

**WYROK**  
**z dnia 8 grudnia 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Jolanta Markowska**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 4 grudnia 2014 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 listopada 2014 r. przez wykonawcę: **Górnictwo Przedsiębiorstwo Robót Specjalistycznych HYDROKOP Sp. z o.o., ul. Oświęcimska 73, 32-500 Chrzanów** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Kopalnia Soli „Wieliczka” S.A. ul. Park Kingi 1, 32-020 Wieliczka,**

przy udziale wykonawcy: **PROCARBON Sp. z o.o. Sp.k., ul. Wieczorka 4, 42-674 Zbroslawice,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. **uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:**
  - 1) **unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,**
  - 2) **powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym:**
    - a) **wezwanie wykonawcy PROCARBON Sp. z o.o. Sp.k. do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp,**
    - b) **dokonanie poprawy omyłek w treści oferty wykonawcy PROCARBON Sp. z o.o. Sp.k. w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp,**
    - c) **wezwanie wykonawcy PROCARBON Sp. z o.o. Sp.k. do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp w zakresie cen jednostkowych,**
    - d) **wezwanie wykonawcy GÓRTECH Przedsiębiorstwo Górnicze Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp,**

**e) dokonanie poprawy omyłek w treści oferty wykonawcy GÓRTECH  
Przedsiębiorstwo Górnicze Sp. z o.o. w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.**

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: **Kopalnia Soli „Wieliczka” S.A.,  
ul. Park Kingi 1, 32-020 Wieliczka, i:**

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr.**  
(słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę:  
**Górnice Przedsiębiorstwo Robót Specjalistycznych HYDROKOP Sp. z o.o.,  
ul. Oświęcimska 73, 32-500 Chrzanów** tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza kwotę **18 600 zł 00 gr.** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych  
zero groszy) od zamawiającego: **Kopalnia Soli „Wieliczka” S.A. ul. Park Kingi  
1, 32-020 Wieliczka** na rzecz wykonawcy: **Górnice Przedsiębiorstwo Robót  
Specjalistycznych HYDROKOP Sp. z o.o., ul. Oświęcimska 73, 32-500  
Chrzanów** stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz  
wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień  
publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od  
dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby  
Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Krakowie**.

**Przewodniczący:** .....

**Uzasadnienie**

Zamawiający: Kopalnia Soli „Wieliczka” S. A. z siedzibą w Wieliczce, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Likwidację poziomu IX”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 13 września 2014 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2014/S 176-311357.

W dniu 13 listopada 2014 r. Zamawiający powiadomił wykonawców o wyborze oferty wykonawcy PROCARBON Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Zbrostawicach jako najkorzystniejszej. Na drugiej pozycji w rankingu ofert znalazła się oferta wykonawcy GÓRTECH - Przedsiębiorstwo Górnicze Sp. z o.o. z siedzibą w Wieliczce.

Wykonawca Górnicze Przedsiębiorstwo Robót Specjalistycznych HYDROKOP Sp. z o.o. z siedzibą w Chrzanowie, sklasyfikowany na trzeciej pozycji, wniósł odwołanie wobec:

- zaniechania wykluczenia wykonawcy PROCARBON Sp. z o.o. Sp. k. wobec niespełnienia przez tego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, względnie,

- zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy PROCARBON Sp. z o.o. Sp. k. wobec,

- a) niezgodności oferty ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia,
- b) złożenia oferty zawierającej błędy w obliczeniu ceny,
- c) złożenia oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji, ewentualnie
- d) zawierającej rażąco niską cenę.

- zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy GÓRTECH Przedsiębiorstwo Górnicze Sp. z o.o. wobec:

- a) niezgodności oferty ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia,
- b) złożenia oferty zawierającej błędy w obliczeniu ceny.

Odwołujący zarzucił naruszenie:

1. art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz 24 ust. 4 w związku z art. 7 Pzp, poprzez uznanie, iż złożona przez wykonawcę PROCARBON Sp. z o.o. Sp. k. polisa ubezpieczeniowa potwierdza warunek udziału w postępowaniu, tj. ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej związanej z przedmiotem zamówienia,

2. art. 89 ust. 1 pkt 2, pkt 3, pkt 4 i pkt 6, art. 90 ust. 1 w związku z art. 7 Pzp, poprzez uznanie, iż oferta PROCARBON Sp. z o.o. Sp. k. jest ofertą prawidłową i najkorzystniejszą w sytuacji, gdy przedłożony wraz z ofertą kosztorys realizacji zadania, stanowiący element oferty, sporządzony został niezgodnie ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, zawiera błędy w obliczeniu ceny, jak również złożenie takiej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji z art. 15 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, ewentualnie zawiera rażąco niską cenę, a Zamawiający nie wezwał wykonawcy do złożenia wyjaśnień w tym zakresie,

3. art. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt 6 w związku z art. 7 Pzp, poprzez uznanie, iż oferta wykonawcy GÓRTECH Przedsiębiorstwo Górnicze Sp. z o.o. jest ofertą prawidłową w sytuacji, gdy przedłożony wraz z ofertą kosztorys realizacji zadania, stanowiący element oferty sporządzony został niezgodnie ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia i zawiera błędy w obliczeniu ceny.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. dokonania ponownego badania i oceny ofert;
3. dokonania ponownie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wyjaśnił, że ma interes prawny w domaganiu się uwzględnienia odwołania albowiem przy uwzględnieniu argumentacji zaprezentowanej w odwołaniu jego oferta jest najkorzystniejsza w postępowaniu, biorąc pod uwagę jedyne kryterium, jakim jest cena.

Odnośnie oferty wykonawcy PROCARBON odwołujący podniósł następujące zarzuty:

1. Zarzut zaniechanie wykluczenia wykonawcy.

Zgodnie z treścią SIWZ, Zamawiający wymagał w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawcy - przedłożenia opłaconej polisy, a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej związanej z przedmiotem zamówienia, opiewającej na kwotę co najmniej 500.000 zł (część VI. 1.4 SIWZ). Ubezpieczenie miało zatem dotyczyć zakresu prowadzonej działalności gospodarczej związanej z przedmiotem zamówienia, który obejmuje wykonywanie prac w górnictwie.

Wykonawca na potwierdzenie tego warunku przedłożył polisę nr P0/00583005/2014, należycie opłaconą i z sumą ubezpieczenia w wysokości 1.000.000 zł, z zakresem ubezpieczenia „odpowiedzialność cywilna z tytułu posiadania mienia oraz prowadzonej działalności”. Odwołujący podniósł, iż ochrona ubezpieczeniowa z tej polisy nie obejmuje - zgodnie z jej treścią - m.in. roszczeń z tytułu rażącego naruszenia prawa oraz roszczeń podlegających przepisom prawa geologiczno-górniczego, oraz odpowiedzialności cywilnej z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, a więc zakresu, który miał istotne znaczenie wobec sformułowania wymogu powiązanego z przedmiotem zamówienia. Skoro wykonawca nie jest ubezpieczony w tym zakresie może to oznaczać, iż nie jest zdolny do ubezpieczenia swojej działalności obejmującej istotną część prowadzonej działalności gospodarczej. Zamawiający winien był zastosować przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, tj. wykluczyć wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zgodnie z art. 24 ust. 4 Pzp ofertę tego wykonawcy należało uznać za odrzuconą.

2. Zaniechanie odrzucenia oferty

Zgodnie z wymogiem Zamawiającego, elementem oferty jest załącznik nr 1 „Koszt realizacji zadania pt. Likwidacja poziomu IX w Kopalni Soli Wieliczka SA”, którego wzór został przez Zamawiającego dołączony do SIWZ.

W części XV SIWZ wskazano, iż „cenę zamówienia stanowić będzie cena obliczona jako suma iloczynów planowanych prac określonych w części III pkt 5 ppkt 5.2 SIWZ i przewidywanych przez wykonawcę kosztów jednostkowych tych prac (wynagrodzenie kosztorysowe)”. Zamawiający określił sposób rozliczeń z wykonawcą w oparciu o rzeczywistą ilość wykonanych prac, wskazując na wynagrodzenie kosztorysowe. W części III SIWZ wyszczególniony został szacunkowy zakres robót górniczych (przedmiar), korespondujący z tabelą stanowiącą załącznik nr 1 do oferty, który miał być wypełniony przez wykonawców. Zamawiający szczegółowo opisał sposób wypełniania wzoru „kosztorysu realizacji zadania”, zawierając metodologię wyceny w załączniku nr 9 do SIWZ. Wykonawcy otrzymali precyzyjną instrukcję, jak należy ów wzór stanowiący element oferty wypełnić, co oznacza, iż jego niewypełnienie lub wadliwe wypełnienie stanowi o niezgodności oferty z SIWZ i o wadliwości złożonej oferty.

Wykonawca PROCARBON załączył do oferty kosztorys realizacji zadania, który - zdaniem Odwołującego - zawiera szereg błędów świadczących o niewypełnieniu go zgodnie z instrukcją Zamawiającego, jak również w zakresie obliczenia ceny ofertowej.

Powołując się na postanowienia w. instrukcji Odwołujący stwierdził, co następuje:

W wierszu oznaczonym 2.3 „młotek udarowy” kosztorysu realizacji zadania wykonawca wpisał:

W kolumnie 3 „Ilość” - 0.8 mg (maszyno-godziny)

W kolumnie 10 „Cena jednostkowa” -16,02 zł/jed

wyliczone w następujący sposób:

$0,8 \text{ mg (ilość maszyno-godzin z kol. 3)} \times [11 \text{ zł/mg (koszt pracy młotka udarowego z poz. II)} + 11 \text{ zł/mg} \times 40\% \text{ (Koszty ogólne z poz. I B)} + [11 \text{ zł/mg} + 11 \text{ zł/mg} \times 40\%] \times 30\% \text{ (Zysk z poz. ID)}] = 0,8 \text{ mg} \times [11 \text{ zł/mg} + 4,4 + (15,4 \times 30\%)] = 0,8 \text{ mg} \times (11 \text{ zł/mg} + 4,4 \text{ zł/mg} + 4,62 \text{ zł/mg} = 0,8 \text{ mg} \times 20,02 \text{ zł/mg} = 16,016 \text{ po zaokrągleniu} = 16,02 \text{ zł.}$

W kolumnie 11 „Koszt pracy sprzętu” - 12,81 zł

wyliczony w następujący sposób:

$0,8 \text{ mg} \times 16,02 \text{ zł/jed (kol. 10)} = 12,81 \text{ zł}$

Biorąc pod uwagę metodologię liczenia pozycji w kolumnie 11 wskazaną przez Zamawiającego należy stwierdzić, iż została ona wypełniona błędnie, gdyż należało koszt jednostkowy z kolumny 10 przemnożyć przez ilość jednostek danej czynności koniecznej do wykonania, tj. elementu wskazanego przez Zamawiającego, w tym przypadku -  $5\text{m}^3$  Wówczas koszt całej pracy sprzętu (młotka udarowego) wyniósłby:

$5\text{m}^3 \text{ (ilość jednostek czynności z kol. 3)} \times 16,02 \text{ zł/jed (kol. 10)} = 80,10 \text{ zł.}$

Wykonawca tymczasem raz jeszcze przemnożył koszt jednostkowy z kol. 10 przez ilość maszyno-godzin pracy młotka udarowego, tj. 0,8 mg (podczas gdy w matematycznym działaniu wyliczenia koszty jednostkowego dla kol. 10 już uwzględnił ilość maszyno-godzin pracy młotka udarowego). Wartość w kolumnie 11 zawiera zatem dwukrotne mnożenie tego samego argumentu, tj. 0,8 mg. Ponadto, zgodnie z instrukcją, wykonawca w kol. 12 winien był dla pozycji „Koszt jednostkowy” wykonania danej czynności podać koszt będący sumą kosztów jednostkowych: robocizny z kol. 6, prac transportowych z kol. 6, materiałów z kol. 8 oraz pracy sprzętu z kol. 10. PROCARBON tymczasem w kol 10 w wierszu „praca sprzętu: (wymienić sprzęt niezbędny do wykonywania prac)”, będący w swym zamyśle podsumowaniem poszczególnych kosztów jednostkowych związanych z pracą sprzętu (np. młotka udarowego, pilarki, mieszalnika), wpisał wartość 2,56 zł/jed (czyli nawet mniejszą niż koszt jednostkowy wyliczonej pracy młotka udarowego z wiersza poniżej) i taką też wartość uwzględnił w matematycznym działaniu w kolumnie 12:

$436,80 \text{ zł/jed (kol. 6 wiersz 2)} + 109,20 \text{ zł/jed (kol. 6 wiersz 2.1)} + 2,56 \text{ zł/jed (kol. 10 wiersz 2.3)} = 548,56 \text{ zł/jed,}$

podczas gdy prawidłowa wartość jednostkowa wyliczona przez wykonawcę wyniosła 16,02 zł/jed i taką też wartość - zdaniem Odwołującego - należało przyjąć.

Odwołujący podniósł, że błąd ten pojawia się we wszystkich pozycjach „Kosztorysu realizacji zadania” tego wykonawcy, w których wyceniał on pracę sprzętu (np. wiersz 3.2, 5.2, 6.2, 7.2, 9.2, 10.2 itd.).

O błędzie świadczy również porównanie pozycji pracy sprzętu - młotka udarowego - w wierszach 3.2 i 6.2. Chociaż składowe do wyliczenia jednostkowej ceny pracy sprzętu są takie same (1,1 mg, ta sama cena pracy sprzętu tj. 11 zł/mg, również koszt ogólny i zysk jest taki sam), to pozycje cen jednostkowych w kol. 10 w tych wierszach się różnią. Ponadto, koszt jednostkowy pracy sprzętu dla wykonania 10 m<sup>3</sup> w zadaniu 3 (wiersz 3) w kol. 10 (wiersz 3.2) wynosi 2,42 zł/jed i jest wyższy niż koszt jednostkowy pracy tego samego sprzętu dla wykonania 25 m<sup>3</sup> w zadaniu 6 (wiersz 6) w kol. 10 (wiersz 6.2) wynoszący 0,90 zł/jed.

Kolejnym przykładem niezgodności oferty tego wykonawcy z SIWZ (względnie błędu w obliczeniu ceny) jest wyszczególnienie ilości materiałów i desek o grubości 0,025m (wiersz nr 12). Ilość desek dla wykonania tej czynności wykonawca określił jako 3200 metrów bieżących (mb). Cena jednostkowa bez podatku VAT każdego użytego w zadaniu materiału winna być wskazana w cenniku materiałów w poz. III, o czym informuje pkt 3 informacji Zamawiającego.

Wskazując w wierszu 12.1 ilość desek 0,025m jako 3200 mb wykonawca podał materiał niewyceniony w cenniku w poz. III. Cennik przewiduje bowiem dla deski 0,025m cenę podaną nie w metrach bieżących, ale w metrach kwadratowych.

W kolumnie 8 wykonawca miał podać cenę jednostkową bez VAT uwzględniającą koszt zakupu ujęty w poz. 1C. Podana przez wykonawcę cena 60 zł nie wiadomo jak została obliczona, skoro materiał ten (deska) nie został wyceniony w metrach bieżących a w metrach kwadratowych. Zamawiający nie ma możliwości ocenić prawidłowość poczynionych obliczeń, skoro wykonawca nie podał prawidłowej ceny.

Z wadliwością wyceny materiałów i niezgodnością wyliczenia ceny z SIWZ mamy do czynienia w ofercie tego wykonawcy we wszystkich pozycjach związanych z jednostkową ceną materiału (kol. 8). Zgodnie z instrukcją, wykonawcy mieli przedstawić cenę jednostkową z cennika (bez VAT) uwzględniającą koszty zakupu ujęte w poz. 1C.

W każdym przypadku wskazania ceny jednostkowej użytego materiału przez PROCARBON w kol. 8 cena nie zawiera kosztu zakupu ujętego w poz. 1C (czyli 30%), ale stanowi tylko powtórzenie ceny z cennika. Wykonawca zatem nieprawidłowo (niezgodnie z instrukcją) wypełnił kosztorys realizacji zadania. Tytułem przykładu wskazać można na pozycje w wierszu 8.1: filarówka - cena w cenniku 60 zł/szt      cena w kol. 8 - 60 zł.

deska 0,025m	cena w cenniku 10 zł/m <sup>2</sup>	cena w kol. 8 - 10 zł
gwoździe	cena w cenniku 2,89 zł/kg	cena w kol. 8 - 2,89 zł.

O niezgodności oferty z SIWZ (względnie z błędem w obliczeniu ceny) świadczy również przyjęty przez wykonawcę nakład jednostkowy robocizny w danej czynności i porównanie go z czasem pracy sprzętu (ilością maszyno-godzin pracy sprzętu) niezbędnym do wykonania danej jednostki robocizny.

Instrukcja przewidywała iż w kol. 3 dotyczącej pracy sprzętu wykonawcy mieli podać planowaną ilość maszyno-godzin niezbędną do wykonania danej jednostki robocizny. Z kolei w kol. 5 wykonawcy mieli podawać nakład robocizny wyrażony w roboczogodzinach.

W wierszu 14 dotyczącym wykonania elementu „przybierka górotworu - około 120m<sup>3</sup>...” wykonawca wskazał nakład jednostkowy robocizny w ilości 1,60 roboczogodziny. Z kolei w wierszu 14.2, przy wskazywaniu pracy sprzętu wykonawca podał (zgodnie z instrukcją) planowaną ilość maszyno-godzin niezbędną dla wykonania danej jednostki robocizny, w ilości 3,2 mg.

Analiza tych dwóch wartości prowadzi do wniosku, iż młotek udarowy ma pracować w każdej jednostce robocizny dłużej, niż wynosi czas przeznaczony na robociznę w tym elemencie - czyli urządzenie to musiałoby pracować bez jego operatora.

Podobne wady kosztorysu występują w wierszach 15, 21, 27, 30.

Błędów powyższych nie sposób sanować w trybie poprawy omyłek uznanych za nieistotne „gdyż zamawiający samodzielnie nie może kreować cen wykonawcy za określone produkty, a elementy te, jako essentialia negotii przyszłej umowy nie dają się poprawić w zakresie ww. przepisu, gdyż przepis ten znajduje zastosowanie w przypadku innych omyłek niepowodujących istotnych zmian w treści oferty” (por. wyrok Krajowej Izby

Odwoławczej z dnia 8 października 2013 r. sygn. KIO 2285/13, publ. Lexis.pl nr 8172279). Z pewnością doniosłość owych błędów nie pozwala uznać je za „nieistotne”, albowiem dotyczą one wyceny poszczególnych elementów dotyczących ceny ostatecznej, a ponadto ich ewentualna weryfikacja prowadziłaby do zmiany oferty tego wykonawcy.

Odwołujący, argumentując za przesłanką błędu w obliczeniu ceny, jako skutkującą koniecznością odrzucenia oferty, wskazał, iż o błędzie takim można mówić wtedy, gdy cena została skalkulowana w sposób, który nie uwzględnia cech przedmiotu zamówienia, jego zakresu i warunków realizacji. Ponadto również w przypadku, gdy na cenę składa się suma elementów podlegających kalkulacji, błąd powstały przy obliczeniu danego elementu może przekładać się na błąd w obliczeniu ceny. Błąd nie polega na niezgodności wyniku wskutek nieprawidłowo przeprowadzonego działania matematycznego, ale na tym, iż wynika z przyjęcia nieprawidłowych danych do obliczenia ceny (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 marca 2014 r. KIO 277/14, publ. Lexis.pl nr 8309332).

Za błąd taki można zatem uznać wyliczenie ceny jednostkowej w poszczególnych elementach, uwzględniające błędną wartość w kolumnie 10 w wierszach dotyczących pracy sprzętu, o czym była mowa powyżej, co w efekcie przełożyło się na wadliwie obliczoną wartość jednostkową i sumaryczną danego elementu. Wyliczeń tych nie sposób traktować jako omyłek rachunkowych, gdyż wynikają z przyjęcia nieprawidłowych zasad wyliczenia ceny jednostkowej, nieuwzględniających wymagań zawartych w SIWZ.

Odwołujący przedstawił też analizę przesłanki złożenia oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji lub ewentualnie rażąco niskiej ceny. Wskazał, że zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jedn. Dz.U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.), czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Ustawa nie kreuje zamkniętego katalogu zachowań, które mogą być traktowane jako czyn nieuczciwej konkurencji, wymieniając jedynie przykładowe w ust. 2 tegoż przepisu i opisując je szerzej w art. 5-17d tej ustawy. Powołując się na orzecznictwo KIO, Odwołujący podniósł, że manipulowanie ceną stanowi czynność, która zagraża interesom innych wykonawców.

Odwołujący podkreślił, że przy rozpatrywaniu wystąpienia przesłanki rażąco niskiej ceny należy odnosić się do ceny ostatecznej, a nie wartości składowych ją ustalających. Niemniej jednak warto prześledzić mechanizm, w jaki sposób wykonawca poprzez manipulowanie poszczególnymi składowymi ceny spowodował, iż trudno jest mówić o rażąco niskiej cenie, choć przy założeniu prawidłowych danych z pewnością z taką ceną mielibyśmy do czynienia. Jeżeli zatem działanie wykonawcy nie zasługuje na zakwalifikowanie jego oferty jako posiadającej rażąco niską cenę, to z pewnością może zostać uznane za czyn nieuczciwej konkurencji.



Punktem wyjścia analizy należy uczynić te pozycje w kosztorysie realizacji zadania, które zawierają ekstremalnie niski nakład pracy w postaci roboczogodziny lub nakład pracy sprzętu w stosunku do przedmiotu prac objętych danym elementem.

Wykonawca już w wierszu nr 3 „Wykonanie niezbędnych przybierek zwietrzeliny, łąt i odspojeń w stropie i ociosach, wyrównanie spągu” wskazał nakład jednostkowy robocizny w ilości 0,30 roboczogodziny. co jest rażąco niskim nakładem biorąc pod uwagę zakres prac do wykonania. Z jeszcze bardziej niskim nakładem pracy mamy do czynienia przy stawce roboczogodziny w wierszu 4 „Usunięcie złomu, starego drewna...”, gdzie koszt jednostkowy stanowi 3% najniższej oferty konkurencyjnej. W tym kontekście zaoferowana, wyliczona cena za usunięcie pozostałości i przetransportowanie ich ręcznie na odległość 320m, w łącznej ilości 80m<sup>3</sup>, w kwocie 1310,40 zł jest ceną nierealną i nieosiągalną na rynku. Kolejnym rażącym przykładem jest wyceniony element w wierszu 7 „Wiercenie 6 otworów kontrolnych w stropie o długości 2m”, wyceniony sumarycznie za 12 sztuk na łączną kwotę 32,76 zł, przy cenie jednostkowej 2,73 zł i nakładzie roboczogodzin na jednostkę w wysokości 0,05, tj. 3 minut. Cena z tej pozycji stanowi 2% najniższej ceny konkurencyjnej. Z kolei w wierszu 10 „Wiercenie otworów kontrolnych w stropie” wykonawca również wskazał nakład roboczogodziny na jednostkę w ilości 0,05, oferując odwiert 20m w stropie za łączną cenę 54,60 zł. Sumaryczna cena za wykonanie całego elementu wynosi 30% najniższej ceny konkurencyjnej. Podobnie w wierszu 15 „Odwiercenie 10 otworów kontrolnych stropowych o długości 2m (w wersji z przebudową chodnika dodatkowo 5 otworów (opcja))\*” nakład jednostkowy roboczogodziny wynosi 0,05, a łączny koszt odwiertu 30m w stropie kosztuje 81,90 zł, co stanowi 15% najniższej ceny konkurencyjnej. Odwołujący wskazał, że wartości te są nieosiągalne na rynku i skutkują prowadzeniem robót poniżej kosztów ich realizacji.

O drastycznym zaniżeniu jednostki roboczogodziny dla wykonania poszczególnych elementów świadczy również to, że nakład pracy sprzętu koniecznego do przeprowadzenia tych prac jest w wielu przypadkach dłuższy aniżeli praca operatora, co zostało już wskazane wyżej (dotyczy wierszy nr 3, 7, 9, 10, 15, 21, 24, 27, 35, 36,40, 52, 53).

Z uwagi na fakt, iż wycena wskazanych elementów prowadziaby w prosty sposób do wyliczenia ceny ofertowej rażąco niskiej względem ofert konkurencyjnych, wykonawca ten poprzez niczym nieuzasadnione zawyżenie ilości materiałów użytych do realizacji zadania doprowadził do tego, iż cena ofertowa nie nosi, w sumarycznym ujęciu, znamion rażąco niskiej. Do postawienia tej tezy skłaniają następujące analizy kosztorysu:

Zgodnie z treścią dokumentu „Projekt likwidacji poziomu IX w Kopalni Soli Wieliczka”, i opisem zawartym w rozdziale 8.2.2. „Szczegółowe projekty i zakresy dla górniczych prac przygotowawczych”, Zamawiający określił przedmiary robót dla poszczególnych elementów kosztorysu składających się na przedmiot zamówienia. I tak:

- opisowi zawartemu w części 8.2.2.5. Chodnik na północ od podłuzni Pieprzyk poziom VII

(str. 46 ww. dokumentu) odpowiadają pozycje kosztorysu dla elementu II - wiersze od nr 5 do nr 8. Przedmiar zawarty w ww. dokumencie dla tego elementu (str. 50) wskazuje m.in:

- zabudowa wygradzeń z filarów i desek -0,1 m<sup>3</sup> filarów, 0,15m<sup>3</sup> desek 0,025m, co oznacza, że przewidziano orientacyjnie ich ilość: 0,1m filarów oraz 0,15m<sup>3</sup> desek 0,025m,

Tymczasem w wierszu nr 8 kosztorysu wykonawca wskazał 54 szt. filarów (co z pewnością nie odpowiada zakładanej orientacyjnie ilości 0,1 m w przedmiarze) oraz 120m desek 0,025m (arytmetyczne działanie przemnożenia tych dwóch składowych daje wynik 3m desek, przy zakładanych w przedmiarze 0,15m ).

Opisowi zawartemu w części 8.2.2.6. Chodnik do komory W-118 (str. 50 ww. dokumentu) odpowiadają pozycje kosztorysu dla elementu III - wiersze od nr 9 do nr 12. Przedmiar zawarty w ww. dokumencie dla tego elementu (str. 54) wskazuje m.in.:

- wykonanie obudowy drewnianej (przy założeniu 20 odrzwi drewnianych co 1m) - 4,0m<sup>3</sup> kopalniaków o długości 2,5m, 4m<sup>3</sup> desek 0,025m,

Tymczasem w wierszu nr 11 kosztorysu wykonawca wskazał 1020mb stojaka drewnianego (gdzie mnożąc tę ilość przez założoną przez wykonawcę wielkość fi stojaka równą 0,28m [dane w cenniku materiałów] wychodzi 285,6m<sup>3</sup>, przy zakładanych w przedmiarze 4m<sup>3</sup>) a w wierszu 12 Wykonawca podał 3200 mb deski 0,025m (zakładając nawet omyłkę że chodzi o m<sup>2</sup> a nie metry bieżące bo wykonawca nie wskazał w cenniku ceny deski w mb, wychodzi z przemnożenia tych dwóch wartości 80m<sup>3</sup> desek 0,025m - przy założonych orientacyjnie 4m<sup>3</sup>).

Opisowi zawartemu w części 8.2.2.7. Poprzecznia Layer 6 poziom VII (str. 54 ww. dokumentu) odpowiadają pozycje kosztorysu dla elementu IV - wiersze od nr 13 do nr 18. Przedmiar zawarty w ww. dokumencie dla tego elementu (str. 58) wskazuje m.in.:

- wykonanie obudowy drewnianej w poprzeczni Layer 6 (przy założeniu 40 odrzwi drewnianych co 1m) - 8,0m<sup>3</sup> kopalniaków o długości 2,5m, 8m<sup>3</sup> desek 0,025m; w wersji z przebudową chodnika podłużnego dodatkowo (przy założeniu 30 odrzwi drewnianych co 1m) - 6,0m<sup>3</sup> kopalniaków o długości 2,5m, 6m<sup>3</sup> desek 0,025m.

Tymczasem w wierszu nr 17 kosztorysu wykonawca wskazał aż 3570mb stojaka drewnianego (gdzie mnożąc tę ilość przez założoną przez wykonawcę wielkość fi stojaka równą 0,28m [dane w cenniku materiałów] wychodzi praktycznie 1000m<sup>3</sup>, przy zakładanych w przedmiarze łącznie 14m<sup>3</sup> kopalniaków), co oznacza przekroczenie szacunku o ponad 7100%

Opisowi zawartemu w części 8.2.2.12. Poprzecznia Layer 5 i podłużnia Layer poziom VII (str. 80 ww. dokumentu) odpowiadają pozycje kosztorysu dla elementu IX - wiersze od nr 37 do nr 43. Przedmiar zawarty w ww. dokumencie dla tego elementu (str. 85) wskazuje m.in.:

- wykonanie obudowy drewnianej (przy założeniu 60 odrzwi drewnianych) - 12m<sup>3</sup>

kopalniaków o dł. 2,5m, 12m<sup>3</sup> desek 0,025m,

Tymczasem w wierszu nr 41 kosztorysu wykonawca wskazał aż 3060m<sup>3</sup> stojaka drewnianego, przy zakładanych w przedmiarze łącznie 12m<sup>3</sup> kopalniaków. Zakładając nawet wystąpienie omyłki pisarskiej (podana ilość miała być w metrach bieżących a nie kwadratowych) mnożąc tę ilość (3060mb) przez założoną przez wykonawcę wielkość fi stojaka równą 0,28m [dane w cenniku i materiałów] wychodzi 856,8m<sup>3</sup>.

Opisowi zawartemu w części 8.2.2.13. Chodnik 7-634 poziom VII (str. 85 ww. dokumentu) odpowiadają pozycje kosztorysu dla elementu X - wiersze od nr 44 do nr 47. Przedmiar zawarty w ww. dokumencie dla tego elementu (str. 88) wskazuje m.in.:

- wykonanie obudowy drewnianej w poprzeczni Biliński 1 (przy założeniu 1 odrzwi drewnianych) -0,2m<sup>3</sup> kopalniaków o dł. 2,5m, 0,3m<sup>3</sup> desek 0,05 i 0,025 m,

Tymczasem w wierszu nr 46 kosztorysu wykonawca wskazał 51m<sup>3</sup> stojaka drewnianego dla pojedynczych odrzwi drewnianych. Zakładając nawet wystąpienie omyłki pisarskiej (podana ilość miała być w metrach bieżących a nie kwadratowych), to mnożąc tę ilość (51 mb) przez założoną przez wykonawcę wielkość fi stojaka równą 0,28m [dane w cenniku materiałów] wychodzi 14,28m<sup>3</sup>, przy założeniu orientacyjnym Zamawiającego w ilości 0,2m<sup>3</sup>.

Przykłady powyższe wskazują - zdaniem Odwołującego - na próbę ukrycia rażąco niskiej ceny robocizny i pracy sprzętu, poprzez „wyrównanie” ceny wskutek zawyżenia kosztów materiałowych. Jak już wyżej zostało wskazane, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy. W analizowanym przypadku działaniem tym jest takie manipulowanie ceną, aby Zamawiający nie mógł jej uznać za rażąco niską i nie wdrożyć postępowania wyjaśniającego z art. 90, co pozwoli wykonawcy otrzymać zamówienie i tym samym pozbawić możliwości uzyskania zamówienia innym wykonawców. Takie działanie niewątpliwie utrudniło im dostęp do rynku,

Odwołujący zwrócił też uwagę na stosowanie przez PROCARBON różnych wartości nakładów jednostkowych roboczogodziny dla tożsamyh elementów prac, co nie zwróciło uwagi Zamawiającego. Porównując ze sobą pozycję z wiersza nr 41 „Wykonanie obudowy drewnianej (odrzwia co 1,0m)”, gdzie w kolumnie nr 5 wykonawca podał nakład jednostkowy 1,20 roboczogodziny, z pozycją z wiersza nr 28 „Wykonanie obudowy drewnianej (odrzwia co 1,0m)”, gdzie w kolumnie nr 5 wykonawca już podał nakład jednostkowy 80,00, Odwołujący stwierdza, iż wycena ta nie przedstawia żadnej rzetelnej wartości, natomiast Zamawiający bezkrytycznie przyjął całość kosztorysu jako prawidłowy.

Szereg wad jakie kosztorys posiada dyskwalifikuje ofertę tego wykonawcy, która winna zostać odrzucona.

## Zarzuty odnośnie oferty wykonawcy GÓRTECH - Przedsiębiorstwo Górnicze sp. z o.o.

Zrzut zaniechania odrzucenia oferty

Odwołujący wskazał na tożsame wady kosztorysu, które wymienił powyżej w odniesieniu do oferty PROCARBON.

W wierszu oznaczonym nr 18.3.1 „piły pneumatyczne” kosztorysu realizacji zadania wykonawca wpisał:

W kolumnie 3 „Ilość” - 0,5 mg (maszyno-godziny)

W kolumnie 10 „Cena jednostkowa” - 2,40 zł/jed

W kolumnie 11 „Koszt pracy sprzętu” - 1344,00 zł

wyliczone w następujący sposób:

$$560 \text{ m}^2 \times 2,40 \text{ zł/jed (kol. 10)} = 1344,00 \text{ zł}$$

Wyliczenie ceny jednostkowej jest nieprawidłowe, albowiem zgodnie z instrukcją zawartą w SIWZ wyliczenie to przedstawiać miałyby się w następujący sposób:

$$0,5 \text{ mg (ilość maszyno-godzin z kol. 3)} \times [13,32 \text{ zł/mg (koszt pracy młotka udarowego z poz. II)} + 13,32 \text{ zł/mg} \times 65\% \text{ (Koszty ogólne z poz. I B)} + [13,32 \text{ zł/mg} + 13,32 \text{ zł/mg} \times 65\%] \times 10\% \text{ (Zysk z poz. ID)}] = 0,5 \text{ mg} \times [13,32 \text{ zł/mg} + 8,66 \text{ zł/mg} + (21,98 \text{ zł/mg} \times 10\%)] =$$

$$0,5 \text{ mg} \times (13,32 \text{ zł/mg} + 8,66 \text{ zł/mg} + 2,20 \text{ zł/mg}) = 0,5 \text{ mg} \times 24,18 \text{ zł/mg} = 12,09 \text{ zł/jed}$$

Tym samym prawidłowa cena tego wykonawcy w kolumnie 11 tego wiersza powinna wynosić:  $560 \text{ m}^2 \times 12,09 \text{ zł/jed (kol. 10)} = 6770,40 \text{ zł}$

Identyczne błędy zostały popełnione w wierszach nr 23.3.1, 29.3.1, 42.3.1, 47.3.1 oraz 51.3.1.

Kolejnym przykładem niezgodności oferty z SIWZ (względnie błędu w obliczeniu ceny) jest wyszczególnienie ilości materiałów we wszystkich pozycjach związanych z wyceną materiałów w kosztorysie. Zgodnie z instrukcją, w kolumnie 3 Zamawiający żądał wskazania całej ilości materiałów planowanej dla wykonania danej czynności.

Tymczasem wykonawca w kolumnie 3 podał ilości materiałów w ilościach całkowicie odrealnionych od rzeczywistych potrzeb Zamawiającego. Tytułem przykładu wskazać można na wiersz nr 11.1.1 „drewno okrągłe”, gdzie w pozycji ilość (kol. 3) wskazana została wartość i 0,25m . Zakładając, że mamy do czynienia ze stojakiem w obudowie górniczej, ilość ta jest absolutnie niewystarczająca dla wykonania 20 sztuk odrzwi (obudowy drewnianej). Wystarczy znów odwołać się do przedmiaru w dokumencie „Projekt likwidacyjny poziomu IX Kopalni Soli Wieliczka” (str. 12 odwołania), gdzie Zamawiający wskazał orientacyjną ilość wykonania obudowy drewnianej (przy założeniu 20 odrzwi drewnianych co 1m) - 4,0m<sup>3</sup> kopalniaków o długości 2,5m.

Z kolei w wierszu nr 12.1.1. „deski 0,025m” wykonawca ten wskazał całkowitą ilość desek potrzebnych do wykonania 160m<sup>2</sup> wykładki (co wynika z tego elementu) jako 0,03m<sup>2</sup>.

Wartość ta jest irracjonalna, gdyż nie da się deskami wielkości 0,03m<sup>2</sup> pokryć 160m<sup>2</sup> powierzchni.

Kolejnym przykładem jest wiersz 16.1.1. „szyny z elementami mocującymi”, gdzie w pozycji ilość (kol. 3) wskazana została wartość 2m, podczas gdy element ten wymaga wybudowania torów tymczasowych o długości 80m.

Ponadto, z wadliwością wyceny materiałów i niezgodnością wyliczenia ceny z SIWZ mamy do czynienia w tej ofercie na wszystkich pozycjach związanych z jednostkową ceną materiału (kol. 8). Zgodnie z instrukcją, wykonawcy mieli przedstawić cenę jednostkową z cennika (bez VAT) uwzględniającą koszty zakupu ujęte w poz. 1C.

W każdym przypadku wskazania ceny jednostkowej materiału w kol. 8, cena nie jest ceną jednostkową wynikającą z cennika. Wykonawca zatem nieprawidłowo (niezgodnie z instrukcją) wypełnił kosztorys realizacji zadania. Tytułem przykładu wskazać można na pozycje w wierszu 8.1:

drewno okrągłe cena w cenniku 520 zł/m <sup>3</sup>	cena w kol. 8 - 74,40 zł.
deska 25mm                      cena w cenniku 540 zł/m <sup>2</sup>	cena w kol. 8 - 97,20 zł

Błąd ten powielany jest na wszystkich pozycjach materiałowych w kolumnie 8.

Dla uzasadnienia żądania odrzucenia tej oferty z tytułu błędów popełnionych przy wypełnianiu kosztorysu realizacji zadania i niezgodności z instrukcją, Odwołujący podał, iż podtrzymuje argumentację przedstawioną wyżej względem oferty PROCARBON.

Wykonawca PROCARBON Sp. z o.o. Sp. k. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający wniósł na rozprawie o oddalenie odwołania w całości, jako bezzasadnego. Odnośnie zarzutu dotyczącego polisy wyjaśnił, że nie miał podstaw wymagać od wykonawców polisy obejmującej konkretny zakres ubezpieczenia, dlatego postanowienie zawarte w pkt 1, na str. 27 oferty „ochrona ubezpieczeniowa nie obejmuje roszczeń z tytułu rażącego naruszenia prawa oraz roszczeń podlegających przepisom Prawa geologiczno-górniczego” nie może mieć istotnego znaczenia przy ocenie spełniania warunku udziału w postępowaniu. Podkreślił, że w wyniku realizacji przedmiotu zamówienia nie mogą powstać żadne roszczenia wynikające z prawa górniczego, a jedynie roszczenia cywilne.

W odniesieniu do zarzutu rażąco niskiej ceny wyjaśnił, że nie miał podstaw do powzięcia jakichkolwiek wątpliwości w odniesieniu do ceny oferty Przystępującego, zarówno w porównaniu do pozostałych cen ofert złożonych w postępowaniu, jak i do wartości przedmiotu zamówienia. Wyjaśnił, że różnica w cenie pierwszej i ostatniej oferty w rankingu ofert wynosi mniej niż 10%.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego niezgodności treści oferty z treścią SIWZ i błędnego obliczenia cen jednostkowych w ofercie PROCARBON i GÓRTECH wyjaśnił,

że wynagrodzenie w przedmiotowym postępowaniu ma charakter kosztorysowy, sposób rozliczenia robót został określony w § 23 wzoru umowy, jako suma iloczynów cen jednostkowych i ilości określonych prac, wskazanych przez Zamawiającego w załączniku nr 1 do oferty/zał. nr 2 do wzoru umowy. Istotne znaczenie dla Zamawiającego mają ceny jednostkowe, a nie składniki cenotwórcze ceny jednostkowej, bowiem te składniki cenotwórcze nie będą miały znaczenia przy rozliczeniu końcowym wykonanych prac. Instrukcja co do sposobu obliczenia cen jednostkowych zawarta w SIWZ ma charakter jedynie informacyjny. Zamawiający stwierdził, że ewentualne nieścisłości w ofercie PROCARBON i GÓRTECH w zakresie obliczenia cen jednostkowych nie mają istotnego znaczenia, ponieważ istotne dla Zamawiającego są wskazane ceny jednostkowe, które będą służyły do rozliczenia wykonania przedmiotu zamówienia. Pełnomocnik Zamawiającego wyjaśnił, że nie posiada informacji, czy sposób obliczenia cen jednostkowych był weryfikowany przez Zamawiającego w trakcie badania ofert, jak również nie posiada wiedzy, czy błędy kosztorysu, wskazane w odwołaniu, zostały zweryfikowane przez Zamawiającego po wniesieniu odwołania. W tym zakresie Zamawiający nie przedstawił żadnego stanowiska w odniesieniu do szczegółowych zarzutów odwołania.

**Krajowa Izba Odwoławcza**, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego na rozprawie, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że odwołujący wykazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. Odwołujący wykazał, że przy uwzględnieniu argumentacji zaprezentowanej w odwołaniu oferta złożona przez Odwołującego podlegałaby uznaniu za najkorzystniejszą, biorąc pod uwagę kryterium oceny ofert ustalone w postępowaniu (cena 100%).

Wykonawca PROCARBON Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Zbroślawicach skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Przystępujący wykazał interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Zamawiającego, jako wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza.

Stosownie do art. 192 ust. 7 Pzp, Izba rozpoznała odwołanie w zakresie zarzutów zawartych w odwołaniu.

Izba nie stwierdziła naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz 24 ust. 4 w związku z art. 7 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy PROCARBON z uwagi na fakt,

że złożona przez wykonawcę polisa ubezpieczeniowa nie potwierdza spełniania warunku udziału w postępowaniu, tj. posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej związanej z przedmiotem zamówienia.

Zgodnie z treścią SIWZ (część VI. 1.4 SIWZ), Zamawiający wymagał w zakresie wykazania spełnienia warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawcy - przedłożenia opłaconej polisy, a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej związanej z przedmiotem zamówienia, opiewającej na kwotę co najmniej 500.000 zł.

Przedmiot zamówienia, opisany w SIWZ, obejmuje usługi polegające na wykonaniu likwidacji poziomu IX podziemnej części Zakładu Górniczego Kopalnia Soli „Wieliczka”, które na potrzeby Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zostały nazwane „robotami górniczymi”. Szacunkowy zakres prac wykonywanych w ramach robót górniczych Zamawiający określił, w pkt 5.2. SIWZ w formie przedmiaru („Szacunkowy zakres robót górniczych określa poniższy przedmiar”).

Wykonawca na potwierdzenie tego warunku przedłożył polisę nr P0/00583005/2014, wystawioną przez Generali T.U. S.A. (str. 26-28 oferty) należycie opłaconą, z sumą ubezpieczenia w wysokości 1.000.000 zł. W opisie ubezpieczonej działalności w treści polisy wskazano: „działalność usługowa wspomagająca pozostałe górnictwo i wydobywanie. Prace wykonywane na rzecz górnictwa podziemnego w tym usługi realizowane pod powierzchnią ziemi w oparciu o posiadane uprawnienia i certyfikaty.” Jako zakres ubezpieczenia wskazano: „odpowiedzialność cywilna z tytułu posiadania mienia oraz prowadzonej działalności”.

Odwołujący podnosił, że wyłączenie w ramach ubezpieczenia m.in. roszczeń z tytułu rażącego naruszenia prawa oraz roszczeń podlegających przepisom prawa geologiczno-górniczego, a także w zakresie OC z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, może oznaczać, że wykonawca nie jest w ogóle zdolny do ubezpieczenia swojej działalności obejmującej istotną część prowadzonej działalności gospodarczej.

W ustalonym stanie faktycznym Izba zważyła, jak poniżej.

Zgodnie z treścią przedłożonej polisy, ubezpieczeniem została objęta „działalność usługowa wspomagająca pozostałe górnictwo i wydobywanie”. Jest to działalność wymieniona w PKD 09.90.Z. Sekcja ta obejmuje:

- górnictwo/wydobywanie podziemne, odkrywkowe lub za pomocą odwiertów, kopalin występujących w naturze jako ciała stałe (węgiel i rudy), ciekłe (ropa naftowa) lub gazowe (gaz ziemny),

- działalność pomocniczą związaną z przygotowaniem kopalin do sprzedaży, np.: kruszenie, mielenie, oczyszczanie, suszenie, sortowanie, odsalanie, brykietowanie,

wzbogacanie oraz działalność związaną z eksploatacją ropy naftowej i gazu ziemnego. Czynności te wykonywane są zarówno przez jednostki, które wydobywają dany surowiec i/lub jednostki zlokalizowane w pobliżu miejsca ich wydobycia,

- magazynowanie substancji i składowanie odpadów w górotworze, włączając podziemne wyrobiska górnicze.

Sekcja ta dzieli się na działy, grupy, klasy i podklasy z punktu widzenia wydobywanej kopaliny. Działy 05, 06 dotyczą wydobywania węgla kamiennego, węgla brunatnego (lignitu) i torfu, górnictwa ropy naftowej i gazu ziemnego; działy 07, 08 obejmują górnictwo rud metali i pozostałych kopaliny oraz wydobywanie kamienia. Niektóre czynności techniczne, sklasyfikowane w tej Sekcji, zwłaszcza związane z górnictwem ropy naftowej i gazu ziemnego, mogą być wykonywane na zlecenie przez wyspecjalizowane jednostki prowadzące produkcyjną działalność usługową, sklasyfikowaną w odpowiednich podklasach działu 09.

Powyższą działalność należy uznać za związaną z przedmiotem zamówienia w postępowaniu w niniejszej sprawie - w stopniu wystarczającym do potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Wskazana działalność obejmuje usługi, których charakter jest związany z przedmiotem zamówienia. Zauważyć należy, że zamawiający nie może w ramach warunku udziału żądać wykazania się przez wykonawcę ubezpieczeniem działalności odpowiadającej dokładnie przedmiotowi zamówienia. Warunek udziału w postępowaniu służy weryfikacji potencjału wykonawcy, m.in. w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej, do wykonania zamówienia. Wymaganie posiadania ubezpieczenia nie służy natomiast wprost zabezpieczeniu odpowiedzialności cywilnej wykonawcy w zakresie objętym przedmiotem danej umowy. Zgodnie z postanowieniem zawartym w części XVII pkt 3 SIWZ, „warunkiem zawarcia umowy jest posiadanie przez Wykonawcę ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie odpowiadającym przedmiotowi umowy”. Przedmiot umowy został określony w § 2 wzoru umowy i dotyczy wykonania konkretnych prac w ramach przedmiotu zamówienia. Zatem, dopiero na etapie przed podpisaniem umowy stosowne ubezpieczenie na potrzeby tego postępowania musi być przez wykonawcę zawarte. Podnoszona przez Odwołującego okoliczność, że wykonawca być może nie jest zdolny do zawarcia takiego ubezpieczenia, nie została wykazana przez Odwołującego za pomocą środków dowodowych, zatem należało uznać, że zarzut w tym zakresie został nie został udowodniony, a postawiony jedynie hipotetycznie.

W odniesieniu do zarzutów naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2, pkt 3, pkt 4 i pkt 6, art. 90 ust. 1 w związku z art. 7 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy PROCARBON i dokonanie wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej, w sytuacji gdy przedłożony wraz z ofertą kosztorys realizacji zadania, stanowiący element oferty,



sporządzony został niezgodnie ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, zawiera błędy w obliczeniu ceny, jak również złożenie takiej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji z art. 15 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, ewentualnie zawiera rażąco niską cenę, a Zamawiający nie wezwał wykonawcy do złożenia wyjaśnień w tym zakresie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

W części III pkt 5.1 SIWZ Zamawiający wskazał, że „Roboty górnicze winny być wykonane zgodnie z dokumentacją projektową pod nazwą: „Projekt techniczny likwidacji poziomu IX w Kopalni Soli Wieliczka S.A.” – stanowiącą załącznik nr 1 do specyfikacji.” W części III pkt 5 ppkt 5.2 SIWZ został zamieszczony szacunkowy zakres robót w formie przedmiaru robót, z określeniem ich maksymalnej ilości i jednostek miary. W sposób odpowiadający temu przedmiarowi Zamawiający sformułował w formie tabeli załącznik nr 1 do oferty, który należało wypełnić, zgodnie z instrukcją przedstawioną w załączniku nr 9 do SIWZ. Instrukcja ta obejmuje wymagania:

„W poz. I - należy podać składniki cenotwórcze wraz z narzutami zastosowanymi przy sporządzaniu oferty.”, „W poz. II - należy wymienić rodzaj sprzętu oraz w oparciu o cenniki pracy sprzętu obowiązujące u Oferenta podać koszt pracy sprzętu.”, „W poz. III – należy podać ceny materiałów niezbędnych do wykonania zadania, na podstawie, których została sporządzona oferta.” oraz zawiera szczegółową procedurę wypełnienia ww. tabeli w odniesieniu do kosztów robocizny, materiałów, transportu, pracy sprzętu oraz sposobu obliczenia „kosztu jednostkowego wykonania danej czynności”, wskazanej w tabeli kosztorysu, a także kosztu łącznego wykonania wszystkich ww. czynności.

Zamawiający wymagał złożenia oferty na formularzu stanowiącym załącznik nr 2 do SIWZ wraz z załącznikami stanowiącymi integralną część oferty (część XII pkt 1,2 i 4 SIWZ), w tym wypełnionego załącznika nr 1 do oferty „Koszt realizacji zadania pt. Likwidacja poziomu IX w Kopalni Soli Wieliczka SA”, który stanowi także załącznik nr 2 do wzoru umowy.

W części XV SIWZ „Opis sposobu obliczenia ceny” wskazano, że „cenę zamówienia stanowić będzie cena obliczona jako suma iloczynów planowanych prac określonych w części III pkt 5 ppkt 5.2 SIWZ i przewidywanych przez wykonawcę kosztów jednostkowych tych prac (wynagrodzenie kosztorysowe)”.

Z treści powyższych postanowień wynika, że Zamawiający przewidział w przedmiotowym postępowaniu kosztorysowy sposób wynagrodzenia wykonawcy za wykonane prace, w oparciu o ceny jednostkowe za poszczególne czynności, podane przez wykonawcę w „kosztorysie realizacji zadania”. Zatem, dla rozliczenia wykonanych prac mają istotne znaczenie ceny jednostkowe wskazane w kosztorysie dla poszczególnych rodzajów czynności (prac) określonych przez Zamawiającego w szacunkowym przedmiarze. Także sposób obliczenia ceny oferty określony przez Zamawiającego w SIWZ opiera się na

cenach jednostkowych poszczególnych prac, określonych w przedmiarze zawartym w części III pkt 5.2. SIWZ. W postanowieniach odnośnie sposobu obliczenia ceny Zamawiający nie powołał się na postanowienia instrukcji zawartej w załączniku nr 9. Dlatego należało uznać, że postanowienia te nie obejmują stricte sposobu obliczenia ceny, a zatem zarzuty zaniechania odrzucenia oferty jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny Izba uznała za niezasadne.

Postanowienia instrukcji zawartej w załączniku nr 9 nie są jednak w ogóle bez znaczenia w przedmiotowym postępowaniu, jak twierdził Zamawiający. Stanowią one jednoznacznie określone przez Zamawiającego wymagania dotyczące sposobu wypełnienia kosztorysu oraz dotyczące podania w kosztorysie informacji odnośnie składowych elementów cen jednostkowych, stanowiących podstawę do obliczenia ceny oferty i w konsekwencji do rozliczenia wykonanych prac. Nie można uznać, że składniki cen jednostkowych nie mają znaczenia przy rozliczeniu wykonanych prac, gdyż, jak wynika z treści załącznika do protokołu odbioru miesięcznego – tabela nr 2 – zał. Nr 3 do umowy, Zamawiający zawarł w opisie kolumny 3 treść „ilość wynikająca z umowy, jednostka, cena jednostkowa (w przypadku wykonywania wszystkich czynności wynikających z kosztorysu)”, a zatem przewidział możliwość rozliczenia robót na podstawie składowych ceny jednostkowej w przypadku gdy nie wszystkie czynności objęte ceną jednostkową będą wykonywane.

Zamawiający bardzo szczegółowo opisał w SIWZ sposób obliczenia cen jednostkowych oraz jednoznacznie wymagał rozpisania poszczególnych elementów tych cen jednostkowych w formularzu kosztorysu, stanowiącym załącznik do oferty, a także załącznik do wzoru umowy. Zamawiający nie dopuścił w SIWZ możliwości ustalenia tych cen w sposób dowolnie przyjęty przez wykonawcę, a składowe tych cen należało przedstawić w kosztorysie w określony przez Zamawiającego sposób.

Przy obliczeniu cen jednostkowych należało zastosować się do procedury określonej w załączniku nr 9 do SIWZ, a zatem niewypełnienie kosztorysu, zgodnie z tą instrukcją skutkować powinno niezgodnością treści oferty z treścią SIWZ. W ocenie Izby, odstąpienie przez Zamawiającego od powyższych wymagań SIWZ na etapie oceny ofert skutkowałoby naruszeniem w postępowaniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Wobec powyższego, Zamawiający jest zobowiązany do zweryfikowania prawidłowości złożonych przez wykonawców kosztorysów, pod względem zgodności ich wypełnienia z wymaganiami określonymi w załączniku nr 9 do SIWZ. Posiadając szczegółowe informacje w ofertach o tym, w jaki sposób wykonawcy skalkulowali ceny jednostkowe określonych przez Zamawiającego czynności, które będą rozliczane przy wykonywaniu umowy, Zamawiający nie może pominąć przy badaniu ofert niezgodności w obliczeniu tych cen z wymaganiami załącznika nr 9 lecz ma obowiązek je zbadać i ocenić

w kontekście postawionych wymagań. Nie można przy tym zgodzić się z argumentacją Zamawiającego, że wytyczne zawarte w załączniku nr 9 do SIWZ miały jedynie charakter informacyjny, niewiążący. Zauważyć należy, że w żadnym miejscu SIWZ Zamawiający nie zawarł stwierdzenia, z którego można byłoby wywodzić, że informacja o sposobie wypełnienia kosztorysu nie jest wiążąca dla wykonawców.

Wymóg wypełnienia kosztorysu realizacji zadania sporządzonego w oparciu o przedmiary przygotowane przez Zamawiającego oraz zgodnie ze szczegółową instrukcją wypełnienia kosztorysu, biorąc pod uwagę charakter kosztorysowego wynagrodzenia w niniejszym postępowaniu, ma niewątpliwie charakter merytoryczny, a ich naruszenie winno być oceniane w aspekcie niezgodności oferty ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia. Potwierdzeniem powyższego jest m.in. fakt, że wypełniony kosztorys stanowić będzie docelowo załącznik do zawartej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Biorąc pod uwagę powyższe, Zamawiający był zobowiązany do zbadania ofert pod względem zgodności kosztorysów z wymaganiami zawartymi w załączniku nr 9, a w przypadku stwierdzenia niezgodności - zastosować dostępne w ramach ustawy Pzp procedury poprawienia omyłek, w tym w trybie art. 87 ust 2 pkt 3 Pzp a także w przypadku wątpliwości co do treści kosztorysu (oferty) wezwać wykonawców do złożenia stosownych wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp. Dopiero po wyczerpaniu możliwości, które są przewidziane w tych przepisach Zamawiający jest uprawniony i zobowiązany podjąć decyzję w przedmiocie odrzucenia danej oferty.

W odniesieniu do oferty wykonawcy PROCARBON Izba stwierdziła niezgodności, które podlegają poprawie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp oraz wątpliwości, które podlegają wyjaśnieniu w trybie art. 87 ust. 1 Pzp. Zastosowanie tych procedur jest obowiązkowe i każdorazowo powinno poprzedzać ewentualną czynność odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. W przedmiotowym postępowaniu czynności powyższe nie zostały wykonane przez Zamawiającego, co stanowi o naruszeniu powyższych przepisów. Wskazać należy, że zgodnie z instrukcją, zawartą w załączniku nr 9 do SIWZ w zakresie kosztu pracy sprzętu wykonawca winien był:

„W kolejnych pozycjach kolumny 2 wyspecyfikować sprzęt, którego użycie jest niezbędne do wykonania danej czynności podając dla każdej pozycji sprzętowej:

kol. 3: oferent w oparciu o własne katalogi nakładów pracy sprzętu lub analizy podaje planowaną ilość maszyno-godzin (mg) niezbędną do wykonania danej jednostki robocizny,

kol. 10: cena jednostkowa jest iloczynem planowanej ilości mg (z kol. 3), kosztu pracy sprzętu wymienionego w poz- II. kosztów ogólnych wymienionych w poz. 1B i zysku wymienionego w poz. ID,

kol 11: jest to iloczyn wartości ilości jednostek danej czynności koniecznej do wykonania określonej w kol. 3 i wartości wycenionej w kol. 10.

Ponadto w wierszu „praca sprzętu: (wymienić sprzęt niezbędny do wykonywania prac)” kol. 11: podać łączną sumę kosztu pracy sprzętu.”

W wierszu 2.3 „młotek udarowy” kosztorysu realizacji zadania wykonawca wypełnił błędnie pozycję w kolumnie 11, gdyż zgodnie z instrukcją Zamawiającego koszt jednostkowy z kolumny 10 należało pomnożyć przez „ilość jednostek danej czynności koniecznej do wykonania”, która została wskazana przez Zamawiającego, w tym przypadku - 5m<sup>3</sup>. Wykonawca nie zastosował się do tej wytycznej, a w związku z tym w powyższym zakresie Zamawiający jest zobowiązany do poprawienia treści kosztorysu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, jako innej omyłki, której poprawienie nie stanowi istotnej zmiany treści oferty. Do dokonania poprawy tej omyłki Zamawiający nie musi posiadać żadnych dodatkowych danych, może wykonać czynność samodzielnie, z uwzględnieniem oczywiście konsekwencji rachunkowych w cenie oferty. Wykonawca oczywiście może nie wyrazić zgody na dokonanie tych poprawek, co skutkuje odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Ponadto, w kol. 12 dla pozycji „Koszt jednostkowy” wykonania ww. czynności należało uwzględnić cenę jednostkową pracy sprzętu, a zatem przeliczenia wymaga również koszt podany w kolumnie 12, zgodnie z instrukcją Zamawiającego.

Takich samych poprawek (przeliczeń) Zamawiający musi dokonać w pozycjach 3.2, 5.2, 6.2, 7.2, 9.2, 10.2 i nast. „Kosztorysu realizacji zadania” wykonawcy PROCARBON, w których została dokonana wycena pracy sprzętu.

W wierszu nr 12 ww. kosztorysu występuje niezgodność treści oferty z treścią SIWZ polegająca na tym, że wskazana ilość desek do wykonania tej czynności została określona jako 3200 metrów bieżących (mb), a zatem materiał ten nie odpowiada cennikowi w poz. III, który zawiera cenę dla deski 0,025m podaną w metrach kwadratowych. Podana przez wykonawcę w kolumnie 8 cena 60 zł nie znajduje wprost oparcia w cenniku, co budzi wątpliwości, a zatem podlega wyjaśnieniu w trybie art. 87 ust. 1 Pzp. W przypadku potwierdzenia się, że jest to cena nie wynikająca z ceny podanej w cenniku dla tego materiału, ofertę należy uznać za niezgodną z SIWZ.

Niezgodność wyliczenia ceny z wymaganiami SIWZ występuje w ofercie tego wykonawcy we wszystkich pozycjach kol. 8 kosztorysu, w której wykonawcy, zgodnie z instrukcją, mieli przedstawić cenę jednostkową z cennika (bez VAT) uwzględniającą koszty zakupu ujęte w poz. 1C. W pozycjach tych wykonawca powtórzył ceny materiału z cennika nie uwzględniając kosztu zakupu ujętego w poz. 1C (czyli 30%). Koszty te powinny zostać doliczone przez Zamawiającego, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych w cenie jednostkowej danej czynności oraz w cenie oferty, w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Wyjaśnieniu w trybie art. 87 ust. 1 Pzp podlegają pozycje wiersza 14, 15, 21, 27, 30, w których wykonawca przyjął nakład jednostkowy robocizny w danej czynności niższy niż czas pracy sprzętu niezbędny do wykonania danej jednostki robocizny. W zależności od

treści wyjaśnień, Zamawiający powinien ocenić zgodność oferty z treścią SIWZ w zakresie zaferowania przedmiotu zamówienia odpowiadającego wymaganiom Zamawiającego, w szczególności w odniesieniu do dokumentacji projektowej.

W danym stanie faktycznym Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jedn. Dz.U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.), przez zaniechanie odrzucenia oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Odwołujący nie wykazał, że wskazane w odwołaniu niezgodności treści oferty wykonawcy PROCARBON z treścią SIWZ stanowią dowód na manipulowanie ceną w celu uzyskania zamówienia i utrudnienia dostępu do rynku innym wykonawcom. Jak przyznał sam Odwołujący, cena zaferowana przez wykonawcę za cały przedmiot zamówienia nie odbiega w rażący sposób od cen pozostałych wykonawców, a zatem Odwołujący nie wykazał, jaki skutek, korzystny dla Przystępującego, wykonawca ten miałby osiągnąć, poprzez dany sposób wypełnienia kosztorysu.

W odniesieniu do zarzutu rażąco niskiej ceny oferty lub też rażąco niskich cen jednostkowych (przy wynagrodzeniu kosztorysowym), Izba uznała, że wobec wielu niezgodności treści oferty z treścią SIWZ oraz wątpliwości w treści tej oferty, które powinny podlegać wyjaśnieniu przez Zamawiającego, zarzut ten należy uznać za przedwczesny. Na tym etapie bowiem nie jest znana ostateczna cena oferty, która będzie znana dopiero po jej skorygowaniu w wyniku dokonanych poprawek. Na obecnym etapie Izba nie stwierdziła przesłanek do uznania, że oferta PROCARBON zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem w przypadku wątpliwości w tym zakresie Zamawiający jest zobowiązany wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp.

Izba stwierdziła, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający jest zobowiązany do wezwania wykonawcy PROCARBON do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp w zakresie kalkulacji tych pozycji w kosztorysie realizacji zadania, które zawierają bardzo niski nakład pracy w postaci roboczogodziny lub nakład pracy sprzętu - w stosunku do przedmiotu prac objętych danym elementem, tj. w odniesieniu do wiersza nr 3 „Wykonanie niezbędnych przybierek zwierzeli, łat i odspojeń w stropie i ociosach, wyrównanie spągu” w zakresie nakładu jednostkowego robocizny w ilości 0,30 roboczogodziny, w odniesieniu do wiersza nr 4 „Usunięcie złomu, starego drewna...”, gdzie jak wskazał Odwołujący koszt jednostkowy stanowi 3% ceny najniższej oferty konkurencyjnej, w odniesieniu do wiersza nr 7 „Wiercenie 6 otworów kontrolnych w stropie o długości 2m”, wycenionego przez wykonawcę za 12 sztuk na łączną kwotę 32,76 zł, przy cenie jednostkowej 2,73 zł i nakładzie roboczogodzin na jednostkę w wysokości 0,05, tj. 3 minut, przy czym cena z tej pozycji

stanowi 2% najniższej ceny konkurencyjnej, w odniesieniu do wiersza nr 10 „Wiercenie otworów kontrolnych w stropie” gdzie wykonawca wskazał nakład roboczogodziny na jednostkę w ilości 0,05, oferując odwiert 20m w stropie za łączną cenę 54,60 zł, przy czym sumaryczna cena za wykonanie całego elementu wynosi 30% najniższej ceny konkurencyjnej, w odniesieniu do wiersza nr 15 „Odwiercenie 10 otworów kontrolnych stropowych o długości 2m (w wersji z przebudową chodnika dodatkowo 5 otworów (opcja))”, gdzie nakład jednostkowy roboczogodziny wynosi 0,05, a łączny koszt odwiertu 30m w stropie kosztuje 81,90 zł, co stanowi zaledwie 15% najniższej ceny konkurencyjnej. Powyższe dane budzą wątpliwości w zakresie rzetelnego ich skalkulowania, co ma istotne znaczenie w kontekście wynagrodzenia o charakterze kosztorysowym, gdyż ceny jednostkowe przełożą się w istotny sposób na wysokość wynagrodzenia wykonawcy za realizację przedmiotu umowy.

Jednocześnie w odniesieniu do zarzutu odnośnie zawyżonych ilości materiałów w kosztorysie w stosunku do przedmiaru Zamawiającego:

- w wierszu nr 8 wykonawca wskazał 54 szt. Filarówki, co nie odpowiada zakładanej orientacyjnie ilości 0,1 m w przedmiarze oraz 120m desek 0,025m, co daje 3m desek, przy zakładanych w przedmiarze 0,15m,

- w wierszu nr 11 wykonawca wskazał 1020mb stojaka drewnianego (gdzie mnożąc tę ilość przez założoną przez wykonawcę wielkość fi stojaka równą 0,28m [dane w cenniku materiałów] daje 285,6m, przy zakładanych w przedmiarze 4m,

- w wierszu 12 wykonawca podał 3200 mb deski 0,025m co daje 80m<sup>3</sup> desek 0,025m - przy założonych orientacyjnie 4m<sup>3</sup>,

- w wierszu nr 17 wykonawca wskazał 3570mb stojaka drewnianego, natomiast po przemnożeniu tej ilości przez wielkość fi stojaka równą 0,28m [dane w cenniku materiałów] otrzymujemy ok. 1000m<sup>3</sup>, przy zakładanych w przedmiarze łącznie 14m<sup>3</sup> kopalniaków, co oznacza przekroczenie szacunku o ponad 7100%,

- w wierszu nr 41 wykonawca wskazał 3060m<sup>3</sup> stojaka drewnianego, przy zakładanych w przedmiarze łącznie 12m<sup>3</sup> kopalniaków. Po przemnożeniu tej ilości przez wielkość fi stojaka równą 0,28m [dane w cenniku i materiałów] otrzymujemy 856,8m,

- w wierszu nr 46 wykonawca wskazał 51m<sup>3</sup> stojaka drewnianego dla pojedynczych odrzwi drewnianych. Po przemnożeniu tej ilości przez założoną wielkość fi stojaka równą 0,28m [dane w cenniku materiałów] otrzymujemy 14,28m<sup>3</sup>, przy założeniu szacunkowym Zamawiającego w ilości 0,2m<sup>3</sup>,

Zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawcę do wyjaśnienia treści oferty (kosztorysu) oraz ocenić ewentualne niezgodności pod kątem możliwości zastosowania trybu z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, a także uwzględnienia konsekwencji rachunkowych odpowiednio w cenach jednostkowych danych czynności i w cenie oferty. W przypadku braku możliwości

zastosowania art. 87 ust. 2, oferta podlegać będzie odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Wyjaśnieniu w trybie art. 87 ust. 1 Pzp podlega także zastosowanie przez PROCARBON w kosztorysie różnych wartości nakładów jednostkowych roboczogodziny dla tożsamyh elementów prac, tj. w wierszu nr 41 „Wykonanie obudowy drewnianej (odrzwia co 1,0m), gdzie w kolumnie nr 5 wykonawca podał nakład jednostkowy 1,20 roboczogodziny oraz w wierszu nr 28 „Wykonanie obudowy drewnianej (odrzwia co 1,0m), gdzie w kolumnie nr 5 wykonawca podał nakład jednostkowy 80,00.

Dokonanie powyższych czynności przez Zamawiającego ma na celu zbadanie treści oferty w zakresie jej zgodności z treścią SIWZ oraz ocenę możliwości doprowadzenia oferty PROCARBON do zgodności z wymaganiami SIWZ w trybie dopuszczonym w ustawie Pzp. W obecnym stanie oferta ta nie jest porównywalna z innymi ofertami, ponieważ zawiera liczne wątpliwości i niezgodności z SIWZ, co potwierdza, że wybór tej oferty jako najkorzystniejszej narusza przepis art. 89 ust. 1 pkt 2, poprzez zaniechanie zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp i art. 87 ust. 1 Pzp oraz art. 7 ust. 1 Pzp. Wykonanie powyższych czynności powinno następnie umożliwić Zamawiającemu dokonanie oceny tej oferty w zakresie rzetelności kalkulacji ceny oferty, jak i poszczególnych cen jednostkowych, w odniesieniu do przedmiotu zamówienia tj. w kontekście przesłanek rażąco niskiej ceny.

#### Zarzuty dotyczące oferty wykonawcy GÓRTECH - Przedsiębiorstwo Górnicze sp. z o.o.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt 6 w związku z art. 7 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty, w sytuacji gdy przedłożony wraz z ofertą kosztorys realizacji zadania, stanowiący element oferty, sporządzony został niezgodnie ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia i zawiera błędy w obliczeniu ceny Izba ustaliła i zważyła, jak poniżej.

Izba stwierdziła że w wierszach oznaczonych nr 18.3.1, 23.3.1, 29.3.1, 42.3.1, 47.3.1 oraz 51.3.1. kosztorysu realizacji zadania wykonawca nie dokonał wyceny ceny jednostkowej zgodnie z wytycznymi Zamawiającego zawartymi w załączniku nr 9 do SIWZ. W tym zakresie Zamawiający jest zobowiązany usunąć niezgodności treści oferty z SIWZ, poprzez dokonanie przeliczenia ceny jednostkowej na podstawie wskazanych w kosztorysie składników ceny jednostkowej oraz ilości prac, zgodnie z informacją wskazaną w załączniku nr 9 do SIWZ oraz na podstawie informacji, którymi Zamawiający dysponuje w oparciu o treść złożonej oferty.

Ponadto wykonawca w kolumnie nr 3 kosztorysu podał ilości materiałów niezgodne z szacunkowym przedmiarem Zamawiającego, a tym samym niezgodne z projektem:

- w wierszu nr 11.1.1 „drewno okrągłe”, wskazana została ilość 0,25m. Jak wskazywał Odwołujący, a Zamawiający tym okolicznościom nie zaprzeczył, ilość ta jest

niewystarczająca dla wykonania 20 sztuk odrzwi (obudowy drewnianej), co potwierdza przedmiar w dokumencie „Projekt likwidacyjny poziomu IX Kopalni Soli Wieliczka” (str. 12 odwołania), gdzie Zamawiający wskazał orientacyjną ilość wykonania obudowy drewnianej (przy założeniu 20 odrzwi drewnianych co 1m) - 4,0m<sup>3</sup> kopalniaków o długości 2,5m.

- w wierszu nr 12.1.1. „deski 0,025m” wykonawca wskazał całkowitą ilość desek potrzebnych do wykonania 160m<sup>2</sup> wykładki (co wynika z tego elementu) jako 0,03m<sup>2</sup>. Wartość ta jest błędna, gdyż nie ma możliwości, aby deskami wielkości 0,03m<sup>2</sup> pokryć 160m<sup>2</sup> powierzchni.

- w wierszu 16.1.1. „szyny z elementami mocującymi”, w pozycji ilość (kol. 3) wskazano 2m, podczas gdy element ten wymaga wybudowania torów tymczasowych o długości 80m.

W powyższym zakresie Zamawiający powinien wezwać wykonawcę do wyjaśnienia treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp i ocenić złożone wyjaśnienia pod kątem możliwości dokonania poprawy treści oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, a przypadku negatywnej oceny – odrzucić ofertę jako niezgodną z wymaganiami SIWZ, tj. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Dodatkowo, w pozycjach zawierających jednostkową ceną materiału (kol. 8) podane przez wykonawcę ceny jednostkowe użytego materiału nie wynikają wprost z cennika, co może stanowić niezgodność z wymaganiami Zamawiającego zawartymi w załączniku nr 9. W tym zakresie oferta wykonawcy powinna podlegać wyjaśnieniu, a w przypadku potwierdzenia się, że ceny te jednak nie wynikają z cennika załączonego do oferty, oferta powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, jako niezgodna z wymaganiami SIWZ.

W ocenie Izby, również w przypadku tej oferty nie wystąpiły przesłanki do stwierdzenia błędu w obliczeniu ceny, ponieważ wobec braku uwzględnienia w części XV SIWZ wymagań określonych w załączniku nr 9, jako opisu sposobu obliczenia ceny, należy ocenić niezgodności z tym załącznikiem jako niezgodności z treścią SIWZ.

W odniesieniu do obu ofert, stwierdzone przez Izbę naruszenia przepisów ustawy Pzp w toku badania i oceny ofert, stosownie do art. 192 ust. 2 Pzp mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania, co stanowi podstawę do uwzględnienia odwołania.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 pkt 1 Pzp.



O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz zgodnie z § 3 pkt 1 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 rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** .....