

Sygn. akt KIO 994/16

Sygn. akt KIO 1020/16

**WYROK**  
z dnia 11 lipca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś**

**Protokolant: Paulina Zielenkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 23, 29 czerwca i 5 lipca 2016 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

**A. w dniu 9 czerwca 2016 r. przez wykonawcę WARBUD S.A., ul. Domaniewska 32, 02-672 Warszawa**

**B. w dniu 10 czerwca 2016 r. przez wykonawcę ERBUD S.A., ul. Klimczaka 1, 02-797 Warszawa**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Uniwersytecki Szpital Dziecięcy w Krakowie, ul. Wielicka 265, 30-663 Kraków**

przy udziale wykonawców zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego:

**A. ERBUD S.A., ul. Klimczaka 1, 02-797 Warszawa** po stronie odwołującego

**B. Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego CHEMOBUDOWA–KRAKÓW S.A., ul. Klimeckiego 24, 30-705 Kraków** po stronie zamawiającego  
– sygn. akt KIO 994/16

**C. WARBUD S.A., ul. Domaniewska 32, 02-672 Warszawa** po stronie zamawiającego

**D. Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego CHEMOBUDOWA–KRAKÓW S.A., ul. Klimeckiego 24, 30-705 Kraków** po stronie zamawiającego  
– sygn. akt KIO 1020/16

**orzeka:**

**1.I. 1) uwzględnia odwołanie wykonawcy WARBUD S.A. z siedzibą w Warszawie i nakazuje zamawiającemu:**

– unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej;

– wezwanie wykonawcy Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego CHEMOBUDOWA–KRAKÓW S.A. z siedzibą w Krakowie, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, do uzupełnienia wykazu osób, które

będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, przez wskazanie osoby na stanowisko kierownika robót elektrycznych, posiadającej minimum 5 lat doświadczenia w kierowaniu robotami elektrycznymi;

2) nie uwzględnia pozostałych zarzutów odwołania;

1.II. 1) uwzględnia odwołanie wykonawcy ERBUD S.A. z siedzibą w Warszawie i nakazuje zamawiającemu:

- unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej;
- unieważnienie wniosku zamawiającego przesłanego wykonawcy Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego CHEMOBUDOWA–KRAKÓW S.A. z siedzibą w Krakowie o przedstawienie rozkładu wynagrodzenia na poszczególne zadania, tj. zadanie I, zadanie II, zadanie III oraz poprawienie rozkładu wynagrodzenia bez udziału wykonawcy, jako konsekwencji rachunkowych dokonanej poprawki ceny oferty;
- unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego ERBUD S.A. z siedzibą w Warszawie oraz powtórzenie czynności badania oferty tego wykonawcy;
- dokonanie oceny ofert niepodlegających odrzuceniu;

2) nie uwzględnia pozostałych zarzutów odwołania;

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego Uniwersytecki Szpital Dziecięcy w Krakowie, ul. Wielicka 265, 30-663 Kraków, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **40 000 zł 00 gr** (słownie: czterdzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców: WARBUD S.A., ul. Domaniewska 32, 02-672 Warszawa; ERBUD S.A., ul. Klimczaka 1, 02-797 Warszawa – tytułem wpisów od odwołań,

2.2. zasądza od zamawiającego: Uniwersytecki Szpital Dziecięcy w Krakowie, ul. Wielicka 265, 30-663 Kraków na rzecz wykonawcy: WARBUD S.A., ul. Domaniewska 32, 02-672 Warszawa kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania,

2.3. zasądza od zamawiającego: Uniwersytecki Szpital Dziecięcy w Krakowie, ul. Wielicka 265, 30-663 Kraków na rzecz wykonawcy: ERBUD S.A., ul. Klimczaka 1, 02-797 Warszawa kwotę **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

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

**Przewodniczący:** .....

**Sygn. akt KIO 994/16**

**Sygn. akt KIO 1020/16**

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

**Zamawiający** – Uniwersytecki Szpital Dziecięcy w Krakowie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest: „Przebudowa i remont budynków K, L, M, J-M, N, L-N, O, R, nadbudowa przewiązki J-M przebudowa i remont infrastruktury instalacyjnej, małej architektury, dróg, ogrodzenia terenu Uniwersyteckiego Szpitala Dziecięcego w Krakowie ” (znak sprawy EZP-271-2/1/2016), na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej „ustawa Pzp”, „ustawa” lub „Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 13 stycznia 2016 r., nr 2016/S 008-009147.

Zamawiający zawiadomił wykonawców w dniu 31 maja 2016 r. o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego CHEMOBUDOWA–KRAKÓW S.A. z siedzibą w Krakowie oraz m.in. punktach przyznanych ofercie złożonej przez wykonawcę WARBUD S.A. z siedzibą w Warszawie (druga oferta w kolejności po ofercie wybranej) i odrzuceniu oferty wykonawcy ERBUD S.A. z siedzibą w Warszawie.

### **Sygn. akt KIO 994/16**

**I. - III. Odwołujący – WARBUD S.A.** – wniósł w dniu 8 czerwca 2016 r. odwołanie, w którym zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

- 1) art. 87 ust. 2 pkt 2 przez niezasadne uznanie, że oferta Przedsiębiorstwa Budownictwa Przemysłowego CHEMOBUDOWA–KRAKÓW S.A. z ceną ryczałtową zawiera oczywistą omyłkę rachunkową, co w konsekwencji spowodowało bezzasadną zmianę ceny oferty tego wykonawcy o ponad 1,2 mln złotych z 57 782 559,60 zł na 56 568 246,07 zł, a w konsekwencji zmianę pozycji tego wykonawcy w rankingu ofert;
- 2) ewentualnie art. 89 ust. 1 pkt 2 przez zaniechanie odrzucenia oferty CHEMOBUDOWA–KRAKÓW pomimo niezgodności oferty z treścią SIWZ, tj. złożenia oferty zawierającej dwie ceny, co w konsekwencji oznacza złożenie dwóch ofert, co stanowi również naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 82 ust. 1;
- 3) art. 22 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 3 i 4 przez zaniechanie wezwania wykonawcy CHEMOBUDOWA–KRAKÓW do wyjaśnienia lub ewentualnie uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu

w zakresie posiadania osób zdolnych do wykonania zamówienia, mimo że CHEMOBUDOWA–KRAKÓW nie wykazała spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia wskazanymi na stanowiska: kierownika budowy i kierownika robót elektrycznych;

- 4) art. 7 ust. 1 i 3 przez niezapewnienie zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (w związku z naruszeniem wymienionych przepisów ustawy Pzp).

**IV.** Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących czynności:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) ewentualnie odrzucenia oferty CHEMOBUDOWA–KRAKÓW na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 lub art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp;
- 3) dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem zarzutów postawionych w odwołaniu, w tym w szczególności:
  - a) unieważnienia czynności poprawienia omyłki rachunkowej w ofercie CHEMOBUDOWA–KRAKÓW;
  - b) wezwania CHEMOBUDOWA–KRAKÓW do uzupełnienia dokumentów (lub ewentualnie ich wyjaśnienia) potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie dotyczącym dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, tj. kierownika budowy i kierownika robót elektrycznych, a w przypadku braku przedstawienia wyjaśnień lub uzupełnienia stosownych dokumentów albo przedstawienia wyjaśnień niepotwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu (ewentualnie uzupełnienia dokumentów niepotwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu) – wykluczenia CHEMOBUDOWA–KRAKÓW z postępowania;
- 4) dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Uzasadnienie odwołania.

**I.** Brak potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednimi osobami zdolnymi wykonać zamówienie.

1. Zamawiający w pkt 8.1.3.2 SIWZ wymagał aby wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego w przedmiotowym postępowaniu wykazał, że dysponuje/będzie dysponował odpowiednimi osobami zdolnymi wykonać zamówienie, w szczególności odpowiedzialnymi za kierowanie robotami budowlanymi, wraz z podaniem informacji na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych dla wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności, oraz informacją o podstawie dysponowania w zakresie następujących osób:

- a. kierownik budowy branża budowlana, wykształcenie wyższe techniczne, minimum 5 lat doświadczenia jako kierownik budowy;
- b. kierownik robót branża elektryczna – minimum 5 lat doświadczenia w kierowaniu robotami elektrycznymi.

2. Stosownie do pkt 8.2.3 SIWZ w celu potwierdzenia spełniania ww. warunku udziału w postępowaniu wykonawca obowiązany był załączyć do oferty „wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności, oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami.”

3. W związku z faktem, że CHEMOBUDOWA–KRAKÓW załączyła do swojej oferty wykaz osób, który nie potwierdza spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednimi osobami, zamawiający w dniu 23 marca 2016 r. wezwał tego wykonawcę do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp. Zamawiający w wezwaniu wskazał, że przedstawiony wykaz na str. 17 oferty nie zawiera informacji dotyczących wykształcenia osób wskazanych jako kierownik robót sanitarnych i kierownik robót elektrycznych, które będą uczestniczyć w realizacji przedmiotu zamówienia. W odpowiedzi na ww. wezwanie zamawiającego CHEMOBUDOWA–KRAKÓW uzupełniła wykaz o informacje dotyczące wykształcenia osób wskazanych do pełnienia funkcji kierownika robót sanitarnych i kierownika robót elektrycznych.

4. Z uzupełnionego przez tego wykonawcę wykazu nie wynika jednak spełnianie warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający w pkt 8.1.3.2 SIWZ wymagał wykazania w odniesieniu do kierownika budowy, że osoba wskazana na przedmiotowe stanowisko będzie legitymowała się minimum 5-letnim doświadczeniem jako kierownik budowy.

- a. Z wykazu osób CHEMOBUDOWA–KRAKÓW wynika, że p. J.Ś. legitymuje się 7-letnim doświadczeniem w zakresie pełnienia „funkcji kierownika” na wymienionych następnie inwestycjach. W SIWZ zamawiający wyraźnie wskazał, że osoba na przedmiotowe stanowisko ma wykazać się doświadczeniem w pełnieniu konkretnej funkcji, tj. funkcji kierownika budowy. Z informacji zamieszczonych w wykazie CHEMOBUDOWA–KRAKÓW nie sposób stwierdzić, że p. J.Ś. posiada doświadczenie jako kierownik budowy – równie dobrze, wobec niejednoznacznego oświadczenia wykonawcy osoba ta może legitymować się doświadczeniem jako kierownik robót określonego rodzaju lub kierownik kontraktu.
- b. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 stycznia 2012 r., KIO 49/12.
- c. Biorąc pod uwagę fakt, że z informacji zawartych w wykazie osób dołączonym do oferty CHEMOBUDOWA–KRAKÓW nie wynika, że osoba wskazana na stanowisko kierownika

budowy – p. J.Ś. – legitymuje się zgodnie z pkt. 8.1.3.2 SIWZ doświadczeniem jako „kierownik budowy” zasadne jest wezwanie wykonawcy do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu zgodnie z SIWZ.

5. W poz. 3 wykazu osób CHEMOBUDOWA–KRAKÓW wskazała p. A.R. na stanowisko kierownika robót elektrycznych. Zgodnie z przytoczonym wymogiem SIWZ osoba ta powinna posiadać minimum 5-letnie doświadczenie jako kierownik robót elektrycznych. Zamawiający wymagał podania kwalifikacji i doświadczenia osób wskazanych w wykazie. W uzupełnionym przez CHEMOBUDOWA–KRAKÓW zostało wskazane co prawda, że ww. osoba posiada 24-letnie doświadczenie w kierowaniu robotami elektrycznymi, jednak następnie zostały wymienione konkretne inwestycje, z których wynika, że p. A.R. legitymuje się doświadczeniem krótszym niż 5 lat – tj. 55 miesięcy, a odliczając miesiące skrajne - tylko 36 miesięcy. W tym stanie rzeczy, informacje zawarte w wykazie nie potwierdzają spełnienia warunku, a zamawiający winien wezwać wykonawcę do uzupełnienia dokumentów lub co najmniej do ich wyjaśnienia w drodze art. 26 ust. 3 i 4 Pzp.

**II.** W zakresie braku podstaw do poprawienia omyłki w ofercie CHEMOBUDOWA–KRAKÓW ewentualnie zaniechania odrzucenia oferty zawierającej dwie ceny.

1. CHEMOBUDOWA–KRAKÓW wskazała w formularzu ofertowym, że zrealizuje przedmiot zamówienia za cenę 57 782 559,60 zł brutto. Wykonawca oświadczył również w formularzu ofertowym, że tak określona cena ofertowa obejmuje pełny zakres zamówienia określony w dokumentacji. W toku postępowania zamawiający pismem z dnia 23 marca 2016 r. poinformował, że na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp poprawił oczywistą omyłkę rachunkową w ofercie CHEMOBUDOWA–KRAKÓW z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek. Po uwzględnieniu oczywistych omyłek rachunkowych wartość netto oferty została zmieniona na 45 990 443,96 zł, a wartość oferty brutto na 56 568 246,07 zł. Zamawiający wskazał, że dla porównania i oceny ofert zostanie przyjęta cena 56 568 246,07 zł. Pismem z dnia 31 marca 2016 r. CHEMOBUDOWA–KRAKÓW wyraziła zgodę na poprawienie przedmiotowej omyłki przez zamawiającego. Zamawiający nie poinformował w piśmie na czym polegała pomyłka i dlaczego ją poprawił. Odwołującemu w tym zakresie pozostają jedynie domysły i przypuszczenia.

2. Zamawiający bezpodstawnie dokonał zmiany ceny oferty CHEMOBUDOWA–KRAKÓW, która ma charakter ryczałtowy. Zgodnie z pkt 15.1 SIWZ cenę oferty należało podać w formie ryczałtu. Zamawiający wskazał, że *„skutki finansowe jakichkolwiek błędów w dokumentacji projektowej obciążają wykonawcę zamówienia, a zatem musi on przewidzieć wszelkie okoliczności, które mogą wpłynąć na cenę zamówienia. W związku z powyższym zaleca się szczegółowe sprawdzenie dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót, jak również przyszłego placu budowy. Nie jest wymagane*

*załączanie do oferty kosztorysu ofertowego. Ceny poszczególnych elementów zamówienia należy przedstawić w tabeli elementów scalonych (zał. nr 2 do niniejszej specyfikacji)."*

3. Ryczałtowy charakter wynagrodzenia został potwierdzony również w załączonym do SIWZ Wzorzec Umowy - zgodnie z § 8 ust. 1 „za wykonanie przedmiotu nin. Umowy określonego w § 1 Strony ustalają wynagrodzenie ryczałtowe w wysokości (...)”, natomiast stosownie do treści ust. 2 „Wynagrodzenie, o którym mowa wyżej obejmuje wszystkie koszty, nakłady i zobowiązania niezbędne do wykonania przedmiotu umowy zgodnie z dokumentacją oraz z obowiązującymi normami i przepisami technicznymi”.

4. Istotą wynagrodzenia ryczałtowego jest określenie tego wynagrodzenia z góry, niezależnie od rzeczywiście wykonanego zakresu i kosztów robót. Podkreślenia wymaga fakt, że rozliczenia stron w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego nie opierają się na faktycznie wykonanych robotach i ich cenach jednostkowych. Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z 20 listopada 1998 r. sygn. akt II CRN 913/97, ryczałt polega na umówieniu z góry wysokości wynagrodzenia w kwocie absolutnej, przy wyraźnej lub dorozumianej zgodzie stron na to, że wykonawca nie będzie domagać się wynagrodzenia wyższego. Krajowa Izba Odwoławcza orzekła podobnie w wyroku z dnia 9 maja 2012 r., KIO 847/12.

5. Nie ulega wątpliwości, że przez cenę oferty należy rozumieć wartość brutto. Jak było wskazane powyżej odnośnie tej wartości CHEMOBUDOWA–KRAKÓW oświadczyła w formularzu ofertowym, że wskazana cena ofertowa obejmuje pełny zakres zamówienia określony w dokumentacji. Skoro cena ofertowa ma charakter ryczałtu, który z kolei pozostaje niezmienny jako niezależny od cen podanych za poszczególne zakresy prac, to ingerowanie w oświadczenie CHEMOBUDOWA–KRAKÓW w przedmiocie ceny oferty jest niedopuszczalne.

6. Szczególnego podkreślenia wymaga charakter jaki zamawiający nadał Tabeli elementów scalonych. Tabela elementów scalonych ma jedynie charakter pomocniczy (tak KIO w wyroku z dnia 24 listopada 2010 r., KIO 2490/10) i ewentualnie występujące w niej nieścisłości nie mogą stanowić podstawy do zmiany wysokości ceny ryczałtowej określonej przez wykonawcę. Innymi słowy, wysokość wynagrodzenia ryczałtowego nie jest determinowana cenami podanymi w tabeli elementów scalonych, bowiem wykonawca bierze odpowiedzialność za wykonanie przedmiotu zamówienia w zamian za wynagrodzenie w wysokości określonej w formie ryczałtu – oderwane od kalkulacji szczegółowych. Podstawą rozliczenia umowy w sprawie zamówienia publicznego nie będą wartości podane w tabeli za poszczególne zakresy robót.

7. W związku z posiłkowym i jedynie poglądowym charakterem Tabeli elementów scalonych w niniejszym postępowaniu zamawiający, odpowiadając na pytania wprost wskazał, że tabela elementów scalonych może być w sposób dowolny modyfikowana przez wykonawców (np. odpowiedź na pytanie 33 – pismo z dnia 9 lutego 2016 r.). Przedmiotowy



dokument nie powinien stanowić podstawy do dokonywania modyfikacji jednoznacznego oświadczenia woli wykonawcy w zakresie ceny oferty. W przypadku, gdyby zamawiający nie zauważył nieścisłości w tabeli elementów scalonych, a dokonałby jednocześnie wyboru oferty CHEMOBUDOWA–KRAKÓW jako najkorzystniejszej wykonawca ten otrzymałby wynagrodzenie wyższe o ponad 1,2 mln zł i za takie realizowałby zamówienie, bez możliwości jego zmniejszenia.

8. Reasumując, bezpodstawne poprawienie omyłki, mające miejsce wyłącznie w dokumentach pomocniczych (Tabeli elementów scalonych), co skutkowało ingerencją zamawiającego w cenę ryczałtową oferty CHEMOBUDOWA–KRAKÓW, stanowiło naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp.

9. Niezależnie od powyższego, zgodnie z niekwestionowanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej oczywistą omyłką rachunkową jest widoczny, niezamierzony błąd rachunkowy popełniony przez wykonawcę, który polega na uzyskaniu nieprawidłowego wyniku działania arytmetycznego (wyrok KIO z dnia 21 stycznia 2009 r., KIO/UZP 20/09). Rzekoma nieścisłość mająca miejsce w tabeli elementów scalonych załączonej do oferty CHEMOBUDOWA–KRAKÓW nie ma charakteru oczywistego i nie jest widoczna na pierwszy rzut oka w związku z czym, nie mogła być poprawiona w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp. Również sposób jej poprawienia nie jest oczywisty. Dostrzeżenie rzekomego błędu wymaga przeprowadzenia dokładnej analizy struktury kosztów ujętych w tabeli. Wobec faktu, że zgodnie z sugestiami zamawiającego wykonawca był uprawniony dowolnie modyfikować tabelę elementów scalonych, nie można stwierdzić, że działanie CHEMOBUDOWA–KRAKÓW nie było działaniem celowym. Aby można było dokonywać poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej muszą istnieć dane wyjściowe podane przez zamawiającego. W tym postępowaniu, zamawiający nie przedstawił zamkniętego katalogu takich danych pozostawiając to swobodnemu uznaniu wykonawców. Zatem ingerencja zamawiającego w sposób kalkulacji ceny przedstawiony przez CHEMOBUDOWA–KRAKÓW stanowi nie tylko nieuprawnioną ingerencję w oświadczenie woli złożone przez tego wykonawcę w ofercie, ale również naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp przez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

10. Podobny pogląd wyraziła KIO w wyroku z dnia z dnia 12 stycznia 2016 r., sygn. akt KIO 2834/15.

11. Przyjęcie dopuszczalności poprawienia omyłki w Tabeli elementów scalonych przekładającą się na możliwość zmiany ceny oferty prowadziłoby *de facto* do zaakceptowania składania przez wykonawców ofert z ukrytymi omyłkami rachunkowymi, które mogłyby być ujawniane lub nie, w zależności od pozycji wykonawcy w rankingu ofert. Następnie, w zależności od pozycji w rankingu ofert, wykonawca mógłby się zgodzić na poprawienie tej omyłki lub nie. Takie działanie w rażący sposób narusza zasadę uczciwej

konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także zasadę przejrzystości prowadzonego postępowania. Nie bez powodu otwarcie ofert jest jawne, a ustawodawca podczas otwarcia nakazał odczytywanie cen złożonych ofert. Zmiana ceny oferty, po publicznym jej odczytaniu, dozwolona jest wyłącznie w ścisłych przypadkach i nie może być nadużywana. Zmianę taką, w szczególności gdy dotyczy zmiany bardzo istotnej, tj. na poziomie 1,2 mln złotych, powodującej jednocześnie zmianę w rankingu ofert, a wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy, należy uznać za niedopuszczalną.

12. Ponadto przyjęcie, że właściwą ceną, jest cena poprawiona przez zamawiającego oznacza, że została złożona oferta z dwiema cenami – jedną wynikającą z jednoznacznego i dwukrotnie powtórnego oświadczenia wykonawcy (zarówno w formularzu ofertowym jak również w podsumowaniu Tabeli elementów scalonych), a drugą wynikającą z obliczeń i poprawek dokonanych przez zamawiającego. Przyjęcie dopuszczalności takiego działania również prowadziłoby do akceptacji ingerencji w cenę po terminie otwarcia ofert. Zgodnie z pkt 13.1 SIWZ zamawiający wskazał, że *„każdy Wykonawca może złożyć jedną ofertę. Złożenie większej liczby ofert niż jedna lub złożenie oferty wariantowej skutkować będzie odrzuceniem wszystkich złożonych przez danego Wykonawcę ofert (podstawa prawna art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień, publicznych).”* Złożenie oferty z dwiema cenami stanowi złożenie dwóch ofert. Oferta złożona przez CHEMOBUDOWA–KRAKÓW podlega zatem odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt 1 ustawy.

13. Z ostrożności odwołujący wskazał, że błąd popełniony przez CHEMOBUDOWA–KRAKÓW nie stanowi również innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ niepowodującej istotnych zmian w treści oferty, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 31 sierpnia 2015 r., KIO 1792/15. Zaistniała nieścisłość w tabeli elementów scalonych dołączonej do oferty CHEMOBUDOWA–KRAKÓW nie powoduje niezgodności treści oferty tego wykonawcy z SIWZ. W związku z tym, brak jest przesłanek do zastosowania ww. przepisu w sprawie.

**III.** Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości.

### **Sygn. akt KIO 1020/16**

**Odwołujący ERBUB S.A.** z siedzibą w Warszawie wniósł w dniu 9 czerwca 2016 r. odwołanie od niezgodnych z przepisami Pzp czynności i zaniechania zamawiającego w przedmiocie dokonania badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej polegających na:

- 1) dokonaniu błędnej oceny oferty odwołującego oraz wyjaśnień odwołującego dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, błędnym uznaniu przez zamawiającego, że odwołujący nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny

oraz błędnym uznaniu przez zamawiającego, że złożone wyjaśnienia potwierdzają, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, przez co oferta odwołującego winna podlegać odrzuceniu;

- 2) dokonaniu wyboru oferty CHEMOBUDOWA–KRAKÓW, pomimo że to oferta odwołującego jest najkorzystniejsza oraz zaniechaniu wyboru oferty odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej z pośród ofert nie podlegających odrzuceniu;
- 3) bezzasadnym uznaniu, że oferta CHEMOBUDOWA–KRAKÓW zawiera oczywistą omyłkę rachunkową, a w konsekwencji dokonaniu przez zamawiającego nieuprawnionego poprawienia ceny oferty CHEMOBUDOWA–KRAKÓW, nieuprawnionego prowadzenia z ww. wykonawcą negocjacji w zakresie ceny oferty poprzez żądanie podania przez ww. wykonawcę rozkładu wynagrodzenia na poszczególne części zamówienia oraz zaniechaniu odrzucenia oferty ww. wykonawcy jako niezgodnej z SIWZ, choć jego oferta zawiera dwie ceny, a zamawiający nie dokonał faktycznego poprawienia ceny w ofercie CHEMOBUDOWA–KRAKÓW.

Zaskarżonym czynnościami i zaniechaniem zamawiającego odwołujący zarzucił naruszenie przepisów ustawy Pzp:

- 1) art. 90 ust. 2 i 3 przez ich błędne zastosowanie i przyjęcie, że oferta odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, co jest skutkiem dokonania przez zamawiającego błędnej oceny oferty odwołującego oraz wyjaśnień odwołującego dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, błędnego uznania, że odwołujący nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny oraz błędnego uznania przez zamawiającego, że złożone wyjaśnienia potwierdzają, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji błędnym uznaniu, że oferta odwołującego winna podlegać odrzuceniu;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 4 przez jego błędne zastosowanie wynikające z błędnego uznania przez zamawiającego, że oferta odwołującego winna podlegać odrzuceniu, ponieważ zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- 3) art. 90 ust. 1 przez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty CHEMOBUDOWA–KRAKÓW, pomimo że to oferta odwołującego jest najkorzystniejsza oraz przez zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej z pośród ofert nie podlegających odrzuceniu;
- 4) art. 87 ust. 1 przez nieuprawnione prowadzenie z wykonawcą CHEMOBUDOWA–KRAKÓW negocjacji w zakresie ceny oferty, polegających na żądaniu podania rozkładu wynagrodzenia na poszczególne części zadania, po dokonaniu nieuprawnionej poprawy rzekomych omyłek rachunkowych w treści oferty;
- 5) art. 87 ust. 2 pkt 2 przez bezzasadne poprawienie omyłki rachunkowej w ryczałtowej cenie oferty CHEMOBUDOWA–KRAKÓW, co w konsekwencji spowodowało zmniejszenie

wynagrodzenia tego wykonawcy o ponad 1,2 mln zł i zmianę ceny z 57 782 559,60 zł brutto na 56 568 246,07 zł brutto;

- 6) art. 89 ust. 1 pkt 2 przez zaniechanie odrzucenia oferty CHEMOBUDOWA–KRAKÓW pomimo niegodności oferty tego wykonawcy z SIWZ polegającej na złożeniu oferty zawierającej dwie ceny oraz braku faktycznego poprawienia ww. omyłki w ofercie CHEMOBUDOWA–KRAKÓW;
- 7) art. 7 ust. 1 przez niedochowanie przez zamawiającego zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców polegające na zaniechaniu dokonania prawidłowych czynności związanych z oceną ofert.

Odwołujący wniósł o:

- 1) merytoryczne rozpoznanie odwołania i jego uwzględnienie;
- 2) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji postępowania na okoliczności wskazane w odwołaniu oraz przeprowadzenie dowodu z akt postępowania odwoławczego sygn. KIO 717/16;
- 3) na podstawie art. 189 ust. 6 w związku z art. 8 ust. 3 Pzp wniósł o wyłączenie jawności części rozprawy dotyczącej wszystkich informacji i dokumentów objętych przez odwołującego klauzulą „tajemnica przedsiębiorcy”, w tym w szczególności wyjaśnień odwołującego z dnia 15 kwietnia 2016 r. oraz z dnia 28 kwietnia 2016 r. dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny;
- 4) unieważnienie czynności zamawiającego polegających na dokonaniu badania i oceny ofert oraz wyborze oferty CHEMOBUDOWA–KRAKÓW jako najkorzystniejszej;
- 5) nakazanie zamawiającemu dokonania czynności ponownego badania i oceny ofert oraz wyboru oferty odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej;
- 6) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego, według norm przypisanych oraz na podstawie przedłożonej faktury VAT.

Uzasadnienie odwołania.

1. Stan faktyczny. Odwołujący przedstawił zestawienie ofert złożonych w postępowaniu ze wskazaniem statusu wykonawcy/oferty: miejsce w rankingu ofert/ wykonawca wykluczony/ oferta odrzucona. Dowód: pismo zamawiającego z dnia 30 maja 2016 r. – informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej (załącznik nr 5 do odwołania).

**2. Uzasadnienie zarzutu naruszenia art. 90 ust. 2 i 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.**

1) Uzasadnienie odrzucenia oferty odwołującego.

2.1. W piśmie z dnia 30 maja 2016 r. zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z 90 ust. 3 Pzp oraz przedstawił podstawę faktyczną odrzucenia oferty: „Zamawiający pismem znak: *EZP-271-2/1/2016/p-10* z dnia 7.04.2016 r. zwrócił się do Wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie

dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w szczególności dotyczyło to pkt 101 TABELI ELEMENTÓW SCALONYCH – Instalacje elektryczne słaboprądowe. Wątpliwości zamawiającego wzbudził fakt, że cena wykonawcy w tej części jest niższa 64,73% średniej w przetargu. Wykonawca w złożonych wyjaśnieniach nie wykazał, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.” Dowód: pismo zamawiającego z dnia 30 maja 2016 r. - informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej (załącznik nr 5 do odwołania).

2.2. Zamawiający w sposób bardzo lakoniczny uzasadnił powody uznania oferty odwołującego za rażąco niską, a szczególności, na co wskazuje treść uzasadnienia, odwołał się nie do całkowitej ceny oferty odwołującego, ale wyłącznie do jednej ze składowych ceny oferty tj. pkt 101 TABELI ELEMENTÓW SCALONYCH – Instalacje elektryczne słaboprądowe.

2) Wyjaśnienia odwołującego w zakresie elementów cenotwórczych.

2.3. Zamawiający dwukrotnie wzywał odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, tj. pismem z dnia 7 kwietnia 2016 r. („wezwanie nr 1”) oraz pismem z dnia 22 kwietnia 2016 r. („wezwanie nr 2”).

2.4. W piśmie odwołującego z dnia 15 kwietnia 2016 r. („wyjaśnienia nr 1”), stanowiącym odpowiedź na wezwanie nr 1, odwołujący w sposób kompleksowy wyjaśnił, jakie elementy i czynniki miały znaczenie dla ustalenia ceny oferty odwołującego, a w szczególności, zgodnie z żądaniem zamawiającego, odniósł się do wyceny dotyczącej pkt 101 TABELI ELEMENTÓW SCALONYCH – Instalacje elektryczne słaboprądowe. Wyjaśnienia miały charakter wyczerpujący i poparte zostały dodatkowo wyliczeniami i dowodami, które potwierdzały jednoznacznie poprawność kalkulacji ceny ofertowej. Wyjaśnienia stanowiły zatem wystarczającą podstawę do uznania przez zamawiającego, że cena zaoferowana przez odwołującego nie jest ceną rażąco niską. Dowód: wyjaśnienia odwołującego z dnia 15 kwietnia 2016 r. – dokument objęty klauzulą „tajemnica przedsiębiorstwa” (w aktach postępowania), wyjaśnienia odwołującego z dnia 28 kwietnia 2016 r. – dokument objęty klauzulą „tajemnica przedsiębiorstwa” (w aktach postępowania).

2.5. Uzasadniając wycenę oferty, w części jawnej wyjaśnień nr 1 oraz wyjaśnień nr 2 odwołujący wskazał m.in. na:

1) bogate, wieloletnie doświadczenie w realizacji inwestycji o charakterze podobnym do przedmiotu zamówienia – odwołujący specjalizuje się w realizacji inwestycji polegających na budowie, rozbudowie i remoncie obiektów związanych z ochroną zdrowia. Dodatkowo, w treści wyjaśnień nr 1 odwołujący wykazał 8 projektów realizowanych przez odwołującego dotyczących budowy/przebudowy/remontu obiektów budowlanych związanych z ochroną zdrowia, gdzie cena ofert odwołującego była niższa od budżetu zamawiającego;

- 2) możliwość zakupu materiałów po bardzo korzystnych cenach, wynikających z rabatów i upustów udzielanych przez dostawców oraz korzystne warunki współpracy ze sprawdzonymi podwykonawcami;
- 3) posiadanie własnego zaplecza technicznego i wykwalifikowanej kadry, co wpływa na obniżenie kosztów realizacji inwestycji;
- 4) okoliczność, że cena oferty odwołującego nie odbiega od kwoty jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia – cena oferty odwołującego stanowiła 94,7% budżetu zamawiającego, co potwierdza rynkowy charakter dokonanej wyceny;
- 5) ryczałtowy charakter wynagrodzenia w postępowaniu, co wpływa na swobodę kształtowania ceny przez wykonawców.

2.6. Jednocześnie, odwołujący w treści wyjaśnień jednoznacznie i kategorycznie potwierdził, że ryczałtowa cena oferty uwzględnia wszystkie wymagania zamawiającego związane z wykonaniem przedmiotu zamówienia. Dowód: część jawna wyjaśnień odwołującego z dnia 15 kwietnia 2016 r. (załącznik nr 6 do odwołania).

2.7. Dodatkowo, w dniu 22 kwietnia 2016 r. zamawiający skierował do odwołującego ponowne wezwanie do wyjaśnień ceny oferty (wezwanie nr 2), w którym zażądał wyjaśnień dotyczących kalkulacji ceny pkt 101 TABELI ELEMENTÓW SCALONYCH – Instalacje elektryczne słaboprądowe. W odpowiedzi na powyższe wezwanie odwołujący przedstawił dodatkowe wyjaśnienia z dnia 28 kwietnia 2016 r. („wyjaśnienia nr 2”).

2.8. W kontekście wezwania nr 2 odwołujący zwrócił uwagę, że zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy Pzp oraz uprawnień zamawiającego, co do żądania dokumentów określonych w SIWZ, zażądał od odwołującego przedstawienia danych konkretnych zastosowanych przez odwołującego urządzeń wraz ze wskazaniem typu, modelu, rodzaju oraz nazwy producenta. Zważywszy, że żądanie sformułowane przez zamawiającego w wezwaniu nr 2 naruszało przepisy ustawy, odwołujący, pomimo złożenia dodatkowych wyjaśnień nr 2, wniósł w dniu 29 kwietnia 2016 r. również odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 717/16).

2.9. W odwołaniu odwołujący zakwestionował m.in. czynność zamawiającego polegającą na wezwaniu do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, w której zamawiający wybiórczo weryfikuje jedynie wybrane części ceny ryczałtowej oraz kwestionując żądanie podania przez odwołującego danych i informacji, do których podania odwołujący nie był zobowiązany zgodnie z treścią SIWZ.

2.10. Pismem z dnia 9 maja 2016 r. skierowanym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, zamawiający w całości uwzględnił zarzuty podniesione w odwołaniu, a Krajowa Izba Odwoławcza, postanowieniem z dnia 17 maja 2016 r., sygn. akt KIO 717/16, umorzyła postępowanie odwoławcze.

2.11. Odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodu z akt postępowania odwoławczego sygn. akt KIO 717/16.

2.12. Okoliczność, że zamawiający uznał w całości zarzuty podniesione wówczas przez odwołującego w sprawie sygn. akt KIO 717/16 potwierdzają, że zamawiający nie miał wątpliwości co do tego, że zaoferowana przez odwołującego cena nie jest rażąco niska oraz uznał, że wyjaśnienia złożone przez odwołującego w dniu 22 kwietnia 2016 r. są kompleksowe i wyczerpujące. W przeciwnym razie, jeżeli zachodziły jakiegokolwiek dodatkowe wątpliwości, co do ceny oferty odwołującego, zamawiający miał prawo i obowiązek ponownie wezwać odwołującego do złożenia wyjaśnień. Skoro zamawiający zaniechał ponownego wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty, a wezwanie nr 2, skierowane przez zamawiającego dotyczyło wyłącznie jednego elementu ceny oferty tj. pkt 101 TABELI ELEMENTÓW SCALONYCH – Instalacje elektryczne słaboprądowe, to nie podlega żadnym wątpliwościom, że wcześniejsze wyjaśnienia odwołującego zamawiający uznał za kompletne, wyczerpujące, a przede wszystkim potwierdzające, że cena oferty odwołującego nie jest rażąco niska.

2.13. Zdziwienie odwołującego budzi fakt, że rozstrzygając postępowanie zamawiający odrzucił ofertę odwołującego, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 Pzp uznając, że odwołujący nie wykazał, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska.

2.14. Dodatkowo odwołujący zauważył, że do postępowania odwoławczego sygn. akt KIO 717/16 po stronie zamawiającego przystąpili wykonawcy: CHEMOBUDOWA–KRAKÓW oraz WARBUD S.A. Pomimo uznania przez zamawiającego zarzutów odwołania w całości, przystępujący nie skorzystali z uprawnienia wynikającego z art. 185 ust. 3 Pzp, tj. nie wnieśli sprzeciwu wobec uznania przez zamawiającego zarzutów odwołania. Powyższe dowodzi, że również pozostali uczestnicy postępowania potwierdzili, że ponowne wezwanie odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny oferty jest bezzasadne, a wycena dokonana przez odwołującego ma charakter rynkowy.

2.15. Odwołujący podkreślił, że działanie zamawiającego pozostaje w całkowitej sprzeczności z szeroko rozumianym interesem publicznym i z obowiązkiem przestrzegania dyscypliny finansów publicznych. Zamawiający, nie mając ku temu żadnych podstaw, odrzucił najkorzystniejszą ofertę w rezultacie, czego wybrana została jako najkorzystniejsza oferta znacznie droższa, która wymaga poniesienia przez zamawiającego publicznego wyższych nakładów finansowych.

2.16. Celem wykazania, że odwołujący jednoznacznie wykazał, że cena oferty nie jest rażąco niska a złożone przez niego wyjaśnienia miały charakter kompletny i kompleksowy, odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodu z dokumentacji postępowania – w tym w szczególności składanych przez odwołującego wyjaśnień dotyczących elementów

mających wpływ na cenę oferty, tj. wyjaśnień nr 1 z dnia 15 kwietnia 2016 r. oraz wyjaśnień nr 2 z 28 kwietnia 2016 r.

2.17. Zważywszy, że wyjaśnienia nr 1 i wyjaśnienia nr 2 zawierają informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, z ostrożności procesowej, na podstawie art. 189 ust. 6 w zw. z art. 8 ust. 3 Pzp, odwołujący wniósł o wyłączenie jawności części rozprawy dotyczącej wszystkich informacji i dokumentów objętych przez odwołującego klauzulą „tajemnica przedsiębiorcy”.

2.18. Wniosek o wyłączenie jawności części rozprawy uzasadniony jest z tego względu, że przy rozpoznaniu zarzutów dotyczących zastrzeżonych przez odwołującego dokumentów mogą zostać ujawnione informacje stanowiące tajemnicę ustawowo chronioną, tj. tajemnicę przedsiębiorstwa odwołującego.

3) Błąd polegający na badaniu przez zamawiającego wyłącznie wybranego elementu ceny ryczałtowej odwołującego.

2.19. Treść uzasadnienia odrzucenia oferty odwołującego jednoznacznie wskazuje, że powodem uznania ceny oferty odwołującego za rażąco niską, była wyłącznie różnica pomiędzy ceną zaoferowaną przez odwołującego za roboty dotyczące pkt 101 TABELI ELEMENTÓW SCALONYCH – Instalacje elektryczne słaboprądowe, a średnią wyceną powyższego zakresu robót z ofert złożonych w przetargu. Dowód: pismo zamawiającego z dnia 30 maja 2016 r. – Informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej (załącznik nr 5 do odwołania).

2.20. Okoliczność, że zamawiający skupił się wybiórczo na badaniu wyłącznie jednego elementu ceny ofertowej potwierdzają dodatkowo dokumenty stanowiące część protokołu postępowania tj. pismo z dnia 5 kwietnia 2016 r., podpisane przez p. inż. P.P., kierownika działu informatyki, z którego wynika, że oferta odwołującego może nie uwzględniać w cenie dotyczącej poz. pkt 101 TABELI ELEMENTÓW SCALONYCH – Instalacje elektryczne słaboprądowe wszystkich wymagań zamawiającego oraz dodatkowa opinia p. inż. P.P. (niedatowana), dotycząca oceny odpowiedzi odwołującego na wezwanie nr 1 w zakresie poz. pkt 101 TABELI ELEMENTÓW SCALONYCH – Instalacje elektryczne słaboprądowe. W powyższych dokumentach p. inż. P.P. zarekomendował wezwanie odwołującego do wskazania konkretnych urządzeń i ich producentów dla instalacji niskoprądowych. Podkreślenia wymaga fakt, że czynność polegająca na wezwaniu do przedstawienia takiego wykazu została w konsekwencji opisanego powyżej odwołania odwołującego (sygn. akt KIO 717/16) uznana przez samego zamawiającego za niegodną z przepisami Pzp.

2.21. Przyjęta przez zamawiającego metodologia badania ceny ofertowej, tj. podjęcie decyzji o uznaniu ceny ofertowej za rażąco niską w oparciu o badanie wybranego elementu składowej ceny tj. pkt 101 TABELI ELEMENTÓW SCALONYCH – Instalacje elektryczne słaboprądowe stoi w jawnej sprzeczności z zasadami badania ceny ofertowej wynikającymi



zarówno z przepisów Pzp oraz zasad badania ceny ofertowej, które zamawiający wskazał w pkt 18.6 SIWZ, w którym zamawiający zaznaczył, zgodnie z art. 90 ust. 1 Pzp, że badanie rażąco niskiej ceny będzie dotyczyć „ceny oferty”, nie zaś wybranych składowych ceny, co w konsekwencji dowodzi, że zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów Pzp odrzucając ofertę odwołującego.

2.22. Odwołujący podniósł, że przepisy ustawy Pzp, w tym art. 90 ust. 1 i 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4, wyraźnie wskazują, że metodologia oceny, czy oferta zawiera rażąco niską cenę winna odnosić się do ceny globalnej oferty, nie zaś wybranych składowych ceny ofertowej. Podstawą odrzucenia oferty wykonawcy jest wyłącznie stwierdzenie, że całkowita cena ofertowa jest rażąco niska, a przez to istnieje wątpliwość co do możliwości prawidłowego wykonania całości zamówienia przez danego wykonawcę.

2.23. Powyższe podejście potwierdza bogate i jednolite orzecznictwo KIO – wyroki: z 15 maja 2015 r., sygn. KIO 876/15; z 16 stycznia 2015 r., sygn. 2634/14; z 21 sierpnia 2013 r., sygn. KIO 1874/13; KIO 1885/13; z 9 sierpnia 2011 r., sygn. KIO 1601/11; z 21 grudnia 2010 r., sygn. KIO/UZP 2650/10; z 22 lipca 2011 r., sygn. KIO 1452/11.

2.24. W dalszej kolejności odwołujący podkreślił, że wynagrodzenie umowne ma charakter ryczałtowy. Zgodnie z pkt 15.1 SIWZ zamawiający wskazał, że cenę oferty należy podać w formie ryczałtu. To na wykonawcy spoczywa obowiązek wykonania zobowiązania wynikającego z umowy w ramach zaoferowanego wynagrodzenia, niezależnie od tego czy w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac. Charakter wynagrodzenia określonego w zamówieniu w sposób istotny wpływa również na możliwość i zakres badania czy zaoferowana cena może być uznana za rażąco niską. Z uwagi na ryczałtowy charakter wynagrodzenia sam zamawiający uznał, że Tabela elementów scalonych ma wyłącznie znaczenie pomocnicze i może podlegać modyfikacjom (odp. na pytanie nr 33, pismo zamawiającego z dnia 9 lutego 2016 r.). Tym samym zamawiający potwierdził, że znaczenie ma wyłącznie cena całkowita, nie zaś ceny poszczególnych elementów zawarte w Tabeli elementów scalonych.

2.25. Powyższe ma zasadnicze znaczenie w kontekście uzasadnienia zamawiającego dotyczącego kwalifikacji ceny oferty odwołującego, jako rażąco niskiej. Jeżeli zatem, jak wynika z uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty odwołującego, zamawiający dokonał oceny wyłącznie na podstawie ceny jednego ze składników cenotwórczych tj. instalacji elektrycznych słaboprądowych, a wynagrodzenie odwołującego ma charakter ryczałtu, to dodatkowo dowodzi, że ocena przeprowadzona przez zamawiającego nie była rzetelna, a ostateczna decyzja o zakwalifikowaniu oceny oferty jako rażąco niskiej jest całkowicie nieuzasadniona.

2.26. Przytoczona argumentacja odwołującego znajduje również szerokie potwierdzenie w orzecznictwie Izby – wyroki: z 14 marca 2014 r., sygn. KIO 382/14; z 6 sierpnia 2013 r.,

sygn. KIO 1800/13; z 9 sierpnia 2011 r., sygn. KIO 1609/11; z 19 marca 2015 r., sygn. KIO 431/15.

2.27. Kontynuując powyższe rozważania odwołujący wskazał, że oczekiwanie przez zamawiającego, aby każdy pojedynczy element składowy ceny ryczałtowej wykazywał określony zysk lub brak straty po stronie odwołującego, stanowi niedopuszczalną na gruncie Pzp ingerencję zamawiającego w prawo wykonawcy do przyjęcia własnej strategii budowy ceny, przy wynagrodzeniu ryczałtowym. Uprawnienie wykonawcy do przyjęcia własnej strategii budowy ceny jest prawem, w które zamawiający co do zasady nie ma prawa wkraczać, ani go naruszać (m.in. w uzasadnieniach wyroków z 27 maja 2013 r., sygn. KIO 1068/13 i 19 grudnia 2011 r., sygn. KIO 2590/11). Tymczasem w tej sprawie z perspektywy czasu zasadny jest wniosek, że zamawiający po prostu oczekiwał od wykonawców przyjęcia określonego sposobu budowania i kalkulacji ceny.

2.28. W uzasadnieniu wskazanego wyroku z 27 maja 2013 r., sygn. KIO 1068/13, KIO podkreśliła również jednoznacznie, że „(...) *Brak jest podstaw do narzucenia wykonawcy obowiązku osiągnięcia zysku w każdym z elementów ceny.*” Podobnie KIO wskazała również m.in. w uzasadnieniu wyroku z 27 lipca 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 878/09.

2.29. Odwołujący podkreślił, że nawet zastrzeżenia zamawiającego co do konkretnego elementu ceny, gdyby nawet czysto hipotetycznie założyć ich zasadność (czemu odwołujący ze wskazanych w odwołaniu względów zaprzeczał), nie mogą w żadnym razie prowadzić do uznania ceny oferowanej przez odwołującego w sprawie za rażąco niską. W analizowanej kwestii wypowiedziała się KIO, m.in. w uzasadnieniu wyroku z dnia 18 kwietnia 2012 r., sygn. akt KIO 684/12. W podobnym tonie wypowiadają się również przedstawiciele doktryny – przykładowo W. Dzierżanowski wskazuje, że nie może być powodem odrzucenia oferty „*zaoferowanie za jakiś element świadczenia ceny znacząco odbiegającej od cen rynkowych, a nawet ceny nierealnej. Jeśli wielkość taka zostaje następnie skompensowana cenami za inne elementy świadczenia i w całości cena nie nabiera charakteru rażąco niskiego, zamawiający nie powinien ingerować w zasady przeprowadzania kalkulacji wewnętrznej (w obrębie przedmiotu zamówienia) dokonanej przez wykonawcę.*” (w: Stachowiak, Komentarz, s. 403).

2.30. Odwołujący podkreślił również, że „(...) *Za niedopuszczalne uznaje się jedynie subsydiowanie skrośne, tzn. pokrywanie kosztów ceny oferty o nierynkowym charakterze (dumpingowej) z innej działalności danego przedsiębiorcy, a nie z ceny umownej za dany kontrakt.*” (KIO w uzasadnieniu wyroku z dnia 25 stycznia 2016 r., sygn. akt 28/16). Odnosząc to do przedmiotowej sprawy odwołujący wskazał, że nie uczynił nic, co zgodnie ze wskazanym wyrokiem KIO, byłoby niedopuszczalne na gruncie Pzp. Zatem, także i z tego względu brak było podstaw do uznania ceny oferowanej przez odwołującego za rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia.

4) Dodatkowe okoliczności świadczące o rynkowej kalkulacji ceny ofertowej odwołującego.

2.31. Okolicznością świadczącą o rynkowej wycenie zamówienia, zarówno w zakresie całkowitej ceny oferty odwołującego jak i wyceny pozycji instalacji elektrycznych słaboprądowych, świadczy porównanie wyceny odwołującego z wyceną dokonaną przez zamawiającego, zarówno w zakresie całego zamówienia jak i wyceny pozycji instalacji elektrycznych słaboprądowych. Zamawiający zamierza przeznaczyć na wykonanie zamówienia kwotę 49 200 000 zł brutto (40 000 000,00 netto). Powyższa kwota została również przyjęta jako wartość zamówienia w ogłoszeniu o zamówieniu. Całkowita cena ofertowa odwołującego to 46 582 560,00 zł brutto. Porównanie powyższych wartości, to jest kwoty jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia jak i ceny ofertowej odwołującego dowodzi, że wycena odwołującego jest realna i rynkowa, ponieważ stanowi 94,7% budżetu zamawiającego.

Porównanie wartości ceny oferty odwołującego i budżetu zamawiającego:

Cena oferty odwołującego (brutto), budżet zamawiającego (brutto), % ceny ofertowej do budżetu zamawiającego: 46 582 560,00 zł; 49 200 000,00 zł; 94,7%.

2.32. Przechodząc na grunt uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty, odwołujący zauważył, że zamawiający wskazał w piśmie, że wątpliwości dotyczyły w szczególności „(...) pkt 101 TABELI ELEMENTÓW SCALONYCH - Instalacje elektryczne słaboprądowe. Wątpliwości zamawiającego wzbudził fakt, że cena wykonawcy w tej części jest niższa 64,73% średniej w przetargu. Wykonawca w złożonych wyjaśnieniach nie wykazał, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny” – dokonane przez zamawiającego porównanie wartości cen ma charakter wybiórczy i tendencyjny. Do obliczenia różnicy pomiędzy ceną średnią w przetargu a wyceną pozycji 101 TABELI ELEMENTÓW SCALONYCH – Instalacje elektryczne słaboprądowe z oferty odwołującego, zamawiający nie przyjął wartości wszystkich złożonych ofert czy nawet wszystkich ofert niedorzuconych w postępowaniu, ale wyłącznie wartości z ofert wybranych wykonawców, których oferty nie zostały odrzucone: Warbud S.A., Przedsiębiorstwa Budownictwa Przemysłowego CHEMOBUDOWA–KRAKÓW S.A. i ANNA-BUD sp. z o.o. Powyższe dowodzi tendencyjności dokonywanej oceny i wybiórczego dostosowania faktów do założonego przez zamawiającego celu polegającego na nieuzasadnionym odrzuceniu oferty odwołującego.

2.33. Dodatkowo odwołujący zauważył, że wbrew twierdzeniom zamawiającego, również wycena pozycji nr 101 TABELI ELEMENTÓW SCALONYCH – Instalacje elektryczne słaboprądowe nie jest rażąco niska. Na powyższe wskazuje porównanie wyceny dokonanej przez odwołującego oraz wyceny wynikającej z kosztorysu inwestorskiego przygotowanego przez zamawiającego, z uwzględnieniem sposobu obliczenia wynagrodzenia przyjętego przez zamawiającego tj. zastosowaniem mnożnika 0,73 do wartości kosztorysowej. Na

marginesie zauważył, że kosztorys inwestorski został przygotowany przez zamawiającego w sposób niezgodny ze sztuką, a przez co obarczony jest błędami polegającymi na przyjęciu błędnych założeń dotyczących obliczenia ceny. Błąd zamawiającego w szacowaniu wartości zamówienia polega na tym, że zamawiający liczy zysk wg wzoru  $Zysk[Z] = 10,00\% \text{ od } (R+Kp(R)+8,00\% \text{ od } ((M+Kz + Kp(M+Kz)) + 10,00\% (S+Kp(S))$ , podczas gdy zgodnie z zasadami kosztorysowania wynikającymi z przepisów prawa przyjmuje się, że zysk liczony jest wg wzoru  $Zysk [Z] \% \text{ od } (R+Kp(R), S+Kp(S))$ , a więc bez ujęcia materiałów. Zamawiający przyjął więc w kosztorysie inwestorskim dołączonym do dokumentacji przetargowej udostępnionej wykonawcom nieprawidłowy sposób liczenia zysku, co spowodowało znaczne podrożenie kalkulacji zamawiającego w stosunku do kalkulacji, gdzie zysk byłby obliczony wg ww. przez odwołującego wzoru.

2.34. Ponadto, we wzorze zamawiającego pojawia się narzut w postaci kosztów pośrednich od materiału i kosztu zakupu  $Kp(M+Kz)$ . Jest to również niespotykany sposób obliczania narzutów podnoszący wartość całkowitą kosztorysu. Jednolitą zasadą naliczania narzutów przyjętą w kosztorysowaniu jest: a) liczenie kosztów pośrednich od robocizny i pracy sprzętu (do R i S); b) liczenie zysku od robocizny, pracy sprzętu i kosztów pośrednich (do  $R+S+Kp$  - dawniej zwane kosztami przerobu), ponieważ w taki też sposób prowadzone i publikowane są notowania tych składników ceny kosztorysowej.

2.35. Tym samym, porównanie wartości nr 101 TABELI ELEMENTÓW SCALONYCH – Instalacje elektryczne słaboprądowe według wyceny odwołującego oraz wyceny kosztorysowej zamawiającego, skorygowanej o poprawne wyliczenie dowodzi, że wycena odwołującego w zakresie ww. pozycji jest wyższa niż wycena zamawiającego.

Porównanie wartości pozycji nr 101 TABELI ELEMENTÓW SCALONYCH – Instalacje elektryczne słaboprądowe – Wycena odwołującego (brutto); Wycena zamawiającego (brutto); % wyceny odwołującego do wyceny zamawiającego: 7 127 850,00; 6 835 375,97 (wartość kosztorysu inwestorskiego zmniejszona o wadliwy narzut tj. Zysk 8,00% od  $(M+Kz)$  w kwocie 438 171 zł oraz przemnożona przez współczynnik 73% zgodnie z metodologią szacowania wartości zamówienia przyjętej przez zamawiającego); 104,28%.

2.36. Podsumowując powyższe odwołujący wskazał, że cena jego oferty w żadnym wypadku nie może zostać uznana za cenę odbiegającą od realiów rynkowych, a więc cenę rażąco niską. Odpowiadając zarówno na wezwanie nr 1 i wezwanie nr 2, które dotyczyły wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na cenę, odwołujący w sposób wyczerpujący i kompleksowy wyjaśnił, wykazał i udowodnił, że dokonana przez niego wycena ma charakter rynkowy i nie jest ceną rażąco niską. W dalszej kolejności, na skutek uznania zarzutów odwołania w sprawie sygn. akt KIO 717/16, zamawiający potwierdził okoliczność, że kolejne wezwanie odwołującego do złożenia wyjaśnień było bezpodstawne, a okoliczność, że zamawiający zaniechał dalszego wyjaśnienia ceny potwierdza, że cena oferty odwołującego

ma charakter rynkowy i nie budzi wątpliwości zamawiającego. Sposób badania przez zamawiającego ceny oferty, polegający na badaniu wyłącznie wybranej składowej ceny tj. pozycji nr 101 TABELI ELEMENTÓW SCALONYCH – Instalacje elektryczne słaboprądowe, zważywszy, że cena ma charakter ryczałtowy również dowodzi, że zamawiający w sposób niezgodny z przepisami ustawy uznał cenę oferty za rażąco niską, a wyjaśnienia odwołującego za niewystarczające.

2.37. Powyższe okoliczności dowodzą tym samym, że zamawiający dopuścił się naruszenia przepisu art. 90 ust. 2 i 3 oraz art. 7 ust. 1, a w konsekwencji naruszył art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, dokonując odrzucenia oferty, pomimo braku przesłanek do dokonania takich czynności.

**3.** Zarzuty dotyczące czynności zamawiającego w stosunku do oferty CHEMOBUDOWA–KRAKÓW – naruszenie art. 87 ust. 1, art. 87 ust. 2 pkt 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp polegające na nieuprawnionym poprawieniu omyłek rachunkowych w treści oferty, nieuprawnionym prowadzeniu negocjacji w zakresie rozkładu wynagrodzenia oraz braku odrzucenia oferty pomimo jej niezgodności oferty z SIWZ.

3.1. Zgodnie z formularzem ofertowym wykonawca CHEMOBUDOWA–KRAKÓW zaoferował za wykonanie przedmiotu zamówienia cenę ryczałtową w kwocie 57 782 559,60 zł brutto. Zgodnie z protokołem postępowania, w dniu 23 marca 2016 r. zamawiający poinformował CHEMOBUDOWA–KRAKÓW, że dokonał poprawy w ofercie tego wykonawcy oczywistych omyłek rachunkowych. W wyniku powyższego cena ofertowa CHEMOBUDOWA–KRAKÓW została skorygowana do kwoty 56 586 246,07 zł brutto, a więc została obniżona o ponad 1,2 mln zł. Dodatkowo, w tym samym piśmie zamawiający wezwał CHEMOBUDOWA–KRAKÓW do przedstawienia rozkładu poprawionego przez zamawiającego wynagrodzenia na poszczególne części zamówienia tj. Zadania I, II i III. W powyższym kontekście wyjaśnienia wymaga fakt, że zamawiający wymagał wskazania w formularzu ofertowym zarówno ceny ofertowej jak i podziału wynagrodzenia na poszczególne elementy zamówienia, tj. Zadania I, II i III.

3.2. W odpowiedzi na powyższe, CHEMOBUDOWA–KRAKÓW pismem z dnia 31 marca 2016 r. wyraziła zgodę na poprawienie omyłek rachunkowych oraz podała nowy rozkład wynagrodzenia: Zadanie I: 6 737 780, 72 zł Zadanie II: 28 791 119,45 zł, Zadanie III: 21 039 345,90 zł.

3.3. Odwołujący podkreślił, że w piśmie z dnia 23 marca 2016 r. zamawiający w żaden sposób nie uzasadnił z czego wynikają omyłki rachunkowe zidentyfikowane w ofercie CHEMOBUDOWA–KRAKÓW oraz z jakiego powodu i w jakim zakresie dokonał ich poprawienia. Nie sposób ustalić również samodzielnie, na czym takie omyłki polegają, co przeczy ustalonej przez przepis art. 87 ust. 2 pkt 2 oraz orzecznictwo definicji „oczywistej omyłki”, która musi być możliwa do ustalenia, bez konieczności wyjaśniania treści oferty z danym wykonawcą. Z uwagi na ryczałtowy charakter wynagrodzenia oraz dopuszczoną

przez Zamawiającego dowolność w kształtowaniu treści Tabeli elementów scalonych nie sposób zatem przyjąć, że zamawiający mógł samodzielnie zidentyfikować omyłką w ofercie wykonawcy CHEMOBUDOWA–KRAKÓW.

3.4. W ocenie odwołującego powyższe czynności stanowią naruszenie przepisów Pzp z następujących względów. Po pierwsze, zgodnie z pkt 15.1 SIWZ oraz § 8 ust. 1 wzoru umowy zamawiający wymagał aby podana w ofercie cena miała charakter ryczałtowy. Zważywszy na charakter wynagrodzenia ryczałtowego, które jest kalkulowane przez wykonawcę, niezależnie od faktycznego zakresu wykonanych robót, poprawienie omyłek rachunkowych w ofercie CHEMOBUDOWA–KRAKÓW należy uznać za niedopuszczalne. Wiążąca pozostaje cena ofertowa podana przez wykonawcę w formularzu ofertowym jako cena ryczałtowa, niezależnie od wartości robót wskazanych w Tabeli elementów scalonych, która ma wyłącznie znaczenie pomocnicze. Powyższy charakter Tabeli elementów scalonych wynika również z odpowiedzi udzielonych przez zamawiającego (odp. na pytanie nr 33, pismo zamawiającego z dnia 9 lutego 2016 r.), w których zamawiający podkreślił, że Tabela elementów scalonych może być dowolnie modyfikowana przez wykonawców. Z powyższych względów, poprawienie omyłki rachunkowej w ofercie CHEMOBUDOWA–KRAKÓW należy uznać za naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp.

3.5. Dodatkowo, w treści wezwania z dnia 23 marca 2016 r. Zamawiający, po dokonaniu poprawienia omyłki rachunkowej, wezwał wykonawcę CHEMOBUDOWA–KRAKÓW, do samodzielnego wskazania rozkładu wynagrodzenia na poszczególne części zamówienia. Zgodnie z formularzem ofertowym CHEMOBUDOWA–KRAKÓW podział wynagrodzenia na poszczególne części zamówienia wyglądał w następujący sposób: Zadanie I: 6 737 780,72 zł Zadanie II: 26 676 526,26 zł, Zadanie III: 24 368 252,62 zł. W piśmie z dnia 31 marza 2016 r. wykonawca CHEMOBUDOWA–KRAKÓW zmienił rozkład wynagrodzenia w następujący sposób: Zadanie I: 6 737 780, 72 zł (bez zmian w stosunku do formularza ofertowego) Zadanie II: 28 791 119,45 zł (cena w pozycji pożyczka uległa zwiększeniu o 2 114 593.19 zł w stosunku do formularza ofertowego) Zadanie III: 21 039 345,90 zł (cena w pozycji pożyczka uległa zwiększeniu o 3 328 906,72 zł w stosunku do formularza ofertowego).

3.6. Czynności zamawiającego i wykonawcy CHEMOBUDOWA–KRAKÓW polegające na zmianie rozkładu wynagrodzenia, jak również dowolność zamawiającego w poprawieniu omyłki rachunkowej w treści oferty, należy w konsekwencji uznać za nieuprawnione negocjacje ceny ofertowej. Nie jest bowiem wiadome, w jaki sposób zamawiający dokonał poprawy omyłek rachunkowych, a w dalszej kolejności nie jest możliwe do ustalenia w jaki sposób wykonawca CHEMOBUDOWA–KRAKÓW zmienił kwoty wynagrodzenia przypadające na dane zadania. W konsekwencji czynności te stanowią naruszenie art. 89 ust. 2 pkt 2 i art. 87 ust. 1 Pzp i stanowią o naruszeniu przez zamawiającego zasad uczciwej konkurencji. W zależności bowiem od potrzeby zamawiający może dokonać lub nie poprawy

omyłek w ofercie danego wykonawcy, a w konsekwencji, jak w przedmiotowej, sprawie doprowadzić do zmiany pozycji oferty w rankingu ofert.

3.7. W dalszej kolejności odwołujący zauważył, że pomimo dokonania, w sposób sprzeczny z przepisami ustawy Pzp, poprawienia omyłek rachunkowych oraz nieuprawnionym przyjęciu oświadczenia wykonawcy CHEM08UD0WA–KRAKÓW o zmianie podziału wynagrodzenia na poszczególne zadania, zamawiający nie dokonał stosownych poprawek w treści oferty wykonawcy CHEMOBUDOWA–KRAKÓW. W konsekwencji powyższego, oferta wykonawcy CHEMOBUDOWA–KRAKÓW, zawiera równolegle dwie ceny ofertowe: 1) cenę ryczałtową wskazaną w formularzu ofertowym oraz 2) cenę wynikającą z poprawek omyłek rachunkowych dokonanych przez zamawiającego, na które wykonawca CHEMOBUDOWA–KRAKÓW wyraził zgodę, niejako oferując w tym samym postępowaniu inną, niż pierwotnie cenę, za wykonanie przedmiotu zamówienia. Powyższe prowadzi do wniosku, że oferta wykonawcy CHEMOBUDOWA–KRAKÓW winna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako niezgodna z treścią SIWZ, ponieważ zgodnie z pkt 13.1 SIWZ zamawiający dopuścił złożenie wyłącznie jednej oferty.

Mając powyższe na uwadze, odwołujący wniósł jak w *petitum*.

**Zamawiający** – na rozprawie w dniach 29 czerwca i 5 lipca 2016 r. złożył pisemne stanowisko (części jawne i niejawnie – te nie zostały przedstawione w streszczeniu).

I. Odnośnie zarzutów dotyczących poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej w ofercie CHEMOBUDOWA–KRAKÓW.

Zamawiający w trakcie badania wszystkich złożonych ofert odkrył szereg omyłek rachunkowych – skutkiem czego było poinformowanie 4 wykonawców o dokonaniu poprawek oczywistych omyłek rachunkowych. Dotyczyło to ofert złożonych przez: 1) DORBUD S.A., Kielce; 2) Konsorcjum firm: Lider BLOCK sp. z o.o., Warszawa, BLOCK a.s., Praha Czechy; 3) Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego CHEMOBUDOWA–KRAKÓW S.A., Kraków; 4) Firma Budowlana ANNA-BUD sp. z o.o., Morawica.

W zakresie oferty złożonej przez CHEMOBUDOWA–KRAKÓW oczywista omyłka rachunkowa polegała na zsumowaniu w pozycji 154 Tabeli Elementów Scalonych pozycji od 155 do 158, podczas gdy wartość wskazana w poz. 154 (Instalacja wody lodowej) powinna być równa sumie pozycji 155-157 (stanowiących podpozycje względem poz. 154). Skutkiem omyłkowego doliczenia pozycji 158 było podwójne policzenie wartości wskazanej w tym polu i zwiększenie wynagrodzenia ogółem o kwotę 1 214 313,56 zł brutto (wskazaną w pozycji 158 - klimatyzatory). Omyłka była łatwo zauważalna bowiem powodowała, że suma pozycji nr 155-157 (stanowiących podpozycje pozycji nr 154) nie była równa wartości wskazanej w pozycji nr 154. Z kolei pozycja 154 była wyższa od tej sumy o wartość wskazaną w pozycji 158.

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem „omyłka rachunkowa stanowi wynik błędnego działania na liczbach, działania arytmetycznego” (KIO 1951/14). Nie ulega wątpliwości, że w ww. przypadku Zamawiający zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp zobowiązany był do poprawienia oczywistych omyłek rachunkowych i uwzględnienia konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek.

Odwołujący próbują wykazać, że taka poprawa oczywistych omyłek rachunkowych, wynikających w głównej mierze z nieprawidłowego zsumowania wartości w komórkach podsumowujących parę pozycji była w istocie niedopuszczalna. Odwołujący zdają się nie zauważać, że pomimo przyjęcia przez Zamawiającego wynagrodzenia ryczałtowego dla zamówienia, wskazał on m.in. w pkt 15.1, 15.1.14 SIWZ oraz pkt 1 Formularza oferty jednocześnie, że ma być ono wycenione zgodnie z tabelą elementów scalonych a ceny poszczególnych elementów zamówienia należy przedstawić w tabeli elementów scalonych.

Taka konstrukcja wyceny przez Zamawiającego ma swoje usprawiedliwienie w pozostałych postanowieniach SIWZ - które odnoszą się do wartości ujętych w tej tabeli (roboty zaniechane i zamienne) i jest dopuszczalna. Tym samym to prawidłowe wypełnienie tabeli elementów scalonych miało skutkować wpisaniem prawidłowej ceny ogółem w formularzu ofertowym - co wynika z treści tego formularza. Tabela ta stanowiła również załącznik do oferty.

Całkowicie błędne jest stanowisko Odwołujących, którzy z faktu, że wynagrodzenie umowne ma charakter ryczałtowego wywodzą, że wycena w formie tabeli elementów scalonych nie stanowi istotnego elementu oferty. Jest to teza oczywiście fałszywa - jakby bowiem Zamawiający miał inaczej zweryfikować, czy cena ofertowa nie ma charakteru ceny dumpingowej, czy też jak miałyby skutecznie rozliczyć wykonane prace na przykład w sytuacji rozwiązania umowy lub odstąpienia od umowy. Temu właśnie służy wykaz, który był wymagany od każdego z wykonawców uczestniczących w przedmiotowym postępowaniu.

Oczywistość omyłki w ofercie CHEMOBUDOWA–KRAKÓW potwierdza m.in. fakt, że w wyjaśnieniach z dnia 15.04.2016 r. ERBUD S.A. przytoczył (s. 16 wyjaśnień) jako wartość wyceny wewnętrznych instalacji sanitarnych przez CHEMOBUDOWA–KRAKÓW (poz. 122 i poz. 147 Tabela Elementów Scalonych), wartość zgodną z poprawioną przez Zamawiającego - i to pomimo twierdzeń ERBUD na rozprawie, że nie miał wiadomości na temat istoty poprawionej przez Zamawiającego omyłki wykonawcy.

Zamawiający nie miał uprawnienia do wystąpienia o wyjaśnienia do wykonawców u których wykrył oczywiste omyłki rachunkowe w załączonych do ofert Tabelach Elementów Scalonych, zobowiązany był jednak dokonać poprawy omyłek rachunkowych - tam gdzie były one oczywiste, dostrzegalne i wynikały logicznie.

Nie sposób również pominąć faktu, że brak poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej (mimo obowiązku Zamawiającego) mogło skutkować hipotetycznie



koniecznością dwukrotnej zapłaty za roboty wymienione w poz. 154 Tabeli Elementów Scalonych (Instalacja wody lodowej) załączonej do oferty wykonawcy.

Należy również pamiętać, że na etapie poprawy pomyłek nie był jeszcze ustalony ranking punktowy ofert - bowiem było to na etapie uzupełniania i wyjaśniania ofert złożonych. Mimo takiej poprawy oczywistego błędu rachunkowego w ofercie wykonawcy, jego oferta nie była również ulokowana później jako najkorzystniejsza. Dopiero bowiem brak rzeczowych wyjaśnień przez ERBUD S.A. skutkowało odrzuceniem jego oferty jako zawierającej cenę rażąco niską.

**II.** Odnośnie zarzutów dotyczących zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez CHEMOBUDOWA–KRAKÓW jako zawierającej dwie ceny.

Oferta złożona przez CHEMOBUDOWA–KRAKÓW nie zawierała dwóch cen, a zmiana ceny oferty wynikała z poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej. Zamawiający jest zobowiązany do dokonywania takich poprawek, w zakresie w jakim omyłki są oczywiste. Nie sposób uznać, że taka omyłka powodowała niezgodność oferty z treścią SIWZ i była równoznaczna ze złożeniem przez wykonawcę dwóch ofert.

Zamawiający raz jeszcze podkreśla, że nie było żadnych negocjacji. Wysłane do wykonawców DORBUD S.A., Konsorcjum firm: Lider BLOCK sp. z o.o. oraz BLOCK a.s., Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego CHEMOBUDOWA–KRAKÓW S.A., Firma Budowlana ANNA-BUD sp. z o.o., informacje o poprawieniu oczywistej omyłki z dnia 23.03.2016 r. zawierały w swej treści prośbę „Prosimy o przedstawienie rozkładu powyższego wynagrodzenia na poszczególne zadania: tj. zadanie I; zadanie II; zadanie III”.

Intencją Zamawiającego było dostosowanie wstępnego podziału wynagrodzenia na lata 2016-2018 (kolejno Zadanie nr 1, Zadanie nr 2, Zadanie 3). Zamawiający nie mógł sam dokonać zmiany w tym zakresie.

Zamawiający wskazuje również, że podział zamówienia na zadania ma dla niego charakter informacyjny - natomiast faktyczna realizacja przedmiotu umowy będzie dokonywana zgodnie z zasadami określonymi w § 1 ust. 10 Istotnych postanowień umowy (załącznik nr 8 do SIWZ) w oparciu o harmonogram rzeczowo - finansowy złożony przez wykonawcę i zaakceptowany, rozliczenie finansowe zaś będzie opierało się o procentowy stan zaawansowania robót na podstawie świadectwa przekazania, co nie musi pokrywać się z podziałem na zadania. Podział na zadania i związany z tym układ kosztów ma dla zamawiającego charakter pomocniczy przy ustaleniu przebiegu tej inwestycji i kolejności realizacji i uruchamiania poszczególnych funkcjonalności w nowo powstałej infrastrukturze.

Należy podkreślić, że Wstępny Harmonogram Realizacji Projektu nie podlegał ocenie, która mogłaby zaważyć na wyniku postępowania. Jest to dokument dodatkowy, którego zmiany treści są przewidywane również po wyborze wykonawcy zamówienia. Dlatego nazwano go wstępnym. Ponadto sama treść Wstępnego Harmonogramu Realizacji Projektu

- stanowiącego załącznik nr 3 do SIWZ stanowi, że: *„Uwaga: Prezentowany powyżej zakres robót przyporządkowany do danego roku będzie uściślony po uzgodnieniu harmonogramu z wybranym Wykonawcą robót i może podlegać korekcie uzgodnionej między Zamawiającym a Wykonawcą z powodów: 1. konieczności korekty rozkładu środków na poszczególne budynki w wyniku rozstrzygnięć przetargowych, 2. konieczności technologicznych, 3. celem ułatwienia wykonania powyżej wymienionego zakresu w okresie przewidzianym na realizację programu wieloletniego.”*

Zamawiający przewidział zatem możliwość późniejszej korekty podziału wynagrodzenia na konkretne lata. Podział ten nie miał wpływu na wybór konkretnej oferty, nie skutkowało również w żadnym razie ograniczeniem konkurencji Wykonawców o uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

III. Odnośnie zarzutów ERBUD S.A. dotyczących uznania przez Zamawiającego, że oferta wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zamawiający wbrew twierdzeniom Odwołującego nie odrzucił oferty wykonawcy na podstawie rażąco niskiej ceny jednego elementu składowego ceny całkowitej. Badanie przesłanek wystąpienia w tym przypadku rażąco niskiej ceny wynikało z ceny całkowitej oferty, która już przy wstępnym porównaniu z cenami pozostałych ofert rodziła podejrzenie, że mamy do czynienia z rażąco niską ceną. Cena ta była bowiem względem drugiej najtańszej oferty niższa o niemal 10 mln złotych. Jednocześnie względem średniej wszystkich dziesięciu złożonych ofert, oferta ERBUD S.A. była niższa o 13 710 774,33 zł, a gdyby pominąć tę ofertę, różnica względem średniej pozostałych ofert kształtuje się na poziomie 15 234 193,70 zł.

Tym samym cena oferty złożonej przez ERBUD S.A. wyniosła odpowiednio 77,26% średniej ceny wszystkich ofert i 75,36% średniej ceny pozostałych ofert złożonych w przetargu.

W tym miejscu można przytoczyć tezę wyroku KIO z dnia 15 stycznia 2015 r. (KIO 2766/14) *„Również w sytuacji, gdy cena oferty jest niższa, np. o 10% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert, w okolicznościach związanych z konkretnym zamówieniem, zamawiający ma prawo powziąć wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia za zaoferowaną cenę. Zaistnienie wątpliwości po stronie zamawiającego stanowi podstawową okoliczność uruchamiającą procedurę żądania wyjaśnień w celu ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę”*.

Wyżej wspomniana cena oferty ERBUD S.A. jest w ocenie Zamawiającego ceną znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na możliwość realizacji zamówienia poniżej kosztów wykonania roboty budowlanej, w świetle pozostałych ofert, cena zaoferowana przez wykonawcę jawi się ceną niewiarygodną, nierealistyczną, niepozwalającą na realizację zamówienia z należytą starannością. Może to wskazywać na zamiar realizacji

zamówienia poniżej kosztów własnych wykonawcy, lub z naruszeniem wymagań stawianych przez Zamawiającego w postępowaniu. Należy tutaj podkreślić, że przedmiot zamówienia - przebudowa obiektów Szpitala - jest kolejnym już etapem wieloetapowej modernizacji wielospecjalistycznego szpitala klinicznego. Wybrany w przetargu wykonawca musi w pełni zastosować się do wymagań Zamawiającego ujętych w SIWZ (w tym dokumentacji technicznej) celem zachowania pełnej zgodności z infrastrukturą już zmodernizowaną i koniecznością pełnej integracji systemów. Konieczność zastosowania rozwiązań zgodnych technicznie z zastosowanymi przy poprzednich etapach przebudowy wiąże się niekiedy również z ograniczeniem swobody wyboru sposobu realizacji zamówienia m.in. wyboru dostawców sprzętu i oprogramowania.

Rzetelność wykonywanych przez wykonawcę robót budowlanych jak i zgodność dostarczonych elementów(urządzeń) jest jedną z gwarancji prawidłowej realizacji podstawowego zadania statutowego Szpitala jakim jest udzielanie świadczeń zdrowotnych dzieciom i młodzieży w powiązaniu z realizacją zadań dydaktycznych i badawczych Uczelni, ze szczególnym uwzględnieniem świadczeń wysokospecjalistycznych i promocją zdrowia, w tym wdrażaniem nowych technologii medycznych oraz metod leczenia (§ 4 ust. 1 Statutu Szpitala).

Zamawiający w trakcie badania wszystkich złożonych ofert pomocniczo dokonał obliczeń w arkuszu kalkulacyjnym, m.in. wyszczególnił w nim 31 pozycji z Tabeli Elementów Scalonych (wszystkie pozycje sumujące podpozycje). Każda z 10 ofert wykonawców otrzymała odrębną kolumnę, w której wyróżniono wszystkie 31 pozycji, pozwoliło to na określenie średniej ceny poszczególnych pozycji w złożonych ofertach. Wyciąg z tego arkusza odnoszący się do oferty ERBUD S.A. obrazuje zasadność wątpliwości co do rażąco niskiej ceny oferty - tabela stanowi Załącznik nr 1 do pisma.

Na 31 pozycji jednostkowych (sumujących każdorazowo się do wartości całej oferty danego wykonawcy) tylko 13 pozycji ERBUD S.A. wycenił powyżej 80% średniej wartości pozycji, zaś 79 pozycji poniżej 70% średniej, a 3 pozycje poniżej 46% średniej. Ogółem w pozycjach jednostkowych wykonawca tylko w 3 zakresach wskazał wynagrodzenie w wysokości średniej lub przewyższającą średnią ofert. Co, uprzedzając zarzut, że właśnie w tych pozycjach wykonawca przerzucił koszty wykonania innych pozycji - przyniosło wykonawcy różnicę ok. 124 244 zł ponad średnią w tym zakresie (łącznie 3 pozycjach). Oferta ERBUD S.A. jest o niemal 10 mln zł niższa niż druga w kolejności najniższa oferta i o przeszło 13,7 mln zł niższa niż średnia wszystkich ofert. Przy tej kwocie zamówienia rodzi to słuszne wątpliwości co do rażąco niskiej ceny - których to wątpliwości swoimi wyjaśnieniami wykonawca nie rozwiął – tj. nie wykazał że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska.

Przywołane przez odwołującego orzeczenia i komentarze wskazują, że taka niska wartość w poszczególnych pozycjach może być przecież skompensowana cenami za inne elementy. Nie znajdują one jednak zastosowania do stanu faktycznego bowiem z porównania do pozostałych ofert nie wynika aby wykonawca zmierzał do wyższej wyceny w pozostałych pozycjach.

Powyższe zrodziło u Zamawiającego podejrzenie, że oferta wykonawcy ERBUD S.A. zawiera rażąco niską cenę i może zagrażać możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. W takim stanie, Zamawiający zgodnie z art. 90. ust. 1 zwrócił się pismem z dnia 07.04.2016 r. do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie: 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z późn. zm.); 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Zamawiający w ogólnym wezwaniu wskazał również wykonawcy gdzie m.in. dopatruje się możliwości nierzetelnej wyceny części zamówienia wskazując, że *„W szczególności dotyczy to również dokumentu TABELA ELEMENTÓW SCALONYCH - pkt 101 INSTALACJE ELEKTRYCZNE SŁABOPRĄDOWE - czy cena uwzględnia wszystkie wymagania Zamawiającego zamieszczone w siwz (załącznik nr 1 - str. 11 do 26) i w piśmie EZP-271-2/1/2016/p-5 z dnia 09.02.2016 r.”*

Zamawiający wbrew ocenie Odwołującego ERBUD S.A. nie ograniczył się do oceny pojedynczych elementów ujętych w Tabeli Elementów Scalonych, wskazał jednak na zakres, który rzucał się w oczy w porównaniu do pozostałych złożonych ofert. Różnica w tym zakresie (poz. 101 Tabeli Elementów Scalonych) bowiem wynosiła 3 285 948,51 zł brutto względem średniej wyceny wszystkich ofert.

Zamawiający załączył do pisma stanowiska Kierownika Działu Informatyki w przedmiotowej sprawie.

Wątpliwości co do rażąco niskiej ceny oferty wykonawcy wzbudziła wartość całkowita oferty, nakierowanie wykonawcy zastosowane przez Zamawiającego (poprzez posłużenie się zwrotem „w szczególności dotyczy to również”) miało na celu umożliwienie wykonawcy do złożenia rzeczowych i wyczerpujących wyjaśnień pozwalających rozwiązać wszelkie wątpliwości Zamawiającego. Miało to na celu również uniknięcie potrzeby powtórnego wzywania wykonawcy co do tego zakresu. Bezsprzecznym jest, że w interesie

Zamawiającego było aby wykonawca w swojej odpowiedzi przedstawił wyjaśnienia i złożył dowody pozwalające na przyjęcie, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie przedstawił pismo z dnia 15.04.2016 r., nie zawierające w swej istocie wyjaśnień pozwalających na przyjęcie, że zaproponowana w ofercie cena nie jest rażąco niska.

Odnosząc się bliżej do wyjaśnień przedstawionych przez wykonawcę ERBUD S.A. - w części jawnej należy odnotować:

Wyjaśnienia wykonawcy nie zawierają konkretnych informacji na temat okoliczności choćby uprawdopodobniających, że nie mamy do czynienia z rażąco niską ceną. W części jawnej jest to tak naprawdę polemika z zasadnością wezwania przez Zamawiającego w trybie art. 90 ustawy i próba wykazania braku rażąco niskiej przez prezentację deklaracji, że wykonawca posiada bogate doświadczenie, nie działa *non profit* oraz wykonywał już inne zamówienia. Można to odczytywać jako próbę przerzucenia ciężaru dowodu wykazania że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny - który zgodnie z art. 90 ust. 2 Pzp ciąży na wykonawcy.

Kosztorys inwestorski opracowany przez biuro autorskie w ramach dokumentacji technicznej zadania opiewa na kwotę łączną 67 397 260 zł, kwota jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na wykonanie zadania (tj. 49 200 000 zł brutto) jest wynikiem przemnożenia wartości kosztorysu inwestorskiego przez współczynnik uzyskiwany w ostatnich postępowaniach przetargowych na roboty budowlane. Przedmiotem odwołania nie jest jednak prawidłowość określenia szacunkowej wartości zamówienia. W przypadku oszacowania wartości zamówienia równoznacznej z wartością określoną w kosztorysie inwestorskim, cena oferty ERBUD S.A. stanowiłaby 69,12% wartości kosztorysowej.

Odnosnie przywołania innych robót wykonywanych przez wykonawcę - w tym przypadku Zamawiający nie ma możliwości oceny prawidłowości wyceny tych robót nie uzasadnia to również samo przez się prawidłowości wyceny w zamówieniu, którego przedmiotem jest rozprawa. Ponadto niektóre z przywołanych przez wykonawcę robót, jak np. „Budowa Ośrodka Psychiatrycznego wraz ze Specjalistyczną Poradnią Konsultacyjną i zespołem techniczno-administracyjnym” dla Szpitala Wojewódzkiego im. Św. Łukasza SPZOZ w Tarnowie (s. 3 Wyjaśnień poz. 2 w Tabeli) a także inne roboty wymienione w pozycjach 5, 6 i 8 Tabeli (s. 3-4 wyjaśnień), swoim zakresem i skalą nie odpowiadają w żaden sposób przedmiotowi niniejszego zamówienia.

Zamawiający może uwzględniać wyjaśnienia wykonawcy w zakresie w jakim dotyczą one czynników obiektywnych (w tym wskazanych również w art. 90 ustawy) - np. oszczędności metody wykonania zamówienia. Wyjaśnienia wykonawcy powinny również odwoływać się do stopnia w jakim dany czynnik przyczynia się do obniżenia ceny. Nie wystarczy samo przedstawienie informacji, że wykonawca korzysta z atrakcyjnych rabatów

u dostawców materiałów - gdy nie wykaże on jaki ma to wpływ na oszczędność wykonania całego zamówienia.

Przyjęcie innej wykładni regulacji dot. rażąco niskiej ceny skutkowałoby w swej istocie sprowadzeniem instytucji wyjaśnień z art. 90 do praktyki składania opisowych deklaracji wykonawców co do ich rzetelności, popartych wyrywkowymi ofertami podwykonawców i dostawców zawierającymi rabaty/upusty - których wpływ na wartość oferty jest niemożliwy do określenia.

Ponadto orzeczenia KIO wskazują, że bez względu na szczegółowość wezwania inicjatywa dowodowa, a także zakres informacji, jakie zostaną złożone w odpowiedzi na przedmiotowe wezwanie, należą do wezwanego wykonawcy (wyrok KIO z 3.6.2011 r., KIO 1039/11).

Na koniec należy zaznaczyć, że nie jest to pierwszy duży przetarg Zamawiającego na roboty budowlane związane z przebudową Szpitala. Z perspektywy Zamawiającego rażąco niska cena oferty może skutkować opóźnieniami w realizacji inwestycji, z powodu braku wystarczających środków finansowych na realizację zamówienia. Wykonawcy lub ich podwykonawcy niekiedy posługują się podwykonawcami i ich podwykonawcami, którzy nie mają wystarczającego potencjału ekonomicznego pozwalającego na realizację prac i oczekiwanie na późniejsze ich rozliczenie zgodnie z umową.

W takich sytuacjach wykonawcy często starają się również wymusić na zamawiającym dokonanie zamówień dodatkowych lub uzupełniających, które zwiększą zyski wykonawcy. Rażąco niska cena powoduje także niekiedy patologiczną sytuację odstąpienia wykonawcy od realizacji zamówienia, a nawet porzucenia realizacji zamówienia (zejście z budowy), co niekiedy skutkować może koniecznością wszczęcia nowej procedury. To zaś dla Zamawiającego może oznaczać brak możliwości realizacji przedsięwzięcia - w świetle finansowania przebudowy ze środków publicznych zapisanych w planach wydatkowania na konkretne lata.

Nie jest tak, że Zamawiający powziąwszy wątpliwość czy oferta złożona przez wykonawcę nosi znamiona rażąco niskiej ceny w sposób dowolny ocenia czy wystąpić o wyjaśnienia do wykonawcy. Działając w takich a nie innych realiach finansowania zamówienia oraz kierując się potrzebą osiągnięcia celu zamówienia Zamawiający w niniejszym postępowaniu robił wszystko aby wykonawca ERBUD S.A. miał możliwość wykazania, że pomimo znaczącej różnicy ceny oferty względem pozostałych złożonych ofert nie złożył oferty z rażąco niską ceną. ERBUD S.A. nie wykorzystał tych szans, mimo dwukrotnego wezwania (drugie zostało unieważnione). W ocenie zamawiającego zaś trudno to wytłumaczyć inaczej niż faktem, że oferta wykonawcy była rażąco niska.

Z tych też powodów zamawiający wniósł o oddalenie obu odwołań z uwagi na bezpodstawność zawartych w nich zarzutów.

Załączniki: 1. Porównanie cen ERBUD S.A. ujętych w Tabeli Elementów Scalonych do średnich wartości wszystkich ofert. 2. Stanowisko Kierownika Działu Informatyki Zamawiającego p. P.P..

Dalsze stanowisko zamawiającego.

W związku z postępowaniem przed Krajową Izbą Odwoławczą wywołanym wniesionymi przez wykonawców ERBUD S.A. oraz WARBUD S.A. odwołaniami, Zamawiający pragnie przedstawić swoje stanowisko do poczynionych względem niego zarzutów, w szczególności względem okoliczności podniesionych na rozprawie dnia 29 czerwca 2016 r.

**I. W kwestii rażąco niskiej ceny Odwołującego ERBUD S.A.**

Zamawiający podtrzymuje w pełni swoje stanowisko przedstawione na rozprawie dnia 29 czerwca 2016 r. W szczególności podkreśla, że wbrew twierdzeniom Odwołującego ERBUD S.A., Zamawiający oceniając wystąpienie rażąco niskiej ceny w ofercie Odwołującego brał pod uwagę cenę całkowitą oferty nie zaś pojedyncze elementy składowe oferty. Jak podkreślono podczas rozprawy, treść wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 dotyczyła ceny całkowitej oferty i w swej ogólności przywoływała treść tego przepisu. Jedynie dodatkowo Zamawiający wskazał gdzie w Tabeli Elementów Scalonych wycena widocznie i znacząco odbiegała od tej przyjętej w pozostałych ofertach, dodając do ogólnego wezwania zapis: „W szczególności dotyczy to również dokumentu TABELA ELEMENTÓW SCALONYCH - pkt 101 INSTALACJE ELEKTRYCZNE SŁABOPRĄDOWE - czy cena uwzględnia wszystkie wymagania Zamawiającego zamieszczone w siwz (załącznik nr 1 - str. 11 do 26) i w piśmie EZP-271-2/1/2016/p-5 z dnia 09.02.2016 r.”

Z dotychczasowego przebiegu rozprawy wynika, że Odwołujący ERBUD S.A. raz zarzuca Zamawiającemu, że wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie badania rażąco niskiej ceny oferty było zbyt ogólne, by zaraz po tym zarzucić wykonawcy, że wezwanie odnosiło się tylko do jednego elementu Tabeli Elementów Scalonych i świadczyć miałyby to o ocenie przez Zamawiającego tylko tego elementu skutkujące niesłusznym uznaniem na za rażąco niską cenę oferty na podstawie wybiórczego badania ceny oferty. Odwołujący tym samym stara się wskazać, że wezwanie o wyjaśnienia było zbyt ogólne i zbyt szczegółowe jednocześnie.

**II. Nowe wyjaśnienia Odwołującego - nieprzedstawione w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień w trybie art. 90 Pzp.**

Zamawiający pragnie również zwrócić uwagę Izby, że ocena czy oferta Odwołującego zawierała rażąco niską cenę była dokonywana przez Zamawiającego na podstawie wyjaśnień złożonych przez Odwołującego. Próba wykazania przez Odwołującego, że jego oferta nie zawierała rażąco niskiej ceny przez przedstawianie nowych wyjaśnień i dowodów

na etapie postępowania przez Krajową Izbę Odwoławczą należy uznać za spóźnione. W szczególności nie sposób przy ocenie prawidłowości działania Zamawiającego uwzględniać opracowania, wyjaśnienia i „dowody” złożone po terminie składania wyjaśnień wyznaczonym przez Zamawiającego.

Za wyrokiem KIO sygn. KIO 2712/12, należy powtórzyć, że „celem złożenia wyjaśnień jest umożliwienie zamawiającemu zweryfikowania poprawności dokonanej przez wykonawcę kalkulacji ceny, a nie złożenie ogólnego zapewnienia, że wykonawca wykona zamówienie za oszacowaną przez siebie cenę. [Wyjaśnienia] z tego powodu powinny być wyczerpujące, konkretne i przekonujące, ujawniające najważniejsze składniki cenotwórcze, jak przykładowo koszt pracowników, zaangażowania odpowiedniego sprzętu, czy wreszcie marżę wykonawcy. W przeciwnym wypadku wyjaśnienia będą miały jedynie charakter iluzorycznych i nie będą stanowiły wyjaśnienia elementów oferty, mających wpływ na wysokość cen”. (tak też: S. O. w Warszawie sygn. V Ca 2214/16; S.O. w Poznaniu sygn. X Ga 127/08).

W ocenie Zamawiającego już sama ilość i zakres dokumentów, wyjaśnień i „dowodów” złożonych przez Odwołującego na rozprawach przed KIO na okoliczność nie wystąpienia w jego ofercie rażąco niskiej ceny należy odczytywać jako uznanie przez Odwołującego, że treść złożonych Zamawiającemu wyjaśnień była niewystarczająca i nie dawała podstaw do rozwiania wątpliwości w zakresie rażąco niskiej ceny złożonej oferty.

**III. W kwestii zarzutu WARBUD S.A. niespełnienia przez wykonawcę CHEMOBUDOWA–KRAKÓW warunków podmiotowych udziału w postępowaniu**

Zamawiający przedstawił pismo CHEMOBUDOWA–KRAKÓW, datowane na dzień 28.06.2016 r. dotyczące wyjaśnień w kwestii posiadanego doświadczenia przez osoby wskazane w załączniku nr 6 do oferty CHEMOBUDOWA–KRAKÓW. Do pisma załączone zostało oświadczenie z dnia 27.06.2016 r. dotyczące doświadczenia p. A.R. w pełnieniu funkcji kierownika robót elektrycznych.

Załącznik: Pismo CHEMOBUDOWA–KRAKÓW.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.**

I. Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i wykonawców zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego, odwołujący ERBUD w sprawie sygn. akt KIO 1020/16 zgłosił opozycję przeciw przystąpieniom wykonawców WARBUD i CHEMOBUDOWA–KRAKÓW do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, uzasadnioną tym, że w postępowaniu odwoławczym zakończonym postanowieniem Izby z dnia 17 maja 2016 r., sygn. akt KIO 717/16, umarzającym postępowanie, wykonawcy WARBUD i CHEMOBUDOWA–KRAKÓW nie wnieśli sprzeciwu co do uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu ERBUD, mimo że obaj



wykonawcy na skutek zgłoszenia przystąpień, stali się uczestnikami ówczesnego postępowania odwoławczego.

Izba oddaliła opozycję odwołującego ERBUD z uwagi na fakt, że aktualne postępowanie odwoławcze dotyczy czynności zamawiającego związanych z badaniem, oceną ofert, odrzuceniem oferty odwołującego ERBUD, wyborem najkorzystniejszej oferty CHEMOBUDOWA–KRAKÓW. Wykonawcy mają interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępują, są uprawnieni do przystąpienia w postępowaniu odwoławczym niezależnie od czynności podjętych bądź zaniechanych w poprzednim postępowaniu odwoławczym zakończonym postanowieniem z dnia 17 maja 2016 r., sygn. akt KIO 717/16. Odwołujący nie uprawdopodobnił zgodnie z art. 185 ust. 4 ustawy, że wykonawcy nie mają interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego.

Izba uznała, że wykonawcy: ERBUD S.A. zgłaszający przystąpienie po stronie odwołującego oraz Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego CHEMOBUDOWA–KRAKÓW S.A. zgłaszający przystąpienie po stronie zamawiającego – w sprawie sygn. akt KIO 994/16; WARBUD S.A. oraz Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego CHEMOBUDOWA–KRAKÓW S.A. zgłaszający przystąpienie po stronie zamawiającego – w sprawie sygn. akt KIO 1020/16

– w wyniku skutecznych przystąpień stali się uczestnikami postępowania odwoławczego (art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp).

**II.** Wobec braku podstaw do odrzucenia odwołań, Izba skierowała odwołania do rozpoznania na rozprawie.

**III.** Izba zaliczyła do dowodów w sprawie, akta sprawy odwoławczej sygn. akt KIO 717/16, w zakresie niezbędnym do rozpoznania odwołań stanowiących podstawę aktualnego postępowania odwoławczego.

**IV.** Na rozprawie strony i uczestnicy postępowania złożyli dokumenty:

**A. Odwołujący ERBUD:**

1. Pismo procesowe z 23.06.2016 r. – część niejawna i jawna; załącznik nr 1 i nr 2 wezwania zamawiającego z 07.04.2016 r. i z 22.04.2016 r. oraz ogłoszenie o zamówieniu z 13.01.2016 r.; pismo zamawiającego z 5 maja 2016 r. do Prezesa Izby w sprawie KIO 717/16 oraz pismo z 21.06.2016 r. firmy FIBRAIN Sp. z o.o. Rzeszów (producent kabla). Z pisma wynika, że w przedmiarze robót przyjęto niewłaściwą ilość metrów kabla, tj. za dużo o 60 630 m, wystarczająca długość wynosi 53 300 m, w dokumentach wskazano 60 630 m.

2. Zestawienie cenowe: Tabela elementów scalonych; wartość netto i brutto oferty ERBUD; oferta minimum bez oferty ERBUD wartość brutto; nazwa wykonawcy, którego kwoty przyjęto do porównania. Wniosek: wartość całkowita robót oferty ERBUD wynosi 37 872 000,00 zł netto i 46 582 50,00 zł brutto; ofert minimum bez oferty ERBUD wartość brutto wynosi 39 222 373,93 zł.

3. „Analiza kosztów wykonania obiektu szpitalnego na podstawie Biuletynu BCO opracowanego przez Ośrodek Wdrożeń Ekonomiczno-Organizacyjnych Budownictwa Promocja Sp. z o.o.; „Biuletyn zawiera średnie ceny krajowe obiektów kubaturowych oraz ich struktury”, wraz z załączonymi fragmentami biuletynu.
4. Wydruk str. 4-5; 470-477 z Biuletynu cen obiektów budowniczych cz. 1 BCO 2/2016, w którym przedstawiono analizę kosztów budowy pawilonu szpitalnego wojewódzkiego szpitala zespalonego oraz analizę kosztów wykonania obiektu szpitalnego na podstawie biuletynu BCO z porównaniem oferty ERBUD. W analizie przedstawiano dane Sekocenbud na podstawie powyższego obiektu i ofertę ERBUD w aktualnym postępowaniu. W analizie przedstawiono: za jeden m<sup>2</sup> powierzchni dla instalacji urządzeń teletechnicznych i techniki informatycznej – odpowiednik instalacji elektrycznej niskoprądowej – wg Sekocenbud kwotę brutto 170,71 zł, a wg oferty odwołującego 458,59 zł.
5. „Pismo procesowe odwołującego” z 29 czerwca 2106 r. – wniosek o: -oddalenie wniosków dowodowych WARBUD i CHEMOBUDOWA–KRAKÓW (przystępujących) w przedmiocie oddalenia odwołania; -oddalenie wniosków dowodowych z dokumentów przedstawionych na rozprawie przez WARBUD i CHEMOBUDOWA–KRAKÓW (przystępujących) oraz ewentualnych wniosków dowodowych zamawiającego; -utajnienie składanego pisma (TP) w zakresie wyjaśnień w sprawie Elementów mających wpływ na wysokość ceny z dnia 15 kwietnia 2016 r.;
6. „Zestawienie cenowe ofert podwykonawczych dotyczących wykonania instalacji elektrycznych i słaboprądowych”, z załączonymi ofertami handlowymi podwykonawców (tajemnica przedsiębiorstwa).
7. Notatka zamawiającego „Sprawdzenie ofert niskieprądy” z 05.04.2016 r. Wniosek: średnia cena z czterech ofert (ERBUD, CHEMOBUDOWA, ANNA, WARBUD) w podanym zakresie niskieprądy wynosi 8 610 146,36 zł; cena w ofercie ERBUD 6 030 198,00 zł.
8. Pismo firmy URKOM A.N. z 23.08.2012 r. do CHEMOBUDOWA–KRAKÓW dotyczące ceny na serwer telekomunikacyjny przedstawionej przez firmę BLOCK.
9. Zestawienie „Zamówienia udzielone Przedsiębiorstwu Budownictwa Przemysłowego „Chemobudowa” S.A. w latach 2012-2014” wraz z ogłoszeniami o udzieleniu zamówienia w 2012 r. i 2014 r.
10. Opinia biura projektowego VARIOEDGE Sp. z o.o. Rzeszów z 01.07.2016 r. dotycząca długości kabla do wykonania instalacji okablowania strukturalnego LAN, z załączoną Analizą przedmiaru okablowania strukturalnego.
11. Wydruk „Gdzie kupić”, dystrybutorzy.

## **B. Zamawiający**

1. W dniu 29 czerwca 2016 r. pismo: „Stanowisko Zamawiającego (...)”, z 27 czerwca 2016 r.: część jawna; część niejawną odnoszącą się do wyjaśnień zawierających informacje poufne ERBUD S.A.; część jawna – załącznik nr 1, tabela w układzie: Liczba porządkowa zestawienia z Tabeli Elementów Scalonych; Roboty/nazwa rozdziału; Cena zaoferowana przez ERBUD; Średnia wszystkich ofert; % średniej, którą stanowi cena zaoferowana przez ERUD; Różnica oferty ERBUD do średniej wszystkich ofert. Wniosek: przedstawiono 31 pozycji z Tabeli Elementów Scalonych; cena zaoferowana przez ERBUD wynosi 46 582 560,00 zł; średnia cen wszystkich złożonych ofert wynosi 60 293 334,33 zł; procentowy stosunek ceny zaoferowanej przez ERBUD do średniej cen wszystkich złożonych ofert stanowi 77,26%; różnica oferty ERBUD do średniej cen wszystkich złożonych ofert wynosi 13 710 774,33 zł; odniesienie się do wyjaśnień utajnionych ERBUD; omówienie dowodów firmy FIBRAIN; pisma VERSIM i LANSTER wraz z ofertą handlową;

2. W dniu 5 lipca 2016 r. zamawiający złożył pismo: „Stanowisko Zamawiającego (...)”, z 4 lipca 2016 r.: część jawna i niejawną z załączonym pismem CHEMOBUDOWA–KRAKÓW z 28 lipca 2016 r., zestawienie 5. postępowań o udzielenie zamówienia.

**C. Przystępujący WARBU:** „Tabela elementów scalonych – Porównanie oferty ERBUD S.A. z pozostałymi ofertami pod kątem rażąco niskiej ceny oferty ERBUD S.A.” z załącznikami. Wnioski: wartość całkowita oferty ERBUD 46 582 560,00 zł brutto; wartość elementów z rażąco niską ceną 17 750 868,00 zł brutto; procentowa wartość pozycji z rażąco niską ceną w ofercie ERBUD S.A. w stosunku do wartości złożonej oferty ERBUD S.A. wynosi 38,11%; średnia ważona ofert z wyłączeniem oferty ERBUD S.A. wynosi 61 816 753,30 zł brutto; różnica pomiędzy wartością średnio ważoną elementów oferentów, a wartością ERBUD S.A. elementów o rażąco niskiej cenie wynosi 11 796 144,27 zł brutto.

**D. Przystępujący CHEMOBUDOWA–KRAKÓW**

1. Analiza cenowo - kosztowa zadania będącego przedmiotem zamówienia w aktualnym postępowaniu;

2. Pismo firmy LANSTER Sp. z o.o. z 27.06.2016 r. (odpowiedź na zapytanie wykonawcy w sprawie dostawy kabli);

3. W dniu 4 lipca 2016 r. pismo „Końcowe stanowisko Przystępującego (...)” w sprawach sygn. akt KIO 994/16 i 1020/16.

**Oceniając powyższe Izba zważyła.**

Odwołujący wykazali spełnienie przesłanek z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniających ich do wniesienia odwołań.

Izba rozpoznając odwołania miała na uwadze:

- odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy (art. 180 ust. 1 Pzp);
- rozpoznanie odwołania jest ograniczone przedstawionymi w nim zarzutami (art. 192 ust. 7 Pzp);
- odwołanie – czynności i zaniechania zamawiającego są oceniane według stanu na dzień wniesienia odwołania;
- zakres odwołania i zakres rozpoznania odwołania przez Izbę, to zakres czynności i zaniechania zamawiającego, których skutki, jak w tym przypadku, zamawiający przedstawił wykonawcom w zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej wykonawcy CHEMOBUDOWA–KRAKÓW i odrzuceniu oferty ERBUD S.A.;
- czynności zamawiającego podjęte w toku postępowania odwoławczego mające na celu usunięcie naruszenia przepisów ustawy, nie stanowią podstawy do uznania niezasadności zarzutów;
- zasada kontradiktoryjności (art. 190 ust. 1 Pzp – strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej, strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy).

Podstawę uwzględnienia odwołania stanowi wykazanie zasadności chociażby jednego zarzutu. Natomiast, Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia (art. 192 ust. 2 ustawy Pzp).

#### **Ad 1. Zarzut naruszenia:**

**(3.)** art. 22 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 3 i 4 przez zaniechanie wezwania wykonawcy CHEMOBUDOWA–KRAKÓW do wyjaśnienia lub ewentualnie uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania osób zdolnych do wykonania zamówienia, mimo że CHEMOBUDOWA–KRAKÓW nie wykazała spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia wskazanymi na stanowiska: kierownika budowy i kierownika robót elektrycznych (**zarzut WARBUD**).

Przywołane przez odwołującego przepisy ustawy, stosownie do zarzutu, stanowią:

- art. 22 ust. 1 pkt 3 – *o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia;*

- art. 24. ust. 2 pkt 4 – z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu;
- art. 26 ust. 3 – zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert;
- ust. 4 – zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1.

W opisie warunków udziału w postępowaniu oraz sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków (pkt 8 SIWZ), zamawiający wymagał odnośnie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia (8.1.3) – złożenia oświadczenia (8.1.3.1) oraz wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za kierowanie robotami budowlanymi, wraz informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych dla wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności, oraz informacją o postawie do dysponowania tymi osobami (8.1.3.2); wykonawca wykaże, że kierownik budowy branża budowlana posiada wykształcenie wyższe techniczne, minimum 5 lat doświadczenia jako kierownik budowy; kierownik robót branża elektryczna posiada minimum 5 lat doświadczenia w kierowaniu robotami elektrycznymi.

W celu potwierdzenia wymagań wykonawcy byli zobowiązani do złożenia wraz z ofertą załącznika nr 6 do SIWZ – wykaz osób.

Wykonawca CHEMOBUDOWA–KRAKÓW przedstawił w załączniku nr 6 (str. 16-17 oferty) osoby: na stanowisko kierownik budowy J.Ś. (poz. 1 wykazu) i na stanowisko kierownik robót elektrycznych A.R. (poz. 3 wykazu). Zgodnie z opisem załącznika nr 6, wykonawca wskazał odnośnie J.Ś. w 3 kolumnie tabeli: stanowisko kierownik budowy, w 5 kolumnie – lata doświadczenia zawodowego: wykształcenie, doświadczenie zawodowe – „w zakresie pełnienia funkcji kierownika” z wyszczególnieniem lat. Zarzut odwołującego WARBUD to – po wyrazach „w zakresie pełnienia funkcji kierownika”, brak wyrazu „budowy”, bez którego opis wskazuje, że przedstawione lata doświadczenia zawodowego dotyczą pełnienia funkcji kierownika, lecz nie wiadomo czy budowy. Odnośnie A.R. wykonawca wskazał w kolumnie 3 stanowisko: kierownik robót elektrycznych, w kolumnie 5 doświadczenie zawodowe

w kierowaniu robotami elektrycznymi 24 lata, w tym – wyszczególnił okresy, których zsumowanie nie wskazuje wymaganego 5 letniego okresu (wskazano okresy równoczesnego pełnienia funkcji na różnych inwestycjach). Fakt ten został przyznany przez zamawiającego w toku postępowania.

Izba uznała zasadność zarzutu, co do osoby A.R., wynika to z okresu wskazanego w kolumnie 5 tabeli wykazu osób, dodatkowo fakt ten został przyznany przez stronę przeciwną w sposób niebudzący wątpliwości, zatem zgodnie z art. 190 ust. 5 ustawy, okoliczność nie wymaga dowodu. Izba uwzględniając zarzut uwzględniła odwołanie, zgodnie z pkt 1.I. 1 sentencji wyroku. Uzasadnione jest wezwanie wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do złożenia właściwego dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu, poprzedzające czynność wykluczenia wykonawcy z postępowania wobec nie wykazania spełniania warunku, na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy. Naruszenie przepisu ustawy przez zamawiającego ma wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Uwzględnienie tego zarzutu stanowi podstawę uwzględnienia odwołania WARBUD.

Co do osoby J.Ś., z opisu kolumn 3 i 5 tabeli załącznika nr 6 do SIWZ wynika, że wykonawca wskazał tę osobę na stanowisko kierownika budowy i wyszczególnił lata doświadczenia na takim stanowisku. Z opisu kolumny 5 nie wynika obowiązek powtórzenia w tej kolumnie stanowiska wskazanego w kolumnie 3. Zatem, brak było podstaw do uznania, że przez przedstawiony opis w kolumnie 5 tabeli dotyczący osoby przewidzianej do pełnienia funkcji kierownika budowy, wykonawca nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący nie przedstawił dowodu na potwierdzenie faktu podniesionego w odwołaniu, stwierdził, że zarzut ten jest bardziej formalny niż merytoryczny. Wątpliwości odwołującego nie mogą stanowić podstawy uwzględnienia zarzutu.

Izba nie miała podstaw do nakazania zamawiającemu wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 lub 4 Pzp co do osoby przewidzianej do pełnienia funkcji kierownika budowy (J.Ś.).

Wezwanie do złożenia dokumentów ma miejsce wówczas, gdy wykonawca nie złożył dokumentów wraz z ofertą lub złożył dokumenty zawierające błędy (również niepotwierdzające spełniania warunków udziału w postępowaniu). Do złożenia wyjaśnień zamawiający wzywa, gdy treść dokumentu budzi jego wątpliwości. Zamawiający przyznał, że treść załącznika nr 6 do oferty wykonawcy co do osoby J.Ś. odpowiada opisowi kolumny 5 tabeli tego załącznika i nie budziła jego wątpliwości.

Izba nie podzieliła stanowiska WARBUD – wymagania co do sposobu wypełnienia kolumny 5 odnośnie funkcji kierownika budowy. Opis spełniania warunku i wzór tabeli „Wykaz osób” oraz sposób przedstawienia przez wykonawcę danych osoby, stosowny do wzoru, nie budził wątpliwości.

**Ad 2. Zarzut naruszenia:**

(1.) art. 87 ust. 2 pkt 2 przez niezasadne uznanie, że oferta Przedsiębiorstwa Budownictwa Przemysłowego CHEMOBUDOWA–KRAKÓW S.A. z ceną ryczałtową zawiera oczywistą omyłkę rachunkową, co w konsekwencji spowodowało bezzasadną zmianę ceny oferty tego wykonawcy o ponad 1,2 mln złotych z 57 782 559,60 zł na 56 568 246,07 zł, a w konsekwencji zmianę pozycji tego wykonawcy w rankingu ofert;

(2.) ewentualnie art. 89 ust. 1 pkt 2 przez zaniechanie odrzucenia oferty CHEMOBUDOWA–KRAKÓW pomimo niezgodności oferty z treścią SIWZ, tj. złożenia oferty zawierającej dwie ceny, co w konsekwencji oznacza złożenie dwóch ofert, co stanowi również naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 82 ust. 1 (**zarzuty WARBUD**);

(4.) art. 87 ust. 1 przez nieuprawnione prowadzenie z wykonawcą CHEMOBUDOWA–KRAKÓW negocjacji w zakresie ceny oferty, polegających na żądaniu podania rozkładu wynagrodzenia na poszczególne części zadania, po dokonaniu nieuprawnionej poprawy rzekomych omyłek rachunkowych w treści oferty;

(5.) art. 87 ust. 2 pkt 2 przez bezzasadne poprawienie omyłki rachunkowej w ryczałtowej cenie oferty CHEMOBUDOWA–KRAKÓW, co w konsekwencji spowodowało zmniejszenie wynagrodzenia tego wykonawcy o ponad 1,2 mln zł i zmianę ceny z 57 782 559,60 zł brutto na 56 568 246,07 zł brutto;

(6) art. 89 ust. 1 pkt 2 przez zaniechanie odrzucenia oferty CHEMOBUDOWA–KRAKÓW pomimo niegodności oferty tego wykonawcy z SIWZ polegającej na złożeniu oferty zawierającej dwie ceny oraz braku faktycznego poprawienia ww. omyłki w ofercie CHEMOBUDOWA–KRAKÓW (**zarzuty ERBUD**).

Zamawiający opisał w pkt 3 SIWZ przedmiot zamówienia, wskazując w pkt 3.1 jego zakres, a w pkt 3.2, że: *W przypadku uznania przez Wykonawcę konieczności wykonania robót nie objętych przedmiotem robot, a niezbędnych do realizacji zamówienia, Wykonawca powinien uzupełnić tabele elementów scalonych o powyższe prace.*

W pkt 15 SIWZ zamawiający przedstawił opis sposobu obliczenia ceny oferty. W pkt 15.1 wskazał: *cena oferty ma formę ryczałtu, cena musi zawierać wszelkie koszty niezbędne do zrealizowania zamówienia wynikające wprost z dokumentacji projektowo-kosztorysowej, z zastrzeżeniem (wskazany zakres robót – realizowany i wyceniony zgodnie z tabelą elementów scalonych). Skutki finansowe jakichkolwiek błędów w dokumentacji projektowej obciążają wykonawcę zamówienia, a zatem musi on przewidzieć wszelkie okoliczności, które mogą wpłynąć na cenę zamówienia. W związku z powyższym zaleca się szczegółowe sprawdzenie dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót, jak również przyszłego placu budowy. Nie jest wymagane załączenie do oferty kosztorysu ofertowego. Ceny poszczególnych elementów zamówienia należy przedstawić w tabeli*

*elementów scalonych (zał. nr 2 do specyfikacji).* Załącznik nr 2 do oferty – formularz oferty – pkt 1 przedstawia oświadczenie wykonawcy o zaoferowaniu przedmiotu zamówienia (...), zgodnie z tabelą elementów scalonych (załącznik nr 2) oraz zestawieniem nośników ceny (załącznik nr 3). Tabela elementów scalonych w układzie kolumn przedstawia: lp.; Lp. rodzaju przedmiaru robót; Roboty/nazwa; Wartość netto w złotych; Wartość brutto w złotych.

Przystępujący CHEMOBUDOWA–KRAKÓW zsumował w Tabeli Elementów Scalonych w pozycji 154 pozycje 155-158, podczas gdy wartość wskazana w poz. 154 (Instalacja wody lodowej) powinna przedstawiać sumę pozycji 155-157 (stanowiących podpozycje względem poz. 154). Skutkiem omyłkowego doliczenia pozycji 158 było podwójne policzenie wartości wskazanej w tej pozycji i zwiększenie wynagrodzenia ogółem o kwotę 1 214 313,56 zł brutto (wskazaną w pozycji 158 – klimatyzatory).

Zamawiający ustalił omyłkę w toku badania ofert (również w innych ofertach), uznając ją za oczywistą omyłkę rachunkową, poprawił cenę oferty i zawiadomił wykonawcę, że na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy poprawia w ofercie oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek, wskazując, że do porównania i oceny ofert zostanie przyjęta cena poprawiona we wskazanej kwocie (pismo z dnia 23.03.2016 r. znak: EZP-271-2/1/2016/p-9). W ostatnim zdaniu pisma zamawiający zamieścił prośbę (wniosek) o przedstawienie rozkładu powyższego wynagrodzenia na poszczególne zadania: tj. I, II, III. Wykonawca wyraził zgodę na poprawki (pismo z dnia 31.03.2016 r.), wskazał rozkład wynagrodzenia na poszczególne zadania.

Istotę zarzutów obu odwołujących stanowi poprawienie ceny oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy przez zmniejszenie ceny o kwotę 1 214 313,56 zł (brutto), natomiast zarzut odwołującego ERBUD dodatkowo dotyczy sposobu uwzględnienia konsekwencji rachunkowych dokonanej poprawki – zwrócenie się do wykonawcy o przedstawienie rozkładu podziału wynagrodzenia na poszczególne zadania i przyjęcie rozkładu w sposób wskazany przez wykonawcę.

Przepis art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy – norma obligatoryjna – stanowi, że zamawiający poprawia w ofercie oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek – niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. *Zamawiający nie może zwolnić się od badania oferty wykonawcy pod kątem zastosowania przesłanek, o których mowa w art. 87 ust. 2 p.z.p. Brzmienie SIWZ nie może zwolnić zamawiającego ze stosowania przepisów ustawy, które stanowią ius cogens, a art. 87 ust. 2 p.z.p. ma charakter bezwzględnie obowiązujący* (wyrok Izby z dnia 8 czerwca 2015 r., sygn. akt KIO 1092/15).

Obecne regulacje ustawowe w zakresie poprawiania oczywistych omyłek rachunkowych pozostawiają zamawiającemu znacznie szersze możliwości weryfikacji.



Celem zmiany ustawy w 2008 r. było usprawnienie procedur udzielania zamówień publicznych oraz zmniejszenie liczby odrzuconych ofert i unieważnianych postępowań.

*W odróżnieniu od oczywistej omyłki pisarskiej, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 1 p.z.p. omyłka rachunkowa ma charakter oczywisty, nie tylko wtedy, gdy jest widoczna na pierwszy rzut oka. Tę cechę można przypisać wyłącznie omyłkom dotyczącym prostych działań na małych liczbach. Izba ocenia, iż dla uznania, że omyłka rachunkowa ma charakter oczywisty, wystarczający jest fakt jej ustalenia podczas sprawdzania obliczeń zgodnie z podanym przez zamawiającego sposobem obliczenia ceny oferty oraz możliwość jej jednoznacznego stwierdzenia (wyroki Izby z dnia 1 września 2011 r., sygn. akt KIO 1787 i z dnia 28 września 2010 r., sygn. akt KIO 1978/10).*

Nie stanowi przy tym ograniczenia dla poprawy oczywistej omyłki rachunkowej na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp ilość omyłek rachunkowych występujących w ofercie, ani też ich istotność. Przykładowo, sumowanie poszczególnych wycenionych przez wykonawcę pozycji kosztorysu jest nieprawidłowością mającą charakter oczywistej omyłki – niezamierzonego działania ze strony wykonawcy, co nasuwało się automatycznie, samodzielnie, przez analizę samej oferty, bez konieczności wyjaśniania tego przez wykonawcę i stanowiło oczywistą omyłkę rachunkową. W doktrynie, jak i orzecznictwie podkreśla się, że omyłka rachunkowa polega na uzyskaniu błędnego wyniku wskutek przeprowadzenia działania matematycznego.

*W wyroku z dnia 27 stycznia 2014 r., sygn. akt KIO 50/14 – Izba nie podzieliła poglądu odwołującego, że ustalenie wynagrodzenia ryczałtowego uniemożliwia zamawiającemu badanie kosztorysów ofertowych. Cena ryczałtowa jest pojęciem nie mającym umocowania normatywnego. Na gruncie praktyki w obszarze zamówień publicznych pojęcie to używane jest w znaczeniu „wynagrodzenia ryczałtowego”, o którym stanowi art. 632 k.c. Zgodnie z przywołanym przepisem umówienie się przez strony o wynagrodzenie ryczałtowe, ma taki skutek, że co do zasady wykonawca nie może domagać się od zamawiającego jego podwyższenia. Zastrzeżenie wynagrodzenia ryczałtowego w żaden sposób nie zwalnia więc zamawiającego z badania poprawności oferowanego świadczenia oraz ustalenia niewadliwej kalkulacji ceny oferty. Są to obowiązki ustawowe, od których wykonania zamawiający nie może się uchylić w żaden sposób. Postanowienia SIWZ nie wskazują, jak chciałby odwołujący na pomocniczy charakter kosztorysu. Izba nie zgadza się, też z twierdzeniem, że pomocniczy charakter kosztorysu, wynika ipso iure z ryczałtowego charakteru wynagrodzenia. Poprzednio obowiązujący 88 Pzp, zgodnie z którym przyjmowało się, że cena o charakterze ryczałtowym jest prawidłowa bez względu na sposób jej obliczenia, został uchylony. Zamawiający zobligowany w obecnym stanie prawnym jest do badania na równych zasadach ofert niezależnie od sposobu jej obliczenia ceny oraz sposobu obliczenia wynagrodzenia wykonawcy, gdyż*

*ustawa nie wyprowadza już w tym zakresie żadnych domniemań (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 16 listopada 2012 r., sygn. akt KIO 2392/12, KIO 2410/12). Kosztorys jest pomocą dla wykonawców w tym sensie, że umożliwia im objęcie swoim świadczeniem całego przedmiotu zamówienia i prawidłowe obliczenie ceny oferty. Służy też rozproszeniu ewentualnych wątpliwości zamawiającego, które zrodziłyby się w toku badania i oceny ofert oraz umożliwia poprawienia oferty zgodnie z obowiązkiem wynikającym z art. 87 ust. 2 Pzp. Oczywistym jest dla Izby, że zamawiający, który żąda kosztorysu, w toku badania i oceny ofert, odnosi się do jego treści bez konieczności zawierania odrębnej deklaracji w postanowieniach specyfikacji. Pogląd, że ustalenie wynagrodzenia ryczałtowego nie uniemożliwia zamawiającemu badania zgodności oferty z SIWZ na podstawie kosztorysów ofertowych, kształtuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (wyroki: z 28 czerwca 2010 r., sygn. akt KIO 1101/10, z 10 lutego 2011 r. sygn. akt 179/11, z 16 listopada 2012 r., sygn. akt KIO 2392/12, KIO 2410/12, z 12 grudnia 2012 r., sygn. akt KIO 2611/12, z 30 stycznia 2013 r., sygn. akt KIO 67/13, 70/13, 72/13).*

*W wyroku z dnia 7 lipca 2015 r., sygn. akt KIO 1314/15 wskazano: Izba nie neguje przedstawionego w odwołaniu poglądu co do ceny ryczałtowej i kosztorysu wykonawczego, wskazuje jednakże, że charakter i przeznaczenie kosztorysu wykonawczego w postępowaniu o udzielenie zamówienia jest takie, jakie mu nadał zamawiający w treści SIWZ. Zamawiający opisał, że kosztorys wykonawczy jest integralną częścią oferty, specyfikuje przedmiot i zakres oferowanego świadczenia. Trudno więc jest uznać, że zamawiający przyjmując cenę ryczałtową w postępowaniu o udzielenie zamówienia, nie ma prawa/możliwości zweryfikowania nakładów i kosztów wykazanych przez wykonawcę w kosztorysie wykonawczym, w sytuacji, gdy zamawiający zastrzegł, że kosztorys stanowi treść oferty.*

*Odnosząc powyższe do przedmiotu oceny, Izba wskazuje, że poprawienie ceny w ofercie CHEMOBUDOWA–KRAKÓW, to poprawienie ewidentnej oczywistej omyłki rachunkowej powstałej w wyniku sumowania pozycji tabeli elementów scalonych. Podwójne wliczenie do ceny oferty kwoty dotyczącej tej samej pozycji, wymaga poprawienia ceny oferty jako oczywistej omyłki rachunkowej bez względu na charakter wynagrodzenia. Tabela, wbrew twierdzeniom odwołujących, ma znaczenie istotne, na podstawie przedstawionych w niej kwot i odpowiedniego sumowania zgodnie z układem tabeli przedstawionym przez zamawiającego, stanowiła podstawę obliczenia ceny oferty, stanowiła część oferty, nie podlegała dowolnym modyfikacjom wykonawców – dodanie nowych pozycji mogło mieć miejsce tylko w przypadku konieczności wykonania robót nie objętych przedmiotem robót, a niezbędnych do realizacji zamówienia (potwierdzenie w odpowiedzi na pytanie dotyczące treści SIWZ).*

Izba podzieliła stanowisko, że zamawiający był zobligowany do poprawienia ceny oferty jako oczywistej omyłki rachunkowej. Przepis nie określa sposobu poprawienia omyłki w sensie technicznym, zobowiązuje zamawiającego do poprawienia omyłki w ofercie, uwzględnienia konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek oraz zawiadomienia o tym wykonawcy, którego oferta została poprawiona. Rygor odrzucenia oferty (art. 89 ust. 2 pkt 7 ustawy) dotyczy wyłącznie braku zgody wykonawcy na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Przez poprawienie omyłki nie wystąpił przypadek złożenia przez wykonawcę dwóch ofert, obligatoryjne poprawienie omyłki w ofercie wykonawcy, bez względu na rodzaj omyłki i sposób jej poprawienia, nie powoduje złożenia przez wykonawcę drugiej oferty, gdyż czynności poprawienia oferty dokonuje wyłącznie zamawiający, w granicach wynikających z przepisu ustawy. Nie zostało wykazane naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 82 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Obligatoryjne poprawienie oferty w zakresie jej ceny z powodu błędnego sumowania pozycji w Tabeli elementów scalonych, nie powoduje sprzeczności zaoferowanego zobowiązania wykonawcy z oczekiwaniem zamawiającego, co do jego merytorycznego zakresu – rodzaju zamówienia i sposobu wykonania, zgodnie z opisem zamieszczonym w SIWZ.

Z powyższych względów, Izba nie uznała zarzutów obu odwołujących w przedstawionym zakresie, jako zasadnych. Izba uznała stanowisko odwołującego ERBUD, co do sposobu uwzględnienia konsekwencji rachunkowych dokonanej poprawki, jako nieodzownego następstwa poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej w treści oferty, wynikającego z przepisu art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, a nie z przepisu art. 87 ust. 1 Pzp – wyjaśnienie treści oferty, ze skutkiem zarzucanych przez odwołującego ERBUD negocjacji. Istotą poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej jest samodzielne jej poprawienie przez zamawiającego, bez udziału wykonawcy. Zamawiający zasadnie poprawił omyłkę, zatem zobowiązany był do samodzielnego uwzględnienia skutków poprawki w rozkładzie wynagrodzenia na poszczególne zadania. Zamawiający i przystępujący CHEMOBUDOWA–KRAKÓW podkreślali na rozprawie oraz w pisemnych stanowiskach charakter i znaczenie rozkładu wynagrodzenia na poszczególne zadania, np.: *Zamawiający wskazuje również, że podział zamówienia na zadania ma dla niego charakter informacyjny - natomiast faktyczna realizacja przedmiotu umowy będzie dokonywana zgodnie z zasadami określonymi w § 1 ust. 10 Istotnych postanowień umowy (załącznik nr 8 do SIWZ) w oparciu o harmonogram rzeczowo - finansowy złożony przez wykonawcę i zaakceptowany, rozliczenie finansowe zaś będzie opierało się o procentowy stan zaawansowania robót na podstawie świadectwa przekazania, co nie musi pokrywać się z podziałem na zadania. Podział na zadania i związany z tym układ kosztów ma dla zamawiającego charakter pomocniczy przy ustaleniu przebiegu tej inwestycji i kolejności realizacji i uruchamiania poszczególnych funkcjonalności w nowo powstałej infrastrukturze. Należy podkreślić, że Wstępny Harmonogram Realizacji*

*Projektu nie podlegał ocenie, która mogłaby zaważyć na wyniku postępowania. Jest to dokument dodatkowy, którego zmiany treści są przewidywane również po wyborze wykonawcy zamówienia. Dlatego nazwano go wstępnym. Ponadto sama treść Wstępnego Harmonogramu Realizacji Projektu - stanowiącego załącznik nr 3 do SIWZ stanowi, że: „Uwaga: Prezentowany powyżej zakres robót przyporządkowany do danego roku będzie uściślony po uzgodnieniu harmonogramu z wybranym Wykonawcą robót i może podlegać korekcie uzgodnionej między Zamawiającym a Wykonawcą z powodów: 1. konieczności korekty rozkładu środków na poszczególne budynki w wyniku rozstrzygnięć przetargowych, 2. konieczności technologicznych, 3. celem ułatwienia wykonania powyżej wymienionego zakresu w okresie przewidzianym na realizację programu wieloletniego.” Zamawiający przewidział zatem możliwość późniejszej korekty podziału wynagrodzenia na konkretne lata. Podział ten nie miał wpływu na wybór konkretnej oferty, nie skutkował również w żadnym razie ograniczeniem konkurencji Wykonawców o uzyskanie przedmiotowego zamówienia.*

Z powyższego wynika, że rozkład wynagrodzenia na poszczególne zadania nie ma istotnego znaczenia, zatem wystąpiła możliwość uwzględnienia zmniejszenia ceny oferty w rozkładzie na zadania, chociażby proporcjonalnie do kwot przypisanych do poszczególnych zadań w formularzu ofertowym. Stąd Izba nakazała zamawiającemu wykonanie czynności skutkujących poprawieniem rozkładu wynagrodzenia bez udziału wykonawcy, co jest nieodzownym elementem skutecznego poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej, mimo znanych już preferencji wykonawcy.

### **Ad 3. Zarzut naruszenia:**

**(1.)** art. 90 ust. 2 i 3 przez ich błędne zastosowanie i przyjęcie, że oferta odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, co jest skutkiem dokonania przez zamawiającego błędnej oceny oferty odwołującego oraz wyjaśnień odwołującego dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, błędnego uznania, że odwołujący nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny oraz błędnego uznania przez zamawiającego, że złożone wyjaśnienia potwierdzają, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji błędnym uznaniu, że oferta odwołującego winna podlegać odrzuceniu;

**(2.)** art. 89 ust. 1 pkt 4 przez jego błędne zastosowanie wynikające z błędnego uznania przez Zamawiającego, że oferta odwołującego winna podlegać odrzuceniu, ponieważ zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;

**(3)** art. 90 ust. 1 przez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty CHEMOBUDOWA–KRAKÓW, pomimo że to oferta odwołującego jest najkorzystniejsza oraz przez zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej z pośród ofert nie podlegających odrzuceniu (**zarzuty ERBUD**).

Przepis art. 90 ust. 1 ustawy stanowi: *Jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie:*

- 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314);*
- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.*

Jeżeli zamawiający ma uzasadnione wątpliwości co do możliwości realizacji przedmiotu zamówienia za zaoferowaną przez wykonawcę cenę, wówczas wzywa, w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, wykonawcę do złożenia wyjaśnień, przy czym zamawiający ma obowiązek wszczęcia procedury wyjaśniającej w przypadku, gdy cena oferty jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub 30% średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Wystosowanie wezwania w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp oznacza dla wykonawcy obowiązek wykazania, że zaproponowana przez niego cena nie ma charakteru rażąco niskiej. (na podstawie opinii pt. *Rażąco niska cena w świetle obowiązujących od dnia 19 października 2014 r. przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych* - strona [www.uzp.gov.pl](http://www.uzp.gov.pl)).

Na wykonawcy ciąży obowiązek wskazania elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny i sposobu w jaki dokonano ich kalkulacji, a więc udowodnienia, że zaproponowana cena nie jest rażąco niska. W przypadku nieudowodnienia, że cena ustalona z uwzględnieniem okoliczności wymienionych w art. 90 ust. 1 Pzp, potwierdzonych załączonymi dowodami, nie jest rażąco niska, zamawiający zobowiązany jest do odrzucenia oferty wykonawcy, jako oferty zawierającej rażąco niską cenę (art. 90 ust. 3 Pzp - *Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia*). Ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami powinna być pełna i wszechstronna z uwzględnieniem, że cena rażąco niska oferty ustalana jest w odniesieniu do całego przedmiotu zamówienia.

Konsekwencją uznania ceny rażąco niskiej na podstawie wyjaśnień i dowodów złożonych przez wykonawcę, jest też zastosowanie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp

*(Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia).*

Z postępowania odwoławczego w zakresie rozpoznawanego zarzutu wynika, że cena oferty odwołującego ERBUD nie kreowała obowiązku zamawiającego do wszczęcia procedury wyjaśniającej, o jakiej stanowi przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Uprawnienia zamawiającego do przeprowadzenia takiej procedury ustalającej elementy oferty wykonawcy w celu oceny zaoferowanej ceny, były niewątpliwe i odwołujący poza wzmianką tego faktu w odwołaniu i w toku rozprawy, nie sprecyzował w odwołaniu zarzutu naruszenia przepisu art. 90 ust. 1 ustawy w tym znaczeniu. W pkt 3 zarzutów przedstawionych w odwołaniu wskazał naruszenie przepisu art. 90 ust. 1 Pzp, ale jako skutek wyboru oferty CHEMOBUDOWA–KRAKÓW, a nie oferty odwołującego (omyłka).

Zmienione przepisy ustawy w zakresie dowodzenia rażąco niskiej ceny w postępowaniu odwoławczym przed Izbą (art. 190 ust. 1a Pzp) wskazują obowiązek udowodnienia, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywający odpowiednio na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego, a na zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania odwoławczego. Mając na uwadze, że w postępowaniu odwoławczym przedmiotem rozpoznania jest czynność lub zaniechanie czynności, do której zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy, na etapie postępowania odwoławczego strony mogą posługiwać się wyjaśnieniami i dowodami, które potwierdzają stanowiska już przedstawione uprzednio w toku procedury wyjaśniającej prowadzonej przez zamawiającego. Nowe, dodatkowe okoliczności i dowody składane w toku postępowania odwoławczego, nie przedstawione w toku procedury wyjaśniającej na podstawie art. 90 ustawy – przyjmuje się jako spóźnione, gdyż powinny być one przedstawione zamawiającemu i podlegać jego ocenie. W postępowaniu odwoławczym dokonywana jest ocena poprawności i prawidłowości czynności zamawiającego w zakresie oceny oferty wykonawcy i złożonych przez niego wyjaśnień wraz z dowodami.

Zamawiający wezwał odwołującego pismem z dnia 7 kwietnia 2016 r., na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy, do złożenia wyjaśnień wraz z dowodami, przedstawiając zakres wezwania odpowiadający treści wskazanego przepisu. W drugiej części wezwania wskazał, że w szczególności wezwanie dotyczy dokumentu – TABELA ELEMENTÓW SCALONYCH – pkt 101 Instalacje elektryczne słaboprądowe, precyzując: czy cena uwzględnia wszystkie wymagania zamawiającego zamieszczone w SIWZ (załącznik nr 1 – str. 11 do 26) i w piśmie EZP-271/1/2016/p-5 z dnia 09.02.2016 r.

Odwołujący złożył wyjaśnienia 15 kwietnia 2016 r. – część jawna i część tajna z załącznikami. W części jawnej zamieścił oświadczenie, że cena oferty nie jest rażąco niska, przedstawił zapewnienie, że cena oferty jest ceną rynkową, konkurencyjną, obejmuje

wszystkie koszty niezbędne do wykonania zamówienia, uwzględnia ryzyko i zysk. Podkreślił rolę firmy jako spółki publicznej, nie działającej non-profit. Wskazał na staranność w obliczeniu ceny oferty, korzystne zaopatrzenie w materiały, współpracę ze sprawdzonymi podwykonawcami, posiadanie zaplecza technicznego i wyspecjalizowanej kadry oraz specjalistyczne doświadczenie na rynku. Stwierdził, że cena oferty stanowi 94,7% kwoty zamawiającego przeznaczonej na realizację zamówienia. Przedstawił wykaz 8. inwestycji, w których uczestniczył, ceny ofert, budżety zamawiającego i procentowy stosunek tych cen oraz stosunek cen ofert do cen drugich ofert w kolejności. Wskazał na ryczałtowy charakter wynagrodzenia oraz orzecznictwo Izby. Udzielił odpowiedzi potwierdzającej na pytanie zamawiającego zawarte w wezwaniu, wskazując na część tajną wyjaśnień.

Przedstawione w części tajnej wyjaśnienia z dowodami, stanowią znaczną objętościowo dokumentację, lecz – jak wynika z następnych czynności zamawiającego – niewyjaśniającą wątpliwości przedstawionych w wezwaniu.

Drugie wezwanie zamawiającego z dnia 22 kwietnia 2016 r., wystosowane jak wskazano w piśmie, wobec niewystarczających dotychczasowych wyjaśnień, zostało podważone w postępowaniu odwoławczym, ze skutkiem unieważnienia wezwania, w wyniku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu firmy ERBUD (postanowienie Izby z dnia 17 maja 2016 r., sygn. akt KIO 717/16).

Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego (zawiadomienie z 30.05.2016 r.), powołując się na podstawę prawną czynności – art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy – dokonana ocena wyjaśnień wraz z dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W uzasadnieniu faktycznym zamawiający wskazał: *Zamawiający pismem znak: EZP-271-2/1/2016/p-10 z dnia 7.04.2016 r. zwrócił się do Wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w szczególności dotyczyło to pkt 101 TABELI ELEMENTÓW SCALONYCH – Instalacje elektryczne słaboprądowe. Wątpliwości zamawiającego wzbudził fakt, że cena wykonawcy w tej części jest niższa - 64,73% średniej w przetargu. Wykonawca w złożonych wyjaśnieniach nie wykazał, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.*

Przedmiotem zarzutu odwołującego jest błędna ocena jego oferty wraz z wyjaśnieniami i dowodami, błędne uznanie, że nie wykazał, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny oraz, że wyjaśnienia potwierdzają rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji błędne uznanie, że oferta podlega odrzuceniu, ponieważ zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Izba podzieliła stanowisko odwołującego co do oceny dokonanej przez zamawiającego przedstawionej w piśmie z 30 maja 2016 r., w szczególności w zakresie – *Wątpliwości zamawiającego wzbudził fakt, że cena wykonawcy w tej części jest niższa -*

64,73% średniej w przetargu – jako jedyne go elementu oferty wskazanego w podstawie odrzucenia oferty stanowiącego przedmiot oceny w toku postępowania wyjaśniającego.

Z pisma wynika, że odrzucenie oferty było przede wszystkim skutkiem wątpliwości w zakresie pkt 101 Tabeli elementów scalonych – Instalacje elektryczne słaboprądowe.

Z dowodu złożonego przez odwołującego, pn. „Sprawdzenie ofert niskieprądy”, notatki Kierownika Działu Informatyki z 5.4.2016 r. wynika, że przedmiotem sprawdzenia były oferty wykonawców: ERBUD, CHEMOBUDOWA, ANNA, WARBUD w zakresie niskieprądy. Średnia cena tej pozycji z 4 ofert wynosi 8 610 146,36 zł, a cena zaoferowana przez odwołującego 6 030 198,00 zł. Autor notatki ustalił, że oferta odwołującego może nie uwzględniać odpowiednich urządzeń i dodatkowych zagadnień opisanych w uzupełnieniach. Wskazał, że dla bezpieczeństwa inwestycji można by poprosić o szczegółowy wykaz zastosowanych urządzeń (model, producent) i licencji (nazwa licencji). Procentowy stosunek ceny oferty odwołującego w pozycji niskie prądy do średniej arytmetycznej cen ofert wykonawców CHEMOBUDOWA, ANNA, WARBUD w tej samej pozycji, wynosi 63,68%.

Izba wskazuje, że przepis art. 90 ust. 3 ustawy Pzp zobowiązuje zamawiającego do odrzucenia oferty wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Przywołany w piśmie przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp zobowiązuje zamawiającego do odrzucenia oferty, jeżeli oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W jednym i drugim przypadku odrzucenie oferty następuje wówczas, gdy jej cena jest rażąco niska (nieadekwatna, nierealna, za którą nie można wykonać zamówienia) w odniesieniu do przedmiotu zamówienia. Jako uzasadnienie faktyczne czynności zamawiający wskazał, w szczególności na jedną pozycję Tabeli elementów scalonych, że cena oferty w tej części jest niższa - 64,73% średniej w przetargu. Oceniał, że wykonawca w złożonych wyjaśnieniach nie wykazał, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Z przedłożonych dokumentów w tym zakresie wynika, że czynność zamawiającego odrzucenia oferty, będąca przedmiotem oceny Izby w związku z zarzutami odwołującego przedstawionymi w pkt 1 i 2 w odwołaniu, została dokonana z naruszeniem przepisów art. 90 ust. 3 i art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Dowody dotyczące etapu badania oferty przez zamawiającego wskazują, że badanie ceny oferty dotyczyło jednego elementu z Tabeli elementów scalonych. Co do wyjaśnień odwołującego, na rozprawie wskazano, że są one wątpliwe. Uwzględniając zarzut, Izba uznała za nieodzowne powtórzenie czynności badania oferty odwołującego, wynikające z niepełnej oceny oferty i złożonych wyjaśnień z dowodami w przedmiocie rażąco niskiej ceny. Dokumenty złożone na rozprawie (odwołujący – zamawiający), powinny w większości stanowić przedmiot oceny zamawiającego w toku badania oferty pod kątem rażąco niskiej ceny.



W wyroku Izby z dnia 23 czerwca 2015 r., sygn. akt KIO 1143/15, przedstawione zostało następujące stanowisko w przedmiocie badania ceny oferty: „Izba wskazuje, że przepis art. 90 ust. 1 Pzp, zarówno w poprzednim stanie prawnym, jak i po zmianie ustawy, nie określał, czy zwrócenie się do wykonawcy ma być wyłącznie jednorazowe, czy też nie. (...) Przedstawione stanowisko znajduje potwierdzenie w nowych dyrektywach z dnia 26 lutego 2014 r.: procedurę weryfikacji rażąco niskich ofert regulują art. 69 dyrektywy 2014/24/UE - ust. 3. „Instytucja zamawiająca ocenia dostarczone informacje w drodze konsultacji z oferentem. Może ona odrzucić ofertę wyłącznie w przypadku, gdy dostarczone dowody nie uzasadniają w zadowalającym stopniu niskiego poziomu proponowanej ceny lub proponowanych kosztów” i art. 84 dyrektywy 2014/25/UE - ust. 3. „Podmiot zamawiający ocenia dostarczone informacje, konsultując się z oferentem. Może on odrzucić ofertę wyłącznie w przypadku, gdy przedstawione dowody nie uzasadniają w zadowalającym stopniu niskiego poziomu proponowanej ceny lub proponowanych kosztów, biorąc pod uwagę elementy, o których mowa w ust. 2).” (...) Na podstawie przedstawionych regulacji, Izba podziela stanowisko o możliwości zamawiającego dodatkowego wezwania wykonawcy w celu doprecyzowania lub udzielenia szerszych informacji w zakresie przekazanych przez wykonawcę wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. Zatem, brak jest podstaw do uznania czynności zamawiającego z 18 maja 2015 r. – powtórne zwrócenie się do wykonawcy o złożenie dowodów, jako naruszającej przepisy Pzp wskazane w odwołaniu”. Komentarz do tego wyroku: W wyroku tym KIO uznała, że wynikającą z przepisów dyrektywy 2014/24/UE wskazówką interpretacji ustawy Pzp w zakresie procedury wyjaśnienia rażąco niskiej ceny jest zasada wyczerpującego wyjaśnienia wszelkich ewentualnych wątpliwości zamawiającego. Dopóki zamawiający ma wątpliwości odnośnie elementów ceny wskazujących na rażąco niską cenę, dopóty winien dążyć do ich wyjaśnienia. Dopiero po odniesieniu się przez wykonawcę do wszystkich pytań zamawiającego i braku wyjaśnienia wątpliwości zamawiającego, dopuszczalne jest odrzucenie oferty wykonawcy z powodu zaferowania rażąco niskiej ceny.

Wykonawca jest zobowiązany do złożenia wyjaśnień wraz z dowodami w zakresie przedstawionym przez zamawiającego i przyczynienia się do wyjaśnienia wszelkich wątpliwości dotyczących jego oferty. Uchylenie się od wyjaśniania wątpliwości zamawiającego oceniane jest w orzecznictwie, jako niezłożenie wyjaśnień.

**Ad 4.** Zarzut naruszenia:

**(4.)** art. 7 ust. 1 i 3 przez niezapewnienie zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (w związku z naruszeniem wymienionych przepisów ustawy Pzp) **(zarzut WARBUJ);**

(7.) art. 7 ust. 1 przez niedochowanie przez zamawiającego zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców polegające na zaniechaniu dokonania prawidłowych czynności związanych z oceną ofert (**zarzut ERBUD**).

Uwzględnienie chociażby jednego zarzutu odwołania, skutkuje tym, że aktualizuje się ruszenie przepisów art. 7 ust. 1 i ew. ust. 3 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe ustalenia i ocenę prawną, Izba uwzględniła odwołanie, orzekając jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1, ust. 2 (wpływ naruszenia przepisów ustawy na wynik postępowania o udzielenie zamówienia) oraz ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do jego wyniku, z uwzględnieniem przepisów 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). Izba zaliczyła do kosztów postępowania odwoławczego wpisy uiszczone przez odwołujących oraz zasądziła na ich rzecz kwoty stanowiące równowartość uiszczonych wpisów i na rzecz odwołującego ERBUD uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, na podstawie rachunku przedłożonego do akt sprawy.

**Przewodniczący:** .....