

Sygn. akt: KIO/UZP 944/09

WYROK
z dnia 30 lipca 2009r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek

Członkowie: Renata Tubisz
Barbara Bettman

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 lipca 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Wola Info S.A., 02-667 Warszawa, ul Cybernetyki 7** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Centrala Narodowego Funduszu Zdrowia, 02-390 Warszawa, ul. Grójecka 186** protestu z dnia 23 czerwca 2009 r.

orzeka:

1. uwzględni odwołanie, nakazuje unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, nakazuje ponowne badanie i ocenę ofert oraz dokonanie poprawy omyłek w kosztorysie ofertowym w sposób wskazany w treści orzeczenia KIO/UZP410/09 oraz w treści niniejszego orzeczenia.

2. kosztami postępowania obciąża **Centralę Narodowego Funduszu Zdrowia, 02-390 Warszawa, ul. Grójecka 186**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 2 287 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące dwieście osiemdziesiąt siedem złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Centralę Narodowego Funduszu Zdrowia, 02-390 Warszawa, ul. Grójecka 186,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 5 887 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy osiemset osiemdziesiąt siedem złotych zero groszy) przez **Centralę Narodowego Funduszu Zdrowia, 02-390 Warszawa, ul. Grójecka 186** na rzecz **Wola Info S.A., 02-667 Warszawa, ul. Cybernetyki 7** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać zwrotu kwoty 7 713 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy siedemset trzysta złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Wola Info S.A., 02-667 Warszawa, ul. Cybernetyki 7.**

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

Zamawiający - Narodowy Fundusz Zdrowia prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na przebudowę lokali użytkowych nr 13, 14, 15 w siedzibie NFZ przy ulicy Grójeckiej 186 w Warszawie oraz budowę łącznika na IV kondygnacji.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 2 grudnia 2008 roku pod poz. 345825 – 2008.

Wartość szacunkowa przedmiotowego zamówienia wynosi 2 431 257, 77 euro.

W dniu 23 czerwca 2009 roku, Odwołujący - Wola Info S.A. wniósł protest na czynność Zamawiającego polegającą na odrzuceniu oferty Odwołującego, wskazując na naruszenie:

1. art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy pzp przez niezgodne z zasadami kosztorysowania, postanowieniami SIWZ oraz rozstrzygnięciem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 kwietnia 2009 roku sygn. akt KIO/uZP 410/09, poprawienie omyłek w ofercie Wykonawcy,
2. art. 7 ust. 1 ustawy pzp w zakresie zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania stron, przez dokonanie poprawienia omyłek, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt. 3 wyłącznie w celu doprowadzenia z rażącym naruszeniem przepisów ustawy pzp do wyboru oferty Qumak - Sekom S.A., mimo że oferta Wykonawcy jest prawidłowa i najkorzystniejsza,
3. art. 182 ust. 2 pkt. 3 ustawy pzp przez poprawienie omyłek w ofercie Odwołującego, sprzeczne z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu, w wyniku uwzględnienia odwołania z dnia 9 kwietnia 2009 roku sygn. akt KIO/UZP 410/09,
4. art. 184 ust. 6 ustawy pzp w związku z art. 230 k.p.c., w zakresie w jakim Zamawiający zaprzeczył ustalonym przez KIO faktom, dokonując poprawek w ofercie Wykonawcy w dniu 27 kwietnia 2009 roku,
5. art. 194 ust. 1 ustawy pzp przez jego niezastosowanie, w zakresie w jakim Zamawiający nie wniósł skargi na wyrok KIO z dnia 9 kwietnia 2009 roku, dokonując jednak czynności w sposób niezgodny z prawomocnym rozstrzygnięciem KIO,
6. art. 14 ustawy pzp w związku z art. 5 k.c. oraz art. 58 § 1 k.c. w zakresie naruszenia przepisów ustawy oraz zasad współżycia społecznego, w celu obejścia przez Zamawiającego przepisów art. 182 ust. 2 pkt. 3 ustawy, w ten sposób że, pomimo korzystnego dla Odwołującego rozstrzygnięcia w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej, Zamawiający dokonał nieprawidłowej poprawy omyłek w ofercie Wykonawcy, wyłącznie w celu wyboru oferty Qumak - Sekom S.A. jako najkorzystniejszej,
7. art. 14 ustawy pzp w związku z art. 70¹ § 4 k.c. w zakresie naruszenia przez Zamawiającego ogłoszonych postanowień SIWZ, poprzez dokonanie nieuprawnionej wykładni zapisów SIWZ, powodującej niedozwoloną zmianę postanowień SIWZ w zakresie możliwych metod sporządzenia kosztorysu ofertowego.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że w wyroku z dnia 9 kwietnia 2009 roku Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu poprawienie omyłek w ofercie Wykonawcy na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp, powodujących zmniejszenie ceny oferty Odwołującego o 4 149, 52 złote netto. Izba w wyroku z dnia 9 kwietnia wskazała sposób poprawienia omyłek, gdyż stanowiło to istotny element

rozstrzygnięcia a rozstrzygnięcie to jako ostateczne jest wiążące dla Zamawiającego. Orzeczenie Izby nie zostało zaskarżone, zatem Zamawiający nie mógł dokonać poprawek w sposób odmienny od określonego w wyroku KIO.

Odwołujący podniósł także, że w treści siwz nie określono jednoznacznych postanowień i precyzyjnego opisu sposobu obliczenia ceny oferty, wobec tego należy przyjąć, że wykonawcom pozostawiono swobodę wyboru jednej z możliwych metod kalkulacji szczegółowej kosztorysu ofertowego.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający nie na rozprawie w dniu 9 kwietnia nie zaprzeczył twierdzeniom Odwołującego, co oznacza, że przyznał i potwierdził sposób poprawy omyłek zaproponowany przez Odwołującego i wskazany w wyroku KIO.

Odwołujący wskazał, że wyraził zgodę na poprawienie jedynie następujących omyłek:

I. branża budowlana:

1. poz. nr 48, str. 242 oferty,
2. poz. nr 64, str. 246 oferty,
3. poz. nr 105, str. 258 oferty.

II. branża elektryczna:

1. poz. nr 48, str. 34 kosztorysu ofertowego,
2. poz. nr 104, str. 45 kosztorysu ofertowego,
3. poz. nr 156, str. 56 kosztorysu ofertowego,
4. poz. nr 213, str. 67 i 68 kosztorysu ofertowego

III. branża sanitarna:

1. poz. nr 78 str. 47 kosztorysu ofertowego,
2. poz. nr 80 str. 47 kosztorysu ofertowego,
3. poz. nr 82 str. 48 kosztorysu ofertowego.

W zakresie pozostałych omyłek Odwołujący nie zgodził się na ich poprawę w sposób wskazany przez Zamawiającego w piśmie z dnia 27 kwietnia 2009 roku.

Odwołujący wskazał na dwa rodzaje omyłek:

I. polegające na zastosowaniu brakującego współczynnika zmniejszającego 0,955:

1. poz. 142, str. 53 kosztorysu ofertowego – gdzie wartość robocizny z narzutami po poprawieniu omyłki wynosi 131, 95 zł, wartość pozycji - 22 067, 02 zł.
2. poz. 143, str. 53 kosztorysu ofertowego – gdzie wartość robocizny z narzutami po poranieniu omyłki wynosi 294, 88 zł, a wartość z narzutami pozycji - 13 354, 98 zł.
3. poz. 144, str. 53 i 54 kosztorysu ofertowego – gdzie wartość robocizny z narzutami po poprawieniu omyłki wynosi 294, 90 zł, wartość z narzutami pozycji - 773, 88 zł.

4. poz. 145, str. 54 kosztorysu ofertowego – gdzie wartość robocizny z narzutami po poprawieniu omyłki wynosi 229, 75 zł, a wartość z narzutami pozycji - 882, 00 zł,
5. poz. 146 str. 54 kosztorysu ofertowego – gdzie wartość robocizny z narzutami po poprawieniu omyłki wynosi 131, 57 zł, a wartość z narzutami pozycji - 5 211, 80 zł.
6. poz. 147, str. 54 kosztorysu ofertowego – gdzie wartość robocizny z narzutami po poprawieniu omyłki wynosi – 131, 67 zł, wartość z narzutami pozycji - 82 194, 64 zł.
7. poz. 148, str. 54, 55 kosztorysu ofertowego – gdzie wartość robocizny z narzutami po poprawieniu omyłki wynosi 132, 77 zł, a wartość z narzutami pozycji - 9 291, 60 zł.
8. poz. 149, str. 55 kosztorysu ofertowego – gdzie wartość robocizny z narzutami po poprawieniu omyłki wynosi – 750, 78, a wartość z narzutami pozycji - 2 326, 20 zł,
9. poz. 157, str. 56 kosztorysu ofertowego – gdzie wartość robocizny z narzutami po poprawieniu omyłki wynosi 32, 00 zł, a wartość z narzutami pozycji - 32, 00 zł.
10. poz. 170, str. 59, 60 kosztorysu ofertowego – gdzie wartość robocizny z narzutami po poprawieniu omyłki wynosi – 78, 57 zł, wartość z narzutami pozycji - 19 322, 00 zł.

II. polegające na „ prawidłowym przeliczeniu wg parametrów kosztorysu”:

1. poz. 158, str. 56 kosztorysu ofertowego
2. poz. 159 str. 57 kosztorysu ofertowego
3. poz. 161, str. 57 kosztorysu ofertowego
4. poz. 163, str. 58 kosztorysu ofertowego
5. poz. 164, str. 58 kosztorysu ofertowego
6. poz. 165, str. 58 kosztorysu ofertowego
7. poz. 166, str. 58 kosztorysu ofertowego
8. poz. 167, str. 59 kosztorysu ofertowego
9. poz. 168, str. 59 kosztorysu ofertowego
10. poz. 169, str. 59 kosztorysu ofertowego

Zdaniem Odwołującego dokonana zmiana we wskazanych pozycjach została dokonana w sposób błędny, który nie został dopuszczony przez siwz.

Podsumowując Odwołujący wskazał, że w wyniku poprawek oferta Odwołującego winna ulec zmniejszeniu o kwotę 4 149, 52 zł.

W dniu 26 czerwca 2009 roku, na wezwanie Zamawiającego z dnia 24 czerwca 2009 roku Qumak - Sekom zgłosił swoje przystąpienie do postępowania protestacyjnego po stronie Zamawiającego, żądając oddalenia protestu.

Zamawiający poinformował w dniu 2 lipca 2009 roku o oddaleniu protestu, wskazując że w toku badania i oceny oferty poprawił inne zauważone omyłki, nie objęte treścią orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej, polegające na mnożeniu cen nakładów robocizny przez podane przez Zamawiającego w przedmiarze ilości. W ten sposób dostosował ofertę Odwołującego do wymagań siwz.

Odwołujący w dniu 7 lipca 2009 roku, wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, podtrzymując zarzuty i argumentację zawartą w proteście i wniósł o:

1. unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego w związku z niewyrażeniem zgody na dokonanie poprawienia omyłek w ofercie w jego ofercie w sposób zaproponowany przez Zamawiającego, a w konsekwencji unieważnienie czynności poprawienia omyłek w ofercie Wykonawcy, dokonanych w dniu 27 kwietnia 2009 roku
2. dokonanie powtórzenia czynności oceny ofert,
3. poprawienie omyłek w ofercie Wykonawcy zgodnie z rozstrzygnięciem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 kwietnia 2009 roku, sygn. akt KIOIUZP 410/09 oraz treścią niniejszego odwołania,
4. dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej i zgodnej z treścią SIWZ,
5. obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania według norm przepisanych.

Na podstawie dokumentacji postępowania oraz ofert złożonych w postępowaniu, a także biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska pełnomocników stron złożone do protokołu rozprawy, skład orzekający Izby ustalił co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba uznała, że Odwołujący jako podmiot, którego oferta została odrzucona z udziału w postępowaniu, legitymuje się interesem prawnym, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy pzp, uprawniającym go do złożenia odwołania.

Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego co do zaistnienia przesłanek do odrzucenia odwołania. Nie znajduje uzasadnienia podniesiona przez Zamawiającego okoliczność, że Odwołujący powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę orzeczeniem z dnia 4 czerwca 2009 roku (Sygn. akt KIO/UZP/647/09), co stanowi przesłankę określoną w art. 187 ust. 4 pkt 5 ustawy pzp. Izba w dniu 4

czerwca wydała postanowienie o odrzuceniu odwołania i nie rozpatrywała merytorycznie zgłoszonych zarzutów, zatem niezasadne jest twierdzenie, że przedmiotowe odwołanie dotyczy wyłącznie okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę. Zaskarżona przez Odwołującego czynność odrzucenia oferty jest czynnością, o której Odwołujący został poinformowany w dniu 16 czerwca 2009 roku i która nie była uprzednio przedmiotem rozpatrzenia przez Izbę.

Izba ustaliła, co następuje:

Wyrokiem z dnia 9 kwietnia 2009 roku o Sygn. akt KIO/UZP 410/09 Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie wniesione przez Odwołującego – Wola Info S.A. i nakazała Zamawiającemu poprawienie omyłek we wskazanych w wyroku pozycjach kosztorysu ofertowego. Pismem z dnia 27 kwietnia 2009 roku Zamawiający, działając na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp zawiadomił Odwołującego o poprawieniu omyłek w kosztorysach ofertowych. Czynność ta stała się przedmiotem protestu i odwołania, które zostało odrzucone w oparciu o art. 187 ust.4 pkt 8 w związku z art. 184 ust. 1 a ustawy pzp. W dniu 16 czerwca 2009 roku, w konsekwencji braku wyrażenia zgody przez Odwołującego na poprawienie omyłek w sposób podany przez Zamawiającego w piśmie z dnia 27 kwietnia 2009 roku, oferta Odwołującego została odrzucona.

Omyłki podlegające poprawie, wymienione w piśmie z dnia 27 kwietnia 2009 roku, można podzielić na dwie grupy:

1. omyłki objęte wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 kwietnia 2009 roku, Sygn. akt KIO/UZP 410/09 - poz. 142 - 147 oraz 149 i 157 i 170.
2. omyłki nie objęte wyrokiem z dnia 9 kwietnia 2009 roku, Sygn. akt KIO/UZP 410/09 - poz. 148, 158, 159, 161, 163 - 169.

Odwołujący nie kwestionował możliwości poprawy w toku ponownego badania i oceny ofert omyłek rachunkowych nie objętych wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 kwietnia 2009 roku.

Bezsporną między stronami jest okoliczność co do poprawienia omyłek przez zastosowanie we wskazanych pozycjach kosztorysu współczynnika zmniejszającego 0,955.

Istota sporu co do sposobu poprawienia omyłek w poszczególnych pozycjach kosztorysu sprowadza się do tego, czy ceny jednostkowe za nakłady robocizny należy pomnożyć przez podane w danych pozycjach kosztorysu ilości elementów czy też ceny za nakłady robocizny podane w pozycjach kosztorysu są cenami uwzględniającymi wskazane w pozycjach ilości i nie wymagają mnożenia przez ilości podane w danych pozycjach.

Na wstępie Izba wzięła pod uwagę, okoliczność, że w treści siwz (część IX) Zamawiający wymagał złożenia kosztorysów ofertowych – szczegółowe kosztorysy ofertowe należało

wykonać zgodnie z zasadami przyjętymi w załączonych przez Zamawiającego przedmiarach robót. Kosztorysy winny zawierać wszystkie roboty do wykonania zgodnie z dokumentacją projektową. W oparciu o cytowane postanowienie siwz jak również postanowienia zawarte w części XIII „Opis sposobu przygotowania oferty” oraz w części XV „Opis sposobu obliczenia ceny” Izba wskazuje, że Zamawiający wymagał sporządzenia kosztorysów szczegółowych, nie podając jednocześnie żadnej metody czy formuły kalkulacyjnej wg. której należy sporządzić kosztorysy ofertowe.

Kosztorys ofertowy przedstawiony wraz z ofertą przez Odwołującego jest kosztorysem szczegółowym, a okoliczność ta nie budzi wątpliwości i została przyznana przez Zamawiającego.

Izba zważyła, że rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004 roku w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno- użytkowym (Dz.U. nr 130, poz. 1389) nie odnosi się do sposobów obliczania ceny i kosztorysów sporządzanych przez wykonawców. Wobec braku regulacji prawnych co do sposobu sporządzenia kosztorysów ofertowych, to na Zamawiającym spoczywa obowiązek wskazania wykonawcom sposobu oraz metod kalkulacji ceny oferty, co wynika wprost z treści art. 36 ust. 1 pkt 12 ustawy pzp. Jeśli Zamawiający wymagał opracowania kosztorysu ofertowego w oparciu o określoną metodę, formułę to winien ją wskazać w treści siwz. Samo użycie pojęcia „kosztorys szczegółowy” nie określa w jaki sposób należy go sporządzić, jaki ma być poziom szczegółowości składników cenotwórczych czy też jaką metodę kalkulacyjną zastosować.

W efekcie brak precyzyjnego wskazania w treści siwz metody, jaką należy zastosować do opracowania szczegółowych kosztorysów powoduje, że wykonawcy mogą zastosować metodę dowolną, znaną i powszechnie stosowaną przy sporządzaniu kosztorysów ofertowych.

Odwołujący wyjaśnił, że w swoim kosztorysie ofertowym zastosował dwie różne metody kalkulacyjne, wskazał jednocześnie na kilka różnych formuł kalkulacyjnych, powszechnie stosowanych przy sporządzaniu kosztorysów szczegółowych, w tym jedną z formuł, która została zastosowana w kwestionowanych pozycjach kosztorysu Odwołującego. Na potwierdzenie swojego stanowiska Odwołujący złożył jako dowód w sprawie opinie Warszawskiego Centrum Postępu Techniczno - Organizacyjnego Budownictwa Wacetob Sp. zo.o., w której wskazano na istnienie różnych formuł kalkulacji szczegółowych kosztorysów ofertowych. Izba uznała dowód przedstawiony przez Odwołującego za wiarygodny a twierdzenie w nim zawarte za zasadne.

Opinia Przedsiębiorstwa Usług Technicznych i Consultingowych Budownictwa „Bud- Invent” Sp. z o.o. złożona jako dowód w sprawie przez Zamawiającego nie zaprzecza istnieniu

różnych formuł (metod) kalkulacji kosztorysów szczegółowych. Zamawiający nie zaprzeczył w trakcie rozprawy, że podane przez Odwołującego metody kalkulacyjne istnieją i są w praktyce stosowane. Wskazać należy, że opinia złożona przez Zamawiającego nie odnosi się do metod i możliwych sposobów kalkulacji kosztorysów ofertowych, stanowi ona jedynie analizę zaistniałego stanu faktycznego, powołanie się na postanowienia siwz i nie zawiera innej, niż przedstawiona w proteście i odwołaniu argumentacji.

Wobec powyższego Izba uznała, że zasadne jest stanowisko Odwołującego, że koszty jednostkowe robocizny wskazane w kwestionowanych pozycjach uwzględniają podane w opisie każdej pozycji ilości i obejmują wszystkie wymienione w niej elementy. Za nieuzasadniony należy zatem uznać sposób poprawienia omyłek w kwestionowanych pozycjach kosztorysu wskazany przez Zamawiającego w piśmie z dnia 27 kwietnia 2009 roku polegający na mnożeniu podanych w pozycjach kosztorysu cen przez ilości elementów. Skoro ceny jednostkowe podane w kwestionowanych pozycjach kosztorysu są cenami za określone w tych pozycjach ilości to zbędne jest ponowne mnożenie cen robocizny przez ilości podane w opisie pozycji, gdyż prowadzi to do nieuzasadnionego zwiększenia ceny oferty.

Podsumowując, poprawienie omyłek w kwestionowanych pozycjach winno polegać wyłącznie na zastosowaniu brakującego współczynnika zmniejszającego bez konieczności mnożenia cen jednostkowych w poszczególnych pozycjach kosztorysu.

Uwzględniając powyższe Izba nakazała unieważnić czynność odrzucenia oferty Odwołującego, nakazała ponowne badanie i ocenę ofert oraz dokonanie poprawy omyłek w kosztorysie ofertowym w sposób wskazany w treści orzeczenia KIO/UZP410/09 oraz w treści niniejszego orzeczenia.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji, na podstawie art. 191 ust. 1 i ust. 1a oraz ust. 2 pkt 2 ustawy pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy pzp w zw. z § 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. Nr 128, poz. 886 ze zm.), uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego w kwocie 3 600,00 zł.

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 **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....