn. Przebudowa mostu tczewskiego – etap I”*.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w dniu 9 grudnia 2014 r. oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 11 grudnia 2014 r. pod numerem 2014/S 239-420045.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: WANT Sp. z o.o. z siedzibą w Tczewie oraz K. N. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Budowlano-Usługowo – Handlowe i B. D. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Budowlane, prowadzących działalność w formie spółki cywilnej (zwanych dalej: „Odwołującym”) w dniu 9 marca 2015 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożyli odwołanie wobec unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, z uwagi, iż oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą Zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu w odwołaniu naruszenie przepisów art. 7 ust. 1, 91, 92 ust. 1, 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, dokonania czynności badania i oceny ofert, dokonania czynności wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, przyznanie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

Unieważnienie postępowania stały się przedmiotem odwołania, wniesionego w dniu 9 marca 2015 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: WANT Sp. z o.o. z siedzibą w Tczewie oraz K. N. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Budowlano-Usługowo – Handlowe i B. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Budowlane, prowadzących działalność w formie spółki cywilnej.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ - jak również oświadczenia i stanowiska stron złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu.

Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał Zamawiającemu kopię niniejszego odwołania.

Izba ustaliła również, że wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 10 marca 2015 r.

Następnie Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania po stronie Zamawiającego nie zgłosił przystąpienia – w terminie przewidzianym w ustawie – żaden wykonawca.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest *wykonanie robót budowlanych w obiekcie zabytkowym wpisanym do rejestru zabytków, związanych z realizacją zadania inwestycyjnego pn. „Przebudowa Mostu Tczewskiego – etap I”. /Rozdział 2, pkt 2.1 Opisu przedmiotu zamówienia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, str. 4/*

Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (zwana dalej również „SIWZ”) zawierała, między innymi następujące postanowienia:

Rozdział 13 – Opis kryteriów i sposobu oceny ofert: ppkt 13.1 Przy wyborze najkorzystniejszej oferty Zamawiający będzie się kierował następującymi kryteriami:

- 1) Cena – 95%,
- 2) Gwarancja jakości i rękojmi za wady – 5%.

/Rozdział 13, pkt 13.1 Opisu kryteriów i sposobu oceny ofert Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, str. 26/

Wartość zamówienia została ustalona została na kwotę 24.345.365,97 zł netto (co stanowi 5.762.353,19 euro) w dniu 27 listopada 2014 r. na podstawie kosztorysu inwestorskiego opracowanego przez EUROPROJEKT GDAŃSK S. A.

/dokumentacja postępowania: pkt 2 Protokół z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, str. 1 protokołu/.

Bezpośrednio przed otwarciem ofert Zamawiający podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w wysokości 27.545.337,00 zł brutto. Otwarcie ofert odbyło się w dniu 11 lutego 2015 r. o godz. 10.15 w Starostwie Powiatowym w Tczewie.

/dokumentacja postępowania: pkt 5, ppkt 8 Protokół z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, str. 4 protokołu/.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że oferty w niniejszym postępowaniu złożyli następujący wykonawcy:

1. „INTOP Warszawa” Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – z ceną 34.747.825,00 zł, gwarancja jakości i rękojmi za wady w miesiącach – 96;
2. Przedsiębiorstwo Usług Technicznych „INTERCOR” Sp. z o.o. z siedzibą w Zawierciu – z ceną 35.178.175,77 zł, gwarancja jakości i rękojmi za wady w miesiącach – 72;
3. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: WANT Sp. z o.o. z siedzibą w Tczewie oraz K. N. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Budowlano-Usługowo – Handlowe i B. D. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Budowlane, prowadzących działalność w formie spółki cywilnej – z ceną 30.992.310,00 zł, gwarancja jakości i rękojmi za wady w miesiącach – 63;
4. Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „BANIMEX” Sp. z o.o. z siedzibą w Będzinie – z ceną 22.726.101,70 zł, gwarancja jakości i rękojmi za wady w miesiącach – 120;
5. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Vistal Gdynia S. A. z siedzibą w Gdyni oraz „MOST” Sp. z o.o. z siedzibą w Sopocie – z ceną 34.865.031,42 zł, gwarancja jakości i rękojmi za wady w miesiącach – 180.

/dokumentacja postępowania: pkt 5, ppkt 9 Protokół z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, str. 4 protokołu/.

Pismem z dnia 27 lutego 2015 r. Zamawiający odrzucił ofertę wykonawcy Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „BANIMEX” Sp. z o.o. z siedzibą w Będzinie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z pkt 6 ust. 1 ww. artykułu.

/dokumentacja postępowania: pismo z dnia 27 lutego 2015 r., powiadamiające o odrzuceniu oferty wykonawcy Przedsiębiorstwa Wielobranżowego „BANIMEX” Sp. z o.o. z siedzibą w Będzinie/.

Pismem z dnia 26 lutego 2015 r. Naczelnik Wydziału Inwestycji i Remontów Starostwa Powiatowego w Tczewie skierował do Wydziału Zamówień Publicznych informację, iż *„Zarząd Powiatu podjął decyzję o nie zwiększaniu kwoty przyjętej w budżecie na realizację tego zadania. W konsekwencji tej decyzji nie ma możliwości wyboru kolejnego Wykonawcy, ponieważ zadeklarowane przez niego wynagrodzenie przekracza wysokość kwoty przyjętej w budżecie na ten cel. (...)”*.

/dokumentacja postępowania: pismo z dnia 26 lutego 2015 r., powiadamiające o braku możliwości zwiększenia kwoty przyjętej w budżecie na realizację tego zadania/.

Pismem z dnia 27 lutego 2015 r. Zamawiający unieważnił niniejsze postępowanie, z uwagi, iż oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą Zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. W uzasadnieniu swojej decyzji Zamawiający wskazał, iż zgodnie z art. 86 ust. 3 ustawy Pzp bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podał kwotę, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w wysokości 27.545.337,00 zł brutto. W związku z koniecznością odrzucenia oferty wykonawcy - w trybie art. 89 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w powiązaniu z pkt 6 ustawy Pzp - który złożył ofertę z najniższą ceną oraz z uwagi na fakt, iż cena kolejnej oferty przewyższa kwotę, którą Zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia Zamawiający postanowił unieważnić postępowanie.

/dokumentacja postępowania: pismo z dnia 27 lutego 2015 r., powiadamiające Odwołującego o unieważnieniu postępowania/.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Izba - oceniając ww. zarzut Odwołującego dotyczący niezasadnego unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp - uznała, że powyższy zarzut nie znalazł potwierdzenia w niniejszym stanie faktycznym. Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron postępowania przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie jest niezasadne i nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba oceniając niniejszy zarzut - wzięła pod uwagę następujące okoliczności faktyczne i prawne:

W pierwszej kolejności zasadnym w tym miejscu jest przywołanie treści art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, zgodnie z którym Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty.

Zgodnie z art. 32 ust. 1 ustawy Pzp podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalone przez zamawiającego z należytą starannością.

Wartość zamówienia na roboty budowlane ustala się na podstawie kosztorysu inwestorskiego sporządzonego na etapie opracowania dokumentacji projektowej albo na podstawie planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym, jeżeli przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót budowlanych w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane. (art. 33 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp).

Ponadto zgodnie z art. 86 ust. 3 ustawy Pzp bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podaje kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

W niniejszym stanie faktycznym - cena zaproponowana przez Odwołującego w ofercie – spośród ofert nieodrzuconych przez Zamawiającego – przewyższa kwotę, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia o 3.446.973,00 zł.

W ocenie Izby – po przeanalizowaniu stanu faktycznego niniejszej sprawy – nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 91 ust. 1 oraz 92 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Co do zasady podstawą kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia jest wartość szacunkowa zamówienia powiększona o podatek VAT. Kwota odczytana bezpośrednio przed otwarciem ofert – w niniejszym stanie faktycznym to wartość 27.545.337,00 zł brutto – kwota wynikająca z szacowania wartości zamówienia powiększona o podatek VAT, zaś wartość szacunkowa zamówienia to kwota ustalona przez Zamawiającego z należytą starannością – w przypadku robót w oparciu o kosztorys inwestorski – obejmująca całkowite wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług (art. 32 ust. 1 ustawy Pzp).

Wobec powyższego Ustawodawca wyraźnie określił mechanizm szacowania i ustalania wartości zamówienia, a który to mechanizm nie obejmuje ustaleń na podstawie doniesień prasowych czy medialnych. Nie może być również podstawą szacowania wartości zamówienia stwierdzenie posła na posiedzeniu sejmiku z dnia 16 grudnia 2014 r., gdyż to Zamawiający poprzez osoby do tego powołane – w tym przypadku Powiat Tczewski – dokonuje czynności niezbędnych do przygotowania i przeprowadzenia postępowania, nie zaś inne osoby zaufania publicznego. Powyższe również potwierdził Zamawiający na rozprawie wskazując, iż kwota 32,5 mln podawana w mediach była kwotą pierwotnie przyjmowaną przed wszczęciem postępowania, jednak były to tylko wstępne założenia.

Jak wynika z dokumentacji postępowania – Zamawiający nie był w stanie zwiększyć finansowania na zadanie pn. Przebudowa Mostu Tczewskiego – etap I z pierwotnie przeznaczonych środków, gdyż nie posiadał tak wysokiego budżetu zaplanowanego na to zadanie. Powyższe potwierdzały złożone przez Odwołującego uchwały Rady Powiatu Tczewskiego jak również pismo z dnia 26 lutego 2015 r. dotyczące ww. inwestycji.

Nie ulega wątpliwości, że decyzja o ewentualnym zwiększeniu kwoty na sfinansowanie zamówienia jest suwerenną decyzją Zamawiającego i nie można jej Zamawiającemu narzucić, skoro nie może on – jak wynika to ze złożonych dowodów - zwiększyć tej kwoty do ceny najkorzystniejszej oferty.

Odnosząc się do argumentacji dotyczącej – według Odwołującego – zaniżenia kwoty jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia przez przeznaczenie na niniejszą inwestycję kwoty poniżej 32,5 mln rzeczywistej wartości oczekiwanego zamówienia, to zwrócić należy uwagę, że Zamawiający dla niniejszej inwestycji na otwarciu ofert podał kwotę: 27.545.337,00 zł brutto, tj. kwotę jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, co wynika wprost z protokołu postępowania.

Zatem – w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej – co wynika ze złożonych dowodów – w niniejszym stanie faktycznym Zamawiający nie był w stanie zwiększyć finansowania na ww. zadanie, gdyż nie posiadał tak wysokiego budżetu zaplanowanego na to zadanie. Powyższe potwierdzało złożone przez Zamawiającego dowody – uchwały Rady Powiatu Tczewskiego z dnia 27 stycznia 2015 r., 24 lutego 2015 r.

Ponadto nie można również zgodzić się z Odwołującym, że decyzja Zamawiającego z dnia 27 lutego 2015 r. o unieważnieniu postępowania nie zawiera uzasadnienia faktycznego

oraz prawnego, gdyż w uzasadnieniu tym wyraźnie wskazano, że unieważnienia dokonano na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, a w związku z koniecznością odrzucenia oferty wykonawcy, który złożył ofertę z najniższą ceną oraz z uwagi na fakt, iż cena kolejnej oferty przewyższa kwotę, którą Zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia Zamawiający postanowił unieważnić postępowanie.

Wobec tak zaistniałego stanu faktycznego Krajowa Izba Odwoławcza nie znalazła podstaw do uwzględnienia niniejszego odwołania.

W konsekwencji mając na względzie okoliczności niniejszej sprawy, orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, z uwzględnieniem przepisów 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).

Zgodnie z § 3 ust. 1 pkt 2 a) i b) ww. rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego, zwanych dalej kosztami zalicza się uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego, a w okolicznościach, o których mowa w § 5 ust. 1 pkt 3 lit b lub § 5 ust. 3 pkt 2, koszty uczestnika postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego oraz wniósł sprzeciw, w wysokości określonej na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy, obejmujące w szczególności: koszty związane z dojazdem na wyznaczoną rozprawę lub rozprawy (posiedzenie lub posiedzenia) Izby, wynagrodzenie pełnomocników, jednak nie wyższe niż kwota 3 600 zł.

Zatem nie uwzględniono wniosku Zamawiającego o zasądzenie kosztów postępowania, to jest m. in. wynagrodzenia pełnomocnika, na podstawie samego tylko oświadczenia złożonego ustnie do protokołu, gdyż ustawodawca w przepisach dotyczących postępowania odwoławczego (t.j. w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania) nie przyjął, tak jak to byłoby na gruncie kpc (art. 109 kpc, postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 15 lutego 2002r., w spr. II CK 134/02), zasad przyznawania kosztów na podstawie oświadczenia, wymagając udokumentowania poniesienia odpowiednich, uzasadnionych kosztów rachunkiem składanym do akt sprawy.

Pojęcie rachunku definiują przepisy art. 87 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. *Ordynacja podatkowa* (tekst jedn. Dz. U. z 2005r. Nr 8 Poz. 60 z późn. zm.) oraz Rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 22 sierpnia 2005 r. w sprawie naliczania odsetek za zwłokę oraz opłaty prolongacyjnej, a także zakresu informacji, które muszą być zawarte w rachunkach (Dz. U. z 2005 Nr 165 poz. 1373 z późn. zm.). Skoro zatem takiego rachunku nie złożono – wskazane wynagrodzenie pełnomocnika Zamawiającego nie mogło zostać zasądzone. (podobnie wyrok KIO z dnia 15 kwietnia 2014 r., sygn. akt KIO 684/14).

Przewodniczący:

.....