

Sygn. akt: KIO 634/15
KIO 639/15

Wyrok
z dnia 16 kwietnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki
Protokolant: Agata Dziuban

po rozpatrzeniu rozprawie dnia 14 kwietnia 2015 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 30 marca 2015 r. przez wykonawcę **Skanska S. A., ul. Gen. J. Zajączka 9, 01 – 518 Warszawa**
- B. w dniu 30 marca 2015 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Wielobranżowe EBUD - Przemysłówka sp. z o.o., ul. Biskupińska 11, 85-375 Bydgoszcz**

w postępowaniu prowadzonym **Komenda Główna Policji, ul. Puławska 148/150, 02 – 642 Warszawa**

przy udziale:

- A. wykonawcy **Przedsiębiorstwo Wielobranżowe EBUD - Przemysłówka sp. z o.o., ul. Biskupińska 11, 85-375 Bydgoszcz** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 634/15 po stronie zamawiającego,
- B. wykonawcy **Skanska S.A., ul. Gen. J. Zajączka 9, 01 – 518 Warszawa,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 639/15 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołania.

1

-
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Skanska S. A z siedzibą w Warszawie i Przedsiębiorstwo Wielobranżowe EBUD - Przemysłówka sp. z o.o., z siedzibą w Bydgoszczy i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **40 000 zł 00 gr** (słownie: czterdzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Skanska S. A z siedzibą w Warszawie i Przedsiębiorstwo Wielobranżowe EBUD - Przemysłówka sp. z o.o., z siedzibą w Bydgoszczy** tytułem wpisów od odwołań,
 - 2.2. zasądza od **Skanska S. A z siedzibą w Warszawie** na rzecz **Przedsiębiorstwo Wielobranżowe EBUD - Przemysłówka sp. z o.o., z siedzibą w Bydgoszczy** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawie sygn. akt KIO 634/15,

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

Przewodniczący:

.....

2

Sygn. akt: KIO 634/15
KIO 639/15

Uzasadnienie

Komenda Główna Policji miejscowość w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest Przebudowa budynków koszarowych nr 6 i 7 na potrzeby Komendy Głównej Policji w Warszawie przy ul. Podchorążych 38 ll.wraz z infrastrukturą zewnętrzną. Wykonawca zobowiązany jest zrealizować zamówienie w maksymalnym terminie 24 miesiące od dnia podpisania umowy. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawarty jest w Załączniku nr 1 „Opis przedmiotu zamówienia” do odnośnej specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”) oraz w Załączniku nr 3 „Dokumentacja projektowa”.

Sygn. akt KIO 634/15

Skanska S.A. wniosła odwołanie od czynności podjętej przez zamawiającego związanej z dokonaniem niepełnej i nieprawidłowej oceny oferty złożonej przez Wykonawcę Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „EBUD” - Przemysłówka Sp. z o.o., ul. Biskupińska 11, 85-375 Bydgoszcz, (dalej jako „Przedsiębiorstwo „EBUD”, lub „EBUD”) w zakresie niezgodności oferty z treścią SIWZ.

Na wypadek gdyby Przedsiębiorstwo „EBUD” wniosło odwołanie do KIO kwestionujące decyzję Zamawiającego o odrzuceniu jego oferty - Skanska wnosi odwołanie, gdyż w jej ocenie zachodzą jeszcze inne podstawy do odrzucenia oferty Przedsiębiorstwa „EBUD”, niż podane przez Zamawiającego w piśmie z dnia 20.03.2015 r. Z tych względów, mimo całkowitego popierania stanowiska Zamawiającego w kwestii odrzucenia oferty

„EBUD” pierwotnym wnosi własne Przedsiębiorstwa rozstrzygnięciem, Odwołujący odwołanie z przytoczeniem dalszych zarzutów.

1) art. 89 ust. 1 pkt. 2) Ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przedsiębiorstwa „EBUD” pomimo występowania także innych niezgodności treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, niż tylko te wskazane przez Zamawiającego;

2) art. 89 ust. 1 pkt. 6) Ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przedsiębiorstwa „EBUD” pomimo, iż jego oferta zawiera błędy w obliczeniu ceny;

3

3) art. 90 ust. 1 Ustawy poprzez zaniechanie wezwania do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, w szczególności rażąco niskich cen jednostkowych;

4) art. 89 ust. 1 pkt. 4) Ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przedsiębiorstwa „EBUD” z powodu rażąco niskiej ceny;

5) art. 89 ust. 1 pkt. 3) Ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przedsiębiorstwa „EBUD” mimo, iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;

w konsekwencji naruszenie powyżej wskazanych przepisów stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 Ustawy poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w związku z naruszenie niżej wymienionych przepisów Ustawy.

Odwołujący wnosi o:

1) uwzględnienie Odwołania;

2) powtórzenie badania i oceny ofert z uwzględnieniem okoliczności i zarzutów podniesionych w niniejszym Odwołaniu,

3) w konsekwencji powyższego odrzucenie oferty Przedsiębiorstwa „EBUD” z przedmiotowego postępowania;

4) dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Oferta Odwołującego została wybrana jako najkorzystniejsza, a to oznacza, że posiada on interes w uzyskaniu zamówienia. Jednakże ewentualna ponowna ocena ofert może uniemożliwić Odwołującemu wskazanie tych braków, ze względu na uchybienie terminowi do zaskarżenia.

Odwołujący, uzasadniając zarzuty i żądania wskazał, co następuje.

Oferta Wykonawcy EBUD, oprócz wskazanych w piśmie o odrzuceniu jego oferty niezgodności z treścią SIWZ, posiada również inne niezgodności i błędy, które nie mogą ulec poprawieniu w trybie przewidzianym ustawą PZP.

Zgodnie z wymogami, jakie Zamawiający postawił w Rozdziale XI SIWZ „Opis sposobu obliczenia ceny ofertowej (...)” na stronie 8 SIWZ - każdy wykonawca obowiązany był złożyć wraz z ofertą kosztorys szczegółowy, który musiał zawierać: jednostkę miary, ilość jednostek przedmiaru, cenę jednostkową pozycji oraz wartość danej pozycji robót. Z kolei cena jednostkowa musiała zawierać: wszystkie nakłady rzeczowe wraz z narzutami.

Ponadto projekt umowy przewidywał w § 4 ust. 3 (str. 3) rozliczenia za faktycznie wykonane roboty (w przypadku zmian pierwotnie przewidzianych ilości robót) w oparciu o kosztorys zamienny na podstawie wskaźników cenowych ujętych w kosztorysie ofertowym.

I. Mają na uwadze powyższe należy stwierdzić, iż treść oferty Wykonawcy EBUD zawiera również inne, nie zauważone przez Zamawiającego niezgodności z treścią SIWZ a polegające na:

4

1) Braku narzutów (kosztów pośrednich i zysku) w cenie Jednostkowej mimo wymagań Zamawiającego:

W kosztorysie dotyczącym zakresu wewnętrznych instalacji elektrycznych dla budynku nr 6 dział 13 Badania i pomiary i dział 14 Demontaże (str. 77 oferty EBUD) oraz w analogicznych pozycjach w kosztorysie dla budynku nr 7 (str. 349 oferty EBUD) - w cenie jednostkowej nie ujęto wartości kosztów pośrednich i zysku wbrew wymogom Zamawiającego.

Biorąc pod uwagę podane w podsumowaniu każdej ze wskazanych stron kosztorysu EBUD - poziomy dla kosztów pośrednich i zysku (Kp - 70%, zysk -10% dla budynku nr 6 oraz Kp - 70%, zysk -15% dla budynku nr 7) - należy stwierdzić, iż w trakcie liczenia tych pozycji w programie kosztorysowym usunięto te narzuty, skutkiem czego wyliczenia wartości nie obejmują kosztów pośrednich i zysku. Podkreślić należy, iż program kosztorysowy dokonuje wyliczeń przyjętych narzutów automatycznie, brak narzutów oznacza celowa ingerencję w składniki kalkulacyjne.

Na potwierdzenie twierdzeń przedstawia wyliczenie.

Jako dowód wskazuje na ofertę EBUD w aktach postępowania.

Z powyższych faktów wskazuje na okoliczność, iż Wykonawca EBUD nie stosując się do wymogów SIWZ, wylicza cenę w sposób prowadzący do jej zaniżenia, tym samym stosuje praktyki nieuczciwej konkurencji. Nieporównywalne stają się oferty Wykonawców, z których jeden - samowolnie, wbrew oczekiwaniom Zamawiającego - nie wylicza narzutów dla wszystkich pozycji kosztorysowych.

2) Błędnym wyliczeniu cen dotyczących sauny w budynku nr 6 i budynku nr 7.

W pierwotnej wersji kosztorys dla robót budowlanych, dla wyceny sauny zawierał jedną pozycję nr 104 (bud 6), 114 (bud 7). W wyniku pytań Wykonawców Zamawiający dołączył oddzielne kosztorysy dotyczące wykończenia sauny dla bud. nr 6 oraz dla bud. nr 7 zgodnie z odpowiedzią Zamawiającego z dnia 10 lutego 2015r. pyt. nr 111 (nr pisma Ldz.FZ642/15).

Następnie zgodnie z kolejnymi odpowiedziami z dnia 18 lutego 2015r. (nr pisma L.dz.FZ840/15) Zamawiający dokonał zmiany kosztorysu budowlanego poprzez przekazanie nowej wersji przedmiarów zawierającej nowe pozycje dotyczące wykończenia sauny od 259 - 262 dla bud. 6 oraz od 285 do 288 dla bud. Nr 7 nie dołączając jednocześnie oddzielnych kosztorysów dot. Wykończenia Sauny dla bud. Nr 6 i bud. Nr 7.

W ostatniej odpowiedzi z dn. 23.02.2015 r. (nr pisma L.dz.FZ951/15) na pytanie nr 364 Zamawiający potwierdził, iż należy przedłożyć wraz z ofertą osobne kosztorysy dotyczące wykończenia sauny dla obu budynków.

Wykonawca EBUD w swojej ofercie zawarł wycenę pozycji dotyczących sauny poprzednio umieszczonych w kosztorysie budowlanym oraz wyceną wszystkich pozycji dotyczących sauny zawartych w osobnym kosztorysie (poza branżą budowlaną). Taki stan faktyczny nie

5

mógłby nie być oceniany jako błędny - gdyby nie fakt, iż dla tych samych pozycji w kosztorysie budowlanym dot. sauny i w odrębnym kosztorysie samej sauny zaistniały różnice w cenach jednostkowych dla tych samych pozycji, o tym samym zakresie.

I tak:

W kosztorysie budowlanym dla budynku nr 6:

Poz. 259 Posadzki wielobarwne z płytek kamionkowych GRES o wym. 30x30 cm na zaprawie klejowej o grub. warstwy 5mm w pomieszczeniach o pow. do 10m2 sauna-wskazano cenę: jednostkową w kwocie - 124,03 zł

zaś w odrębnym kosztorysie samej sauny dla budynku nr 6, poz. nr 1, określająca tę samą treść, co w pozycji nr 259 (dla kosztorysu budowlanego) - wskazano cenę - jednostkową w kwocie -123,55 zł

Różnice we wskazanej pozycji zaistniały analogicznie w kosztorysach dotyczących również w kosztorysie dotyczącym budynku nr 7.

Mając na uwadze sytuację, iż Zamawiający otrzymał zdublowaną wycenę tych samych zakresów robót, w tym wycenę jednostkową tych samych zakresów robót po różnych cenach - oferta Wykonawcy EBUD powinna być uznana za posiadająca błąd w obliczeniu ceny w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 6) i/lub zawierającą wariant - niedopuszczony postanowieniami SIWZ (Rozdział IV Opis przedmiotu zamówienia pkt 4 str. 3 SIWZ - nie dopuszcza się składania ofert wariantowych) - przez co pozostaje w niezgodności z jej treścią.

Oceniając niezgodność kosztorysu ofertowego Wykonawcy EBUD w stosunku do przedmiaru robót, należy uznać, że nie jest możliwa do poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 Ustawy, gdyż nie ma charakteru omyłki, która co do zasady może być poprawiona pod warunkiem jej jednoznaczności. Sytuacja dotycząca dwóch różnych cen za ten sam zakres robót prowadziłaby bowiem do konieczności „wybrania” przez Zamawiającego jednej z nich, czyli ostatecznego ustalenia ceny dla tej pozycji, już po złożeniu oferty, a to z kolei prowadziłoby do niedopuszczalnych negocjacji Zamawiającego z wykonawcą. Z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2, nie jest dopuszczalne dokonywanie jakichkolwiek zmian w treści oferty. Zatem okoliczności wskazane w ustępie 2, jako odstępstwo od zasady, należy interpretować ściśle.

Biorąc powyższe pod uwagę, żądany w postępowaniu kosztorys ofertowy przygotowywany w oparciu o przedmiary robót, nie miał jedynie pomocniczego charakteru. Taki pogląd przedstawia również Krajowa Izba Odwoławcza chociażby w wyroku z dnia 3 kwietnia 2012 roku sygn. KIO 556/12, gdzie wobec ustalenia kosztorysowego rodzaju wynagrodzenia Izba stwierdziła, iż „w konsekwencji kosztorys ofertowy stanowi treść oferty, nie ma zatem waloru pomocniczego, jakby to miało miejsce w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego. Tym

6

samym błędem w kosztorysie ofertowym odwołującego (...) stanowią o niezgodności treści oferty odwołującego z treścią SIWZ”.

Na poparcie powyższego stanowiska przedstawia dodatkowo Wyrok KIO z dnia 12 sierpnia 2013 r. sygn. akt KIO 1811/13; KIO 1813/13; KIO 1814/13 „Kosztorysowy charakter wynagrodzenia przesądza, że zawartość kosztorysów ofertowych stanowi treść oferty, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. Ujęcie w kosztorysach ofertowych we właściwych pozycjach wymaganego zakresu prac oraz ich prawidłowa wycena pozwala zamawiającemu na etapie badania i oceny ofert na porównanie ofert z zachowaniem zasad art. 7 ust. 1 p.z.p. Na etapie wykonywania zamówienia prawidłowa wycena poszczególnych pozycji umożliwia zamawiającemu zapłatę wykonawcy za prace rzeczywiście wykonane. (...) Przepis art. 87 ust. 1 p.z.p. nie dozwala na zmianę treści oferty po upływie wyznaczonego terminu jej złożenia. W szczególności do zmiany treści oferty, czy dookreślenia oferowanego świadczenia nie mogą prowadzić dokumenty uzupełniane na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 p.z.p., gdyż procedura ta -jak wynika z art. 25 ust. 1 pkt p.z.p. - ma wyłącznie na celu potwierdzenia przez wykonawcę dokumentami, te oferowane przez niego roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego. W innym przypadku wykonawca, znając już treść pozostałych złożonych ofert, mógłby dowolnie kształtować treść własnej oferty, co po upływie wyznaczonego terminu jej złożenia jest niedopuszczalne” LEX nr 1400112.

II. Ponadto Odwołujący wskazuje, iż Wykonawca EBUD zaoferował materiały o cenach rażąco niskich, a ich poziom sięgający poniżej możliwych dostępnych cen rynkowych wskazuje na czyn nieuczciwej konkurencji w stosunku do innych wykonawców.

1) Jak wynika z poz. 10, 11, 12 w kosztorysie teletechnicznym okablowanie strukturalne (str. 105 - dla budynku nr 6 i str. 366 dla budynku nr 7 oferty EBUD) zarówno dla budynku nr 6 jak i 7 zaoferowano tam kabel U/UTP PowerCat6 4 pary LSZH po cenie 1,87 zł za metr bieżący.

Z dostępnych Odwołującemu informacji pochodzących od dystrybutora tego materiału, będącego bezpośrednim przedstawicielem producenta Systemax, cena sprzedaży tego kabla waha się od 3 do 4 złotych netto za metr bieżący kabla.

Odwołujący analizując ilość kabla przewidzianego dla okablowania budynku nr 6 i 7 i biorąc pod uwagę wartość tego materiału po możliwie dostępnych cenach rynkowych - doszedł do wniosku, iż oferta Wykonawcy EBUD jest niedoszacowana na kwotę blisko 300 tys. złotych lub w istocie nie zawiera kabla, który spełniałby wymagane parametry SIWZ.

Przedstawia zestawienie cen jednostkowych (w złotych) oraz całkowitej wartości kabla (wymaganej przedmiarami) w ofercie EBUD, SKANSKA w porównaniu do możliwie

Dodać należy, iż Zamawiający wyraźnie wskazał na konieczność zastosowania produktów Systimax ze względu na wymóg integracji z istniejącą infrastrukturą w innych obiektach w odpowiedziach na pytania Wykonawców, jak niżej:

Pytanie nr 134:

Czy Zamawiający posiada już w swoich obiektach wdrożony system zarządzania okablowaniem i czy zarządzanie okablowaniem realizowana w ramach niniejszego postępowania ma zostać włączone do posiadanej platformy zarządzania infrastruktura pasywną.

Odpowiedź: Zamawiający posiada w swoich obiektach wdrożony system zarządzania okablowaniem. System zarządzania realizowany w ramach, niniejszego postępowania powinien zostać włączony do posiadanej platformy zarządzania i infrastrukturą pasywną w obiektach zamawiającego z uwzględnieniem możliwości równoczesnego zarządzania lokalnego.

Pytanie nr 253

Zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 134 „Zamawiający posiada w swoich obiektach wdrożony system zarządzania okablowaniem. System zarządzania realizowany w ramach niniejszego postępowania powinien zostać włączony do posiadanej platformy zarządzania infrastrukturą pasywną w obiektach Zamawiającego z uwzględnieniem możliwości równoczesnego zarządzania lokalnego” Zgodnie z zapisami oraz wytycznymi projektu w ramach postępowania ma zostać dostarczony system zarządzania okablowaniem MIM firmy Molex Premise Networks Sp, z o.o.t prosimy o potwierdzenie, że Zamawiający na innych obiektach posiada okablowanie tego producenta oraz o doprecyzowanie zapisu dotyczącego zafo-esu oraz związanych z włączeniem dostarczanego systemu do istniejącego.

Odpowiedź;

Zamawiający posiada wdrożony system zarządzania okablowaniem na innych obiektach KGP i jest to system SYSTYMAX/ IPatch,

Obiekty Zamawiającego posiadają okablowanie strukturalne LAN wykonane w standardzie i systemie SYSTYMAX / Legrand,

2) Kolejnym przykładem rażąco niskiej ceny jednostkowej, której poziom w ofercie

EBUD zaoferowano poniżej cen rynkowych - jest pozycja nr 11 w kosztorysie

(monitoring wizyjny) dotyczącą montażu zestawu PC (stacji teletechnicznym komputerowej)(str. 375 oferty)

Z oferty dystrybutora firmy Schneider - cena stacji Control Point 2 monitorowa - wynosi 19 973,00 zł netto (oferta 14.01.2015 KGP bud. 6 i 7 Schneider poz. 13), w ofercie zaś EBUD wskazano cenę na poziomie 5 255,71 zł, co stanowi zaledwie 26 % ceny katalogowej.

Dowód: kopia oferty firmy Schneider

Wskazanie przez EBUD cen jednostkowych w stosunku do konkretnych (istotnych) materiałów poniżej dostępnych cen rynkowych powinno wzbudzić wątpliwości Zamawiającego i spowodować konieczność Jej zbadania na okoliczność istnienia rażąco niskiej ceny.

Ponadto, w konsekwencji powyższego, powinien zrodzić się u Zamawiającego również wniosek - że powyższe okoliczności godzą w zasady uczciwej konkurencji poprzez sztuczne manipulowanie ceną i ewentualnie założenie z góry niewykonania lub nienależytego wykonania prac stanowiących część przedmiotu zamówienia.

Reasumując powyższe - wskazane powyżej ceny jednostkowe zaoferowane przez Wykonawcę EBUD jako drastycznie niskie wymagają postawienia wniosku, iż jego oferta nie zawiera sprzętu zgodnego ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia spełniającego wymagania minimalne określone przez Zamawiającego, Zamawiający powinien więc poddać badaniu ofertę EBUD na okoliczność podania w niej rażąco niskich cen jednostkowych na podstawie art. 90 ust. 1 Ustawy, czego jednak zaniechał.

Powyższa teza została wyrażona również w wyroku KIO 53/15 z dnia 22.01.2015 r.: Izba nie podziela stanowiska Odwołującego; ze w każdym przypadku, niezależnie od uwarunkowań konkretnego postępowania, wymagane jest wzywianie do wyjaśnienia ceny

całej oferty. Wręcz przeciwnie, zamawiający powinni wyjaśniać te elementy oferty, które wydają się im rażąco niskie i budzące wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia.

Całokształt sytuacji uprawnia Odwołującego również do postawienia zarzutu, iż złożenie oferty przez EBUD w takim kształcie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, który daje osobną, dodatkową przesłankę do odrzucenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego określonej w art. 89 ust. 1 pkt. 3 Ustawy.

W tym miejscu należy przywołać postanowienia ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w której wskazane zostały znamiona działań będące czynem nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt. 1 powołanej powyżej ustawy jest to utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności óprzez sprzedaż towarów lub usług oonizei kosztów ich wytworzenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Należy podkreślić, iż przepisy prawa nawet nie wymagają, aby nastąpiło naruszenie interesu innego przedsiębiorcy, dla przyjęcia czynu nieuczciwej konkurencji. Wystarczy jedynie ustalenie zagrożenia interesu mającego wagę gospodarczą dla innych wykonawców uczestniczących w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

9

Reasumując powyższe, w ocenie Odwołującego postępowanie Zamawiającego nosi znamiona wskazanych w treści odwołania naruszeń ustawy Prawo zamówień publicznych, dlatego uznając niniejsze odwołanie za konieczne i uzasadnione, Odwołujący wnosi jak na wstępie.

Zamawiający złożył na posiedzeniu Izby oświadczenie, że uwzględni zarzuty odwołania.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił do protokołu sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów odwołania i wniósł o oddalenie odwołania. Stwierdził, że odwołujący nie wykazał, jak wytknięte zaniżenie oferty miałyby wpłynąć na brak możliwości skorzystania przez zamawiającego z narzędzia poprawienia omyłki, jak również nie wykazał, że oferta nie jest poważna w zakresie ceny oraz że wypełnia przesłanki czynu nieuczciwej konkurencji. Wskazał, że kosztorysy dotyczące omawianych robót otrzymał od podwykonawcy tych robót, który jednak potwierdził gotowość wykonania prac po zaoferowanej cenie.

Jako ewentualność wskazał na przesłanki dokonania poprawienia oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp.

Zanegował twierdzenie odwołującego, że oferta stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Nawet po poprawieniu oferty, jej cena pozostaje nadal konkurencyjna i jest najkorzystniejsza w kryteriach oceny.

Wskazał liczne zmiany opisu przedmiotu zamówienia w zakresie saun i ich wyposażenia i wynikający z tego chaos. Zauważył, że na dzień składania ofert zamawiający przekazał dwa przedmiary dotyczące zakresu sauny: 1/ w przedmiarze robót budowlanych, 2/ oddzielny dla sauny. Wskazał, że zdublowanie pozycji potwierdziło się. Podkreślił, że załączył do oferty odrębne kosztorysy na wykonanie saun w budynkach 6 i 7 i zauważył, że w pozycjach kosztorysu, które powinny być wyzerowane znalazły się ceny odbiegające minimalnie od cen w odrębnych kosztorysach, lecz brak wyzerowania mieści się w pojęciu omyłki podlegającej poprawieniu, a różnica w cenie jest marginalna i wynosi 14,10 zł.

Odnosnie zarzutu zaoferowania materiałów po cenach rażąco niskich w zakresie cen w kosztorysie teletechnicznym okablowanie strukturalne z ceną 1,87 za metr bieżący zauważył, że w ofercie odwołującego ten sam kabel został wyceniony na 1,91 zł (s. 549 i 1162 oferty Skanska). Przy tym zauważył, że zamawiający nie narzucił rozwiązania jednego producenta tj Systemas, lecz wskazał posiadany system i okablowanie, nie mógł też narzucić rozwiązania konkretnej firmy.

W zakresie zarzutu dotyczącego stacji komputerowej stwierdził, że zaproponowana przez niego stacja robocza za cenę 5.255,71 zł, kwestionowaną przez odwołującego, spełnia

10

wszystkie wymogi dotyczące konfiguracji oraz możliwości użytkowych systemu oczekiwane przez zamawiającego, a sama różnica w cenach kosztorysowych w stosunku do ceny stacji

roboczej oferowanej przez Skanska, nie ma znaczenia.

W trakcie rozprawy strony i uczestnik przedstawili stanowiska.

Odwołujący w zakresie zarzutu 1 dot. braku narzutów w zakresie kosztów pośrednich i zysku stwierdził, że wbrew stanowisku przystępującego zawartemu w piśmie brak jest możliwości poprawienia tego braku na podstawie treści oferty, gdyż przystępujący stosuje przy kalkulacji różne wartości kosztów i zysku.

Odnosnie 2 zarzutu także podkreśla brak możliwości dokonania zmian wyliczenia cen sauny budynków 6 oraz 7. Podtrzymał zarzut zaoferowania materiałów do okablowania strukturalnego po rażąco niskich cenach. Wskazał na zacytowane w odwołaniu odpowiedzi zamawiającego i wymogi co do systemu okablowania. Złożył pismo dystrybutora okablowania strukturalnego ze stwierdzeniem, iż niemożliwa jest do uzyskania cena 1,87 zł/mb kabla zaoferowanego przez EBUD. Podtrzymał zarzut ceny rażąco niskiej w zakresie wymaganej stacji komputerowej. Złożył pismo producenta w którym wskazano, iż cena katalogowa stacji zaoferowanej przez przystępującego wynosi 19.044 PLN z ewentualnym rabatem nie większym niż 32%.

Zamawiający stwierdził, że miał podstawy do uwzględnienia odwołania.

Przystępujący EBUD – stwierdził, że w zakresie instalacji elektrycznej przewiduje skorzystanie z podwykonawstwa. Składa zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa oświadczenie podwykonawcy wskazujące na wykonanie prac za cenę wskazaną w ofercie. Zauważył, że zamawiający nie narzucał wielkości narzutów lub poziomu zysku co może oznaczać także dopuszczalność tych elementów kalkulacyjnych na poziomie 0. Podkreślił, że kosztorysy dla budynków 6 oraz 7 są odrębnymi dokumentami.

Wskazał na niekonsekwencję zamawiającego w zakresie wymogów do kosztorysów sauny. W tym zakresie wskazał, że poziom błędu wynosi 14 zł przy cenie oferty w wysokości 44 mln zł. W zakresie kabla zauważył, że odwołujący zaoferował kabel po cenie niższej niż wskazuje w odwołaniu. Zakwestionował tezę, że tylko jeden dystrybutor może na potrzeby tego postępowania zaoferować kabel. W tym zakresie wniósł o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego, czy jest możliwość zaoferowania w tym postępowaniu innego kabla niż wskazany przez Skanska. Zakwestionował jednocześnie walor dowodowy pisma złożonego przez odwołującego dot. ceny kabla. W zakresie stacji roboczej wniósł o dowód z opinii

11

biegłego z zakresu informatyki co do możliwości zaoferowania w tym postępowaniu innej stacji komputerowej niż wskazana z nazwy w odwołaniu. Zauważył, że w SIWZ stacja komputerowa opisana była przez wskazanie funkcjonalności. Zauważył, że zarzuty dot. ceny rażąco niskiej jako czynu nieuczciwej konkurencji powinny wynikać z treści całej oferty, a nie jej elementów cząstkowych. Przypomina, że różnica cen ofert to 4 mln zł i brak jest przesłanek do twierdzenia o cenie rażąco niskiej.

Odwołujący wskazał, że przystępujący zaoferował konkretna stacje komputerową i kabel zgodnie z opisem w SIWZ. Przypomniała, że dokumentacja postępowania jest jawna. Uzasadniając zarzuty przedstawił ceny rynkowe określonych elementów. Wskazał na projekt umowy, w którym opisano zasady rozliczania za prace wykonane. Stwierdził, że przy kalkulacji wyłącznie kosztów bezpośrednich bez narzutu i zysku rozliczanie prac jest wątpliwe co do realności.

Przystępujący EBUD zauważył, że w kalkulacji kosztów także odwołujący stosował różne stawki w tym 0 np. dla roboczogodziny od 0 – 25 zł. Przypomniał, że przedmiotem zamówienia nie jest dostawa kabla. Zauważył, że narzut w wysokości 0 też może być elementem kalkulacyjnym, a zamawiający miał wystarczające dane w ofercie do dokonania ewentualnych poprawek. Na poparcie wskazał wyrok SO w Rzeszowie sygn. 38, 37 i 32/09..

Sygn. akt KIO 639/15

Odwołujący: Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „EBUD” - Przemysłówka sp. z o.o. w Bydgoszczy wniósł odwołanie i zarzuca zamawiającemu:

1. zaniechanie należytego badania i oceny oferty Odwołującego, w tym:
 - 1.1. zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnień treści oferty,
 - 1.2. zaniechanie poprawienia tzw. innej omyłki w ofercie Odwołującego,

- 1.3. odrzuceniu oferty Odwołującego, jako niezgodnej z treścią SIWZ;
2. zaniechaniu odrzucenia oferty SKANSKA SA z uwagi na jej niezgodność z treścią SIWZ;
3. zaniechanie wezwania Skanska do wyjaśnienia elementów cenotwórczych cen jednostkowych 0,00 zł, a następnie zaniechanie odrzucenia oferty Skanska z uwagi na zaferowanie przez tego Wykonawcę ceny rażąco niskiej,
4. zaniechanie odrzucenia oferty Skanska z uwagi na fakt, iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,

12

5. zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Przez opisane wyżej czynności i zaniechania Zamawiający dopuścił się naruszenia następujących przepisów prawa:

1. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert oraz do równego traktowania wykonawców, a co za tym idzie jest uprawniony do odrzucenia oferty Odwołującego z uwagi na rzekome nieusuwalne błędy powodujące, iż oferta ta nie odpowiada treści SIWZ;
2. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert oraz do równego traktowania wykonawców, a co za tym idzie nie jest zobowiązany do wezwania Odwołującego do wyjaśnień treści "Kosztorysu ofertowego dotyczącego instalacji sygnalizacji pożaru, wczesnej detekcji dymu, gaszenia gazem dla bud. 7" oraz "Kosztorysu ofertowego dotyczącego aparatów telefonicznych dla bud. 6", w zakresie, w którym ww. Kosztorysy budzą wątpliwości Zamawiającego;
3. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert oraz do równego traktowania wykonawców, a co za tym idzie nie jest zobowiązany do poprawienia omyłek w "Kosztorysie ofertowym dotyczącym instalacji sygnalizacji pożaru, wczesnej detekcji dymu, gaszenia gazem dla bud. 7" oraz "Kosztorysie ofertowym dotyczącym aparatów telefonicznych dla bud. 6" w zakresie nakładów rzeczowych;
4. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert oraz do równego traktowania wykonawców, a co za tym idzie nie jest zobowiązany do wyboru oferty zgodnie ze wskazanymi w SIWZ kryteriami oceny ofert, lecz uprawniony jest do wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty Skanska, droższej o przeszło 3,7 mln PLN, która nie tylko zdobyłaby mniejszą ilość punktów niż oferta Odwołującego, lecz nadto podlega odrzuceniu;
5. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert oraz do równego traktowania wykonawców, a co za tym idzie nie jest zobowiązany do odrzucenia oferty Skanska z uwagi na faktyczne zaniechanie wycenienia przez tego wykonawcę sprzętu dla zakresu wskazanego w "Kosztorysie dotyczącym instalacji sygnalizacji pożaru, wczesnej detekcji dymu, gaszenia gazem dla bud. 7";
6. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp oraz w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert oraz do równego traktowania wykonawców, a co za tym

13

idzie nie jest zobowiązany do wezwania Skanska do wyjaśnienia elementów cenotwórczych cen jednostkowych 0,00 zł za sprzęt wykazany w "Kosztorysie dotyczącym instalacji sygnalizacji pożaru, wczesnej detekcji dymu, gaszenia gazem dla bud. 7", a następnie do odrzucenia oferty Skanska z uwagi na zaferowanie ceny rażąco niskiej;

7. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert oraz do równego traktowania wykonawców, a co za tym idzie nie jest zobowiązany do odrzucenia oferty Skanska, choć kalkulacja ceny dowodzi, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. dokonania ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem:

2.1. wezwania Odwołującego do wyjaśnienia "Kosztorysu ofertowego dotyczącego instalacji sygnalizacji pożaru, wczesnej detekcji dymu, gaszenia gazem dla bud. 7" oraz "Kosztorysu ofertowego dotyczącego aparatów telefonicznych dla bud. 6", oraz z uwzględnieniem poprawienia omyłek w ww. Kosztorysach w zakresie nakładów rzeczowych, zgodnie z wyjaśnieniami Odwołującego,

2.2. nakazania Zamawiającemu uznania, że ceny 0,00 zł za sprzęt wykazany przez Skanska w "Kosztorysie dotyczącym instalacji sygnalizacji pożaru, wczesnej detekcji dymu, gaszenia gazem dla bud. 7" nie są cenami realnymi, odrzucenia oferty Skanska z uwagi na zaferowanie ceny rażąco niskiej, z uwagi na fakt, iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji oraz z uwagi na jej niezgodność z treścią SIWZ;

Gdyby Zamawiający należycie zbadali i ocenili ofertę Odwołującego w konsekwencji nie odrzuciliby oferty Odwołującego, lecz wezwaliby Odwołującego do wyjaśnień i poprawiłby omyłki w ofercie Odwołującego, doprowadzając ją do zgodności z SIWZ. Wówczas, dokonaliby wyboru oferty Odwołującego, która zawiera najwyższą ilość punktów w ocenianych kryteriach. Zamawiający wskazał w SIWZ, że oferty oceniane będą w dwóch kryteriach: cena ofertowa z wagą 80% oraz termin realizacji zamówienia z wagą 20%. Wykonawcy, którzy złożyli oferty w Postępowaniu, zobowiązali się do wykonania zamówienia na niżej wskazanych warunkach, które przełożyły się na zdobycie następującej ilości punktów:

Odwołujący 44.520.913,54 zł 14 miesięcy 80 18,57 98,57

Skanska 48.224.777,97 zł 13 miesięcy 93,85 73,85 20

Gdyby Zamawiający podejmował czynności zgodne z przepisami ustawy Pzp, Odwołujący nie zostałby bezprawnie pozbawiony możliwości realizacji zamówienia. Powyższe dowodzi interesu Odwołującego w myśl art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

14

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał, co następuje.

A. ZARZUTY TYCZĄCE SIĘ OFERTY ODWOŁUJĄCEGO

Art. 87 ust. 2 ustawy Pzp statuuje obowiązek Zamawiającego dokonania poprawienia w ofercie Odwołującego omyłek polegających na niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji, nie powodujących istotnych zmian w treści oferty oraz nie stanowiących oczywistej omyłki pisarskiej lub oczywistej omyłki rachunkowej. Przy czym, orzecznictwo podkreśla, że zakres możliwych do poprawienia omyłek na podstawie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp powinien być interpretowany możliwie najszerszej.

Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, stanowiąca przesłankę odrzucenia oferty zachodzi wówczas, gdy zawartość merytoryczna oferty nie odpowiada między innymi pod względem przedmiotu zamówienia lub sposobu jego wykonania wymaganiom zawartym w SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ustawy Pzp. Oferta nie odpowiadająca treści SIWZ to taka, która jest sporządzona odmiennie, niż określają to postanowienia specyfikacji. Odmienność ta może przejawiać się w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia, jak też w sposobie jego realizacji.

Zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp stanowi generalnie obowiązek Zamawiającego, jeśli istnieją ku temu stosowne podstawy w danym stanie faktycznym. Dopuszczalne jest w pewnych okolicznościach wzywianie do wyjaśnień - jako poprzedzenie zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, pod warunkiem, że nie prowadzi to do wykreowania nowej treści oferty, a wyjaśnienie będzie dotyczyło tego, co już jest w treści oferty zawarte.

Na gruncie rozpoznawanej sprawy nie mamy do czynienia z niezgodnością treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ, która w sposób istotny wpływałaby na treść tej oferty Odwołującego. Zatem, zaniechanie przez Zamawiającego wezwania Odwołującego do wyjaśnień oraz zaniechanie poprawienia omyłek w ofercie Odwołującego odbyło się z naruszeniem przepisów ustawy Pzp.

Zamawiający zaniechał wezwania Odwołującego do wyjaśnień treści "Kosztorysu ofertowego dotyczącego instalacji sygnalizacji pożaru, wczesnej detekcji dymu, gaszenia gazem dla bud. 7" oraz "Kosztorysu ofertowego dotyczącego aparatów telefonicznych dla bud. 6", w zakresie, w którym ww. Kosztorysy budzą wątpliwości Zamawiającego, porzeczając przy tym na bezrefleksyjnym, niejako mechanicznym zastosowaniu art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp. Takie sformalizowane podejście Zamawiającego do postanowień SIWZ doprowadziło do odrzucenia oferty najkorzystniejszej, a co za tym idzie zniweczyło cel przeprowadzonego przez Zamawiającego postępowania, jakim było wybranie oferty najlepszej w oparciu o kryteria wybrane przez Zamawiającego, w tym i kryterium najniższej

ceny. Na skutek zaniechań Zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę Skanska droższa o przeszło trzy miliony siedemset tysięcy złotych(3.7 mln PLN) od oferty

15

Odwołującego. Odwołujący stoi na stanowisku, iż zastosowanie przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp. nastąpiło bez należytego uzasadnienia i merytorycznej oceny oferty Odwołującego, co tym bardziej zastanawia, gdy weźmie się pod uwagę tak znaczącą różnicę pomiędzy ceną oferty odrzuconej, a ceną oferty wybranej. Zamawiający, poprzez błędne przyjęcie, iż nie jest zobowiązany do wezwania Odwołującego do wyjaśnień treści "Kosztorysu ofertowego dotyczącego instalacji sygnalizacji pożaru, wczesnej detekcji dymu, gaszenia gazem dla bud. 7" oraz "Kosztorysu ofertowego dotyczącego aparatów telefonicznych dla bud. 6", w zakresie, w którym ww. Kosztorysy budzą wątpliwości naruszył art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, a w efekcie, na skutek odrzucenia oferty Odwołującego, także i art.89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający powinien był sformułować do Odwołującego następujące pytania:

(i) proszę o wyjaśnienie, w jaki sposób Wykonawca uwzględnił nakłady w kosztorysie dla dostawy aparatów telefonicznych dla budynku nr 61 skąd wynika ich wysokość?

Na tak zadane pytanie, Odwołujący wskazałby, jakie nakłady uwzględnił w odniesieniu do przedmiotowego kosztorysu, oraz że informacje o wysokości nakładów wprost wynikają z kosztorysu ofertowego oraz przedmiaru robót (kosztorysu ślepego) przekazanego przez Zamawiającego. Celem udowodnienia powyższego, Odwołujący wskazuje, że wszystkie informacje niezbędne do wyliczenia nakładów znalazły się w treści oferty Odwołującego lub zostały narzucone przez Zamawiającego treścią SIWZ.

Wskazał 54 pozycje w kosztorysie ofertowym w porównaniu z przedmiarem (kosztorysem ślepym).

Zamawiający załączył do SIWZ tzw. kosztorys ślepy (dla wszystkich 46 kosztorysów wymaganych w SIWZ), gdzie szczegółowo zostały wskazane i narzucone podstawy wyceny, których (rzekomo nieusuwalny) brak stał się podstawą do odrzucenia oferty Odwołującego. Omyłkowe więc nawet załączenie do oferty przez Odwołującego kosztorysu ofertowego dot. w/w pozycji miał kosztorysu szczegółowego nie powoduje, iż Zamawiający nie zna elementów wyceny określonych w kosztorysie ofertowym. Wystarczy bowiem wprowadzić do przygotowanego przez Zamawiającego i stanowiącego załącznik do SIWZ kosztorysu ślepego dane z kosztorysu ofertowego, załączonego do oferty przez Odwołującego, by uzyskać dane wymagane przez Zamawiającego. Zatem, Odwołujący stoi na stanowisku, iż mimo przypadkowego i niezamierzonego przez niego pominięcia nakładów w kosztorysie ofertowym, Zamawiający dysponował danymi umożliwiającymi samodzielne przeprowadzenie czynności, na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3. ustawy Pzp, by uzyskać dane wymagane przez Zamawiającego.

16

(ii) o wyjaśnienie, w jaki sposób Wykonawca uwzględnił nakłady w kosztorysie dla branży teletechnicznej instalacji sygnalizacji pożaru, gaszenia gazem, detekcji dymu, dla budynku nr 7 i skąd wynika ich wysokość?

Na tak zadane pytanie, Odwołujący wskazałby, jakie nakłady uwzględnił w odniesieniu do każdej z 54 pozycji kosztorysu, oraz że informacje o wysokości nakładów wprost wynikają z kosztorysu ofertowego oraz przedmiaru robót (kosztorysu ślepego) przekazanego przez Zamawiającego. Celem udowodnienia powyższego, Odwołujący wskazuje, że wszystkie informacje niezbędne do wyliczenia nakładów znalazły się w treści oferty Odwołującego lub zostały narzucone przez Zamawiającego treścią SIWZ.

Nakłady za robocizną narzucone przez przedmiary w kosztorysie ślepym, oraz uwzględnione przez Odwołującego w treści oferty, po zsumowaniu dają kwotę wskazaną w cytowanej powyżej treści oferty Odwołującego (tj. 116.110,50 PLN). Celem udowodnienia powyższego, Odwołujący wskazał na nakłady na robocizną w rozbiciu na poszczególne pozycje (zgodne z narzuconymi przez Zamawiającego w kosztorysie ślepym):

Razem: r-q 9675.8773 12.00 116.110.50

RAZEM 116110.50 Słownie: sto szesnaście tysięcy sto dziesięć 150/100 zł

Dane dotyczące nakładów na sprzęt dla branży - teletechniczna instalacja

sygnalizacji pożaru, gaszenia gazem, detekcji dymu zawarte są w kosztorysie ofertowym w tabeli elementów scalonych (str. 82 oferty) i wynoszą 409,31 PLN.

Nakłady za sprzęt narzucone przez przedmiary w kosztorysie ślepych, oraz uwzględnione przez Odwołującego w treści oferty, po zsumowaniu dają kwotę wskazaną w treści oferty Odwołującego (tj. 409,31 PLN). Celem udowodnienia Odwołujący przedstawił nakłady na sprzęt w rozbiciu na poszczególne pozycje (zgodne z narzuconymi przez Zamawiającego w kosztorysie ślepych): RAZEM 409,31 zł.

Dane dotyczące nakładów na materiały dla branży - teletechniczna instalacja sygnalizacji pożaru, gaszenia gazem, detekcji dymu zawarte są w kosztorysie ofertowym w tabeli elementów scalonych (str. 82 oferty) i wynoszą 611.978,54 PLN:

Nakłady za materiały narzucone przez przedmiary w kosztorysie ślepych, oraz uwzględnione przez Odwołującego w treści oferty, po zsumowaniu dają kwotę wskazaną w cytowanej powyżej treści oferty Odwołującego (tj. 611.978,54 PLN). Celem udowodnienia powyższego, Odwołujący ukazał nakłady na materiały w rozbiciu na poszczególne pozycje (zgodne z narzuconymi przez Zamawiającego w kosztorysie ślepych):

Okoliczności przygotowania i złożenia oferty wskazują, że intencja i zamiarem Odwołującego było złożenie oferty z kosztorysem ofertowym wypełnionym zgodnie z wolą Zamawiającego, uzewnętrznioną w SIWZ. Odwołujący zamieścił w ofercie oświadczenie o

17

akceptacji bez zastrzeżeń zapisów SIWZ, w tym również zobowiązał się do wykonania zamówienia na warunkach i zasadach tam określonych, zwłaszcza w zakresie przedmiotowym, związanym z całokształtem robót budowlanych ujętych w dokumentacji do wykonania. Odwołujący oświadczył także, że przedmiot oferty jest zgodny z opisem przedmiotu zamówienia. Poprawienie wskazywanych przez Odwołującego w odwołaniu omyłek w wymienionych pozycjach kosztorysu ofertowego nie spowodowałoby istotnych zmian w treści oferty. Przeciwnie, czynność ta doprowadziłaby do pełnej zgodności treści oferty z SIWZ, natomiast sama poprawa nie zmieniła sposobu realizacji zamówienia. Omyłki sprowadzają się w gruncie rzeczy do niecelowego pominięcia pewnych liczb w opisach pozycji, które omyłkowo nie znalazły się w SIWZ. Jednakże, co podniesiono już wyżej, wobec załączenia do SIWZ kosztorysów ślepych, Zamawiający dysponował wszystkimi danymi niezbędnymi do samodzielnego przeprowadzenia czynności, na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Poprawiając omyłki Odwołującego, Zamawiający uczyniłby zadość obowiązкови wynikającemu z tego przepisu, równocześnie doprowadzając ofertę Odwołującego do zgodności z SIWZ/ Warto nadto zauważyć, iż poprawa omyłek w ofercie Odwołującego w żaden sposób nie wpłynie na sposób wykonania zamówienia, bardzo szczegółowo opisany przez Zamawiającego za pomocą dokumentacji projektowej czy na zaoferowane ceny-jednostkowe oraz ofertową.

W uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego Zamawiający nie wykazał, że w ofercie Odwołującego doszło do celowego działania, i że Odwołujący nie zamierza wykonać zamówienia zgodnie z wymogami Zamawiającego. Przeciwnie, każdy podmiot profesjonalnie zajmujący się kosztorysowaniem dokładnie zdaje sobie sprawę, że taki sam nakład pracy i zebranie tych samych danych wymagane są przy tworzeniu kosztorysu ofertowego jak i szczegółowego. Zatem, Zamawiający, posiadając dane z kosztorysu ofertowego Odwołującego oraz nakłady narzucone wykonawcom w kosztorysach ślepych, mógł poprawić omyłkę Odwołującego, doprowadzając jego ofertę do zgodności z SIWZ. Jeżeli zaś kierownik Zamawiającego, nie dysponuje daną wiedzą specjalistyczną, to zgodnie z art. 21 ust. 4 ustawy Pzp, dany zakres postępowania winien powierzyć biegłemu.

Równocześnie Odwołujący wskazuje, że decyzja, czy dany kosztorys ma mieć formę kosztorysu ofertowego czy też kosztorysu szczegółowego odbywa się na poziomie drukowania dokumentu - w zależności od preferencji osoba drukująca kosztorys zaznacza we właściwym oknie jedną lub drugą opcję (klika na "kosztorys\kosztorys szczegółowy lub na "kosztorys ofertowy"). Zatem, to omyłkowe kliknięcie przez Odwołującego przy drukowaniu raportu na okienko "kosztorys ofertowy" legło u podstaw zaistniałej omyłki. Niemniej jednak, Odwołujący obliczył wszelkie koszty równie szczegółowo i wymagało to od Odwołującego równie dużego nakładu pracy, jak przy pozostałych kosztorysach. Dla

18

sporządzenia bowiem kosztorysu w formie ofertowej koniecznym jest, przy jego wykonywaniu, uwzględnienie wszystkich danych szczegółowych. Wybór wydruków na ekranie komputera wskazuje na ľartwość pomyłki.

Odwołujący wskazuje również, że zakres omyłek względem wszystkich poprawnych kosztorysów jest minimalny. Mianowicie na 46 kosztorysów, jedynie 2 zawierają omyłki i to - jak wykazano powyżej - możliwe do usunięcia. Przy czym, przy przeliczeniu kosztorysów na ilości pozycji, gdzie wystąpiła omyłka, otrzymujemy wynik 55 pozycji z omyłkami i 3638 pozycji poprawnych. Oznacza to, że ilościowy zakres omyłek występujący w złożonych kosztorysach to 1,51% versus 98,49% pozycji poprawnych. Przeliczając powyższe na koszty należy stwierdzić, że kosztorysy zawierające omyłkę mają wartość 1.280.502,19 PLN, zaś poprawne kosztorysy mają wartość 43.240.411,35 PLN, co stanowi zaledwie 2,96% ceny całkowitej, przy czym przy poprawieniu omyłek, ani ceny w kosztorysach ofertowych ani cena całkowita nie zmienia się.

W ocenie Odwołującego, w wyżej opisanym stanie faktycznym, dokonane przez Zamawiającego czynności {odrzućenia oferty Odwołującego oraz wyboru oferty złożonej przez Skansa), naruszają przepisy ustawy Pzp. Gdyby bowiem Zamawiający działał zgodnie z zaskarżanymi przepisami, nie zaniechałby czynności wyjaśnienia oferty Odwołującego i dokonałby poprawy omyłek w niej występujących, a następnie dokonał jej prawidłowej oceny, tj. wybrałby ofertę Odwołującego, jako ofertę najkorzystniejszą.

Zarzuty dotyczące oferty SKANSKA.

W odniesieniu do zarzutu zaniechanie wezwania Skanska do wyjaśnienia elementów cenotwórczych cen jednostkowych za sprzęt wykazany w Kosztorysie dotyczącym instalacji sygnalizacji pożaru, wczesnej detekcji dymu, gaszenia gazem dla bud. 7", a także zaniechania odrzućenia oferty Skanska z uwagi na jej niezgodność z treścią SIWZ oraz z uwagi na zaoferowanie przez tego Wykonawcę ceny rażąco niskiej, Odwołujący wskazuje że cena zaoferowana przez Skanska jest rażąco niska, w związku z czym oferta tego Wykonawcy winna zostać odrzućona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, po uprzednim wezwaniu tego wykonawcy do przedstawienia obiektywnych czynników, pozwalających Skanska na wycenę sprzętu w ww. Kosztorysie na poziomie 0,00 zł. Mianowicie, w całym "Kosztorysie dotyczącym instalacji sygnalizacji pożaru, wczesnej detekcji dymu, gaszenia gazem dla bud. 7" Skanska zaoferowana ceny za sprzęt na poziomie 0,00 zł: Wskazał na: Strona 1137 oferty Skanska (poz. 36): Strona 1138 oferty Skanska (poz. 37): Strona 1138 oferty Skanska (poz. 38):, Strona 1138 oferty Skanska {poz. 39): Strona 1139 oferty Skanska (poz. 40): Strona 1139 oferty Skanska (poz. 41): Strona 1132 oferty Skanska (poz. 15): Strona 1140 oferty Skanska (poz. 43): Strona 1147 oferty Skanska (Zestawienie Sprzętu):

19

Zaoferowanie przez Skanska cen 0,00 zł za sprzęt wykazany w "Kosztorysie dotyczącym instalacji sygnalizacji pożaru, wczesnej detekcji dymu, gaszenia gazem dla bud. 7" nie jest uzasadnione obiektywnymi względami, pozwalającymi Skansa na wykonanie zamówienia bez strat finansowych. Cena ta jest niższa niż ogólna wartość rynkowa tego zamówienia, gdyż nie pozwala na pokrycie jakichkolwiek kosztów, nie wspominając o możliwości wykazania zakładanego zysku. Mimo to, Zamawiający zaniechał wezwania tego wykonawcy do przedłożenia wyjaśnień z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Zdaniem Odwołującego, nie sposób obiektywnie przyjąć, aby w tej sytuacji rynkowej Skanska mogła zaoferować zgodnie z prawem cenę 0,00 zł. Tym bardziej, że w "Kosztorysie dotyczącym instalacji sygnalizacji pożaru, wczesnej detekcji dymu, gaszenia gazem dla bud. 6" Skanska uznała za konieczne wykazanie, że zapewnienie sprzętu niezbędny do wykonania zamówienia wiąże się z koniecznością ponoszenia konkretnych kosztów. Juź powyższe powinno co najmniej wzbudzić u Zamawiającego wątpliwości, skutkujące wezwaniem Skanska do wyjaśnień elementów cenotwórczych przedmiotowych ceny sprzętu. Odwołujący jest pewny, wobec obiektywnego braku możliwości obniżenia ceny do poziomu 0,00, że ceny jednostkowe 0,00 zł za sprzęt wykazany w "Kosztorysie dotyczącym instalacji sygnalizacji pożaru, wczesnej detekcji dymu, gaszenia gazem dla bud. 7" potwierdzają niezgodność treści oferty z SIWZ (naruszenie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp), oraz że cena ta jest rażąco niska (naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp).

Odwołujący wskazuje, że Zamawiający zobowiązał wykonawców do wyceny wszystkich elementów wchodzących w przedmiot oferty. W cz. XI ust. 1 i 2 SIWZ Zamawiający precyzował, że Cena oferty musi obejmować wszelkie koszty, jakie zostaną poniesione

przez Wykonawcę, a także ma być zgodna z definicją ceny w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 ustawy z dnia 9 maja 2014r. o informowaniu o cenach towarów i usług (Dz.U. poz. 915 z późn. zm). Cena jednostkowa 0,00 nie czyni zadość tego wymogowi, choćby z tego względu, że nie może zawierać w sobie wartości podatku VAT. Powyższe dobitnie dowodzi, iż treść oferty Skanska jest niezgodna z treścią SIWZ.

Odwołujący podkreśla, że gdyby Zamawiający wezwał Skanska do wyjaśnienia elementów cenotwórczych zaskarżanych przez Odwołującego cen, realność poczynionych przez Skanska założeń winna była być równie pilnie przez Zamawiającego zbadana jak okoliczność, czy założenia te są gołosłowne czy też poparte dowodami (ww. konieczność badania realności ofert pod dostawców). Jak podkreśla się w orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej, „wyjaśnienia wykonawcy składane w trybie art. 90 ust. 1 Pzp Zamawiający powinien badać nie tylko poprzez zsumowanie podanych w nim kwot (o ile takowe w ogóle są podane), ale i poprzez realność poczynionych założeń co do czasochłonności pracy, co do rzeczywistości i zgodności z prawem stawek wynagrodzenia oraz do realnego kosztu

20

czynności do zrealizowania celem osiągnięcia przedmiotu zamówienia" (wyrok KIO 189/15). Zaś w odniesieniu do konieczności przedstawiania dowodów, dalej w tym samym wyroku Izba orzekła, że „[w] przedmiotowym postępowaniu stwierdzić należy, że Odwołujący w wyjaśnieniach przedstawił dość szczegółowe stwierdzenia i wyliczenia, ale były to jedynie własne deklaracje (oświadczenia wykonawcy), nie poparte żadnymi dowodami (...) [J]eśli wyjaśnienia wykonawcy nie wskazują na indywidualne, dostępane wyłącznie tylko temu wykonawcy uwarunkowania, uzasadniające wysokość zaoferowanej ceny, należy uznać; że wyjaśnienia spełniające wymagania przepisów ustawy Pzp, w ogóle nie zostały złożone. Wykonawca bowiem w udzielanych wyjaśnieniach powinien udowodnić Zamawiającemu, że jego cena ofertowa jest realna, wiarygodna; tzn. że z tytułu realizacji zamówienia i pozyskanego za nie wynagrodzenia, przy zachowaniu należytej staranności nie będzie ponosił strat. W ocenie składu orzekającego Izby okoliczności takich w swoich wyjaśnieniach wykonawca Odwołujący nie przedstawił

Odwołujący podnosi ponadto, że w przypadku Skanska nie zachodzą żadne szczególne okoliczności, właściwe tylko temu Wykonawcy, które pozwoliłyby mu wycenić sprzęt w "Kosztorysie dotyczącym instalacji sygnalizacji pożaru, wczesnej detekcji dymu, gaszenia gazem dla bud. 7" na poziomie 0,00 zł, tym bardziej, że w przypadku sprzętu niezbędnego do wykonania instalacji sygnalizacji pożaru, wczesnej detekcji dymu, gaszenia gazem dla budynku nr 6 Skanska nie podtrzymała twierdzeń o możliwości zaoferowania tego zakresu za 0,00 zł. Odwołujący zwraca uwagę, że już samo zestawienie ceny jednostkowej za sprzęt zaoferowanej przez Skanska w odniesieniu do instalacji sygnalizacji pożaru, wczesnej detekcji dymu, gaszenia gazem dla budynku 7 z cenami sprzętu zaoferowanymi przez Skanska na ten sam zakres w odniesieniu do budynku 6 wskazuje, że cena ofertowa Skanska sprzęt na poziomie 0,00 zł w "Kosztorysie dotyczącym instalacji sygnalizacji pożaru, wczesnej detekcji dymu, gaszenia gazem dla bud. 7" jest zaniżona i nie gwarantuje należytego wykonania zamówienia.

Odwołujący wskazuje, że w podobnych stanach faktycznych Izba orzekła, iż cena ofertowa wykonawcy jest ceną rażąco niską. W wyroku KIO 2185/14, Izba orzekła: „Złożone wyjaśnienia potwierdziły, zdaniem Izby, że cena nie została skalkulowana prawidłowo, w sposób zapewniający należyte wykonanie zamówienia. Konsorcjum Salini w złożonych wyjaśnieniach powołało się na takie okoliczności, jak doświadczenie i renoma wykonawcy, dokonywanie centralnych zakupów, dysponowanie sprzętem, bazą materiałowo-sprzętową i bazą biurową, wykwalifikowaną, efektywnie zarządzaną kadrą oraz dużym potencjałem finansowym, które to okoliczności w znacznej mierze należy uznać za cechujące większość wykonawców ubiegających się o tego rodzaju zamówienia o podobnej skali i wartości. (...) Biorąc pod uwagę różnice między ceną oferty Przystępującego a wartością szacunkowa

21

zamówienia i cenami innych ofert, wykonawca, aby wykazać realność ceny, powinien wskazać istnienie po jego stronie szczególnych okoliczności umożliwiających obniżenie ceny / ujawnić założenia przyjęte na etapie jej kalkulacji. (...) Reasumując, na podstawie wyjaśnień udzielonych przez Przystępującego Zamawiający powinien podjąć decyzję o odrzuceniu oferty. Zaniechanie tego odrzucenia stanowiło naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp".

23. W odniesieniu do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Skanska z uwagi na fakt, iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, Odwołujący wskazuje co następuje. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, oferty, których złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, podlegają odrzuceniu. W ocenie Odwołującego, w świetle okoliczności niniejszej sprawy, złożenie przez Skanska oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji (tj. działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, zagrażające lub naruszające interes innego przedsiębiorcy), który utrudnia innym przedsiębiorcom dostęp do rynku. Utrudnienie to polega w szczególności na sprzedaży przez Skanska towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców (art. 3 ust. 1 w zw. z art. 15 ust. 1 ustawy ZNK). Jednocześnie jest też oczywiste, iż zaoferowanie tak rażąco zaniżone ceny za sprzęt (wycena 0,00 zł) ma na celu tylko i wyłącznie eliminację konkurencyjnych wykonawców, ubiegających się o przedmiotowe zamówienie.

Odwołujący podkreśla, że zarzut popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji z uwagi na zaniżenie kosztów jednostkowych jest oparty o wykładnię art. 89 ust. 1 pkt 3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, dokonaną przez Krajową Izbę Odwoławczą. Przykładowo, w wyroku z dnia 24 lutego 2015r., sygn. akt: KIO 236/15, KIO 241/15, Izba orzekła, że Jkjażda z cen jednostkowych stanowić powinna samodzielna i rynkowa wycenę usługi, do której się odnosiła. Uwzględniając tak przyjęta ocenę charakteru cen jednostkowych, a także fakt zaoferowania przez Przystępującego cen na poziomie 1 lub 10 groszy za wykonanie poszczególnych czynności, czy też usług, uzasadnionym, w ocenie Izby, było przekonanie wyrażone przez Odwołującego w sprawie KIO 236/15, że „charakter i celowość tego działania wynika wprost z ustalonych przez Wykonawcę [Przystępującego] cen jednostkowych bez wątplenia podyktowanych nie rachunkiem ekonomicznym i realną wartością, ale chęcią uzyskania punktów w ramach kryteriów oceny ofert.” Oczywistym jest bowiem, że nie opiera się na rachunku ekonomicznym ustalenie ceny np. za wycięcie czy posadzenie drzewa na poziomie 1 grosza za każde ścięte lub posadzone drzewo. Takie zaś działanie ocenione musiało zostać jako sprzeczne z prawem i dobrymi obyczajami, jako zagrażające i naruszające (w skutkach, jakie rodziło) interes innych przedsiębiorców - wykonawców, którzy rzetelnie ustalili poziom oferowanych przez siebie cen jednostkowych, a tym samym stanowiące naruszenie art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o

22

zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 ze zm.). Kierując się tym przekonaniem, izba uznała, że potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego. Mając to na uwadze, Izba nakazała Zamawiającemu odrzucenie powołanej oferty”.

Z powyższego wynika, że zachowanie Skansa wprost godzi w uczciwą konkurencję, która powinna być zachowana w każdym przetargu publicznym. Na straży tego stoi właśnie norma z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Odwołujący za swoje przyjmuje stanowisko Izby wyrażone w wyroku z dnia 14 stycznia 2014r., sygn. akt: KIO 2936/13, gdzie Izba orzekła:

„Zamawiający w ramach odrzucenia oferty Odwołującego argumentował jednoznacznie, że jego zdaniem zachowanie odwołującego wyczerpuje znamiona czynu nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i przywołał brzmienie tego przepisu. Według Izby, katalog czynów nieuczciwej konkurencji wymieniony w art. 5 - 17e ww. ustawy nie ma charakteru zamkniętego. Powyższe wynika z literalnej wykładni przepisu art. 3 ust 2 tej ustawy, w którym jedynie przykładowo wymieniono kategorie czynów wymienionych w części szczególowej ustawy, na co wskazuje użyte przez ustawodawcę sformułowanie „w szczególności”. A zatem, w świetle art. 3 ust. 1 przywoływanej ustawy; znamiona czynu nieuczciwej konkurencji wyczerpuje również takie działania przedsiębiorcy, które jest sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Przy czym działanie to nie musi jednocześnie wyczerpywać znamion czynów nieuczciwej konkurencji, wyraźnie wymienionych przez ustawodawcę w dalszych przepisach tej ustawy (art. 5 do 17 e ustawy). W ocenie Izby, w przedmiotowym stanie faktycznym Odwołujący naruszył dobre obyczaje kupieckie. Dobre obyczaje to pozaprawne reguły; normy postępowania, odwołujące się do zasad słuszności, moralności, etyki, norm współżycia społecznego> które powinny cechować przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą. Prowadzenie przez Odwołującego działalności gospodarczej nie zwalnia go od przestrzegania ww. reguł. Co więcej obowiązek

przestrzegania dobrych obyczajów nałożył na przedsiębiorców sam ustawodawca w art. 17 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, zaś niewątpliwie ubieganie się o udzielenie zamówienia publicznego mieści się w zakresie prowadzenia działalności gospodarczej. Spełniona została także druga przesłanka czynu nieuczciwej konkurencji z art. 3 ust. 1 ww. ustawy, gdyż działanie Odwołującego naruszało interes innych przedsiębiorców. Nawet bowiem jeśli zaoferowali stawki wynikające z rynkowej wartości świadczenia, uwzględniając zasadę ekwiwalentności umów wzajemnych, znaleźli się bez powodu w znacznie gorszej sytuacji. Działanie takie ogranicza bowiem rynkowe reguły uczciwego konkurencji".

23

Skanska, oferując wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę nierealną i nie zapewniającą pokrycia kosztów ani uzyskanie zysku dopuściła się naruszenia dobrych obyczajów kupieckich, co w myśl art. 3 ust. 1 ustawy ZNK stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Konsekwentnie, oferta Skanska podlega odrzuceniu z uwagi na dyspozycję art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Mając na uwadze zarzuty Zamawiający dopuścił się szeregu uchybień w toku postępowania. Uwzględnienie odwołania spowoduje usunięcie tych uchybień i doprowadzenie Postępowania do zgodności z przepisami ustawy Pzp. Zatem, uznać należy, że odwołanie jest w pełni uzasadnione, a zarzuty określone w jego petitum zasługują na ich uwzględnienie.

W toku rozprawy strony i uczestnik przedstawili stanowiska.

Odwołujący wskazał na szczegółowe uzasadnienie oraz treść oferty, z których wynika możliwość i potrzeba dokonania poprawienia omyłek w ofercie na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. Stwierdził, że złożył kosztorys, jednakże przy sporządzaniu popełnił pomyłkę opisaną na str. 49 odwołania, tj. na poziomie drukowania. Okoliczność ta powinna skutkować obligatoryjnym poprawieniem omyłki na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Obowiązek poprawienia nie jest przy tym uzależniony od zakresu pracochłonności tej czynności. Nie ma również przeszkód by zamawiający zażądał od wykonawcy złożenia stosownych wyjaśnień. Podkreślił, że w złożonym kosztorysie zawarte są wszystkie niezbędne dane zgodne z wymogami SIWZ i zasadami rozliczenia umowy. Zauważył, że w żadnej pozycji swojego kosztorysu, w odróżnieniu od oferty Skanska nie przedstawiał ceny 0, jakkolwiek niektóre elementy kalkulacyjne miały taką wielkość. Stwierdził, że obaj wykonawcy w różnych kosztorysach stosowali różne narzuty i jest to dopuszczalne. Wniósł o nieuwzględnienie dowodów złożonych przez Skanska na rozprawie. Przypomniał skalę popełnionych omyłek przedstawioną na str. 49 odwołania. Zauważył, że odrzucenie oferty jest czynnością ostateczną dokonywaną po uprzednim przeprowadzeniu procedur sanacyjnych czego zamawiający nie dokonał w stosunku do odwołującego. Odnośnie przykładowych kosztorysów złożonych przez Skanska zauważył, że w rozdz. 11 pkt 3 SIWZ opisano wymaganą zawartość kosztorysu i stwierdził, że sprostą tym wymogom. Wskazał na str. 382 swojej oferty i zauważył, że nie było wymogu przedstawienia narzutów (w tym kosztów pośrednich) i zysku w procentach. Stwierdził, że przystępujący stosował różne ceny jednostkowe za takie same roboty z tą samą podstawą wyceny i opisem. Przypomniał, że

24

różnica cen ofert wynosi niemal 4 mn zł., a zamawiający niedostatecznie dokładnie badał oferty.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Podkreślił, że wymaganych kosztorysów szczegółowych w ofercie odwołującego nie złożono. Stwierdził, że wykonawca oczekuje, że to zamawiający sporządzi kosztorysy. Zauważył, że do poprawienia omyłek musi dysponować określonymi danymi zawartymi w ofercie, a takich nie posiadał. Podkreślił, że z uwagi na charakter wynagrodzenia i zasady rozliczenia prac niezbędne jest posiadanie kosztorysów szczegółowych. Stwierdził, że zarzuty w odniesieniu do oferty Skanska są nieuzasadnione. W szczególności wskazał na zarzut dot. ceny jednostkowej w wysokości 0 zł wskazanych w odwołaniu na str. 54. Stwierdził, że nie zaistniały przesłanki do zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp w stosunku do oferty odwołującego. Zauważył, że odwołujący sam wskazał na treść pytań, jakie powinny mu być zadane w toku badania ofert, z czego można wnioskować, iż przyznał występowanie braków w złożonej przez siebie ofercie.

Przystępujący Skanska przypomniał wymóg zamawiającego co do złożenia kosztorysów szczegółowych. Podkreślił, że nie było przesłanek i możliwości sporządzenia przez zamawiającego kosztorysów szczegółowych na podstawie danych z kosztorysów w ofercie EBUD. Zauważył, że wykonawca stosował różne stawki narzutów i zysku, stąd opracowanie na ich podstawie jednoznacznego kosztorysu było niemożliwe. Stwierdził, że zakres omyłek jest istotny wbrew twierdzeniom odwołującego, który wskazuje, iż dotyczy to zaledwie 2,96% ceny całkowitej (str. 49 odwołania). Odnośnie własnej oferty złożył dokumenty na potwierdzenie realności skalkulowania elementów wskazanych w odwołaniu w wysokości 0 zł (str. 50 do 54). Stwierdził, że szereg takich samych prac skalkulowano w jednym z 2 budynków, których przebudowa stanowi przedmiot zamówienia. Jako ewentualność wskazał na możliwość poprawienia omyłki w omawianych pozycjach. Przyznał, że 4 elementy w swojej ofercie wycenił na 0 zł, co jest dopuszczalne. Stwierdził, że brak kosztorysów szczegółowych stanowiących treść oferty świadczy o niezgodności tej oferty z wymogami. Przypomniał, że poprawienie tych braków w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp doprowadziłoby do uzyskania wielu różnych wyników, co oznacza, że nie przyniosłoby efektu i stanowiłoby w istocie zbyt głęboką ingerencję w treść oferty o znamionach niedopuszczalnej negocjacji cenowej. Zauważył także, że odwołujący na str. 48 odwołania potwierdził, iż taka poprawa może wymagać wiedzy specjalistycznej.

25

Po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie z udziałem stron i uczestników, biorąc pod uwagę stanowiska przedstawione na piśmie i do protokołu rozprawy, a także treść ofert obydwu wykonawców, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Sygn. akt KIO 634/15

Przedstawione przez odwołującego Skanska S.A. zarzuty mające uzasadnić dodatkowe przesłanki odrzucenia oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „EBUD” - Przemysłówka Sp. z o.o skład orzekający uznaje z nieudowodnione. Należy zauważyć, że odwołujący stawia tezę o rażąco niskiej cenie przystępującego nie odnosząc się w ogóle do ustawowych przesłanek wskazujących na tzw. domniemanie ceny rażąco niskiej odnoszonych do ceny oferty jako całości. Odwołujący wskazał jedynie na kilka cen jednostkowych, które w jego ocenie są zaniżone. Tezę tę uzasadnia informacjami pozyskanymi od dystrybutora sprzętu i materiałów, jakie mu zaoferowano. Nie ma podstaw do negocjowania stwierdzenia przystępującego, że w zakresie robót teletechnicznych jest w stanie zrealizować zamówienie za cenę zaoferowaną i potwierdzoną przez podwykonawcę tych robót. Brak jest także dowodu co do nierealności ceny stacji komputerowej o funkcjonalnościach wymaganych i opisanych w siwz. W zakresie zarzutu niezgodności oferty z treścią siwz w części dotyczącej kosztorysów na wykonanie saun w budynkach 6 oraz 7 w toku postępowania potwierdziło się ustalenie co do różnicy w wycenie zawartej w kosztorysie robót budowlanych i odrębnych kosztorysach sauny; różnica ta rzędu kilku złotych jako znacząco nieistotna powinna być co do zasady poprawiona na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy pzp, jednak nie miałoby to wpływu na wynik postępowania. Tym samym stwierdzenie o popełnieniu błędu w obliczeniu ceny skutkującym odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy pzp jest niezasadne. Konsekwencją powyższego jest także niezasadność twierdzenia odwołującego, że oferta przystępującego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Odnośnie zarzutu o braku narzutów (kosztów pośrednich i zysku) we wskazanych pozycjach Izba zauważyła, że niesporne jest między stronami, że zarówno w ofercie odwołującego, jak i przystępującego niektóre jednostkowe elementy cenotwórcze miały wartość zerową, a możliwość taka nie była kwestionowana ani przez wykonawców ani przez Zamawiającego. W konsekwencji zarzut podniesiony wobec przystępującego jest nieuzasadniony.

Sygn akt. KIO 639/15

Oferta odwołującego została odrzucona przez zamawiającego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp. Zamawiający wskazał w swojej decyzji, że zgodnie z rozdziałem XI siwz wymagał sporządzenia kosztorysów szczegółowych. W złożonej ofercie odwołującego

26

kosztorys ofertowy dotyczący instalacji sygnalizacji pożaru, wczesnej detekcji dymu, gaszenia gazem dla budynku 7 nie zawiera nakładów rzeczowych. Ponadto w pozycji

kosztorysu ofertowego dotyczącego aparatów telefonicznych dla budynku 6 nie zawarto nakładów rzeczowych.

Ustalenie dokonane przez zamawiającego nie jest kwestionowane, jednakże odwołujący przypisuje opisanym brakom przymiot błędu, a w szczegółowym uzasadnieniu omyłki podlegającej poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp ze stwierdzeniem, że w złożonym kosztorysie znajdują się wszystkie informacje potrzebne zamawiającemu do poprawienia wymaganych pozycji kosztorysowych. Szereg niezbędnych danych wynika także z postanowień siwz. Jednocześnie odwołujący wskazuje na treść pytań, jakie zamawiający powinien mu zadać w trybie art. 87 ust. 1 ustawy pzp w celu właściwego dokonania czynności poprawienia omyłek.

Należy przyznać rację odwołującemu, że zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp stanowi generalnie obowiązek Zamawiającego, jeśli istnieją ku temu stosowne podstawy w danym stanie faktycznym. Dopuszczalne jest także w pewnych okolicznościach wzywianie do wyjaśnień, jako poprzedzenie zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, pod warunkiem, że nie prowadzi to do wykreowania nowej treści oferty, a wyjaśnienie będzie dotyczyło tego, co już jest w treści oferty zawarte.

Na gruncie rozpoznawanej sprawy skład orzekający stwierdza, że zamawiający prawidłowo dokonał oceny oferty Odwołującego jako niezgodnej z treścią SIWZ. Poprawienie omyłek oferty na zasadach art. 87 ust. 2 ustawy pzp powinno nastąpić w sytuacji, gdy z treści oferty szeroko rozumianej można wywieść fakt istnienia omyłki, a przede wszystkim powziąć wiedzę o charakterze pomyłki i sposobie jej poprawienia w celu doprowadzenia do zgodności treści oferty z treścią siwz. W sprawie rozpatrywanej zamawiających nie miał wystarczających danych do dokonania poprawienia niespornego braku. W rzeczywistości, co może zabrzmieć paradoksalnie, miał takich danych zbyt wiele (np. różne stawki narzutów, zysku), co oznacza, że nie otrzymałby jednoznacznego wyniku co do brakujących danych. W istocie, jak słusznie zauważył przystępujący, wielość danych doprowadziłaby do wielu różnych rezultatów, co jest oczywiście niedopuszczalne wobec konieczności konkretnego określenia wysokości ceny, zarówno częściowej, jak i całościowej, oferty. Sugestia odwołującego, że w wyniku otrzymania zapytań od zamawiającego wyjaśniłby sposób uzupełnienia braków w kosztorysach, jest w ocenie Izby niezasadna, a jej wykonanie mogłoby oznaczać w istocie niedopuszczalne negocjacje cenowe z naruszeniem art. 87 ustawy pzp.

W odniesieniu do zarzutów podniesiony w stosunku do oferty Skanska ze wskazaniem elementów kosztorysowych w wielkości 0,00 zł, co miałyby wskazywać na

27

zaoferowanie ceny rażąco niskiej Izba wskazuje na stwierdzenie zawarte w uzasadnieniu rozstrzygnięcia odwołania sygn. akt KIO 634/15 (powyżej) o możliwości ujęcia w tym postępowaniu w kalkulacji dla niektórych elementów jednostkowych, elementu kalkulacyjnego na poziomie 0 zł. Zatem zarzut jest niezasadny.

W takim stanie rzeczy orzeczono, jak w sentencji, oddalając odwołania.

O kosztach skład orzekający Izby orzekł na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....

28