

WYROK
z dnia 19 grudnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 grudnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 grudnia 2019 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Budowlane „Dombud” S.A. z Katowic (40-059)** w postępowaniu prowadzonym przez **Politechnikę Krakowską im. Tadeusza Kościuszki z Krakowa (31-155)**

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwo Budowlane Modular Sp. z o.o. z Żywca (34-300)**, zgłaszającego przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża **Przedsiębiorstwo Budowlane „Dombud” S.A. z Katowic (40-059)** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Budowlane „Dombud” S.A. z Katowic (40-059)** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **Przedsiębiorstwo Budowlane „Dombud” S.A. z Katowic (40-059)** na rzecz **Politechniki Krakowskiej im. Tadeusza Kościuszki z Krakowa (31-155)** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 poz. 1986 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 Krakowie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W odniesieniu do postępowania o udzielenie zamówienia pn. przebudowa budynków dydaktycznych z wymianą ścian osłonowych, ociepleniem stropodachów i ścian oraz przebudową i budową instalacji wewnętrznych w budynkach CZ-J (17-51) i CZ-K (17-45), Wydział Mechaniczny Politechniki Krakowskiej, w ramach zadania inwestycyjnego „Termomodernizacja budynków Wydziału Mechanicznego, Laboratoria J i K, Al. Jana Pawła II 37, Kraków”, prowadzonego przez Politechnikę Krakowską im. T. Kościuszki z Krakowa (dalej „zamawiający”) wykonawca Przedsiębiorstwo Budowlane Dombud S.A. z Katowic (dalej „odwołujący”) złożył odwołanie wobec czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego, zarzucając zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.) [dalej „ustawa Pzp”]:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1, poprzez odrzucenie oferty odwołującego ze względu na to, że treść jego oferty nie odpowiada treści SIWZ (brak wyceny czujki p.poż.; parametry techniczne czujki p.poż. i urządzeń aktywnych nie spełniają wymogów SIWZ) pomimo, iż treść oferty odwołującego jest zgodna z treścią SIWZ – odwołujący zaoferował i wycenił pełny zakres zamówienia oraz zgodny z wymogami SIWZ (w tym z wymaganymi parametrami technicznymi), tj. czujki pożarowe (wyceniona w poz. 94 kosztorysu ofertowego Instalacje elektryczne) oraz urządzenia aktywne (wycenione w poz. 86 kosztorysu ofertowego Instalacje elektryczne), w konsekwencji naruszając zasadę prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców,
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z 87 ust. 1 i art. 87 ust. 2 pkt 3, poprzez odrzucenie oferty odwołującego w oparciu o błędne przyjęcie, że w pozycji nr 94 kosztorysu ofertowego Instalacje elektryczne „brak wyceny materiału, tj. czujka p.poż oraz parametry techniczne zaproponowanej czujki nie spełniają wymogów SIWZ” mimo, że czujka p.poż. została w Kosztorysie wyceniona wraz z dostawą, jak wynika to z opisu poz. 94 Kosztorysu ofertowego oraz dodatkowo z wyjaśnień odwołującego z 04.11.2019 r., a brak czujek w Zestawieniu materiałów można było poprawić, jako tzw. inną omyłkę niepowodującą istotnych zmian w treści oferty, dysponując informacjami z kosztorysu oraz złożonych ww. wyjaśnień treści oferty, natomiast parametry techniczne zaproponowanej czujki spełniają wymogi SIWZ, o czym zamawiający mógł się przekonać, gdyby wezwał odwołującego do wyjaśnienia treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 w zakresie ww. parametrów,
3. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z 87 ust. 1, poprzez odrzucenie oferty odwołującego w oparciu o błędne przyjęcie, że nie spełniają wymogów SIWZ urządzenia aktywne”,

tj. urządzenia aktywne, mimo że urządzenia aktywne (ujęte w pozycji nr 86 kosztorysu ofertowego Instalacje elektryczne) spełniają wymogi SIWZ o czym zamawiający by się przekonał gdyby wezwał odwołującego do wyjaśnienia treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 w zakresie ww. parametrów,

4. art. 89 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 87 ust. 1 i art. 87 ust 2 pkt 3, poprzez odrzucenie oferty odwołującego ze względu na błąd w obliczeniu ceny (tj. zastosowanie błędnych współczynników we wskazanych pozycjach kosztorysowych), pomimo, iż odwołujący uwzględnił współczynniki zgodnie z treścią SIWZ (w tym pkt 17.10 SIWZ oraz wyjaśnienia do SIWZ z dn. 06.08.2019 r. Zestaw nr 10 odp. nr 1), o czym zamawiający mógł się przekonać, gdyby wezwał odwołującego do wyjaśnień treści oferty w tym zakresie,
5. art. 24 ust. 1 pkt 17 i art. 7 art. 1, poprzez wykluczenie odwołującego z postępowania z powodu błędnego uznania, że w piśmie z 28.08.2019 r. oświadczył nieprawdę, twierdząc że „w kosztorysie ofertowym branży elektrycznej w poz. 86 d.2.8 (element 2.8) zostały ujęte dostawy urządzeń aktywnych zgodnie z udzieloną odpowiedzią uzupełnionego zestawu pytań nr 9 ad4) i ad5) wraz z załącznikami tych odpowiedzi z dnia 08.08.2019 r.” przez co przedstawił informacje wprowadzające zamawiającego w błąd – mimo, że odwołujący nie oświadczył nieprawdy twierdząc powyższe, a urządzenia aktywne zostały wycenione i ujęte w poz. 86 kosztorysu Instalacje elektryczne zgodnie z SIWZ, co zostało już rozpatrzone w postępowaniu odwoławczym przed Krajową Izbą Odwoławczą (wyrok KIO z 08.10.2019 r. sygn. akt KIO 1892/19), w konsekwencji narusza zasady prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienie decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego,
2. unieważnienie decyzji o wykluczeniu odwołującego,
3. powtórzenie badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego,
4. wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej zgodnie z kryteriami oceny ofert.

Odwołujący wskazał, że zamawiający poinformował go o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, twierdząc że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ, ponieważ w ofercie brak wyceny materiału tj. czujki p.poż. w kosztorysie ofertowym Instalacje elektryczne w poz. 94, jak również w Zestawieniu R,M,S, w związku z czym odwołujący nie zaoferował pełnego zakresu zamówienia.

Odwołujący oświadczył, że zaoferował pełny zakres zamówienia, w tym zaoferował

i wycenił ww. czujki p.poż., tj. w kosztorysie ofertowym Instalacje elektryczne w poz. 94, co – wskazał – wyjaśnił zamawiającemu w piśmie z 04.11.2019 r. (na wezwanie zamawiającego z dnia 28.10.2019 r.).

Załącznik nr 1a – Pismo P.B. „DOMBUD” S.A. z 04.11.2019 r. wraz z dowodem nr 19 (załącznik utajniony)

Odwołujący podał, że w wezwaniu do złożenia wyjaśnień zamawiający napisał w kwestii czujki p.poż.: „Instalacje elektryczne: W poz. 94 - brak dostawy czujki ppoż. Zamawiający zwraca się z prośbą o złożenie wyjaśnień co do prawidłowości braku zastosowanego materiału na potrzeby wykonania zamówienia. ”, zaś odwołujący wyjaśnił: „Instalacje elektryczne: W pozycji 94 dostawa czujek p.poż. została uwzględniona w zagregowanej cenie jednostkowej tej pozycji, brak nazwy czujki w wykazie materiałów jest inną omyłką, niepowodującą istotnej zmiany w treści oferty i może być poprawiona przez Zamawiającego w trybie art. 87 ust.2 p 3. W kosztorysie ofertowym nie brakuje pozycji z przedmiaru. Pozycja 94 znajduje się w kosztorysie elektrycznym i opisana jest tak jak w przedmiarze Zamawiającego tj. „Montaż czujek pożarowych - izotopowa lub optyczna czujka dymu.”

Odwołujący zaznaczył, że zamawiający pytał jedynie o pozycję nr 94 kosztorysu. Oceniał, że wbrew twierdzeniu zamawiającego materiał o nazwie czujka pożarowa – izotopowa lub optyczna czujka dymu, został ujęty w pozycji nr 94 kosztorysu elektrycznego i opisany w wydruku uproszczonym kosztorysu w sposób narzucony przez treść przedmiaru w tej pozycji: „Montaż czujek pożarowych – izotopowa lub optyczna dymu” (tak, jak to opisał to zamawiający w przedmiarze robót w poz. nr 94).

Podsumował, że cena materiału i robocizny jest ujęta w jednej pozycji – nr 94, ponieważ tak to zostało w przedmiarze ujęte, a w kosztorysie powtórzone.

Uzupełnił, że braku pozycji dotyczącej czujek w Zestawieniu materiałów, zamawiający w wezwaniu do wyjaśnień nie kwestionował (tylko rzekomy brak czujek w poz. 94 kosztorysu).

Podniósł, że zamawiający nie wzywał go do wyjaśnień Zestawienia materiałów w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, a mimo to odrzucił jego ofertę na tej podstawie.

Oświadczył, że wezwany do wyjaśnienia tego dokumentu i ewentualnych zastrzeżeń do niego, wyjaśniłby, że niewystąpienie w zestawieniu materiałów samych czujek wynika stąd, że wartość tego materiału została ujęta razem z robocizną w Zestawieniu robót. W efekcie w wydruku Zestawienia materiałów nie wstawiono przedmiotowych czujek, co nie zmienia faktu, że są one wycenione w samym kosztorysie w pozycji nr 94. Stanął na stanowisku, że samo ujęcie ceny materiału w innym zestawieniu (w Zestawieniu Robocizny zamiast Zestawieniu materiału) nie może stanowić o odrzuceniu oferty ze względu na jej

niezgodność z treścią SIWZ, można mówić jedynie o pewnej niezgodności co do formy, a nie treści oferty, której dotyczy przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, powołany jako podstawa odrzucenia oferty.

Zaznaczył, że z punktu widzenia całości zamówienia, wartość czujek z montażem wynosi 18 483 zł, co stanowi 0,1 % wartości całej oferty, wobec czego choćby z tego względu omyłka w tym zakresie nie mogłaby powodować istotnych zmian w treści oferty i jako taka winna zostać poprawiona w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Podkreślił, że przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp został wprowadzony po to, żeby eliminować przypadki odrzucania ofert ze względu na drobne omyłki, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

W ocenie odwołującego nietrafne jest również twierdzenie zamawiającego, że rzekomy brak wyceny ww. materiału uniemożliwiłby faktyczne wykonanie prac skoro czujki p.poż. zostały wycenione w pozycji kosztorysowej nr 94 – gdzie widnieje cena jednostkowa 61,91 zł/szt.

Podniósł, że rozliczenie 303 szt. czujek p.poż. wyglądałoby następująco: $303 \times 61,91 = 18\,758,73$ zł, wskazując że ewentualna mniejsza lub większa ilość czujek na etapie realizacji byłaby rozliczana, poprzez przemnożenie faktycznie wykonanej ilości: n [szt] \times 61,91 [zł/szt].

Podał, że zamawiający w uzasadnieniu decyzji stwierdził, że „nie zgadza się z argumentacją Wykonawcy jakoby cenę oferty należało określić metodą uproszczoną i wartość tej pozycji jako pozycja uproszczona mogła być wyliczona bez zawartości składników R+M+S”, zastrzegając że taka argumentacja z jego strony nie padła. Stwierdził, że cenę należało określić metodą szczegółową i tak też odwołujący zrobił, ale wydruk do oferty należało załączyć wg metody uproszczonej. Wskazał, że w kosztorysie uproszczonym widnieje zagregowana cena jednostkowa, cena łączna, nie tylko cena składników robocizny, materiałów i sprzętu, ale również kosztów pośrednich oraz zysku.

Podniósł także, że w pkt 17 SIWZ – Opis sposobu obliczenia ceny – zamawiający określił, w jaki sposób ma zostać sporządzony kosztorys ofertowy. Oświadczył, że jego Kosztorys ofertowy w tym w zakresie instalacji elektrycznych jest zgodny z przedmiarem dostarczonym przez zamawiającego – wycenione są wszystkie pozycje przedmiarowe, a kwestionowana pozycja przedmiaru nr 94 nie została pominięta, ani nie zmieniono jej opisu w stosunku do przedmiaru, zachowana jest też kolejność pozycji według przedmiarów robót.

Odwołujący nie zgodził się również z zamawiającym co do tego, że parametry techniczne zaoferowanej czujki nie spełniają wymogów SIWZ.

W ocenie odwołującego zamawiający błędnie zakłada ową niezgodność na podstawie treści „dowodu nr 19” załączonego do wyjaśnień odwołującego z 28.10.2019 r.,

tj. oferty firmy Global-poż. na 303 szt. optycznych czujek dymu po 61 zł/szt, z której żadne parametry techniczne czujek nie wynikają. Z załączonej oferty nie wynika też błędnie przyjęty przez Zamawiającego model czujek, tj. czujka dymu C 4416 z gniazdem (typu Activ).

Odwołujący oświadczył, że nie przedstawił zamawiającemu ani karty technicznej przedmiotowej czujki p.poż, ani nie dostarczył innych technicznych parametrów czujki, ani jej modelu. Wskazał, że jako dowód w wyjaśnieniach przedstawił jedynie ofertę firmy Global-poż na 303 szt. optycznych czujek dymu po 61 zł/szt., jednak w żadnym miejscu wyjaśnień oraz innym nie przedstawiał ww. parametrów przedmiotowych czujek, bowiem nie był do tego wezwany.

Oświadczył także, że gdyby zamawiający zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp wezwał go do wyjaśnienia treści oferty w zakresie parametrów technicznych czujki, mógłby się przekonać o tym że parametry te są zgodne z SIWZ.

Podsumował, że nieuprawnione jest odrzucenie jego oferty z powodu jej niezgodności z SIWZ, tj. parametrami technicznymi zaproponowanej czujki, wywiedzione z błędnego założenia, że odwołujący zaoferował czujki dymu C 4416 z gniazdem (typu Activ), a jej parametry nie spełniają wymogów SIWZ. Podkreślił, że nie przedstawił w ofercie, czy wyjaśnieniach treści oferty żadnych parametrów technicznych oferowanych czujek, bowiem w SIWZ oraz w wezwaniu zamawiającego do złożenia wyjaśnień nie było takiego wymogu.

Odwołujący podał, że zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp stwierdził, że „nie spełniają wymogów SIWZ również zaproponowane w wyjaśnieniach urządzenia aktywne”.

Podniósł, że informacje przedstawione w tabeli porównawczej dla Dombud S.A. dot. KA-2/099/2019 dołączonej do pisma o odrzuceniu oferty odwołującego nie są zgodne z prawdą, co odwołujący opisał w załączniku do odwołania, który winien zostać utajniony ze względu tajemnicę przedsiębiorstwa.

Załącznik nr 3u - Tabela porównawcza dla P.B. „DOMBUD” S.A dot. KA-2/099/2019

Zauważył, że w załączonej do pisma o odrzuceniu tabeli porównawczej zamawiający dokonał niewłaściwej interpretacji parametrów urządzeń proponowanych przez odwołującego. Stwierdził, że zamawiający pominął odpowiedzi na pytania oferentów do przetargu, jakich udzielił 06.08.2019 r.:

„ Zestaw nr 11:

1. W związku z faktem, iż Zamawiający dopuszcza w SIWZ użycie materiałów i urządzeń równoważnych, w stosunku do materiałów i urządzeń wskazanych w dokumentacji przetargowej, prosimy o potwierdzenie, że jako równoważne Zamawiający

dopuszcza użycie materiałów i urządzeń, które będą posiadały parametry rozwiązań projektowych jednak nie muszą one spełniać tych cech rozwiązań projektowych, które są nieistotne dla zasadniczej ich funkcji

Ad 1) Zamawiający potwierdza, że dopuszczalne jest zaoferowanie użycia równoważnych materiałów i urządzeń. Równoważność ta jak również „nieistotność” części funkcji będzie musiała być wykazana przez Oferenta. Podczas realizacji zadania Wykonawca zobowiązany będzie do uzyskiwania od Zamawiającego akceptacji dla wbudowywanych materiałów (urządzeń) - poprzez podpisane Karty Materiałowe wg wzoru Zamawiającego dołączonego do SIWZ.,

oraz

„14. W związku z faktem, iż Zamawiający w SIWZ dopuszcza użycie materiałów i urządzeń równoważnych, m.in. w stosunku do wskazanych w dokumentacji przetargowej materiałów i urządzeń, dla których podano nazwę producenta wraz z bardzo szczegółowymi danymi technicznymi osiągalnymi jedynie dla produktu wskazanego producenta, nie podając przy tym żadnych kryteriów oceny równoważności dla tychże materiałów i urządzeń do czego Zamawiający jest zobowiązany dla zachowania w postępowaniu zasad uczciwej konkurencji - prosimy o potwierdzenie, że za równoważne Zamawiający dopuszcza użycie materiałów i urządzeń posiadających parametry tożsame z głównymi parametrami materiałów i urządzeń opisanych w projekcie, które to parametry są konieczne dla zapewnienia zasadniczej funkcji przewidzianej dla danego materiału i urządzenia.

Ad 14) Zamawiający potwierdza, że dopuszczalne jest zaoferowanie użycia równoważnych materiałów i urządzeń, posiadających parametry tożsame z głównymi parametrami materiałów i urządzeń opisanych w projekcie technicznym, które to parametry są konieczne dla zapewnienia zasadniczej funkcji przewidzianej dla danego materiału i urządzenia"

Zdaniem odwołującego z udzielonych odpowiedzi wynika, że istotne dla zamawiającego jest zachowanie przez dostarczone urządzenia głównych parametrów, koniecznych dla zapewnienia zasadniczej funkcji przewidzianej dla danego urządzenia i powyższe dotyczy również urządzeń aktywnych, bowiem w żadnym miejscu SIWZ zamawiający nie wyłączył z katalogu materiałów i urządzeń objętych odpowiedzią urządzeń aktywnych.

Załączył kartę techniczną w j. angielskim oraz jej tłumaczenia na j. polski dla przełączników Cisco z serii 9300. Uzupełnił, że karty techniczne w języku angielskim oraz skrócona wersja tłumaczenia na j. polski zostały dołączone do wyjaśnień z 04.11.2019.

Oświadczył, że do odwołania załączył pełne tłumaczenie karty technicznej na język

polski, dołączonej do wyjaśnień z 04.11.2019 r.

Załącznik nr 4u - karta techniczna przełączników Cisco serii 9300 (oryginał w j. angielskim)

Załącznik nr 5u - karta techniczna przełączników Cisco serii 9300 (tłumaczenie na j. polski)
(załączniki utajniony)

Stwierdził, że przedstawione parametry techniczne wraz z wyjaśnieniami w załączniku 2u potwierdzają, że zaoferowane przez odwołującego urządzenia aktywne spełniają wymogi SIWZ czytane łącznie z wyjaśnieniami udzielonymi 06.08.2019 r.

Oświadczył, że w ofercie zastosował tożsame parametry główne urządzeń. Oświadczył nadto, że wszystkie parametry techniczne urządzeń aktywnych, zakwestionowane przez zamawiającego zostały spełnione w ramach zaoferowanych urządzeń przez odwołującego, z wyjątkiem parametru opisanego w punkcie d tabeli (1d i 2d: „Tablica MAC adresów min 96k”), jednak parametr ten nie może być kwalifikowany jako „główny”.

Podniósł, że zamawiający w SIWZ nie określił tego parametru jako główny, wobec czego nie musiał być spełniony. Podał, że szczegółowe wyjaśnienia zawarł w załączniku nr 2u do odwołania.

W odniesieniu do odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp odwołujący stanął na stanowisku, że zamawiający twierdzenie o błędzie w ofercie odwołującego (błędzie w obliczeniu ceny) wywodzi z błędnego założenia, że odwołujący „nie uwzględnił współczynników zgodnie z założeniami przedmiarowymi”, to znaczy, że we wskazanych pozycjach kosztorysowych odwołujący zastosował „błędne współczynniki”.

Uznał, że należy w pierwszej kolejności ustalić i zdefiniować znaczenie poszczególnych pojęć w nim używanych: błąd, obliczenie i cena.

Wskazał, że spośród powyższych, na gruncie przepisów ustawy, tylko pojęcie ceny posiada definicję legalną, na mocy zawartego w art. 2 pkt 1 ustawy Pzp.

Wskazał też, że rzeczownik „obliczenie” występuje dwa razy: w art. 89 ust. 1 pkt 6 oraz w art. 36 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, gdzie wymagane jest, aby SIWZ zawierała opis sposobu obliczenia ceny”.

Zdaniem odwołującego to właśnie ten przepis wydaje się kluczowy dla ustalenia właściwego znaczenia i zakresu normowania art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp nie tylko ze względu na możliwe rzeczowe i celowościowe powiązanie zakresów ich normowania, ale także w związku z tożsamością użytych w nich wyrażen językowych. Stwierdził następczo, że tym samym nie można ustalić znaczenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp w oderwaniu od regulacji art. 36 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

Ocenił, że opis sposobu obliczenia ceny to nic innego jak wskazanie przez

zamawiającego w SIWZ sposobu, algorytmu (ciągu określonych czynności), zgodnie z którym wykonawca obowiązany jest postępować, by na końcu otrzymać cenę oferty.

Uznał, że zastosowanie art. 89 ust. a pkt 6 ustawy Pzp będzie w tym ujęciu sprowadzało się do sytuacji, gdy wykonawca, obliczając cenę swej oferty nie zastosował się do sposobu obliczenia ceny opisanego w SIWZ i otrzymał cenę ofertową inną niż w przypadku postępowania zgodnie z instrukcjami zamawiającego – w tym rozumieniu cena będzie obliczona błędnie, wtedy i tylko wtedy, gdy proces dojścia do owej wartości wyrażonej w jednostkach pieniężnych zapłaty za towar lub usługę, pozostawał będzie niezgodny z określonym w postanowieniach SIWZ lub w przepisach prawa, algorytmem jej obliczania.

Podniósł, że w niniejszym postępowaniu zamawiający nie wskazał, jakie współczynniki są „prawidłowe”, nie zastrzegł, że zastosowanie innych współczynników niż wpisane w przedmiarze będzie sankcjonowane odrzuceniem oferty. Przeciwnie, w treści SIWZ, zamawiający zezwolił na zmianę „założeń przedmiarowych” w zakresie podstaw wyceny (pkt 17.10 SIWZ), a właśnie w podstawach wyceny zamawiający zawarł kwestionowane współczynniki. Skonstatował, że wykonawcy mieli prawo zmienić ww. współczynniki.

Przykładowo (dla zobrazowania roli współczynników zwiększających lub zmniejszających nakłady ujęte w Katalogach Nakładów Rzeczowych (dalej „KNR”)) odniósł się do założeń ogólnych tychże - np.

KNRW 2-17 (Katalog Nakładów Rzeczowych wyd. Wacetob, nr 2-17) Instalacje wentylacyjne i klimatyzacyjne, Część ogólna, założenia ogólne p 3. Wyjaśnienia uzupełniające do kosztorysowania robot pp 3.3 wyjaśniono:

„Przy montażu instalacji w obiektach modernizowanych, czasowo nie będących w ruchu, lecz wyposażonych w instalacje oraz urządzenia produkcyjne utrudniające montaż, nakłady robocizny na montaż przewodów wraz z ich uzbrojeniem oraz na montaż urządzeń objętych katalogiem powiększa się przez współczynnik podany w tablicy 9902, który ma na celu zrekomensowanie zwiększonych z tego tytułu nakładów robocizny.

Wartość współczynnika 1,10 do R,

Stanął na stanowisku, że z powyższego wyjaśnienia wynika, iż przy zastosowaniu współczynników, zwiększeniu (ewentualnie zmniejszeniu) ulegają nakłady robocizny, a nie cena, czy ilości.

Podkreślił, że w treści SIWZ (w pkt 17.10 , w ramach rozdziału 17 Opis sposobu obliczenia ceny) zamawiający zapisał:

„17.10. Dopuszcza się zmiany katalogowe przedstawionych podstaw wycen, pod warunkiem że będą dotyczyły i odpowiadały temu samemu rodzajowi robót opisanych w danych pozycjach przedmiarowych”

Stwierdził, że zamawiający w niniejszym postępowaniu dopuścił zmiany podstaw

wyceny. Wyjaśnił, że zmiany katalogowe ww. podstaw wycen, zgodnie z konstrukcją przedmiaru, polegają na zmianie podstaw wyceny wraz z wartością współczynników zwiększających i zmniejszających. Wskazał, że w załączonych do SIWZ przedmiarach (na wykonanie instalacji wentylacji, wod-kan, węzła cieplnego oraz przyłącza kanalizacji sanitarnej) zamawiający jako podstawę wyceny wskazał KNR wraz ze współczynnikami – w kolumnie Podstawa wyceny wskazywał wraz z nazwą katalogu, numerem tablicy i kolumny współczynniki zwiększające i zmniejszające, wobec czego – wywołał odwołujący – zgodnie z treścią SIWZ pkt 10.17 – zamawiający, pozwalając na zmianę katalogową przedstawionych podstaw wyceny, wyraził zgodę na zmianę nazwy i numeru katalogu nakładów rzeczowych, tablicy oraz kolumny, a także współczynników, bowiem wszystkie te elementy zawarte są w przedmiarze w kolumnie Podstawa wyceny.

Do odwołania załączył przykład karty przedmiarowej obrazujący powyższe.

Załącznik nr 6 - przykładowa strona przedmiaru

Wskazał, że przywoływane przez zamawiającego w punkcie 17.2 SIWZ Rozporządzenie Ministra Rozwoju Regionalnego i Budownictwa z dnia 13 lipca 2001 r. w sprawie metod kosztorysowania obiektów i robót budowlanych stanowi: „§ 14. Skutki kosztowe warunków wykonywania robót odbiegających od przeciętnych uwzględnia się w kalkulacji uproszczonej w cenach jednostkowych, a w metodzie szczegółowej - w nakładach rzeczowych, stawkach robocizny kosztorysowej, kosztach pośrednich lub zysku”.

Dodatkowo wskazał, że zamawiający 06.08.2019 r. udzielił w powyższym zakresie następującej odpowiedzi:

Pytanie:

„ZESTAWNR 10:

1) Proszę o informację czy konieczne jest pełne zachowanie opisów tablic zgodnie z przedmiarem?, czy dopuszcza się zmianę nakładów wewnątrz tablicy przedmiarowej?

Odpowiedź Zamawiającego:

Ad 1) Opisy tablic pozycji przedmiarowych można przyjmować zgodnie z treścią generowaną przez posiadany program kosztorysowy. Nakłady normatywne dla poszczególnych tabeli nie powinny być modyfikowane, dopuszcza się zastosowanie innych podstaw nakładów, pod warunkiem, że będzie to zakres tożsamy. Jeżeli Oferent dokona modyfikacji nakładów w konkretnej tabeli to powinien oznaczyć tą pozycję jako - kalkulacja własna (wycena indywidualna).”

Ocenił, że zgodnie z tą odpowiedzią oraz zgodnie z zapisem SIWZ z pkt 17.10 odwołujący dokonał dozwolonej modyfikacji katalogowych podstaw wyceny

w kwestionowanych pozycjach kosztorysu Wentylacji, a charakter tych modyfikacji polegał na skorygowaniu wartości współczynników w oparciu o własne doświadczenie w tworzeniu kosztorysów branży budowlanej.

Uzupełnił, że zmiana współczynników znajduje swoje uzasadnienie przede wszystkim w cytowanym § 14 Rozporządzenia Ministra Rozwoju Regionalnego i Budownictwa z dnia 13 lipca 2001 r. w sprawie metod kosztorysowania obiektów i robót budowlanych.

Podkreślił, że do decyzji wykonawców należy określenie wysokości stawki kosztorysowej netto, kosztów pośrednich i zysku.

Oświadczył, że w kosztorysach jako czynniki cenotwórcze przyjął: $R = 19,90$ zł, $K_p = 73\%$ oraz wskaźnik zysku 16% od $R, S + 16\%$ od $K_p(R, S)$, co oznacza, że stawka brutto w kosztorysach odwołującego wynosi $39,94$ zł/r-g – jest to stawka powyżej minimalnej stawki za pracę określonej na poziomie $14,70$ zł.

Podniósł, że analizując wartości z Tabeli porównawczej – wartości oferty odwołującego i hipotetycznej wartości oferty, przy uwzględnieniu współczynników podanych przez zamawiającego należy dojść do wniosku, że w przedmiotowym postępowaniu stosowanie współczynników zwiększających i zmniejszających do poszczególnych pozycji kosztorysowych pozostaje bez większego znaczenia dla ich sumarycznej wartości. Stwierdził, że doświadczenie zawodowe kosztorysantów opracowujących kosztorysy instalacyjne u odwołującego podpowiada, że oprócz wyżej wymienionych argumentów przy montażu instalacji w obiektach modernizowanych, stosowanie współczynnika z tablicy 9902 KNRW 2-17 zależy od charakteru i rodzaju robót modernizacyjnych. Wskazał, że w modernizowanych obiektach, budynkach C oraz K Politechniki Krakowskiej należy wykonać demontaż wszystkich starych instalacji, a następnie wykonać je na nowo, urządzenia produkcyjne utrudniające montaż nie występują, wobec czego nie ma potrzeby stosowania współczynnika zwiększającego robociznę.

W ocenie odwołującego podobnie rzecz wygląda w przypadku stosowania współczynnika na podstawie tablicy 9904 w KNRW 2-17 – ten współczynnik może zostać zastosowany ze względu na podwyższone wymagania dotyczące jakości i warunków wykonywanych robót montażowych instalacji wentylacji i klimatyzacji w pomieszczeniach m.in. nauki i szkolnictwa wyższego. Uznał, że w dzisiejszych czasach podwyższone wymagania w zasadzie występują u każdego inwestora.

Podniósł, że skoro zamawiający z łatwością, samodzielnie i prawidłowo wyodrębnił z kosztorysów odwołującego pozycje ze zmienionymi współczynnikami, to jedyny brak tych pozycji, w postaci dopisku „kalkulacja własna”, zamawiający mógł (i powinien zgodnie z prawem) dokonać w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Podkreślił, że ani w rozdziale 17 SIWZ Opis sposobu obliczenia ceny, ani w udzielonych odpowiedziach na pytania oferentów, nie ma zapisu dotyczącego

współczynników zwiększających lub zmniejszających nakłady rzeczowe, nie ma zapisu o treści: „zmiana wysokości współczynników spowoduje odrzucenie oferty.” Przeciwnie zamawiający wprost zezwolił na zmianę podstaw wyceny, w tym ww. współczynników, które zgodnie z konstrukcją przedmiaru, uznawał za część podstawy wyceny.

Podsumował, że nieuprawnione jest twierdzenie zamawiającego, że „Wykonawca nie zmienił katalogowych podstaw wyceny i nie uwzględnił współczynników korekcyjnych do ww. pozycji”. Uzupełnił, że w jego kosztorysach, w kwestionowanych pozycjach kosztorysowych, zmieniona została podstawa wyceny, pozostawiono nr katalogu, tablicy i kolumny, a współczynniki przeniesiono do opisu roboty, nie zmieniając jej charakteru. Współczynniki zostały uwzględnione w wysokości wynikającej z doświadczenia odwołującego w zakresie budownictwa.

Wskazał, że z ostrożności dokonał przeliczenia kosztorysu na instalację wentylacji z zastosowaniem współczynników wskazanych w przedmiarze i wynika z nich, że wartość kosztorysu Instalacja wentylacji, przy zastosowaniu współczynników w wysokości wskazanej w przedmiarze, wyniosłaby 0,22 % wartości całej oferty, zaś różnica w cenie między kosztorysem wyliczonym wg współczynników z przedmiaru a kosztorysem ze zmienionymi współczynnikami wynosi 37 890,35 zł.

W odniesieniu do wykluczenia odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp podał, że zamawiający stwierdził, iż „podważa prawdziwość oświadczenia Wykonawcy z dnia 28.08.2019 r. (pismo znak: EM/KF/2019)” oraz, że odwołujący wprowadził zamawiającego w błąd składając oświadczenie że „w kosztorysie ofertowym branży elektrycznej w poz. 86 d.2.8 (element 2.8) zostały ujęte dostawy urządzeń aktywnych zgodnie z udzieloną odpowiedzią uzupełnionego zestawu pytań nr 9 ad4) i ad5) wraz z załącznikami tych odpowiedzi z dnia 08.08.2019 r.”

Odwołujący oświadczył, że nie oświadczył nieprawdy. Podał, że zostało to już rozpatrzone m.in. w postępowaniu odwoławczym przed Krajową Izbą Odwoławczą (wyrok KIO z 08.10.2019 r. sygn. akt KIO 1892/19) – urządzenia aktywne zostały wycenione w poz. 86 kosztorysu Instalacje elektryczne.

Wskazał, że zamawiający zarzucał w poprzednim postępowaniu odwoławczym rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia właśnie ze względu na rzekomy brak wyceny w ww. poz. 86 dostawy urządzeń aktywnych, jednak Izba w wyroku z 08.10.2019 r. potwierdziła zasadność odwołania odwołującego, uznając, że pozycja ta została ujęta w cenie oferty, natomiast jej ewentualnie niedoszacowana wysokość nie może stanowić o rażąco niskiej cenie oferty.

Oświadczył, że wycenił pozycję 86 d.2.8 (element 2.8) w kosztorysie ofertowym branży elektrycznej i mimo, że cena oferowana jest mniejsza niż cena rynkowa, którą

przedstawia zamawiający, to nie jest to różnica istotna – zgodnie z ww. wyrokiem KIO.

Wskazał, że zamawiający zacytował w Zawiadomieniu fragment odpowiedzi odwołującego z 04.11.2019 r.tj.: „Chcemy przy tym podkreślić fakt, iż biorąc pod uwagę harmonogram realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego, przewidujemy dostawę urządzeń aktywnych dla poszczególnych budynków za odpowiednio 9 i 23 miesiące od daty rozpoczęcia robót. Okres taki pozwala na prowadzenie negocjacji z wieloma partnerami i w oparciu o optymalnie dobrane urządzenia, pozwala także na uzgodnienie ich z Zamawiającym.”, sugerując przy tym, że odpowiedź potwierdza, iż odwołujący nie wycenił w swojej ofercie urządzeń aktywnych.

W ocenie odwołującego jest to twierdzenie błędne, gdyż odwołujący mógł wycenić urządzenia aktywne zgodne z wymaganiami, a wszelkie negocjacje i uzgodnienia, dotyczyłyby dostawy urządzeń zgodnych z wymaganiami lub równoważnych od różnych dostawców.

Oświadczył, że dystrybucją takich samych urządzeń aktywnych zajmują się różne firmy specjalistyczne i każda z nich mogłaby zaproponować inną cenę.

Zauważył, że zamawiający nie mógł, zgodnie z obowiązującymi przepisami, wskazać konkretnego producenta i dystrybutora, gdyż byłby to zabieg ograniczający konkurencję.

Stanął na stanowisku, że wnioski jakie wyciąga zamawiający z udzielonej odpowiedzi z 04.11.2019 są błędne.

Wskazał, że 28.08.2019 r. oświadczył, iż wycenił urządzenia o parametrach wskazanych w odpowiedziach z 08.08.2019 r., jednocześnie przy wycenie uwzględnił wszystkie odpowiedzi zamawiającego, w tym te z 06.08.2019 r.

Podkreślił, że sytuacja opisana w wyjaśnieniu z 04.11.2019 r. (negocjowanie cen) jest zdarzeniem, które ma zaistnieć na etapie realizacji i ma dotyczyć harmonogramu dostaw i płatności z podwykonawcą, a nie z zamawiającym.

Ocenił, że twierdzenie zamawiającego, iż odpowiedź z 08.08.2019 r (pismo znak: L.dz. KA- 2/763/2019), zawiera m.in wymogi i dokładny opis specjalistycznych urządzeń aktywnych wchodzących w skład zamówienia, których nie można dobrać za pomocą źródeł, na które powołuje się wykonawca (Sekocenbud, źródła internetowe) nie jest zgodne z prawdą, ponieważ nikt od wykonawcy nie wymagał doboru urządzeń, o czym świadczy treść pisma od zamawiającego z dnia 26.08.2019 r cyt:

„Zamawiający prosi o wyjaśnienie, czy w kosztorysie ofertowym dla branży elektrycznej w poz. 86 d.2.8 (element 2.8) zostały uwzględnione dostawy urządzeń aktywnych zgodnie z udzieloną odpowiedzią (przez Zamawiającego - przypis Wykonawcy) uzupełnionego zestawu pytań nr 9 ad4) i ad5) wraz z załącznikami dla tych odpowiedzi z dnia 8.08.2019 r „

Podkreślił, że pytanie brzmiało: „czy zostały uwzględnione dostawy” i odpowiedź na tak postawione pytanie została przez odwołującego udzielona.

Zwrócił uwagę, że wbrew temu co twierdzi zamawiający, odpowiedzi udzielone

w wyjaśnieniach z 04.11.2019 r. (dotyczą harmonogramu robót) nie są sprzeczne z tymi z 26.08.2019 r. (dotyczą wyceny urządzeń), ani ich treść nie świadczy o tym, że są nieprawdziwe.

Odwołujący się do orzecznictwa stwierdził, że podstawę wykluczenia mogą stanowić okoliczności, gdy zamawiający jest w stanie jednoznacznie stwierdzić nieprawidłowość, (nieprawdę) podanych danych, zaś sama okoliczność, że dany parametr nie spełnia wartości granicznej nie przesądza o uznaniu, że zamawiającemu złożono nieprawdziwą informację mającą lub mogącą mieć wpływ na wynik postępowania i stanowiącą podstawę do wykluczenia wykonawcy (wyrok z 19 listopada 2013 r., sygn. akt KIO 2575/13).

Powołał się także na wyrok KIO z 14.06.2019 r. sygn. akt KIO 970/19, zgodnie z którym: „Podstawę wykluczenia stanowią okoliczności, gdy zamawiający jest w stanie jednoznacznie stwierdzić nieprawidłowość podanych danych”.

Podsumował, że ustalone okoliczności faktyczne w sprawie, w szczególności brak wykazania przez zamawiającego, że cytowane oświadczenie jest nieprawdziwe, nie potwierdzają wystąpienia przesłanek z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, a decyzja zamawiającego o wykluczeniu odwołującego na ww. podstawie prawnej jest nieuzasadniona.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej Izbie przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przy piśmie z dnia 30 września 2019 r. oraz udostępnionej protokołem przekazania dokumentacji z dnia 17 grudnia 2019 r. – dokumentów przywołanych w dalszej części uzasadnienia, Odwołania z dnia 9 grudnia wraz z załącznikami, Odpowiedzi na odwołanie – pismo zamawiającego z dnia 16 grudnia 2019 r., Pisma przystępującego z dnia 17 grudnia 2019 r., dokumentów i materiałów złożonych przez uczestników na rozprawie, a także oświadczeń i stanowisk stron oraz przystępującego zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierował odwołanie do rozpoznania na rozprawę.

Zarzut 1 – odrzucenia oferty odwołującego ze względu na to, że treść jego oferty nie odpowiada treści SIWZ (brak wyceny czujki p.poż.: parametry techniczne czujki p.poż. i urządzeń aktywnych nie spełniają wymogów SIWZ) pomimo, iż treść oferty odwołującego jest zgodna z treścią SIWZ, czym zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp

oraz

zarzut 3 – odrzucenia oferty odwołującego w oparciu o błędne przyjęcie, że nie spełniają wymogów SIWZ urządzenia aktywne pomimo, że urządzenia aktywne (ujęte w pozycji nr 86 kosztorysu ofertowego Instalacje elektryczne) spełniają wymogi SIWZ, o czym zamawiający by się przekonał gdyby wezwał odwołującego do wyjaśnienia treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 w zakresie ww. parametrów, czym zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z 87 ust. 1 ustawy Pzp częściowo się potwierdził, tj. w odniesieniu do odrzucenia oferty odwołującego z powodu niezgodności parametrów urządzeń aktywnych z parametrami wymaganymi przez zamawiającego.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Zamawiający ustalił, że formą rozliczenia wynagrodzenia będzie rozliczenie kosztorysowe (pkt 17 SIWZ „Opis sposobu obliczenia ceny” ppkt 17.1. oraz § 4 ust. 2 projektu umowy, stanowiącego załącznik nr 7 do SIWZ).

Zamawiający przewidział, że kosztorys stanowi podstawę do ewentualnego obniżenia wynagrodzenia określonego w ofercie w przypadku rezygnacji przez zamawiającego z części robót oraz zmiany wysokości wynagrodzenia w przypadkach określonych w umowie (pkt 17 SIWZ „Opis sposobu obliczenia ceny” ppkt 17.15.).

Cenę oferty należało obliczyć metodą kalkulacji szczegółowej, przewidującą stawkę robocizny, narzuty, podstawy nakładów, ilości i ceny jednostkowe oraz zestawienia R, M, S z podaniem ich cen jednostkowych, do oferty należało złożyć wydruk kosztorysu w wersji uproszczonej. (pkt 17 „Opis sposobu obliczenia ceny” SIWZ ppkt 17.2.).

Odwołujący oświadczył (pismo z dnia 4 listopada 2019 r.), na wezwanie zamawiającego do złożenia wyjaśnień z dnia 28 października 2019 r. („W poz. 94 – brak dostawy czujki p.poż. Zamawiający zwraca się z prośbą o złożenie wyjaśnień co do prawidłowości braku zastosowanego materiału na potrzeby wykonania zamówienia”), że „W pozycji 94 dostawa czujek ppoż została uwzględniona w cenie jednostkowej tej pozycji”.

Pismem z dnia 4 grudnia 2019 r. zamawiający zawiadomił odwołującego o odrzuceniu jego oferty, wskazując że stwierdził niezgodność oferty odwołującego z treścią SIWZ w aspekcie braku wyceny materiału – czujki p.poż. w kosztorysie ofertowym Instalacje elektryczne w poz. 94, jak również w zestawieniu R, M, S kosztorysu ofertowego.

Pismem z dnia 8 sierpnia 2019 r. „Odpowiedź na zapytania w sprawie SIWZ” zamawiający, w związku z prośbą o uzupełnienie dokumentacji przetargowej o schemat okablowania strukturalnego (pytanie 4) oraz o uzupełnienie dokumentacji przetargowej o zestawienie materiałowe, a także zestawienia sprzętu aktywnego – w przypadku, gdy w zakres oferty ma wchodzić sprzęt aktywny (pytanie 5), udzielił wspólnej odpowiedzi, tj. przekazując uzupełniony rysunek 39/E oraz uzupełnienie do opisu pkt. 2.11 projektu wykonawczego Instalacji okablowania strukturalnego, dodatkowo wskazując, że instalację strukturalną należy wykonać zgodnie z opisem technicznym i lokalizacją punktów końcowych na rysunkach oraz, że przyjęć należy zapas na ewentualną rozbudowę szafy na poziomie 20%.

W ramach dodatkowo przekazanej dokumentacji zamawiający ujął zestawienie ilościowe urządzeń aktywnych sieci LAN oraz swoje wymagania co do urządzeń aktywnych.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby, w odniesieniu do tej części zarzutu, która dotyczy odrzucenia oferty odwołującego z powodu niezgodności parametrów czujek p.poż. z parametrami wymaganymi przez zamawiającego, wskazuje, że zarzut jest bezprzedmiotowy.

W zawiadomieniu o odrzuceniu oferty odwołującego zamawiający, po uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego z powodu braku wyceny czujki podał: *„Dodatkowo Zamawiający informuje, że parametry techniczne zaproponowanej czujki nie spełniają wymogów SIWZ.”*

W Odpowiedzi na odwołanie zamawiający stwierdził, że okoliczność *„nie spełniania przez parametry techniczne czujek wymogów SIWZ”* nie była podstawą odrzucenia oferty odwołującego (str. 6, drugi akapit).

Na posiedzeniu zamawiający potwierdził, że *„kwestia niezgodności czujek, tj. ich parametrów z wymogami SIWZ nie stanowiła podstawy odrzucenia oferty odwołującego.”* (str. 3 Protokołu posiedzenia i rozprawy).

Wobec powyższego zarzut w tej części jako bezprzedmiotowy należało oddalić.

W odniesieniu tej części zarzutu, która dotyczy braku wyceny czujek p.poż. w ofercie odwołującego skład orzekający Izby stwierdził, na podstawie ww. postanowień SIWZ, że bezsprzecznie w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego cena ofertowa winna być obliczona metodą kalkulacji szczegółowej. Oznacza to, że kosztorys szczegółowy, który sporządzał wykonawca w celu obliczenia ceny ofertowej winien w poszczególnych pozycjach ujmować ceny jednostkowe także samych materiałów.

W złożonym przez odwołującego „w ramach oferty” wydruku kosztorysu w wersji

uproszczonej – Kosztorys ofertowy Instalacje elektryczne w poz. 94 odwołujący podał: Montaż czujek pożarowych – izotopowa lub optyczna dymu w ilości 303 szt. za cenę jednostkową 61,91 zł netto.

W złożonym przez odwołującego kosztorysie szczegółowym (złożonym przez odwołującego dodatkowo, obok żądanego przez zamawiającego wydruku kosztorysu w wersji uproszczonej) na str. 18 w pozycji 94 w kolumnie odnoszącej się do materiałów („M”) odwołujący wpisał „0” (podobnie w kolumnie „S”). Kwota 61,91 zł została wpisana w odniesieniu do robocizny („R”).

Kosztorys uproszczony winien „być konsekwencją” kosztorysu szczegółowego skoro zamawiający narzucił – w celu obliczenia ceny – metodę kalkulacji szczegółowej – oba te dokumenty winny być zgodne, spójne.

Skoro w kosztorysie szczegółowym odwołujący w poz. 94 robociznę wycenił na 61,91 zł (cena jednostkowa) to nie może twierdzić, że odpowiadająca pozycji 94 z kosztorysu szczegółowego zagregowana pozycja 94 kosztorysu uproszczonego zawiera coś więcej, tj. także cenę materiału – czujki.

Skład orzekający Izby uwzględnił dowód z wydruku str. 18 kosztorysu szczegółowego odwołującego – wprawdzie zamawiający nie wymagał na etapie składania ofert jego złożenia to oba kosztorysy winny być ze sobą zgodne, spójne. Owej zgodności kosztorysom odwołującego zabrakło.

Skoro wycena miała nastąpić na podstawie kosztorysu szczegółowego, a ten wyceny materiału – czujek nie zawierał, to w konsekwencji nie można uznać, że „będący jego konsekwencją” kosztorys uproszczony materiał ten zawiera.

W odniesieniu do tej części zarzutu, która dotyczy odrzucenia oferty odwołującego z powodu niezgodności parametrów urządzeń aktywnych z parametrami wymaganymi przez zamawiającego, skład orzekający Izby wskazuje, że zamawiający w treści SIWZ nie przewidział żadnego postanowienia SIWZ pozwalającego na żądanie od wykonawcy opisu wycenionych urządzeń aktywnych oraz żadnego postanowienia SIWZ, które przewiduje badanie, na etapie składania ofert, zgodności wycenianych urządzeń z wymaganiami SIWZ.

O ile „upewnienie” się przez zamawiającego, z wykorzystaniem przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, że wykonawca ujął w wycenie dostawę urządzeń aktywnych – ze względu na szeroki zakres uzupełnień dokumentacji przetargowej w odniesieniu do tychże urządzeń w piśmie z dnia 8 sierpnia 2019 r. – nie budzi zastrzeżeń składu orzekającego Izby, o tyle nie można zaakceptować odrzucenia oferty wykonawcy z powodu niezgodności treści oferty odwołującego z treścią SIWZ skoro zamawiający nie przewidział w ogóle badania ofert w tym zakresie.

Podkreślić przy tym należy, że czym innym jest niska, czy wręcz rażąco niska wycena danej pozycji (nie oznacza to automatycznie, że zaoferowano cenę rażąco niską), czym innym złożenie oferty z rażąco niską ceną (nie oznacza to automatycznie, że zaoferowano przedmiot zamówienia niezgodny z oczekiwaniami zamawiającego; może to oznaczać „jedynie”, że rażąco nisko go wyceniono), czym innym wreszcie zaoferowanie przedmiotu zamówienia o parametrach, które nie są zgodne z określonymi przez zamawiającego w SIWZ.

Jak wskazano powyżej zamawiający nie przewidział badania ofert pod kątem zgodności urządzeń aktywnych z wymaganiami zamawiającego (nie przewidując także żadnych dokumentów przedmiotowych, które byłyby podstawą takiej weryfikacji), toteż nie może na etapie badania i oceny ofert wykraczać poza wskazany przez siebie w SIWZ, wiążący tak dla zamawiającego, jak i innych wykonawców, sposób oceny. Innymi słowy, zamawiający nie zapewnił sobie możliwości weryfikacji parametrów urządzeń aktywnych na etapie ofertowania, przenosząc to na etap realizacji zamówienia.

Potwierdzeniem tegoż jest odpowiedź zamawiającego, że *„Podczas realizacji zadania Wykonawca zobowiązany będzie do uzyskiwania od Zamawiającego akceptacji dla wbudowywanych materiałów (urządzeń) – poprzez podpisane Karty Materiałowe wg wzoru Zamawiającego dołączonego do SIWZ”* (Odpowiedź na zapytania w sprawie SIWZ z dnia 6 sierpnia 2019 r. , zestaw 11, pytanie i odpowiedź nr 1).

Błędnie w Odpowiedzi na odwołanie zamawiający twierdził, że *„(...) w odpowiedzi na zapytania w sprawie SIWZ udzielonej przez zamawiającego 08.08.2019 r. w zakresie zestawu nr 9 – pytań 4) oraz 5), Zamawiający wyraźnie wskazał, iż „Jeżeli oferent zdecyduje się na zastosowanie rozwiązania alternatywnego, powinien do oferty dołączyć listę materiałów, jak również wszelkie dokumenty pozwalające ocenić zgodność z wymogami SIWZ i dokumentacji projektowej wraz z załącznikami”* (str. 8 Odpowiedzi na odwołanie, pierwszy akapit), ponieważ zacytowanej przez zamawiającego w Odpowiedzi na odwołanie treści – w wyjaśnieniach z dnia 8 sierpnia 2019 r. – nie ma. Dodatkowo pozostawałaby ona w sprzeczności z ww. Odpowiedzią na zapytania w sprawie SIWZ z dnia 6 sierpnia 2019 r. , zestaw 11, pytanie i odpowiedź nr 1

Bezcelowe jest w związku z powyższym wzywianie odwołującego do dalszych wyjaśnień co do urządzeń aktywnych.

Zarzut 2 – odrzucenia oferty odwołującego w oparciu o błędne przyjęcie, że w pozycji nr 94 kosztorysu ofertowego Instalacje elektryczne „brak wyceny materiału, tj. czujka p.poż oraz parametry techniczne zaproponowanej czujki nie spełniają wymogów

SIWZ, a brak czujek w Zestawieniu materiałów można było poprawić, jako tzw. inną omyłkę niepowodującą istotnych zmian w treści oferty, dysponując informacjami z kosztorysu oraz złożonych ww. wyjaśnień treści oferty, natomiast parametry techniczne zaproponowanej czujki spełniają wymogi SIWZ, o czym zamawiający mógł się przekonać, gdyby wezwał odwołującego do wyjaśnienia treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 w zakresie ww. parametrów, czym zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z 87 ust. 1 i art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Rozpoznając zarzut pierwszy, skład orzekający Izby rozstrzygnął, że w pozycji nr 94 kosztorysu ofertowego Instalacje elektryczne odwołujący nie wycenił materiału – czujek p.poż. oraz, że zarzut w części dotyczącej niezgodności parametrów technicznych zaproponowanej przez odwołującego czujki jest bezprzedmiotowy.

Analizie w ramach tego zarzutu poddać zatem należy „jedynie” możliwość poprawy przez zamawiającego pozycji 94.

Abstrahując od tego, że w warstwie formalnej opis pozycji 94 kosztorysu ofertowego odwołującego w wersji uproszczonej nie był sprzeczny z opisem tej pozycji w przedmiarze, podnieść należy, że zmiana wyceny tej pozycji, poprzez uwzględnienie (dodanie) ceny jednostkowej czujki p.poż. musiałoby zostać poprzedzone wskazaniem przez odwołującego ceny jednostkowej czujki, co pozostawałoby wprost sprzeczne z ustawowym zakazem negocjacji dotyczących złożonej oferty, o którym mowa w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp (zdanie drugie). Zamawiający nie ma żadnych informacji, które pozwalałyby wyodrębnić – na podstawie treści oferty odwołującego – cenę jednostkową czujki.

Odwołujący takich informacji w swojej ofercie (kosztorysie ofertowym) nie wskazał.

Zarzut 4 – odrzucenia oferty odwołującego ze względu na błąd w obliczeniu ceny – zastosowanie błędnych współczynników we wskazanych pozycjach kosztorysowych, pomimo, iż odwołujący uwzględnił współczynniki zgodnie z treścią SIWZ (w tym pkt 17.10 SIWZ oraz wyjaśnienia do SIWZ z 06.08.2019 r. Zestaw nr 10 odp. nr 1), o czym zamawiający mógł się przekonać, gdyby wezwał odwołującego do wyjaśnień treści oferty w tym zakresie, czym zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 87 ust. 1 i art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Zgodnie z pkt. 17 „Opis sposobu obliczenia ceny” SIWZ ppkt 17.10 „Dopuszcza się zmiany katalogowe przedstawionych podstaw wycen, pod warunkiem, że będą dotyczyły i odpowiadały temu samemu rodzajowi robót opisanych w danych pozycjach przedmiarowych.”

W „Odpowiedzi na zapytania w sprawie SIWZ” z dnia 6 sierpnia 2019 r. na pytanie o treści” „Proszę o informację czy koniecznej jest pełne zachowanie opisów tablic zgodnie z przedmiarem ?, czy dopuszcza się zmianę nakładów wewnątrz tablicy przedmiarowej ?” zamawiający udzielił następującej odpowiedzi: „Opisy tablic pozycji przedmiarowych można przyjmować zgodnie z treścią generowaną przez posiadany program kosztorysowy. Nakłady normatywne dla poszczególnych tabeli nie powinny być modyfikowane, dopuszcza się zastosowanie innych podstaw nakładów, pod warunkiem, że będzie to zakres tożsamy. Jeżeli Oferent dokona modyfikacji nakładów w konkretnej tabeli to powinien oznaczyć tą pozycję jako – kalkulacja własna (wycena indywidualna).”

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Odwołujący oświadczył w odwołaniu, że „zgodnie z zapisem SIWZ z pkt 17.10, (...) dokonał dozwolonej modyfikacji katalogowych podstaw wyceny w kwestionowanych pozycjach kosztorysu”.

Analiza złożonych przez odwołującego kosztorysów nie pozostawia jednak wątpliwości co do tego, że żadna z pozycji kosztorysowych nie została przez odwołującego opisana „kalkulacja własna” lub w sposób znaczeniowo tożsamy.

W ocenie składu orzekającego Izby brakowi opisu należy przypisać (w świetle wyjaśnień zamawiającego z dnia 6 sierpnia 2019 r.) takie znaczenie, iż zamawiający winien przyjąć, że wykonawca nie skorzystał z dopuszczonych ppkt. 17.10 SIWZ zmian, a w konsekwencji, że stwierdzone niezgodności co do podstaw wyceny w pozycjach kosztorysowych odwołującego z podstawami wyceny w przedmiarach zamawiającego obligują zamawiającego do odrzucenia oferty odwołującego.

Skoro na podstawie treści oferty odwołującego (kosztorysów), uwzględniając wyjaśnienia do SIWZ z dnia 6 sierpnia 2019 r., zamawiający może jedynie przyjąć, że wykonawca nie skorzystał z dopuszczonych ppkt. 17.10 SIWZ zmian, a odwołujący obecnie, po terminie składania ofert twierdzi przeciwnie, to zamawiający nie może przystąpić do dokonywania jakichkolwiek poprawek w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, ponieważ nie sposób w takiej sytuacji mówić o omyłce odwołującego.

Zarzut 5 – wykluczenia odwołującego z postępowania z powodu błędnego uznania, że w piśmie z 28.08.2019 r. oświadczył nieprawdę, twierdząc że „w kosztorysie ofertowym branży elektrycznej w poz. 86 d.2.8 (element 2.8) zostały ujęte dostawy urządzeń aktywnych zgodnie z udzieloną odpowiedzią uzupełnionego zestawu pytań nr 9 ad4) i ad5) wraz z załącznikami tych odpowiedzi z dnia 08.08.2019 r.” przez co przedstawił informacje wprowadzające zamawiającego w błąd, czym zamawiający naruszył przepis art. 24 ust. 1 pkt 17 i art. 7 art. 1 potwierdził się

Skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

W toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający wielokrotnie wzywał odwołującego do złożenia wyjaśnień (tak przed, jak i po rozprawie z dnia 8 października 2019 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1892/19). Wyjaśnienia odwołujący składał także w postępowaniu odwoławczym w sprawie o sygn. akt KIO 1892/19.

W „Zawiadomieniu o odrzuceniu oferty” z dnia 4 grudnia 2019 r. zamawiający zawiadomił także odwołującego o wykluczeniu go z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

Skład orzekający Izby zauważa, że okolicznością faktyczną uzasadniającą wykluczenie wykonawcy nie może być to jedynie, że „Zamawiający podważa prawdziwość oświadczenia” odwołującego (str. 5 „Zawiadomienia o odrzuceniu oferty” z dnia 4 grudnia 2019 r.).

W języku polskim „podważać” (w przenośni) to: osłabiać czyjąś powagę, czyjsz autorytet, poddać w wątpliwość coś, co uchodzi za pewnik.

Zamawiający, stosując przepis art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, musi mieć pewność i musi wykazać, że wykonawca w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające zamawiającego w błąd.

Abstrahując od oceny, czy odwołujący rzeczywiście przedstawił informacje wprowadzającego w błąd zamawiającego, czy też zamawiający w niewłaściwy sposób interpretował kolejne wyjaśnienia odwołującego (z dnia 28 sierpnia 2018 r., z dnia 11 września 2019 r., złożone na rozprawie w dniu 8 października 2019 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1892/19, z dnia 4 listopada 2019 r.) skład orzekający Izby podnosi, że wykluczenie wykonawcy na podstawie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp wymaga nie tylko wykazania, że wykonawca przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, ale także, że stało się to w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa, a w dalszej kolejności, że były to informacje mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego.

Zamawiający, uzasadniając wykluczenie odwołującego na wskazanej wyżej podstawie prawnej zaprezentował ocenę, iż „*uważa, że Wykonawca co najmniej w wyniku rażącego niedbalstwa przedstawił Zamawiającemu wprowadzające w błąd oświadczenie*”, pozostawiając jednak swoją ocenę gołosłowną w kwestii działania odwołującego w wyniku niedbalstwa.

Fakt, że zamawiający nie wykazał jednej z przesłanek wykluczenia, tj. iż odwołujący działał w wyniku niedbalstwa (i to rażącego) przesądza o niedopuszczalności wykluczenia odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp i to niezależnie od wystąpienia pozostałych przesłanek, o których mowa w tym przepisie.

Uwzględniając powyższe, wobec potwierdzenia się, że zamawiający zasadnie odrzucił ofertę odwołującego (brak wyceny czujek p.poż.), skład orzekający Izby orzekł jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, § 3 pkt 1) lit. a) oraz pkt 2) lit. b) 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: