

WYROK

z dnia 30 maja 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 maja 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 maja 2016 r. przez wykonawcę **GROM.CO Sp. z o.o., ul. Wrzosowa 11, 05-152 Kazuń Bielany** w postępowaniu prowadzonym przez **Akademię Obrony Narodowej, Al. Gen. A. Chruściela 103, 00-910 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **Marabud Zakład Remontowo-Budowlany M.Ch. i M.D. Sp. j., ul. Kajetańska 9, 00-495 Warszawa**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz ponowienie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego,**
2. **kosztami postępowania obciąża Akademię Obrony Narodowej, Al. Gen. A. Chruściela 103, 00-910 Warszawa i:**
 - 2.1. **zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę GROM.CO Sp. z o.o., ul. Wrzosowa 11, 05-152 Kazuń Bielany tytułem wpisu od odwołania,**
 - 2.2. **zasądza od Akademii Obrony Narodowej, Al. Gen. A. Chruściela 103, 00-910 Warszawa na rzecz wykonawcy GROM.CO Sp. z o.o., ul. Wrzosowa 11, 05-152 Kazuń Bielany kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. 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 Warszawie.

Przewodniczący

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, ogłoszonym w dniu 22 marca 2016 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 64750 – 20162, na „Dostosowanie budynku nr 14 do przepisów higieniczno-sanitarnych etap III i V na terenie Akademii Obrony Narodowej” (nr sprawy 27/2016), prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Akademię Obrony Narodowej wykonawca GROM.CO Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego, polegającej na odrzuceniu oferty złożonej przez odwołującego z naruszeniem przepisów art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 87 ust. 1 i 2 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) [dalej: ustawa Pzp], co w konsekwencji oznacza, że wybór oferty dokonany przez zamawiającego narusza art. 91 ust. 1 PZP, gdyż wybrana oferta nie jest ofertą najkorzystniejszą.

Odwołujący zażądał nakazania zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty złożonej przez odwołującego i czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz powtórzenia oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego i dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.

Ponadto zażądał zasądzenia od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego w wysokości prawem przepisanej, w tym kosztów zastępstwa procesowego w wysokości 3600 zł.

Odwołujący podał, że jako pierwszą podstawę niezgodności zamawiający wskazał, iż w załączonym do oferty „kosztorysie ofertowym sanitarnym c.o. Etap III i V (Przedmiar sanitarny c.o. dodatkowy bud nr 14 - ETAP 3 i 5), wykonawca w pozycjach 56-65 zaoferował grzejnik stalowy jednopłytowy z kompletem zawiesznień, a nie – jak wymagał zamawiający – grzejnik stalowy płytowy, PURMO COMPAKT, typ C/22/C33 z wbudowanym zaworem termostatycznym lub równoważny, który jest grzejnikiem wielopłytowym.

Odwołujący podał także, że jako drugą podstawę niezgodności zamawiający wskazał, że „w tym samym kosztorysie w poz. 66 Wykonawca zaoferował zawory grzejnikowe mosiężne o śr. nominalnej 15mm, a nie jak wymagał Zamawiający głowice termostatyczne z czujnikiem cieczowym do zaworów termostatycznych”.

Odwołujący wskazał, że Rozdział VIII specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”) – sposób obliczenia ceny pkt 3 i 4 stanowi że:

„3. Cena oferty musi wynikać z załączonego do oferty kosztorysu ofertowego sporządzonego na podstawie: przedmiarów robót, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót

budowlanych, projektów wykonawczych dla robót w poszczególnych branżach załączonych do siwz.

4. Szczegółowe wymagania, jakim ma odpowiadać opracowanie kosztorysowe:

- 1) rodzaj kosztorysu: ofertowy;*
- 2) metoda kalkulacji: szczegółowa;*
- 3) formuła kalkulacyjna: na podstawie wskazanych szczegółowych danych kalkulacyjnych załączonych do przedmiaru robót z kalkulacją własną kosztów pośrednich i zysku;*
- 4) w każdej pozycji kosztorysowej należy podać wartość jednostkową robót oraz wartość całkowitą robót wraz z kosztami pośrednimi i zyskiem;*
- 5) koszty zakupu należy uwzględnić w cenach materiałów;*
- 6) do kosztorysu należy dołączyć wykaz materiałów;*
- 7) zakazuje się ujmowania w kosztorysie dodatków i opustów oraz ewentualnych innych składników kalkulacyjnych poza tymi, które wynikają z formuły kalkulacyjnej;*
- 8) wskaźniki cenotwórcze dla poszczególnych branż nie muszą być jednakowe, ceny pracy sprzętu i materiałów nie muszą posiadać zgodności cenowych w branżach, stawka Rg może być różna dla poszczególnych branż, wartość Rg, może być zmienna w zależności od charakteru prac (prace przygotowawcze - rozbiórkowe; prace zasadnicze wykończeniowe itp., składnik Rg jego nakłady mogą być przyjęte w postaci „OSOBNO” (robotnik, murarz, malarz itp.).”*

Odwołujący stanął na stanowisku, że z ww. pkt. 4 ppkt 3) wynika, że kalkulacji ceny należało dokonać na podstawie szczegółowych danych załączonych do przedmiaru robót.

Podał, że w przedmiarze zamieszczonym na stronie internetowej zamawiającego – przedmiar sanitarny c.o. dodatkowy bud.nr 14-Etap 3 i 5), zamawiający wskazał w poz. od 56 do 65 podstawę wyceny KNNR 4 0418-04, która dotyczy grzejników jednopłytkowych o wysokości 600-900 i długości do 3000mm.

Odwołujący wyjaśnił, że w związku z tym wczytanie załączonego przedmiaru do programu kosztorysowego spowodowało, że wszystkie składniki cenotwórcze dla tej tablicy zostały wczytane łącznie z nazwą materiału przypisaną dla tej tablicy, to jest „*grzejniki stalowe jednopłytkowe*”.

Odwołujący podniósł, że w opisie całej każdej z zakwestionowanych pozycji dokonał wyraźnego zaznaczenia, że dotyczy ona grzejników płytowych PURMO COMPACT (typ odpowiednio C/22 lub C/33), tj. grzejników wymaganych przez zamawiającego.

Odwołujący podał również, że w przedmiarze zamieszczonym na stronie internetowej zamawiającego – przedmiar sanitarny c.o. dodatkowy bud.nr 14-Etap 3 i 5), zamawiający

wskazał w poz.66 podstawę wyceny KNNR 4 0412-01, która dotyczy zaworów grzejnikowych mosiężnych – w tytule pozycji opisano „*Głowice termostatyczne z czujnikiem cieczowym do zaworów termostatycznych*”.

Odwołujący wskazał, że analogicznie jak w poprzednim punkcie, wczytanie przedmiaru do programu kosztorysowego spowodowało, że w nazwie materiału podany jest nazwa materiału odpowiednio do zastosowanej tablicy, tj. „*zawór grzejnikowy mosiężny*”, jednakże, także w tym przypadku, z tytułu tablicy wynikało wyraźnie, iż oferta dotyczy „*głowic termostatycznych z czujnikiem cieczowym do zaworów termostatycznych*”, tj. materiałów wymaganych przez zamawiającego.

Odwołujący stwierdził, że oznacza, to że zakres rzeczowy był zgodny z zakresem wynikającym z SIWZ, co wynikało jasno z treści oferty.

Podkreślił, że zamawiający powołał się na niezgodność z treścią SIWZ dokładnie w tym samym zakresie u innych wykonawców: REDIL J.R., SEBUD PRB S.Ś., PPHU RAF-MAR Usługi Remontowe R.N. oraz PHU ELKO s.c. T.S..

Zdaniem odwołującego przyczyna powstałych rozbieżności pomiędzy opisem pozycji a nazwą materiału wynika z błędnie podanej podstawy wyceny w przedmiarze robót, o czym świadczy fakt, że dokładnie te same pozycje zostały wskazane przez zamawiającego we wszystkich odrzuconych ofertach – trudno bowiem uznać, iż wszyscy odrzuceni oferenci zgodnie postanowili zaproponować takie same, niezgodne z SIWZ materiały dla tych samych pozycji oferty.

Staął na stanowisku, że należy mówić o technicznej niespójności ofert, wywołanej sposobem sformułowania zapisów SIWZ przez zamawiającego, która jednak nie przekreślała faktu, iż z oferty odwołującego jasno wynikało, iż oferuje on wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnego z SIWZ.

Podsumował, że nie istniała podstawa do odrzucenia oferty odwołującego ze względu na jej sprzeczność z SIWZ na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący dodatkowo podniósł, że w przypadku, gdyby zamawiający miał wątpliwości co do znaczenia zapisów oferty odwołującego, powinien był zastosować art. 87 ust. 1 Pzp i zwrócić się do odwołującego o wyjaśnienie treści oferty, a następnie – jeżeli uznałby nazwy materiałów zawarte w zakwestionowanych pozycjach kosztorysu za niezgodność oferty z SIWZ – dokonać w tym zakresie poprawek oferty, gdyż nieścisłości te można co najwyżej uznać za inne omyłki, których poprawienie nie powoduje istotnych zmian w treści oferty.

Powołując się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej wskazał, że celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest dokonanie wyboru oferty

najbardziej poprawnej formalnie, lecz dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej ekonomicznie (wyrok KIO z dnia 10 czerwca 2013 r. KIO 1266/13; wyrok KIO z dnia 23 marca 2011 r. KIO 522/11).

Stwierdził nadto, że złożenie oferty – co do zasady – stanowi de facto zaakceptowanie przez wykonawcę jednostronnie określonych przez zamawiającego oczekiwań co do zaoferowanego przedmiotu zamówienia, stąd jako zasadę należy przyjąć, że wykonawca podejmując decyzję o uczestnictwie w postępowaniu i złożeniu w nim oferty chce przez to uczynić zadość postawionym w postępowaniu wymaganiom, w szczególności co do przedmiotu zamówienia, aby oferta odpowiadała treści SIWZ; w konsekwencji – jeżeli jakieś konkretne okoliczności dobitnie nie wskazują, że jest inaczej – należy przyjąć założenie, zgodnie z którym wykonawcy składają oferty w dobrej wierze i na serio, a zatem z zamiarem zaoferowania świadczenia we wszystkich elementach zgodnego z wymaganiami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia.

Dodał, że nie zawsze wykonawcom udaje się, z różnych względów, złożyć ofertę, której treść jest w pełni zgodna z treścią SIWZ i wtedy obowiązkiem zamawiającego jest rzetelne rozważenie możliwości zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Zdaniem odwołującego nie sposób zaakceptować stanowiska, że sam fakt złożenia oferty nie w pełni zgodnej z SIWZ jest dowodem woli złożenia przez wykonawcę oferty niezgodnej z SIWZ, gdyż wtedy przepis ten pozostałby martwy (wyrok KIO 1472/15 z dnia 22 lipca 2015 r.).

Powołując się dalej na orzecznictwo Izby wskazał, że biorąc pod uwagę obowiązek rzetelnego przeprowadzenia postępowania i prawidłowej oceny ofert, art. 87 ust. 1 ustawy Pzp należy odczytywać nie tylko jako uprawnienie zamawiającego zależne od jego uznania, co raczej kompetencję, tj. prawo do żądania wyjaśnień powiązane z obowiązkiem ich zażądania w celu dochowania wymaganej staranności w procedurze badania i oceny ofert – zgodnie z utrwalonym poglądem Krajowej Izby Odwoławczej możliwość, o której mówi art. 87 ust. 1 ustawy Pzp przeradza się wręcz w obowiązek, gdy oferta zawiera postanowienia niejasne, sprzeczne lub gdy jej treści nie da się jednoznacznie i stanowczo wyjaśnić bez udziału wykonawcy (wyrok KIO z dnia 25 marca 2011 r. KIO 510/11; wyrok KIO z dnia 13 sierpnia 2009 r. KIO/UZP 992/09; wyrok KIO z dnia 3 grudnia 2009 r. KIO/UZP 1519/09, KIO/UZP 1520/09).

Uzupełnił, że wyjaśnienia co do zasady nie mogą prowadzić do zmiany treści oferty, a jedynie ograniczać się do jej wykładni, jednak zakazu negocjacji nie należy utożsamiać z niedopuszczalnością posłużenia się wyjaśnieniami dokonywanymi w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp jako źródłem wiedzy zamawiającego niezbędnej do prawidłowego dokonania czynności określonych w art. 87 ust. 2 ustawy Pzp – zamawiający ma obowiązek dokonania

poprawek w ofercie, o których mowa w art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, a realizacja tego obowiązku może być poprzedzona wyjaśnieniami.

Podsumował, że zamawiający nie miał prawa do odrzucenia oferty odwołującego, a w przypadku, jeżeli miał wątpliwości co do jej treści, powinien był zwrócić się do odwołującego o wyjaśnienie znaczenia jej zapisów i dokonać stosownych poprawek, które nie wpłynęłyby na treść oferty – brak zwrócenia się do odwołującego o wyjaśnienia w zakresie treści oferty i niedokonanie poprawek w treści oferty przez zamawiającego stanowi naruszenie art. 87 ust 1 i 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przedłożonej Izbie przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przy piśmie z dnia 23 maja 2016 r., „Projektu wykonawczego – Zamienny Etap 3 Instalacja Centralnego Ogrzewania”, Projektu wykonawczego – Zamienny Etap 5 Instalacja Centralnego Ogrzewania”, Zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego z dnia 19 maja 2016 r., Odpowiedzi na odwołanie – pismo zamawiającego z dnia 23 maja 2016 r., a także stanowisk stron i przystępującego zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Zarzut bezpodstawnego odrzucenia oferty odwołującego z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

W Rozdziale IV SIWZ „Przedmiot zamówienia, termin i miejsce wykonania zamówienia” w pkt. 3 zamawiający wskazał: „Przedmiot zamówienia opisują: Załącznik nr 1A do siwz – Specyfikacje Techniczne Wykonania i Odbioru Robót; Załącznik nr 1B do siwz – przedmiary robót; Załącznik nr 1C do siwz – projekty wykonawcze. *Ileokroć w dokumentacji technicznej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót, przedmiarach robót, projektach wykonawczych użyte są nazwy własne produktów/materiałów Zamawiający dopuszcza zastosowanie produktów/materiałów równoważnych*”.

W „Projekcie wykonawczym – Zamienny Etap 3 Instalacja Centralnego Ogrzewania”, oraz w „Projekcie wykonawczym – Zamienny Etap 5 Instalacja Centralnego Ogrzewania” na str. 16, zawierającej zestawienie materiałów, zamawiający wskazał: „GRZEJNIKI:

1) Grzejnik stalowy płytowy PURMO Compact C22, (...) wysokość H = 600 mm:

- L=0,70 m szt. 5
- L=0,80 m szt. 3
- L= 0,60 m szt. 20

- L= 0,40 m szt. 1
- L= 0,90 m szt. 3
- L= 1,00 m szt. 1
- L=0,50 m szt. 1

2) Grzejnik stalowy płytowy PURMO Compact C22, (...) wysokość H = 500 mm: - L= 0,90 m szt. 17,

3) Grzejnik stalowy płytowy PURMO Compact C33, (...) wysokość H = 500 mm: - L= 1,20 m szt. 4,

4) Grzejnik stalowy płytowy PURMO Compact C33, (...) wysokość H = 600 mm: - L= 0,90 m szt. 4",

a nadto „Zawór termostatyczny V-exact II (...)”.

W Rozdziale VII SIWZ „Oferta oraz oświadczenia i dokumenty, jakie mają dostarczyć Wykonawcy” zamawiający podał: „Oferta musi zawierać: 1) Formularz ofertowy – sporządzony zgodnie z załącznikiem nr 1 do SIWZ, 2) ofertę cenową (kosztorys ofertowy) sporządzony na podstawie przedmiarów robót, dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót załączonych do siwz, Kosztorys ofertowy powinien być wykonany jako szczegółowy z podaniem: podstawy wyceny (zgodnej z podanymi w przedmiarach), stawki roboczogodziny, kosztów pośrednich /Kp/, Zysku /Z/, oraz VAT”.

W Rozdziale VIII SIWZ „Opis sposobu obliczenia ceny” zamawiający zażądał: „Cena oferty musi wynikać z załączonego do oferty kosztorysu ofertowego sporządzonego na podstawie: przedmiarów robót, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych, projektów wykonawczych dla robót w poszczególnych branżach załączonych do siwz” oraz wskazał: „Szczegółowe wymagania, jakim ma odpowiadać opracowanie kosztorysowe: 1) rodzaj kosztorysu: ofertowy; 2) metoda kalkulacji: szczegółowa; 3) formuła kalkulacyjna: na podstawie wskazanych szczegółowych danych kalkulacyjnych załączonych do przedmiaru robót z kalkulacją własną własna kosztów pośrednich i zysku; 4) w każdej pozycji kosztorysowej należy podać wartość jednostkową robót oraz wartość całkowitą robót wraz z kosztami pośrednimi i zyskiem; 5) koszty zakupu należy uwzględnić w cenach materiałów; 6) do kosztorysu należy dołączyć wykaz materiałów; 7) zakazuje się ujmowania w kosztorysie dodatków i opustów oraz ewentualnych innych składników kalkulacyjnych poza tymi, które wynikają z formuły kalkulacyjnej. 8) wskaźniki cenotwórcze dla poszczególnych branż nie muszą być jednakowe, ceny pracy sprzętu i materiałów nie muszą posiadać zgodności cenowych w branżach, stawka Rg może być różna dla poszczególnych brana, wartość Rg może być zmienna w zależności od charakteru prac (...)”.

Zgodnie z Rozdziałem IX SIWZ „Sposób przygotowania oferty” zamawiający podał, że „Ofertę cenową należy sporządzić wg wzoru z załącznika nr 1 do SIWZ – Formularz oferty”.

W piśmie z dnia 1 kwietnia 2016 r., stanowiącym „Wyjaśnienie 3 Treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia” zamawiający dodatkowo podał: „Koszty oferty należy wykonać na podstawie przedmiarów zamieszczonych w programie Norma – wersja ATH – szt. 11”.

W przekazanych jako część SIWZ przedmiarach w pozycjach 56-65 zamawiający wskazał podstawę wyceny „KNNR 4 0418-04”, zaś w kolumnie „Opis i wyliczenia” w poszczególnych pozycjach:

- 56 – „Grzejnik stalowy płytowy, PURMO COMPACT, typ C22, wysokość H=500 mm L=800 mm, z wbudowanym zaworem termostatycznym”,
- 57 – „Grzejnik stalowy płytowy, PURMO COMPACT, typ C22, wysokość H=500 mm L=900 mm, z wbudowanym zaworem termostatycznym”,
- 58 – „Grzejnik stalowy płytowy, PURMO COMPACT, typ C22, wysokość H=500 mm L=1000 mm, z wbudowanym zaworem termostatycznym”,
- 59 – „Grzejnik stalowy płytowy, PURMO COMPACT, typ C22, wysokość H=500 mm L=500 mm, z wbudowanym zaworem termostatycznym”,
- 60 – „Grzejnik stalowy płytowy, PURMO COMPACT, typ C22, wysokość H=600 mm L=600 mm, z wbudowanym zaworem termostatycznym”,
- 61 – „Grzejnik stalowy płytowy, PURMO COMPACT, typ C22, wysokość H=600 mm L=700 mm, z wbudowanym zaworem termostatycznym”,
- 62 – „Grzejnik stalowy płytowy, PURMO COMPACT, typ C22, wysokość H=600 mm L=800 mm, z wbudowanym zaworem termostatycznym”,
- 63 – „Grzejnik stalowy płytowy, PURMO COMPACT, typ C22, wysokość H=600 mm L=900 mm, z wbudowanym zaworem termostatycznym”,
- 64 – „Grzejnik stalowy płytowy, PURMO COMPACT, typ C33, wysokość H=600 mm L=500 mm, z wbudowanym zaworem termostatycznym”,
- 65 – „Grzejnik stalowy płytowy, PURMO COMPACT, typ C33, wysokość H=600 mm L=700 mm, z wbudowanym zaworem termostatycznym”.

W przekazanych jako część SIWZ przedmiarach w pozycji 66 zamawiający wskazał podstawę wyceny „KNNR 4 0412-01”, zaś w kolumnie „Opis i wyliczenia” – „Głowice termostatyczne z czujn. cieczowym do zaworów termostatycznych”.

Odwołujący złożył, wg opracowanego przez zamawiającego wzoru, *Formularz ofertowy* w którym zaoferował wykonanie zamówienia za cenę brutto 2 122 376,30 zł.

Pismem z dnia 6 maja 2016 r. zamawiający zawiadomił odwołującego o poprawieniu w jego ofercie omyłki rachunkowej, co doprowadziło do poprawienia ceny ofertowej z 2 122 376,30 zł na 2 122 376,61 zł.

W załączonym do *Formularza ofertowego* kosztorysie ofertowym dotyczącym branży sanitarnej odwołujący w pozycjach 56-65 ujął podstawę wyceny „*KNNR 4 0418-04*”, w pozycji 66 podstawę wyceny „*KNNR 4 0412-01*” „zaś w kolumnie „*Opis*” w poszczególnych pozycjach:

- 56 – „Grzejnik stalowy płytowy, PURMO COMPACT, typ C22, wysokość H=500 mm L=800 mm, z wbudowanym zaworem termostatycznym” (obok wskazanej podstawy „*KNNR 4 0418-04*”), a jednocześnie „*grzejniki stalowe jednopłytkowe z kompletem zawieszek*”,
- 57 – „Grzejnik stalowy płytowy, PURMO COMPACT, typ C22, wysokość H=500 mm L=900 mm, z wbudowanym zaworem termostatycznym” (obok wskazanej podstawy „*KNNR 4 0418-04*”), a jednocześnie „*grzejniki stalowe jednopłytkowe z kompletem zawieszek*” („M”),
- 58 – „Grzejnik stalowy płytowy, PURMO COMPACT, typ C22, wysokość H=500 mm L=1000 mm, z wbudowanym zaworem termostatycznym” (obok wskazanej podstawy „*KNNR 4 0418-04*”), a jednocześnie „*grzejniki stalowe jednopłytkowe z kompletem zawieszek*”
- 59 – „Grzejnik stalowy płytowy, PURMO COMPACT, typ C22, wysokość H=500 mm L=500 mm, z wbudowanym zaworem termostatycznym” (obok wskazanej podstawy „*KNNR 4 0418-04*”), a jednocześnie „*grzejniki stalowe jednopłytkowe z kompletem zawieszek*”,
- 60 – „Grzejnik stalowy płytowy, PURMO COMPACT, typ C22, wysokość H=600 mm L=600 mm, z wbudowanym zaworem termostatycznym” (obok wskazanej podstawy), a jednocześnie „*grzejniki stalowe jednopłytkowe z kompletem zawieszek*”,
- 61 – „Grzejnik stalowy płytowy, PURMO COMPACT, typ C22, wysokość H=600 mm L=700 mm, z wbudowanym zaworem termostatycznym” (obok wskazanej podstawy „*KNNR 4 0418-04*”), a jednocześnie „*grzejniki stalowe jednopłytkowe z kompletem zawieszek*”,
- 62 – „Grzejnik stalowy płytowy, PURMO COMPACT, typ C22, wysokość H=600 mm L=800 mm, z wbudowanym zaworem termostatycznym” (obok wskazanej podstawy „*KNNR 4 0418-04*”), a jednocześnie „*grzejniki stalowe jednopłytkowe z kompletem zawieszek*”,
- 63 – „Grzejnik stalowy płytowy, PURMO COMPACT, typ C22, wysokość H=600 mm L=900 mm, z wbudowanym zaworem termostatycznym” (obok wskazanej podstawy „*KNNR 4 0418-04*”), a jednocześnie „*grzejniki stalowe jednopłytkowe z kompletem zawieszek*”,
- 64 – „Grzejnik stalowy płytowy, PURMO COMPACT, typ C33, wysokość H=600 mm L=500 mm, z wbudowanym zaworem termostatycznym” (obok wskazanej podstawy „*KNNR 4 0418-04*”), a jednocześnie „*grzejniki stalowe jednopłytkowe z kompletem zawieszek*”,

65 – „Grzejnik stalowy płytowy, PURMO COMPACT, typ C33, wysokość H=600 mm L=700 mm, z wbudowanym zaworem termostatycznym” (obok wskazanej podstawy „KNNR 4 0418-04”), a jednocześnie „grzejniki stalowe jednopłytkowe z kompletem zawieszek”,

66 – „Głowice termostatyczne z czujn. cieczowym do zaworów termostatycznych”, a jednocześnie „zawory grzejnikowe mosiężne o śr. nominalnej 15 mm”.

Pismem z dnia 10 maja 2016 r. – „Zawiadomienie o wykluczeniu wykonawców i odrzuceniu ofert” – zamawiający poinformował odwołującego o odrzuceniu jego odwołującego, uzasadniając: „W załączonym kosztorysie ofertowym sanitarnym c.o. Etap III i V (...) Wykonawca w pozycjach 56,57,58,59,60,61,62,63,64,65 zaoferował grzejnik jednopłytkowy z kompletem zawieszek, a nie jak wymagał Zamawiający grzejnik stalowy płytowy, PURMO COMPACT, typ C22/C33 z wbudowanym zaworem termostatycznym lub równoważny, który jest grzejnikiem wielopłytkowym. W tym samym kosztorysie w poz. 66 Wykonawca zaoferował zawory grzejnikowe mosiężne o śr. Nominalnej 15 mm, a nie jak wymagał Zamawiający głowice termostatyczne z czujnikiem cieczowym do zaworów termostatycznych. W związku z powyższym oferta Wykonawca podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, ponieważ jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia”.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Zamawiający, odrzucając ofertę odwołującego pominął zupełnie fakt, że w zakwestionowanych pozycjach odwołujący w kolumnie „Opis” ujął zgodne z oczekiwaniami zamawiającego tak co do rodzaju, typu, jak i parametrów („H”, „L”) grzejniki (pozycje 56-65) oraz głowice termostatyczne z czujnikiem cieczowym do zaworów termostatycznych (pozycja 66).

Do kwestii tej zamawiający w uzasadnieniu podjętej przez siebie decyzji w ogóle się nie odniósł, przesadzając o niezgodności treści oferty odwołującego z treścią SIWZ na podstawie części opisu pozycji 56-66.

W ocenie składu orzekającego Izby ujęcie w pozycjach 56-66 opisów, które nie są ze sobą spójne wymagało wyjaśnienia.

Tytułem przykładu – jednoczesne ujęcie w pozycji 56 opisu „Grzejnik stalowy płytowy, PURMO COMPACT, typ C22, wysokość H=500 mm L=800 mm, z wbudowanym zaworem termostatycznym” (obok wskazanej podstawy „KNNR 4 0418-04”), tj. grzejnika wielopłytkowego (co nie było sporne) oraz opisu „grzejniki stalowe jednopłytkowe z kompletem zawieszek” wymagało wyjaśnienia treści oferty odwołującego z zastosowaniem przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w celu ustalenia wykładni rzeczywistego oświadczenia woli odwołującego.

Przypomnienia wymaga, że *„Oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje”* (art. 65 k.c.).

Okolicznością, która wymagała uwzględnienia było przede wszystkim sporządzenie przez odwołującego kosztorysu ofertowego na podstawie wymagań zamawiającego zawartych w treści SIWZ, tj. w szczególności, iż *„Kosztorys ofertowy powinien być wykonany jako szczegółowy z podaniem: podstawy wyceny (zgodnej z podanymi w przedmiarach)”,* oraz *„na podstawie wskazanych szczegółowych danych kalkulacyjnych załączonych do przedmiaru robót”,* które to wymagania oznaczały wykonanie kosztorysu wg opisu odpowiadającego podanej podstawie wyceny. Skoro podstawa wyceny KNNR 4 0418-04 dotyczy grzejników jednopłytkowych o różnych długościach (czego zamawiający nie kwestionował), to taki opis w pozycjach 56-65 kosztorysu ofertowego odwołującego odpowiada wymogowi zamawiającego.

Odnosząc się do argumentu zamawiającego, iż *„Baza normatywna (KNR, KNNR itd.) od lat (bo od 12 grudnia 2001 r.) przestała być obowiązkową podstawą kalkulacji kosztorysowej, a nie aktualizowana odnosi się do przestarzałych technologii i materiałów budowlanych”* (str. 3 Odpowiedzi na odwołanie, ostatni akapit) podnieść należy, że to sam zamawiający postanowieniem Rozdziału VII pkt1 ppkt 2) SIWZ nakazał wykonawcom wykonanie kosztorysu ofertowego wg KNNR.

Rolą zamawiającego, odpowiedzialnego za przygotowanie postępowania, jest opracowanie takiej SIWZ, do której zastosowanie się zagwarantuje wykonawcy, że jego oferta nie zostanie odrzucona, ale poddana ocenie pod względem przewidzianych kryteriów oceny ofert.

Odnosząc się do argumentu zamawiającego, iż *„Zamawiający nie narzucił „podstawy wyceny – jak sugeruje Odwołujący tylko pozwolił na dowolność przy wyliczeniu ceny co potwierdza sposób obliczenia ceny – Rozdział VIII ust. 4 pkt 8 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) tj. – „wskaźniki cenotwórcze dla poszczególnych branż nie muszą być jednakowe, ceny pracy sprzętu i materiałów nie muszą posiadać zgodności cenowych w branżach, stawka Rg może być różna dla poszczególnych branż, wartość Rg może być zmienna w zależności od charakteru prac (...)”* skład orzekający Izby wskazuje, że „dowolność”, o której mowa w Rozdziale VIII pkt 4 ppkt 8 SIWZ dotyczy zupełnie innych kwestii – relacji wskaźników cenotwórczych w różnych branżach i zmienności wartości roboczogodziny w przypadku różnego charakteru prac, w żadnym jednak razie nie odnosi się do wskazanych przez zamawiającego podstaw wyceny KNNR.

Uwzględniając powyższe stwierdzić należy, że ujęcie przez odwołującego w kwestionowanych przez zamawiającego pozycjach opisu grzejników jednopłytkowych było wynikiem wymagań zamawiającego zawartych w SIWZ, którym odwołujący miał sprostać. Jednoczesne ujęcie przez odwołującego w pozycjach 56-66 grzejników i głowic termostatycznych zgodnych z opisem zawartym w przedmiarach stanowiących część SIWZ było oświadczeniem o zaoferowaniu zamawiającemu zarówno grzejników, jak i głowic tożsamyh z tymi, które wskazał zamawiający.

Na rozprawie odwołujący potwierdził, iż „wycenił grzejniki zgodne z oczekiwaniami zamawiającego” – grzejniki wielopłytkowe.

Skład orzekający Izby zauważa (w nawiązaniu do stanowiska przystępującego, iż oferta odwołującego zawiera rażąco niską cenę), że powodem odrzucenia oferty odwołującego nie był przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp – odrzucenie oferty odwołującego ze względu na to, że zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia nie zostało objęte odwołaniem, co w konsekwencji oznacza, że kwestia ta nie może zostać poddana ocenie Izby (art. 192 ust. 7 ustawy Pzp).

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, § 3 pkt 1 lit. a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący: