

WYROK
z dnia 6 czerwca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Krzysztof Wasilewski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 czerwca 2016 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 maja 2016 r. przez

**Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowe PROBUDREM K.L. Sp. jawna,
Ogrodzieniec**

w postępowaniu prowadzonym przez

**Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Mieszkaniowej Sp. z o.o.,
Ruda Śląska**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Miejskiemu Przedsiębiorstwu Gospodarki Mieszkaniowej Sp. z o.o. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych jako obciążonego niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą dokonanie poprawnego wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. kosztami postępowania obciąża Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Mieszkaniowej Sp. z o.o. i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowe PROBUDREM K.L. Sp. jawna tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Miejskiego Przedsiębiorstwa Gospodarki Mieszkaniowej Sp. z o.o. na rzecz Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Usługowego PROBUDREM K.L. Sp. jawna kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gliwicach.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 883/16

Uzasadnienie

Zamawiający – Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Mieszkaniowej Sp. z o.o. w Rudzie Śląskiej prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „remont dachu krytego papą termozgrzewalną w budynku w Rudzie Śląskiej wraz z remontem elewacji ścian szczytowych – dotyczy klatek... na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 21 marca 2016 r. pod numerem 63646. Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Zarzuty i żądania odwołania:

Odwołujący – Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowe PROBUDREM K.L. Sp. Jawna wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez bezpodstawne odrzucenie jego oferty jako nie odpowiadającej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający stwierdził, iż Odwołujący dokonał w ofercie zmiany nakładów czasowych na wykonanie robót, co należy uznać za nieuprawnioną ingerencję w treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a ingerencja taka uniemożliwia porównanie ofert. Przy tym Zamawiający nie mógł dokonać stosownych poprawek w ofercie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż poprawienie nakładów prowadziłyby do istotnej zmiany treści oferty powodując podwyższenie ceny o ponad 30 %.

Zdaniem Odwołującego treść oferty jest w pełni zgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a żadna z pozycji kosztorysu ofertowego nie została zmieniona w zakresie opisu czynności, obmiaru oraz jednostki w stosunku do przedmiaru. Zamawiający w przypadku wątpliwości w zakresie nakładów związanych z robocizną i pracą sprzętu, którą wolno wykonawcy kształtować indywidualnie, winien zwrócić się przed rozstrzygnięciem postępowania do wykonawcy w celu wyjaśnienia, czego Zamawiający nie uczynił, a tym samym doprowadził do niezgodnego i niekorzystnego wyboru oferty innego wykonawcy niż Odwołujący.

Naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych i niezachowanie zasad uczciwej konkurencji w toku postępowania nastąpiło poprzez to, że Zamawiający bezpodstawnie odrzucając ofertę Odwołującego traktuje go w sposób dyskryminujący, w szczególności w sytuacji, gdy oferta ta jest najkorzystniejszą i powinna prowadzić do zawarcia umowy.

II Stanowisko zamawiającego

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania wskazując, że istota zarzutu dotyczy tego, iż Odwołujący, swoim zdaniem, miał prawo kształtować indywidualnie nakłady związane z robocizną i pracą sprzętu w zakresie wykonania przedmiotu zamówienia opisanego przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i w załącznikach nr 7 „Opis przedmiotu zamówienia – Dokumentacja projektowo-kosztorysowa remontu pokrycia dachowego budynku mieszkalnego wielorodzinnego w Rudzie Śląskiej”, „Przedmiar robót” oraz nr 9 „Specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót budowlanych”.

Zamawiający w rozdziale XIV specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Opis sposobu obliczenia ceny” wyraźnie zapisał, że wycena ofertowa musi być zgodna z przedmiarem robót (załącznik nr 8, 8a) oraz specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót. Również w specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót w rozdziale 7 „Obmiar robót” pkt 7.2 „Zasady określania ilości robót i materiałów” zapisano, że „Jednostka obmiaru powinna być zgodna z jednostkami określonymi w dokumentacji projektowej i przedmiarze robót”. Ponadto we wzorze umowy zapisano, że Strony ustalają wynagrodzenie w oparciu o ilości faktycznie wykonanych robót, potwierdzonych obmiarami i kosztorysem powykonawczym.

Zdaniem Zamawiającego kosztorys ofertowy stanowi czynność obliczenia ceny, w związku z czym powinien być sporządzony zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i dołączonym do niej przedmiarem robót. Niedostosowanie się przez Odwołującego do sposobu obliczenia ceny podanego w specyfikacji oraz do wymogów kosztorysu ślepego stanowi działanie, które w konsekwencji spowodowało, że oferta jest niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, gdyż każde odstępstwo od przedmiarów i nakładów określonych przez Zamawiającego musi skutkować odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zarówno treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jak i treść oferty należy rozumieć jako merytoryczną zawartość oświadczenia woli odpowiednio Zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia oświadcza, jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który jednostronnie zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej. Porównanie zaoferowanego przez wykonawcę przedmiotu zamówienia oraz jego zakresu i sposobu wykonania z przedmiotem zamówienia i sposobem jego wykonania wymaganymi przez Zamawiającego, decyduje o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści specyfikacji. Dokonanie przez oferenta zamian polegających na zastosowaniu przez niego innych kryteriów nakładów czasowych na wykonanie określonego zakresu robót uznać należy na nieuprawnioną ingerencję w treść specyfikacji. Co więcej, ingerencja taka uniemożliwia porównanie ofert. Ujęcie w wycenionym

przedmiarze robót budowlanych we właściwych pozycjach wymaganego zakresu prac oraz ich prawidłowa wycena umożliwi bowiem Zamawiającemu na etapie badania i oceny ofert porównanie złożonych ofert w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, tym bardziej, że rozliczenie wykonania prac odbywa się na podstawie faktycznie wykonanych robót w oparciu o kosztorys powykonawczy.

III Ustalenia Izby

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania.

Izba ustaliła, iż stan faktyczny postępowania (treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia i treść oferty Odwołującego) nie jest sporny między Stronami.

Po zapoznaniu się z przedmiotem sporu oraz argumentacją obu Stron, w oparciu o stan faktyczny ustalony podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W rozdziale XIV specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Opis sposobu obliczenia ceny” pkt 2 Zamawiający wskazał, że „podana cena ofertowa musi zawierać wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia, wynikające z przedmiaru robót (załącznik nr 8, 8a), opis przedmiotu zamówienia – załącznik nr 7 oraz Specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót budowlanych – załącznik nr 9. W kosztorysie ofertowym cena materiałów powinna zawierać koszty ich zakupu i transportu. Sporządzona wycena ofertowa musi być zgodna z przedmiarem robót (załącznik nr 8, 8a do SIWZ) oraz specyfikacją techniczną i opisem przedmiotu zamówienia.”

Z kolei w przywołanym punkcie 7. specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych dotyczącym obmiaru robót Zamawiający wskazał: „7.1. Ogólne zasady obmiaru robót: Obmiar robót będzie określać faktyczny zakres wykonywanych robót, zgodnie z dokumentacją projektową i SST, w jednostkach ustalonych w kosztorysie. Obmiaru robót dokonuje Wykonawca po pisemnym powiadomieniu Inspektora nadzoru o zakresie obmierzanych robót i terminie obmiaru, co najmniej na 3 dni przed tym terminem. Wyniki obmiaru będą wpisane do książki obmiarów. Jakikolwiek błąd lub przeoczenie (opuszczenie) w ilości robót podanych w kosztorysie ofertowym lub gdzie indziej w SST nie zwalnia Wykonawcy od obowiązku ukończenia wszystkich robót. Błędne dane zostaną poprawione wg ustaleń Inspektora nadzoru na piśmie. Obmiar gotowych robót będzie przeprowadzony z częstością wymaganą do celu miesięcznej płatności na rzecz Wykonawcy lub w innym czasie określonym w umowie. 7.2. Zasady określania ilości robót i materiałów: Zasady określania ilości robót podane są w odpowiednich specyfikacjach technicznych lub w KNR-

ach oraz KNNR-ach. Jednostki obmiaru powinny zgodne z jednostkami określonymi w dokumentacji projektowej i przedmiarze robót.”

Zamawiający sporządził również przedmiary w sposób przyjęty dla tego typu robót.

Należy jednak zwrócić uwagę, że informacje dotyczące zamawianych robót zawarte w przedmiarach, jeśli chodzi o stopień szczegółowości, co od zasady pokrywają się z informacjami zawartymi w kosztorysie uproszczonym. Tymczasem, jak zgodnie stwierdziły Strony, Zamawiający wymagał przedstawienia w ofertach kosztorysów szczegółowych. Kosztorysy takie ze swojej istoty zawierają elementy kalkulacyjne, które nie są uwidocznione w przedmiarach – w tym wypadku założenia co do przyjętej liczby roboczogodzin, którą Odwołujący skalkulował według metody „kalkulacja własna”, a nie według ilości wynikającej z KNR-ów, czego, jak się okazało, oczekiwał Zamawiający.

Tym samym sporne pomiędzy Stronami było nie to, że Odwołujący w jakikolwiek sposób zmienił dane zawarte w przedmiarach, ale to, że zastosował kalkulację własną nakładów robocizny.

Na wstępie należy zauważyć, że stosowanie KNR-ów i KNNR-ów od lat uznawane jest za problematyczne ze względu na to, że, jak się podkreśla, normy te są przestarzałe i nie oddają obecnych, rzeczywistych nakładów, które ponosi się na roboty z danej pozycji (na marginesie – od lat zaleca się też zamawiającym, by w przedmiarach w ogóle nie były przywoływane KNR i KNNR, lecz pozycje SST). Z tego powodu powszechną praktyką jest korygowanie owych nakładów, czy to przez inżynierów i projektantów, czy też przez kosztorysantów, właśnie poprzez określanie ich metodą „kalkulacji własnej”. Tym samym działanie Odwołującego wpisywało się w praktykę istniejącą w branży.

Z drugiej strony – z przywołanych przez Zamawiającego postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (wraz z załącznikami), wcale nie wynika zakaz wprowadzania przez wykonawców metody kalkulacji własnej albo nakaz bezwzględnego zastosowania liczby roboczogodzin wynikającej z opisu norm. Wszystkie podane tam informacje odnoszą się do treści, która została ujawniona w przedmiarach – czyli oprócz numeru KNR/KNNR, opis pozycji i ogólna ilość robót podawana np. w m². Odwołujący, co nie było sporne, nie wprowadził żadnych zmian w zakresie owych ujawnionych treści. Tym samym nie mamy tu do czynienia z sytuacją, na którą powołuje się Zamawiający, tj. wprowadzenia zmian w stosunku do przedmiarów.

Sam przywołany punkt 7. specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych, poza brakiem ww. zakazu, dotyczy w ogóle nie etapu sporządzania oferty, ale dokonywania obmiaru robót już po ich wykonaniu.

Tym samym trudno uznać, że oferta Odwołującego jest niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia – z jakimś jej konkretnym postanowieniem. Zdaniem Izby Zamawiający powinien wyraźnie wskazać, że nie dopuszcza stosowania kalkulacji własnej, lecz nakazuje stosowanie założeń kalkulacyjnych wynikających z opisu KNR i KNNR, nawet jeśli z doświadczenia zawodowego wykonawcy wynika, że w rzeczywistości nakłady te będą inne. Jest to założenie o tyle słuszne, że pozwoli ujednoczyć oferty dla celu ich porównania, w szczególności przy zastosowaniu wynagrodzenia kosztorysowego.

Zamawiający ma jednak rację, że w obecnej sytuacji oferta Odwołującego, chociaż formalnie nie jest niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, jest nieporównywalna z innymi ofertami, nie można więc tych ofert poddać prawidłowej ocenie i w sposób prawidłowy dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej. Zarówno bowiem eliminacja oferty Odwołującego byłaby niesprawiedliwa i niezgodna z procedurą, jak też niesprawiedliwe i niezgodne z procedurą byłoby przyjęcie takiej oferty z pokrzywdzeniem innych wykonawców, którzy, gdyby zastosowali metodę kalkulacji własnej zmniejszając nakłady wynikające z norm, podobnie jak Odwołujący mogliby przedstawić oferty z niższymi cenami – przy tym rozliczenia i tak odbywałyby się na podstawie późniejszych obmiarów.

Oferty Odwołującego nie można także skorygować, np. w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Tym samym jedynym słusznym w tej sytuacji rozwiązaniem zaistniałej sytuacji jest unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych jako obarczonego niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy i ponowne przeprowadzenie postępowania, już w prawidłowy sposób. Niemożność dokonania poprawnego wyboru oferty najkorzystniejszej każdorazowo należy uznać za niemożliwą do usunięcia wadę uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy, o której mowa w art. 146 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, jako że wybór oferty najkorzystniejszej, oczywiście prawidłowy i zgodny z procedurą udzielania zamówień, jest wynikiem postępowania samym w sobie i celem prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (wynika to nawet z definicji zawartej w art. 2 pkt 7a ustawy Prawo zamówień publicznych).

W związku z powyższym Izba orzekła 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. 2 pkt 1, § 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 rozliczenia (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: