

WYROK

z dnia 19 grudnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Małgorzata Wilim

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **19 grudnia 2011 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 grudnia 2011 r.

przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Firma Handlowo-Usługowa INSTBUD Stanisław Boguta spółka jawna, Nieznanowice 50, 32-420 Gdów, Stanisław Boguta prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Firma Handlowo-Usługowa „INSTBUD” Stanisław Boguta, Nieznanowice 50, 32-420 Gdów**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Zakład Wodociągów i Kanalizacji spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 32-050 Skawina, ul. Radziszowska 11**

przy udziale wykonawcy: **Biuro Techniczno-Handlowe „EMP TERMO” Ewa i Marek Piękość spółka jawna, 37-200 Przeworsk, ul. Głęboka 44 – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego**

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Firmę Handlowo-Usługową INSTBUD Stanisław Boguta spółkę jawną z siedzibą w Nieznanowicach oraz Firmę Handlowo-Usługową „INSTBUD” Stanisław Boguta, Nieznanowice i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) – uiszczoną przez tego odwołującego tytułem wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień

Sygn. akt KIO 2609/11

publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Krakowie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Zakład Wodociągów i Kanalizacji spółka z o.o. z siedzibą w Skawinie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „ppz”), postępowanie o udzielenie zamówienia pn. *roboty budowlane dla „Zadania nr 9 (Kontakt IX) kanalizacja dla Radziszowa etap III d” realizowane w ramach Projektu Funduszu Spójności pn.: „Gospodarka wodno-ściekowa na terenie Gminy Skawina” – nr POIS.01.01.00-00-091/08 oraz środków ZWiK sp. z o.o. w Skawinie* (oznaczenie sprawy: ZWiK/JRP/ZP-3/2011)

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane jako obywatelskie w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: 2011/S_172-283203 z 8 września 2011 r., w tym samym dniu Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie oraz na swojej stronie internetowej (www.zwik.skawina.pl), na której udostępnił również od tego dnia specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej zwaną w skrócie „s.i.w.z.” lub „SIWZ”).

28 listopada 2011 r. (pismem z tej daty.) Zamawiający przesłał faksem Odwołującemu – konsorcjum wykonawców: Firmie Handlowo-Usługowej INSTBUD Stanisław Boguta spółce jawnej z siedzibą w Nieznanowicach oraz Firmie Handlowo-Usługowej „INSTBUD” Stanisław Boguta z Nieznanowic (zwanym dalej w skrócie „Konsorcjum IINSTBUD”) – zawiadomienie o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Biuro Techniczno-Handlowe „EMP TERMO” Ewa i Marek Piękoś spółkę jawną z siedzibą w Przeworsku (zwanego dalej w skrócie EMP TERMO”), z którego wynikało także, iż oferta Odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu pod względem ceny, stanowiącej jedyne kryterium oceny ofert.

8 grudnia 2011 r. Odwołujący wniósł za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od powyższej czynności Zamawiającego, któremu zarzucił naruszenie następujących przepisów ustawy pzp:

1. Art. 90 ust. 1 – poprzez zaniechanie wezwania EMP TERMO do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny oferty.
2. Art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust 3 – poprzez nieodrzućenie wybranej oferty, pomimo że zawierała rażąco niską cenę.
3. Art. 89 ust 1 pkt 2 – poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty, której treść nie odpowiada treści s.i.w.z.

4. Art. 7 ust. 3 – poprzez zaniechanie wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, tj. oferty Odwołującego.
5. Art. 87 ust. 2 pkt 2 – poprzez zaniechanie poprawy omyłki rachunkowej w ofercie EMP TERMO i zaniechania uwzględnienia konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek w postaci poprawy (zwiększenia) ceny wybranej oferty, w wyniku czego oferta Odwołującego, zostałaaby uznana za ofertę z najkorzystniejszą ceną – *w przypadku nieuwzględnienia zarzutu nieodrzczenia wybranej oferty z uwagi na rażąco niską cenę, bądź z uwagi na niezgodność z treścią s.i.w.z.*

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności badania i oceny ofert.
2. Powtórzenia czynności badania i oceny ofert.
3. Dokonania wyboru oferty Odwołującego w wyniku ponownego badania i oceny ofert.

Odwołujący wskazał w odwołaniu następujące okoliczności prawne i faktyczne uzasadniające jego wniesienie.

Zamawiający przewidział kosztorysową formę wynagrodzenia wykonawcy, na co wskazuje treść Części II SIWZ Aktu Umowy – Warunki Szczególne Kontraktu, Klauzula 12. Obmiar i Wycena, w której opisane zostały obowiązkowe obmiary robot i sposób ich dokumentacji. Jednocześnie szczegółowe metody i zasady obmiarów zawierają Specyfikacje Techniczne Wykonania i Odbioru Robót oraz Przedmiar robót. Potwierdził to również Zamawiający w wyjaśnieniach treści s.i.w.z. z 26 września 2011 r., w których na pytanie wykonawcy: *Jaki charakter ma wynagrodzenie Wykonawcy ryczałtowy czy kosztorysowy?* – Zamawiający udzielił odpowiedzi: *Wynagrodzenie za wykonanie zadania będącego przedmiotem zamówienia ma charakter kosztorysowy.* W związku z taką formą wynagrodzenia, wykonawcy składający ofertę zobowiązani byli do obliczenia ceny oferty, ściśle na podstawie załączonych do s.i.w.z. Przedmiarów robót. Zgodnie z postanowieniem pkt. 19.3 Instrukcji dla Wykonawców (IDW), stanowiącej Część I s.i.w.z., dotyczącym sposobu obliczenia ceny: *W celu prawidłowej kalkulacji ceny dla niniejszego zamówienia, Wykonawca zobowiązany jest: – wycenić Przedmiar robót opracowany metodą kalkulacji uproszczonej, według założeń wyjściowych dla kosztorysowania na podstawie załącznika nr 3 do Części III SIWZ, – podać całkowitą cenę zadania w ofercie opracowanej na podstawie wycenionego przedmiaru robót wraz z podatkiem VAT, – uwzględnić w podanej cenie ryzyko kursowe.* Ponadto, zgodnie z postanowieniami załącznika nr 4 do Opisu Przedmiotu Zamówienia (OPZ), stanowiącego część III s.i.w.z., tj. pkt. 3. i 11. *Założeń wyjściowych do kosztorysowania: Wykonawca obliczając kwotę kontraktową musi uwzględnić w wycenionym*

*Przedmiarze Robót wszystkie pozycje przedmiarowe opisane w przedmiarze robót. Wykonawca nie może samodzielnie wprowadzać zmian do Przedmiaru Robót oraz Niezastosowanie się do wymagań z pkt. 3 i 10 będzie skutkowało odrzuceniem oferty. W załączonym do s.i.w.z. Przedmiarze robót „Technologia Wodociąg i Kanalizacja dla Radziszowa. Etap III – Wodociąg i Kanalizacja dla Radziszowa, Zadanie III D – kanalizacja dla części prawobrzeżnej; Sieć kanalizacyjna DN 200-250-300 Pompownie ścieków i rurociągi tłoczne, w pozycji 1.2. Roboty w zakresie odwadniania gruntu – Odwodnienie wykopów, wskazano współczynniki do robocizny R=47, materiałów M=47 i sprzętu S=47. W toku postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia, 4 października 2011 r., na pytanie wykonawcy złożone do treści s.i.w.z., jak ma rozumieć te zapisy Przedmiaru, w związku z faktem, iż po zastosowaniu tych współczynników lokalnych, ilości ulegają znacznemu zwiększeniu, Zamawiający udzielił odpowiedzi: krotkość 47 wynika z założenia, że w 47 miejscach na trasie kanalizacji należy wykonać pojedynczy obiekt odwodnienia składający się z 4 szt. studzienek i 120 m rur drenarskich. Ponadto 6 października 2011 r. Zamawiający w wyjaśnieniach do treści s.i.w.z. zamieścił *Uzupełnienie odpowiedzi na pytanie III pkt. 2 – Wyjaśnienie treści SIWZ z dnia 4.10.2011 r. Wyjaśnienie do pozycji 22: Pompowanie wody – Przedmiar Technologia kanalizacji sanitarnej: Pozycję KNR 201/605/1 „Pompowanie wody” przyjęto jako analogię, w związku z tym należy przyjąć w pozycji następujące normy robocizny i sprzętu: Robocizna - 0,15r-g / na jednostkę obmiarową mg; Pompa 0,02128 m-g / na jednostkę obmiarową mg; Samochód skrzyniowy do 5-t 0,02128 m-g / na jednostkę obmiarową m-g; Zespół prądotwórczy trójfazowy przewoźny 10-kVA 0,02128 m-g / na jednostkę obmiarową m-g. W związku z powołanymi wyżej wyjaśnieniami Zamawiającego, dokonując wyceny pozycji 2.1.22., 2.1.23., 2.1.24, 2.1.25 przedmiaru robót, wykonawcy zobowiązani byli do ich uwzględnienia. Prawidłowa wycena przedmiotu zamówienia ma niebagatelne znaczenie w szczególności w sytuacji kiedy jedynym kryterium oceny oferty jest cena, bowiem tylko oferty prawidłowo wycenione, zawierające ceny za wykonanie wszystkich wymaganych elementów robót, mogą być traktowane jako ważne a co za tym idzie skutecznie i równo ze sobą konkurować. Każde odstępstwo od wymagań zamawiającego określonych dla sposobu obliczenia ceny lub od wymaganego zakresu robót, powoduje, iż błędnie skalkulowana cena oferty, stawia taką ofertę na niezasadnie uprzywilejowanej pozycji, oferta taka konkuruje ceną, która nie obejmuje całego przedmiotu zamówienia. Istotność zawartości załączonego do oferty kosztorysu, w przypadku kiedy zamawiający przewidział kosztorysową formę wynagrodzenia, potwierdza również orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, przykładowo: wyrok KIO z 5 października 2011 r.,**

(sygn. akt KIO 2033/1): „Skoro zamawiający określił, że rozliczenia robót będzie dokonywał na podstawie rzeczywistego wykonania robót (czyli tzw. kosztorysem powykonawczym) w oparciu o ceny jednostkowe dla poszczególnych pozycji kosztorysowych, określone przez wykonawcę w kosztorysie ofertowym, stanowiącym treść oferty, to kosztorys ofertowy przy przyjętym w tym postępowaniu kosztorysowym sposobie wyceny ceny ofertowej, a w przyszłości rozliczenia z wykonawcą wykonanych prac, ma znaczenie dla oceny treści oferty wykonawcy. W tym przypadku nie można mówić o pomocniczym charakterze kosztorysu ofertowego.”, a także wyrok KIO z dnia 26 maja 2011 r. (sygn. akt KIO/UZP 845/10): *Forma wynagrodzenia w postaci kosztorysowej determinuje znaczenie przedmiarów robót i sposobu sporządzenia kosztorysów ofertowych, jak również funkcje, jaką pełnią te ostatnie. Przy tak określonej formie wynagrodzenia kosztorysy ofertowe stanowią istotny element treści oferty.*

Jak wynika z analizy oferty Wykonawcy Biuro Techniczno-Handlowe „EMP TERMO” Ewa i Marek Piękoś spółka jawna, która została przez Zamawiającego zbadana, oceniona i uznana za najkorzystniejszą, we wskazanych pozycjach kosztorysu załączonego do oferty, wybrany Wykonawca nie uwzględnił wymagań Zamawiającego określonych w s.i.w.z. W szczególności szacując koszt wykonania zamówienia w zakresie robót związanych z odwodnieniem wykopów nie uwzględnił w poniższych pozycjach przedmiaru wymaganych krotności tj.: – w pozycjach 1.2.22., 1.2.23., 1.2.24, 1.2.25 – krotności 47, oraz – w pozycjach 1.2.23, 1.2.24, 1.2.25 – krotności 1,5, która również została uwidoczniła w Przedmiarze (R-1,5). Zgodnie z nośnikami cenotwórczymi ujawnionymi w ofercie EMP TERMO; R-6, Kp – 40% Z – 3% oraz cenami materiałów i sprzętów wyliczonymi na podstawie załączonego do oferty zestawienia materiałów i sprzętu, przyjmując normy z przedmiarów robót, Wykonawca ten dokonał w ofercie następującej wyceny wskazanych pozycji kosztorysowych:

1.2. Odwodnienie Wykopów	Ilość	Wartość jednostkowa	Wartość netto
1.2.22. Pompownie	960,000	50,62	48.595,20
1.2.23. Studzienki drenarskie	4,000	30,85	123,40
1.2.24. Drenaże	10,800	91,18	984,74
1.2.25. Ułożenie drenażu	120,000	6,39	766,80
			Razem 50.470,14

Na przykładzie pozycji 1.2.22. załączonego do oferty Wykonawcy kosztorysu, można wykazać następujące błędy związane z nieuwzględnieniem wyjaśnień s.i.w.z. z 6 października 2011 r., uściślających wytyczne dla poz. 1.2.22. EMP TERMO faktycznie nie przyjął do wyceny zespołu prądotwórczego trójfazowego przewoźnego 10-kVA, bowiem w załączonym do oferty zestawieniu sprzętu brak jest takiej pozycji. Poprawne wyliczenie

Sygn. akt KIO 2609/11

pozycji 1.2.22 przy zastosowaniu stawek EMP-TERMO: Robocizna: $0,15 * 6,00\text{zł}$ (stawka r-g) + 40%KP + 3% Z = $1,30\text{zł} * 960 \text{ mg} = 1248 \text{ zł}$. Sprzęt: Pompa $0,02128 * 10 \text{ zł}$ (przeliczono z kosztorysu EMP-TERMO) = $0,21 \text{ zł}$. Samochód $0,02128 * 35 \text{ zł}$ (przeliczono z kosztorysu EMP-TERMO) = $0,74 \text{ zł}$. Zespół prądowórczy trójfazowy przewoźny 10-kVA $0,02128 * 20 \text{ zł}$ (przyjęto cenę przybliżoną, ponieważ nie ma jej w wykazie EMP-TERMO) = $0,43$. $0,21 + 0,74 + 0,43 = 1,38 + 40\% Kp + 3\% Z = 1,99 \text{ zł} * 960 \text{ mg} = 1 910,40 \text{ zł}$. Łącznie cena z narzutami to $3.158,40 \text{ zł}$. Dzieliąc ją przez ilość robót otrzymujemy cenę jednostkową czyli $3.158,40 \text{ zł} / 960 = 3,29\text{zł}$ na m-g. Mnożąc ją przez $47 = 154,63 \text{ zł}$ Jak widać cena ta jest kilkukrotnie większa niż cena wskazana w kosztorysie EMP-TERMO na tych samych nośnikach. Z powyższego wyliczenia wynika, że Wykonawca nie przyjął wyżej podanych norm z odpowiedzi Zamawiającego, do czego był zobowiązany, przyjmując najprawdopodobniej normy katalogowe KNR 201/605/1.

Przy uwzględnieniu przez Wykonawcę EMP TERMO wymogów s.i.w.z. w zakresie krotności 47, nawet przy założeniu że uwzględnił już krotność 1,5 do R w pozycjach 1.2.23, 1.2.24, 1.2.25 – ceny w kosztorysie EMP TERMO kształtowałyby się następująco:

1.2. Odwodnienie Wykopów	Ilość	Wartość jednostkowa	Wartość netto
1.2.22. Pompownie	960,000	2.379,14	2.283.974,40
1.2.23. Studzienki drenarskie	4,000	1.449,95	5.799,80
1.2.24. Drenaże	10,800	4.285,46	46.282,97
1.2.25. Ułożenie drenażu	120,000	300,33	36.039,60

Razem 2.372.096,77

Dla porównania, w kosztorysie ofertowym Odwołującego, uwzględniającym współczynnik 47 oraz 1,5 w wymaganych pozycjach, wskazano następujące ceny:

1.2. Odwodnienie Wykopów	Ilość	Wartość jednostkowa	Wartość netto
1.2.22. Pompownie	960,000	272,40	261.504,00
1.2.23. Studzienki drenarskie	4,000	2.240,72	9.682,88
1.2.24. Drenaże	10,800	4.120,00	44.498,16
1.2.25. Ułożenie drenażu	120,000	60,65	7.278,00

Razem 322.963,04

Z powyższego zestawienia wynika w sposób oczywisty, iż gdyby Wykonawca EMP TERMO dokonał wyceny oferty zgodnie z s.i.w.z., wówczas wartość elementu 1.2 *Odwodnienie wykopów* wskazana w kosztorysie ofertowym, wzrosłaby o 2.321.626,63 (do 2.372.096,77, uwidoczniła w kosztorysie za odwodnienie wykopów wartość elementu to 50.470,14) i cena oferty wyniosłaby 10.190 774,48 brutto, tak więc byłaby wyższa o 2.647.743,21zł od ceny

oferty Odwołującego, która to cena uwzględniająca wszystkie wymagania Zamawiającego i prawidłowo oszacowana kształtuje się na poziomie 7.543.031,26 zł brutto. Tym samym oferta Odwołującego powinna być uznana za najkorzystniejszą.

Zamawiający dostrzegł wskazane powyżej nieprawidłowości, albowiem pismem z dnia 15 listopada 2011 r. wezwał Wykonawcę EMP TERMO do wyjaśnienia, czy *wycenione pozycje (cena jednostkowa i wartość) w kosztorysie ofertowym str. 60 Rozdział 1.2. Odwodnienie wykopów poz. 1.2.22., 1.2.23., 1.2.24, 1.2.25., uwzględniają zapisy podane w przedmiarze robót oraz Wyjaśnienia Treści SIWZ z dnia 4.10.2011. Pytania III i Odpowiedzi pkt 2 i Wyjaśnienia Treści SIWZ z dnia 6.10.2011 r Uzupelnienie odpowiedzi na pytanie III: 2 – Wyjaśnienie treści SIWZ z dnia 2011-10-04.* W odpowiedzi na wezwanie Wykonawca przedłożył 17 listopada 2011 r. pismo zawierające oświadczenie, iż wycenione w kosztorysie ofertowym pozycje, uwzględniają zapisy przedmiaru robót i wyjaśnienia do s.i.w.z. oraz, że cena ofertowa została obliczona z należytą starannością, z uwzględnieniem wszystkich zapisów s.i.w.z. Zamawiający w sposób bezkrytyczny przyjął wyjaśnienia Wykonawcy i zaniechał wezwania go do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny oferty, w sytuacji, kiedy uwidocznione w kosztorysie ofertowym Wykonawcy, we wskazanych pozycjach, ceny robót związanych z odwodnieniem wykopów są oczywiście zaniżone i nie mogą uwzględniać wymogów określonych w s.i.w.z. Skoro Wykonawca złożył pod groźbą odpowiedzialności karnej, wynikającej z art. 297 § 1 Kodeksu karnego oświadczenie, iż wycenione przez niego ceny jednostkowe i wartości, zostały obliczone z uwzględnieniem zapisów s.i.w.z., podczas gdy ceny wskazane w ww. pozycjach załączonego do oferty kosztorysu są uderzająco niskie, Zamawiający dostrzegając zaniżenie cen i mając świadomość uwidocznionych w ofercie błędów w wycenie, poczynionych przez Wykonawcę, winien był w dalszym ciągu dążyć do kompleksowego wyjaśnienia treści oferty, w szczególności stosując procedurę wyjaśnień przewidzianą normą art. 90 pzp, bowiem tylko takie wyjaśnienia mogłyby w efekcie doprowadzić do uznania oferowanej ceny za cenę skalkulowaną prawidłowo. [por. wyrok KIO z 26 września 2011r., sygn. akt KIO 1980/11: *Ogólne oświadczenie wykonawcy o zapoznaniu się i akceptacji wymagań SIWZ nie może zastępować szczegółowego oświadczenia, jakim jest oferowany przedmiot zamówienia, opisany w kosztorysie ofertowym. Za szczególnie istotną, należy uznać treść kosztorysu w przypadku wynagrodzenia kosztorysowego za wykonanie przedmiotu zamówienia;* wyrok KIO z 21 września 2011 r., sygn. akt KIO/UZP 1946/11: *1. Jeżeli wykonawca w ofercie składa ogólną deklarację jej zgodności z wymaganiami zamawiającego, natomiast nie potwierdzają tego dokumenty szczegółowe (np. kosztorys ofertowy), oświadczenie takie można jedynie*

poczytać za wewnętrzną sprzeczność i niespójność oferty, a nie za jej zgodność z SIWZ(...)

3. *Ceny jednostkowe określone w ofercie wykonawcy, skoro stanowią podstawę dla rozliczeń stron w trakcie realizacji umowy w oparciu o obmiar powykonawczy, mają charakter istotnych postanowień oferty, obok ceny całkowitej za całość zamówienia, służącej do wyboru najkorzystniejszej oferty, wyliczonej za identyczny dla wszystkich wykonawców zakres robót, wynikający z przedmiarów i z przywołanych w przedmiarach specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych.]. Na marginesie zaznaczyć należy, iż mało prawdopodobnym wydaje się, aby w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, EMP TERMO był w stanie udzielić racjonalnych i przekonujących wyjaśnień dotyczących poczynionych kalkulacji. Tym samym oferta Wykonawcy winna zostać przez Zamawiającego odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 pzp. Decyzję Zamawiającego, polegającą na zaniechaniu wezwania Wykonawcy do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny oferty we wskazanych pozycjach, traktować należy jako oczywiście niezasadną i nieuprawnioną, co w konsekwencji doprowadziło do oceny ofert nieporównywalnych cenowo i wyboru oferty zawierającej błędnie skalkulowaną cenę. [por. wyrok KIO z dnia 26 maja 2011 r., sygn. akt KIO/UZP 845/10: *W przypadku wynagrodzenia kosztorysowego każdy z wykonawców składających ofertę zobowiązuje się do wykonania pod względem ilościowym takiego zakresu, jaki zostaje ujęty w kosztorysach ofertowych sporządzonych ściśle w oparciu o przedmiary robót. Aby zapewnić porównywalność cenową ofert warunkiem koniecznym jest wycena przez każdego wykonawcę tego samego zakresu przedmiotowego].**

Skoro Zamawiający zaniechał wezwania Wykonawcy do wyjaśniania elementów mających wpływ na znaczne zniżenie kosztów robót związanych z odwadnianiem, to Zamawiający powinien taką ofertę odrzucić, na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 pzp, z uwagi na niezgodność oferty z treścią s.i.w.z. lub art. 89 ust 1 pkt 6 pzp, z uwagi na błędy w obliczeniu ceny, albowiem wykonanie przedmiotu zamówienia w sposób wskazany przez Zamawiającego nie znajduje odzwierciedlenia w kosztorysie stanowiącym treść oferty Wykonawcy, który wycenił odmienny zakres robót niż wynika z wymogów Zamawiającego określonych w s.i.w.z., a jednocześnie popełnił rażące błędy w kalkulacji ceny. [por. wyrok KIO z 30 marca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 201/10: *Oferta musi w każdym aspekcie treści odpowiadać treści siwz, w szczególności w zakresie przedmiotu świadczenia, a w przypadku wynagrodzenia kosztorysowego, również w zakresie cen jednostkowych za każdy element przedmiaru składający się na przedmiot zamówienia; wyrok KIO z 9 marca 2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 1945/09 i KIO/UZP 1957/09: *Jeśli kosztorysowy charakter wynagrodzenia**

określonego w przedmiotowej umowie sprowadza się do tego, że wynagrodzenie przysługujące wykonawcy będzie ustalane i rozliczane w oparciu o ceny jednostkowe określone w poszczególnych pozycjach kosztorysu na podstawie obmiaru dokonanego po wykonaniu faktycznego zakresu robót, to brak ujęcia wszystkich wymaganych przez zamawiającego i niezbędnych do prawidłowego wykonania całego przedmiotu zamówienia robót, stanowi o niezgodności treści oferty z treścią siwz, która dodatkowo nie podlega poprawie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p.

Jednocześnie Zamawiający, w celu utrzymania oferty EMP TERMO w postępowaniu, po stwierdzeniu, że oferta ta została skalkulowana bez uwzględnienia współczynnika 47 oraz 1,5 – mógł skorzystać z innego uprawnienia, jakie daje Zamawiającemu ustawa pzp i na podstawie art. 87 ust. 2 pkt. 2, dokonać poprawy oczywistych omyłek rachunkowych, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek. Zaniechanie dokonania tych czynności jest o tyle niezrozumiałe, iż Zamawiający w toku postępowania dokonywał poprawy omyłek rachunkowych w ofertach innych wykonawców: Przedsiębiorstwo Gramowscy ATA-TECHNIK sp. j., Przedsiębiorstwo Budowlane BUDOMONT, Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych RInż-1 sp. z o.o., Konsorcjum Wąs-Bud Sp. z o.o. i Przedsiębiorstwo Budowlano-Drogowe Wąs-Bud Józef Wąsowicz, Przedsiębiorstwo Wielobranżowe ELTA sp. z o.o. – tak więc wątpliwym jest, dlaczego mając obowiązek stosowania tych samych przepisów w stosunku do każdego z Wykonawców i każdej ze złożonych w postępowaniu ofert, Zamawiający w sposób odmienny potraktował ofertę Wykonawcy EMP TERMO. Ewidentnie świadczy to o naruszeniu zasad uczciwej konkurencji przez Zamawiającego, przejawiającym się w faworyzowaniu oferty tego Wykonawcy oraz o rażącym naruszeniu zasady równego traktowania wykonawców.

Zamawiający przed rozprawą nie wniósł pisemnie ani ustnie odpowiedzi na odwołanie.

12 grudnia 2011 r. (pismem z 9 grudnia 2011 r.) do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło od EMP TERMO zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego – zawierające wniosek o oddalenie odwołania.

Wobec braku zgłoszenia opozycji przez Strony oraz zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie i z zachowaniem wymogu przekazania jego kopii Stronom postępowania, a więc zgodnie z przepisem art. 185 ust. 2 pzp, Izba nie stwierdziła podstaw do niedopuszczenia EMP TERMO do udziału w postępowaniu

odwoławczym po stronie Zamawiającego, jako uczestnika tego postępowania (Przystępującego).

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych i wpis od niego został przez Odwołującego uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających powstała wątpliwość co do tego, czy odwołanie nie powinno podlegać odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 pzp, gdyż z protokołu postępowania wynika, iż wartość zamówienia objętego postępowaniem została ustalona na kwotę 12.201.826,21 zł co stanowi równowartość 3.178.386,61 euro (bez wskazania, iż jest to element zamówienia udzielanego w częściach), co stanowi kwotę poniżej kwoty 4.845.000,00 euro wynikającej aktualnie z przepisów wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp. Prawo zamówień publicznych. Natomiast treść postanowień s.i.w.z. wskazywała, że postępowanie jest prowadzone w trybie właściwym dla postępowań o wartości zamówienia powyżej tzw. progów unijnych. Na posiedzeniu z udziałem Stron i Przystępującego Zamawiający potwierdził jednak, iż ogłoszenie zostało skierowane do publikacji w DUUE jako obligatoryjne, gdyż jest to jedno z zadań realizowanych w ramach projektu *Gospodarka wodno-ściekowa na terenie Gminy Skawina*, dofinansowanego ze środków unijnych, który opiewa na kwotę 161 mln brutto, w ramach którego przewidziano 11 zadań dotyczących robót budowlanych, a ogłaszając kolejne postępowanie, kierował się łączną wartością postępowań na roboty budowlane udzielanych w ramach wspomnianego powyżej projektu.

Skład orzekający uznał te wyjaśnienia za wystarczające, ostatecznie uznając, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 pzp, i wobec braku odmiennych wniosków Stron w tym zakresie, skierował sprawę na rozprawę.

Odwołującytrzymał na rozprawie odwołanie, z tą zmianą, iż wezwany do sprecyzowania alternatywnie postawionych w odwołaniu, a sprzecznych ze sobą zarzutów – wycofał się z zarzutu naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 87 ust. 2 pkt 2 pzp przez zaniechanie poprawienia oczywistych omyłek rachunkowych w ofercie Przystępującego, a popierając zarzuty dotyczące podlegania tej oferty odrzuceniu.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania, co poparł Przystępujący.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę

oświadczenia i stanowiska Stron i Uczestnika zawarte w środkach ochrony prawnej, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie składu orzekającego Izby Odwołujący legitymuje się interesem w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę, sklasyfikowaną przez Zamawiającego na drugim miejscu pod względem ceny, stanowiącej jedyne kryterium oceny ofert. Odwołujący ma zatem realną szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia wobec zarzutów dotyczących zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego z najniższą ceną, względnie zaniechania poprawienia ceny tej oferty do poziomu przekraczającego cenę oferty Odwołującego. Natomiast zaniechanie tych czynności przez Zamawiającego naraża Odwołującego na szkodę z powodu nieuzyskania odpłatnego zamówienia publicznego, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, która została również przekazana przez Zamawiającego w formie kopii poświadczonych za zgodność z oryginałem, w szczególności zaś przeprowadziła dowody z: s.i.w.z. wraz z wyjaśnieniami i oferty Przystępującego, a także z protokołu postępowania.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba wzięła również pod uwagę stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestnika złożone na piśmie w ramach środków ochrony prawnej, dalszych pismach procesowych oraz wyrażone ustnie w toku rozprawy i odnotowane w protokole.

Skład orzekający Izby ustalił, iż przytoczona za odwołaniem treść wyjaśnień s.i.w.z. z 4 i 6 października 2011 r. oraz wezwania Zamawiającego do wyjaśnień Przystępującego z 15 listopada 2011 r. – odpowiada rzeczywistości ich brzmieniu.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, podtrzymanych na rozprawie i podlegających rozpatrzeniu, skład orzekający Izby stwierdził, iż odwołanie nie może zostać uwzględnienie.

Skład orzekający Izby nie stwierdził w niniejszej sprawie zaniechania przez Zamawiającego czynności polegającej na odrzuceniu oferty Przystępującego, ani na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp – z uwagi na niezgodność treści oferty z treścią s.i.w.z., ani na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 pzp – z uwagi na błędy w obliczeniu ceny. Odwołujący nie dowiódł, iż wykonanie przedmiotu zamówienia sposób określony przez Zamawiającego nie znajduje odzwierciedlenia w treści oferty Przystępującego, a obliczenie ceny tej oferty zawiera błędy.

Nie było sporu między Stronami co do tego, iż wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu zamówienia ma charakter kosztorysowy, tzn. zgodnie z postanowieniami części II s.i.w.z. Aktu Umowy – Warunków Szczególnych Kontraktu, będzie ustalone na podstawie udokumentowanych obmiarów faktycznie zrealizowanych robót. W niniejszej sprawie istotne znaczenie ma jednak okoliczność, również niesporna w toku postępowania odwoławczego, iż wynagrodzenie to będzie ustalone według cen jednostkowych wynikających z kosztorysu ofertowego, które mają charakter ryczałtowy.

W części I s.i.w.z. – Instrukcji dla Wykonawców, w pkt. 19 *Opis sposobu obliczenia ceny*, Zamawiający określił, iż *w celu prawidłowej kalkulacji ceny dla niniejszego zamówienia Wykonawca zobowiązany jest wycenić Przedmiar robót opracowany metodą kalkulacji uproszczonej według założeń wyjściowych do kosztorysowania na podstawie załącznika nr 3 do Części III SIWZ. W tym załączniku (w tytule nazwanym Załącznikiem nr 4 do części III SIWZ Założenia wyjściowe do kosztorysowania) do opisu przedmiotu zamówienia, założenia te sprecyzowano w następujący sposób:*

- 1. Kwota Kontraktowa winna obejmować całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia, winna być ona wyrażona w PLN z uwzględnieniem cen jednostkowych również podanych w PLN.*
- 2. Kwotę Kontraktową należy skalkulować w oparciu o przekazany „Przedmiar robót” zawierający m.in. ilości jednostek przedmiarowych, Specyfikacje Techniczne, dokumentację projektową.*
- 3. Wykonawca obliczając Kwotę Kontraktową musi uwzględnić w wycenionym Przedmiarze Robót wszystkie pozycje przedmiarowe opisane w przedmiarze robót Wykonawca nie może samodzielnie wprowadzać zmian do Przedmiaru Robót.*
- 4. Poszczególne pozycje przedmiaru robót odpowiadają robotom podstawowym i elementom rozliczeniowym.*
- 5. W cenach elementów rozliczeniowych muszą zostać uwzględnione koszty robót podstawowych, tymczasowych, pomocniczych i towarzyszących, koszty zapleczy.*

Zamawiający uznaje, że cena przedstawiona przez Wykonawcę jest kompletna i obejmuje wszystkie koszty niezbędne do wykonania roboty podstawowej wraz z robotami tymczasowymi oraz robót pomocniczych i towarzyszących niezbędnych do prawidłowego ich wykonania.

- 6. Na żądanie Zamawiającego, Wykonawca przedstawi kalkulację szczegółową przyjętej ceny jednostkowej.*
- 7. Cena jednostkowa uwzględnia wszystkie koszty robocizny, materiałów (z uwzględnieniem kosztów zakupu i ubezpieczenia), pracy sprzętu i środków transportu technologicznego niezbędnych do wykonania robót objętych daną jednostką przedmiarową oraz koszty pośrednie i zysk. Ceny jednostkowe przyjmowane do kalkulacji uproszczonej nie uwzględniają podatku od towarów i usług VAT.*
- 8. Wszelkie składniki cenotwórcze winny być przedstawione do dwóch miejsc po przecinku.*
- 9. Wykonawca nie może żądać dodatkowego wynagrodzenia z tytułu nie ujęcia wszystkich elementów w wycenie jednostkowej.*
- 10. Nie dopuszcza się odrębnego wykazywania opustów.*
- 11. Niezastosowanie się do wymagań z pkt. 3 i 10 będzie skutkowało odrzuceniem oferty.*

Niesporne było także między Stronami, iż Przystępujący w kosztorysie ofertowym zawarł w swoim kosztorysie ofertowym element robót 1.2 *odwodnienie wykopów*, składający się z 4 pozycji: 1.2.22 *Pompowanie (demontaż i montaż)*, 1.2.23 *Studzienki drenarskie Fi 100 gł. 2,0m (demontaż i montaż)*, 1.2.24 *Drenaże – podsypka filtracyjna w gotowym suchym wykopie, z gotowego kruszywa – żwir lub pospółka, żwirek filtracyjny (demontaż i montaż)* i 1.2.25 *Ułożenie drenażu z rur i tworzyw sztucznych, w zwojach, Dn 125 mm (demontaż i montaż)* – w których wskazał ilości zgodne z przedmiarem robót Zamawiającego (odpowiednio: 960 m-g; 4,00 szt.; 10,8 m³; 120 m), a ich iloczyn i wpisanych cen jednostkowych (nazwane w kosztorysie *wartościami jednostkowymi*, odpowiednio: 50,62; 30,85; 91,18; 6,39), został poprawnie podany jako wartości netto (odpowiednio: 48.595,20; 123,40; 984,74; 766,80), a wartości te zostały prawidłowo zsumowane dając razem 50.470,14.

Z przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp wynika, iż zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. Skład orzekający Izby podziela utrwalony w doktrynie i orzecznictwie pogląd, iż zarówno treść s.i.w.z., jak i treść oferty stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia oświadcza jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie

zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który jednostronnie zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez siebie oferty jako najkorzystniejszej. Wobec tego, co do zasady, to porównanie zaofertowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w s.i.w.z. przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści s.i.w.z. – jest z nią zgodna. Art. 82 ust. 3 pzp zastrzega przy tym formę pisemną pod rygorem nieważności dla oferty składanej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, natomiast rozumienie pojęcia oferty należy wywieść z przepisu art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego. Nie budzi zatem wątpliwości, iż z uwagi na odpłatny charakter zamówień publicznych, nieodzownym elementem treści oferty jest określenie ceny za jaką wykonawca zobowiązuje się wykonać zamawiane świadczenie. Jednakże zakres wymaganej treści oferty wynika z postanowień s.i.w.z., a zatem to zamawiający określa elementy, które są dla niego istotne i będą stanowiły podstawę do merytorycznej oceny zgodności złożonych ofert z jego wymaganiami ujawnionymi w tym podstawowym dokumencie postępowania. W niniejszej sprawie na mocy przywołanych powyżej postanowień s.i.w.z. Zamawiający wymagał, poza podaniem ceny oferty, podania zryczałtowanych cen jednostkowych, będących podstawą do rozliczeń na etapie wykonania zamówienia, natomiast nie wymagał podania cen jednostkowych czynników produkcji, a zatem nie stanowiły one elementów treści oferty.

Skład orzekający Izby zważył w tych okolicznościach, iż zarzuty odwołania są bezzasadne i opierają się wyłącznie na przypuszczeniach i swobodnie przyjętych założeniach, które nie mogą być uznane za dowód niezgodności treści oferty Przystępującego z treścią s.i.w.z., ani popełnienia przez tego wykonawcę błędu w obliczeniu ceny. Przede wszystkim w odwołaniu nie podano żadnych okoliczności świadczących o tym, iż z treści oferty złożonej przez Przystępującego wynika wykonanie przedmiotu zamówienia w sposób niezgodny z opisem przedmiotu zamówienia, to jest dokumentacją projektową (projektem budowlanym, projektem wykonawczym i przedmiarem robót) oraz Specyfikacją Techniczną Wykonania i Odbioru Robót („STWiOR”). Odwołujący swoje zarzuty oparł wyłącznie na przeprowadzonej przez siebie analizie oferty Przystępującego, w szczególności polegającej na alternatywnym wyliczeniu wartości jednostkowych i wartości netto w oparciu o stawkę roboczogodziny oraz ceny materiałów i sprzętu, które wskazano w załączonym do kosztorysu ofertowego *Wykazie stawek i narzutów, Zestawieniu materiałów i Zestawieniu sprzętu*. Biorąc pod uwagę, iż na mocy s.i.w.z. wymagane było jedynie wycenienie przedmiaru robót Zamawiającego opracowanego metodą kalkulacji uproszczonej, a także treść obowiązujących założeń do jego sporządzenia, obszernie zaprezentowane w

odwołaniu obliczenia są prawnie irrelewantne. Zamawiający nie wymagał bowiem złożenia zestawienia sprzętu, materiałów czy wykazu stawek robocizny i narzutów, a przede wszystkim nie przewidział, iż mogą być one podstawą do rozliczania robót, które zostaną wykonane. Należy uznać, że mają one charakter roboczy, pomocniczy, brak zatem jakichkolwiek podstaw do wywodzenia z ich treści, w tym kompletności tych zestawień (np. nieuwzględnienia zespołu prądowórczego trójfazowego przewoźnego lub zbyt małej liczby godzin wpisanych dla tej pozycji wykazu sprzętu), negatywnej oceny wymaganej treści oferty, w tym przypadku uzewnętrznionej w wycenie poszczególnych pozycji przedmiaru. Zamawiający wskazał jedynie w pkt. 7 założeń, iż cena jednostkowa ma uwzględniać wszystkie koszty robocizny, materiałów (w tym koszty zakupu i ubezpieczenia), pracy sprzętu i środków transportu niezbędnych do wykonania robót objętych daną jednostką przedmiarową oraz koszty pośrednie i zysk. Zestawienia załączone przez Przystępującego nie mogą także być użyte do swoistej weryfikacji prawidłowości ustalenia poszczególnych cen jednostkowych, którą w odwołaniu usiłuje narzucić Odwołujący, skoro nie zaprzeczył on na rozprawie twierdzeniom Strony przeciwnej, iż z pkt. 10 założeń zakazującego odrębnego wykazywania opustów, nie wynika zakaz ich uwzględnienia w ramach poszczególnych cen jednostkowych. Porównanie pozycji 1.22-1.25 kosztorysu ofertowego EMP TERMO z odpowiadającymi im poz. 1.22-1.25 przedmiaru robót s.i.w.z. prowadzi do wniosku, iż żadna z tych pozycji przedmiaru nie została pomięta, ani zmieniona przez Przystępującego, a zatem nie został naruszony pkt 3 założeń. Wbrew odmiennemu stanowisku Odwołującego, brak zatem podstaw do odrzucenia oferty Przystępującego za niezastosowanie się do wymagań założeń wyjściowych do kosztorysowania. Należy również zauważyć, iż Zamawiający zastrzegł domniemanie, iż cena przedstawiona przez wykonawcę jest kompletna i obejmuje wszystkie koszty niezbędne do wykonania roboty podstawowej wraz z robotami towarzyszącymi oraz koszty robót pomocniczych i towarzyszących niezbędnych do prawidłowego ich wykonania. Tym samym Zamawiający zwolnił się *de facto* od obowiązku badania merytorycznej zasadności przyjęcia przez wykonawców takich, a nie innych cen jednostkowych, przynajmniej tak dalece, jak ich przyjęty poziom nie prowadzi do złożenia oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Nieuzasadnione jest zatem zarzucanie Zamawiającemu, iż nie miał podstaw do akceptacji wyjaśnień, w których Przystępujący, po pierwsze – potwierdził uwzględnienie opisów pozycji 1.2.22-1.2.25 przedmiaru robót oraz wyjaśnień dotyczących tych pozycji z 4 i 6 października 2011 r. przy wycenie odpowiadających im pozycji kosztorysu ofertowego, a po drugie – oświadczył, iż obliczył cenę oferty z należyłą starannością, przy uwzględnieniu

wszystkich zapisów Przedmiaru robót oraz wyjaśnień treści s.i.w.z. Wbrew odmiennemu zasugerowaniu w treści odwołania, wezwanie do wyjaśnień Przystępującego przez Zamawiającego – nie oznacza stwierdzenia nieprawidłowości podnoszonych przez Odwołującego. Zamawiający wezwał bowiem do wyjaśnień 4 wykonawców z najniższymi cenami za pozycje dotyczące prac związanych z odwodnieniem wykopów, które być może uznał za „uderzająco niskie”, w celu upewnienia się, czy wykonawcy ci wzięli pod uwagę wszystkie uwarunkowania ich wykonania. Przystępujący podtrzymał swoją ofertę w tym zakresie, a zatem potwierdził wykonanie tych robót według cen jednostkowych, które wskazał w kosztorysie ofertowym. Oznacza to, że Przystępujący na swoje ryzyko ustalił tak niskie ceny jednostkowe, które są i będą wiążące, niezależnie od tego, jaki będzie ostatecznie rzeczywisty zakres robót związanych z odwodnieniem przy realizacji zamówienia. Nie można czynić zarzutu Zamawiającemu z tego, iż w celu zabezpieczenia swojego interesu dąży do rozwiania wszelkich, nawet najmniejszych wątpliwości. Należy zauważyć, iż odmiennie przedstawiałaby się sytuacja, gdyby Przystępujący udzielił wyjaśnień, które wskazywałyby na wycofanie się z treści oświadczenia woli uzewnętrznionego w kosztorysie ofertowym. Skład orzekający Izby nie dopatrywał się także braku precyzji ani w skierowanym przez Zamawiającego wezwaniu, ani w udzielonych wyjaśnieniach, które są jednoznaczne.

Odwołanie wprawdzie formalnie zawiera także zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 90 ust. 1 pzp, jednak został on sformułowany jako zaniechanie wezwania do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny oferty – w pozycjach 1.22-25 kosztorysu ofertowego. W istocie nie jest to zarzut, iż cena całej oferty może zawierać rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a tylko w takim przypadku potencjalnie może zaistnieć konieczność zwracania się do wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 pzp o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów ceny mających wpływ na wysokość ceny. Jest to o tyle zrozumiałe, o ile weźmie się pod uwagę, iż cena oferty Przystępującego jest nieznacznie niższa od ceny oferty Odwołującego. W ocenie składu orzekającego Izby Odwołujący, dążąc do odrzucenia oferty Przystępującego, z tych samych okoliczności usiłuje wywieść mniej lub bardziej adekwatne podstawy odrzucenia tej oferty. Za zupełnie bezpodstawny należy zatem uznać zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 pzp, gdyż nawet w sytuacji, w której zachodzi uzasadnione podejrzenie złożenia oferty zawierającej rażąco niską cenę, niedopuszczalne jest *a priori* przesądzenie, iż wykonawca nie udzieli wyjaśnień umożliwiających uznanie jego oferty za prawidłową.

Odnośnie niektórych z przywołanych w odwołaniu tez z uzasadnień orzeczeń Izby w

innych sprawach, skład orzekający Izby nie kwestionuje ich trafności, jednak wyroki te zapadły na tle odmiennych okoliczności faktycznych, a przywołane fragmentaryczne tezy, wyrwane z kontekstu, nie przystają do niniejszej sprawy: teza wyroku z 26 września 2011 r. (sygn. akt 1980/11) dotyczyła zmiany opisu robót lub technologii ich wykonania w 246 pozycjach przedmiarowych; wyrok z 21 września 2011 r. (sygn. akt KIO/UZP 1946/11) zapadł na tle stanu faktycznego, w którym odwołujący omyłkowo nie złożył części kosztorysu ofertowego z cenami jednostkowymi dla 8 pozycji, a odwołanie zostało uwzględnione z uwagi na możliwość poprawienia tej omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp; [wbrew zamieszczeniu w odwołaniu tez tych dwóch wyroków na poparcie wywodów Odwołującego dotyczących rażąco niskiej ceny, w ogóle nie odnoszą się one do tej kwestii, gdyż w sprawach tych nie było takiego zarzutu]; teza z wyroku z 30 marca 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 201/10) dotyczyła stanu faktycznego, w którym wykonawca pominął w ogóle pozycję przedmiaru dodaną przez zamawiającego w drodze zmiany s.i.w.z.; teza wyroku z 21 września 2011 r. (sygn. akt KIO/UZP: 1945/09 i 1957/09) również dotyczy sytuacji pominięcia w kosztorysie ofertowym niektórych pozycji przedmiarów.

Zarzut nierównego traktowania wykonawców i naruszenia zasady uczciwej konkurencji w związku z odstąpieniem przez Zamawiającego poprawienia oczywistych omyłek rachunkowych w ofercie Przystępującego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 pzp, pomimo dokonania takiej poprawy w ofertach innych wykonawców – jest oczywiście bezzasadny, nie tylko z powodu braku wystąpienia tego typu omyłki w ofercie Przystępującego. Po pierwsze, sam Odwołujący przedstawił w treści odwołania dwie zupełnie odmienne i niespójne ze sobą „symulacje” co do tego, jak miałyby taka poprawa wyglądać, na potrzeby sugerowanej poprawy ceny wybierając wersję „droższą”, bo zakładającą zmianę ceny o ponad 2 mln zł – co w oczywisty sposób ukazuje brak przymiotu oczywistości tej rzekomej omyłki rachunkowej. Po drugie, Odwołujący przeoczył, że Zamawiający dokonał poprawienia ofert przywołanych w odwołaniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp, a zatem czynności te dotyczyły tzw. innych omyłek, polegających na niezgodności oferty z treścią s.i.w.z., niepowodujących istotnych zmian w treści oferty, a w ich wyniku skorygowano liczby jednostek w pozycjach przedmiaru.

Mając powyższe na uwadze, Izba, działając na podstawie przepisów art. 192 ust. 1 i 2 ustawy pzp – orzekła, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na

Sygn. akt KIO 2609/11

podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w związku z przepisami: § 3 pkt 1 i § 5 ust. 4 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) – obciążając Odwołującego tymi kosztami, na które złożył się uiszczony przez niego wpis.

Przewodniczący: