Sygn. akt KIO 2372/15
KIO 2393/15

WYROK
z dnia 18 listopada 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 listopada 2015 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 listopada 2015 r. przez:

A. wykonawcę **Przedsiębiorstwo Kompletacji i Montażu Systemów Automatyki CARBOAUTOMATYKA S.A. z siedzibą w Tychach, ul. Budowlanych 168, 43-100 Tychy (sygn. akt KIO 2372/15)**

B. wykonawcę **Instal Kraków S.A. z siedzibą w Krakowie, ul. Konstantego Brandla 1, 30-732 Kraków (sygn. akt KIO 2393/15)**

w postępowaniu prowadzonym przez **TAURON Wytwarzanie S.A. z siedzibą w Katowicach, ul. Lwowska 23, 40-389 Kraków**

przy udziale:

A. wykonawcy **Control Process S.A. z siedzibą w Krakowie, ul. Obrońców Modlina 16, 30-733 Kraków** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2372/15 i KIO 2393/15 po stronie zamawiającego

B. wykonawcy **Instal Kraków S.A. z siedzibą w Krakowie, ul. Konstantego Brandla 1, 30-732 Kraków** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2372/15 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1.oddala odwołania

2.kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Przedsiębiorstwo Kompletacji i Montażu Systemów Automatyki CARBOAUTOMATYKA S.A. z siedzibą w Tychach, ul. Budowlanych 168, 43-100 Tychy (sygn. akt KIO 2372/15)** i wykonawcę **Instal Kraków S.A. z siedzibą w Krakowie, ul. Konstantego Brandla 1, 30-732 Kraków (sygn. akt KIO 2393/15)** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **40 000 zł 00 gr** (słownie: czterdzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Kompletacji i Montażu Systemów Automatyki CARBOAUTOMATYKA S.A. z siedzibą w Tychach, ul. Budowlanych 168, 43-100 Tychy (sygn. akt KIO 2372/15)** i wykonawcę **Instal Kraków S.A. z siedzibą w Krakowie, ul. Konstantego Brandla 1, 30-732 Kraków (sygn. akt KIO 2393/15)** tytułem wpisów od odwołań

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

Przewodniczący: ……..……

Sygn. akt KIO 2372/15
KIO 2393/15

Uzasadnienie

TAURON Wytwarzanie S.A. z siedzibą w Katowicach, zwana dalej „zamawiającym", działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907), zwanej dalej „ustawą Pzp", prowadzi, w trybie negocjacji z ogłoszeniem, postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego na „Zaprojektowanie, dostawę, montaż, rozruch i przekazanie do eksploatacji układu odpopielania dla bloku energetycznego o mocy 910 MWe w TAURON Wytwarzanie S.A. – Oddział Elektrownia Jaworzno III – Elektrownia II".

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 16 maja 2014 r., nr 2014/S 094-165322.

Sygn. akt KIO 2372/15

W dniu 22 października 2015 r. (pismem z tej samej daty) zamawiający poinformował wykonawcę Przedsiębiorstwo Kompletacji i Montażu Systemów Automatyki CARBOAUTOMATYKA S.A. z siedzibą w Tychach, zwanego dalej „odwołującym CARBOAUTOMATYKA", o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, gdyż jej treść nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych warunków Zamówienia, zwana dalej „SIWZ". Uzasadnienie odrzucenia, zawierając w załączniku do przedmiotowego zawiadomienia i wskazując, iż dotyczy ono części oferty, objętej przez wykonawcę klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa.

W dniu 2 listopada 2015 r. (pismem z dnia 30 października 2015 r.) odwołujący CARBOAUTOMATYKA wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do zamawiającego w dniu 30 października 2015 r.) od czynności i zaniechań zamawiającego, tj.:

1. zaniechania odrzucenia, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, względnie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, oferty wykonawcy działającego pod firmą Instal Kraków Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie, zwanego dalej „wykonawcą Instal Kraków", pomimo iż oferta tego wykonawcy zawierała rażąco niską cenę,
2. zaniechania odrzucania, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, oferty wykonawcy Instal Kraków pomimo ziszczenia się przesłanek do dokonania wyżej wymienionej czynności, tj. niezgodności oferty tegoż wykonawcy z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia,

---

3. zaniechania odrzucenia, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, oferty wykonawcy Instal Kraków pomimo ziszczenia się przesłanek do dokonania wyżej wymienionej czynności, tj. oferta tego wykonawcy stanowiła czyn nieuczciwej konkurencji,
4. zaniechania odrzucenia, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, względnie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, oferty wykonawcy działającego pod firmą Control Process Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie, zwanego dalej „wykonawcą Control Process", pomimo iż oferta tego wykonawcy zawierała rażąco niską cenę,
5. zaniechania odrzucenia, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, oferty wykonawcy Control Process pomimo ziszczenia się przesłanek do dokonania wyżej wymienionej czynności, tj. niezgodności z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
6. zaniechania odrzucenia, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, oferty wykonawcy Control Process pomimo ziszczenia się przesłanek do dokonania wyżej wymienionej czynności, tj. oferta tego wykonawcy stanowiła czyn nieuczciwej konkurencji,
7. zaniechanie wezwania, na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wykonawcy Control Process oraz wykonawcy Instal Kraków do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, mimo iż cena zaproponowana przez powyższych wykonawców budzi wątpliwości, co do możliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego oraz jest rażąco niska,
8. zaniechania żądania od odwołującego CARBOAUTOMATYKA złożenia wyjaśnień

dotyczących treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp;
9. zaniechania poprawienia w ofercie odwołującego CARBOAUTOMATYKA innych omyłek polegających na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp oraz omyłek rachunkowych na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp,
10. odrzucenia oferty odwołującego CARBOAUTOMATYKA poprzez błędne przyjęcie, iż drobne omyłki, polegające na omyłkowym wskazaniu wyłącznie kilku błędnych dat w harmonogramach dołączonych do oferty oraz błędnego zsumowania kwot w szczegółowym harmonogramie rzeczowo-finansowym powodują konieczność jej odrzucenia.

zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie, przejawiające się w zaniechaniu wezwania wykonawcy Control Process oraz wykonawcy Instal Kraków do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość

ceny, mimo iż cena zaproponowana przez powyższych wykonawców budzi wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego oraz jest rażąco niska,
2. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp oraz art. 89 ust . 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez jego niezastosowanie, a w konsekwencji nieodrzucenie ofert złożonych przez wykonawców: Instal Kraków oraz Control Process pomimo istnienia w nich rażąco niskiej ceny,
3. art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez jego błędną wykładnię i niezastosowanie» polegające na braku odrzucenia oferty wykonawców: Instal Kraków oraz Control Process, pomimo, iż oferty tych wykonawców stanowiły czyn nieuczciwej konkurencji,
4. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez jego błędne zastosowanie, a to przez przyjęcie, iż oferty złożone przez wykonawców: Instal Kraków Spółka oraz Control Process są zgodne w treści z SIWZ, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia w/w ofert,
5. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez jego błędne zastosowanie, a to przez przyjęcie, że treść oferty złożonej przez odwołującego CARBOAUTOMATYKA jest niezgodna z treścią SIWZ, a w konsekwencji odrzucenie oferty złożonej przez tego wykonawcę bez zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp,
6. art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez jego błędną wykładnię i niezastosowanie, polegające na braku żądania od odwołującego CARBOAUTOMATYKA wyjaśnienia treści złożonej przez niego oferty, pomimo, iż w sprawie zostały spełnione wszystkie przesłanki do zażądania wyjaśnień,
7. art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez jego niezastosowanie, polegające na zaniechaniu dokonania w ofercie odwołującego CARBOAUTOMATYKA poprawy oczywistych omyłek rachunkowych (art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp) oraz innych omyłek polegających na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty (art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp),
8. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania, przejawiające się w szczególności w uprzywilejowanym traktowaniu wykonawcy Control Process oraz wykonawcy Instal Kraków.

Jednocześnie odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania w całości,
2. unieważnienie czynności zamawiającego w postaci wyboru najkorzystniejszej oferty,
3. unieważnienie czynności zamawiającego w postaci odrzucenia oferty odwołującego CARBOAUTOMATYKA,

4. nakazanie zamawiającemu wezwania odwołującego CARBOAUTOMATYKA do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp,
5. nakazanie zamawiającemu poprawienie w ofercie odwołującego

CARBOAUTOMATYKA innych omyłek polegających na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp,

6. nakazanie zamawiającemu poprawienia w ofercie odwołującego CARBOAUTOMATYKA omyłek rachunkowych na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp,
7. nakazanie zamawiającemu odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę Instal Kraków oraz przez wykonawcę Control Process powodu ich niezgodności z SIWZ na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp,
8. nakazanie zamawiającemu odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę Instal Kraków oraz przez wykonawcę Control Process, gdyż stanowiły one czyn nieuczciwej konkurencji, na podstawie art. 89 ust 1 pkt 3 ustawy Pzp,
9. nakazanie zamawiającemu odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę Instal Kraków oraz przez wykonawcę Control Process z powodu występujących w tych ofertach rażąco niskiej ceny na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp,
10. nakazanie zamawiającemu wezwania wykonawcy Control Process oraz wykonawcy Instal Kraków do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp,
11. nakazanie zamawiającemu dokonania czynności ponownego wyboru i oceny ofert,
12. nakazanie dokonania czynności wyboru oferty odwołującego CARBOAUTOMATYKA jako najkorzystniejszej,
13. przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego na okoliczność, iż wykonawcy: Instal Kraków oraz Control Process proponują wykonanie zamówienia za cenę poniżej kosztów jej wytworzenia oraz, że zaproponowana przez nich cena ma charakter rażąco niskiej,
14. obciążenie zamawiającego kosztami postępowania.

Jednocześnie na podstawie przepisu § 23 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań odwołujący CARBOAUTOMATYKA wniósł, by skład orzekający w toku rozprawy wydał decyzję o udostępnieniu stronom i uczestnikom postępowania odwoławczego, w szczególności odwołującemu CARBOAUTOMATYKA treści dokumentacji postępowania odwoławczego, która może zawierać informacje stanowiące tajemnicę chronioną na podstawie odrębnych

przepisów — w szczególności części ofert zastrzeżonych przez wykonawców: Control Process oraz Instal Kraków jako tajemnica przedsiębiorstwa tj.:

a) harmonogramu rzeczowo-finansowego oraz
b) ramowego harmonogramu realizacji umowy.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący CARBOAUTOMATYKA wskazał m.in.:

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp podniósł, iż cena oferty wykonawcy Instal Kraków rażąco odbiega od kwoty, jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (o około 18%), z kolei cena oferty wykonawcy Control Process rażąco odbiega od tej kwoty o około 26%. W związku z tym zamawiający był zobligowany do ustalenia, czy wartość zamówienia została oszacowana prawidłowo. Granica 30% dla rażąco niskiej ceny ustalona w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp jest tylko i wyłącznie wartością, przy której zamawiający musi podjąć odpowiednie kroki, co nie oznacza, że już w przy mniejszych odchyleniach nie należy przeprowadzić wyjaśnień. Art. 90 ust. 1 ustawy Pzp jest trybem obligatoryjnym, bowiem w przepisie tym nie znajdują się żadne sformułowania pozwalające na przyjęcie odmiennej opcji interpretacyjnej, takie jak chociażby: „może", czy „jest uprawniony do". Zatem brak zastosowania wspomnianej instytucji pozwala na artykułowanie zarzutu naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp odwołujący CARBOAUTOMATYKA podniósł, iż oferty wykonawców: Control Process oraz Instal Kraków winny zostać odrzucone na podstawie art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, względnie na podstawie samego art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Ustawa, stanowiąc, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, nie precyzuje jednak pojęcia rażąco niskiej ceny. W tej sytuacji, opierając się na wykładni językowej, należałoby przyjąć, że użyty zwrot oznacza ofertę z ceną niewiarygodnie niską, znacząco odbiegającą od cen rynkowych. Taka cena może wskazywać na fakt

realizacji zamówienia poniżej kosztów ponoszonych przez wykonawcę. Sugeruje to realizacje zamówienia poniżej kosztów wytworzenia. Zgodnie ze zmienionymi przepisami to na zamawiającym, względnie wykonawcy, ciąży obowiązek udowodnienia, że podana cena nie stanowi rażąco niskiej ceny.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp odwołujący CARBOAUTOMATYKA podniósł, iż oferta wykonawcy INSTAL Kraków oraz wykonawcy Control Process stanowią czyn nieuczciwej konkurencji. Za czyn nieuczciwej konkurencji może zostać uznana sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów własnych. Jest to przesłanka inna od przesłanki ceny rażąco niskiej. Z informacji uzyskanych przez odwołującego CARBOAUTOMATYKA od podmiotów trudniących się wykonywaniem robót budowlanych oraz od dostawców materiałów budowlanych, wynika, że nie jest możliwe zaoferowanie wykonania robót, których żąda zamawiający za cenę podaną przez

wskazanych wykonawców, która to cena będzie co najmniej równa lub wyższa kosztom wytworzenia tej usługi.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odwołujący CARBOAUTOMATYKA podniósł, iż zgodnie z tym przepisem zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3, a więc z zawarowaniem, iż zamawiający zobowiązany jest do poprawy w ofercie innych niż oczywistych omyłek rachunkowych i pisemnych omyłek polegających na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty. Zamawiający nie zastosował trybu poprawy przewidzianego w przepisie art 87 ust. 2 pkt 3 w stosunku do oferty złożonej przez odwołującego CARBOAUTOMATYKA. Niezgodności oferty tego wykonawcy z postanowieniami SIWZ wyniknęły w załączonych do oferty dokumentów Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego oraz Ramowego Harmonogramu Realizacji Umowy. Zgodnie z wykazem fragmentów w/w dokumentów, które zdaniem zamawiającego odbiegają od zapisów określonych w SIWZ, nieprawidłowości zasadzają się na datach zakończeń bądź realizacji poszczególnych etapów inwestycji.

Postępowanie toczy się w trybie negocjacji z ogłoszeniem. Porównanie zapisów początkowych SIWZ, na podstawie których wykonawcy dopuszczeni do postępowania składać mieli oferty wstępne, różnią się w przedmiotowym zakresie z zapisami ostatecznymi sformułowanymi w SIWZ po okresie negocjacji z wykonawcami dopuszczonymi do udziału w postępowaniu. Tak więc odwołujący CARBOAUTOMATYKA posiadał wiedzę o niezbędnych elementach oferty, sam bowiem uczestniczył w negocjacjach co do ich kształtu. W tym stanie rzeczy uznanie, iż omyłki, które wystąpiły w jego ofercie powodują konieczność odrzucenia oferty pozbawione jest sensu. Omyłki w sporządzonych dokumentach wyniknęły z omyłkowego wpisu i są *de facto* „innymi omyłkami", które zamawiający winien poprawić zgodnie z przepisem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, gdyż ich poprawienie nie powoduje istotnych zmian w treści oferty. W szczególności wskazać należy, iż w pozostałym zakresie daty zakończenia i realizacji poszczególnych etapów są zbieżne z wymaganiami zamawiającego, a przede wszystkim zarówno oferta, jak i SIWZ statuują jednakową datę zakończenia inwestycji, a więc w swych głównych i kluczowych elementach złożona oferta zgodna jest z zapisami SIWZ. Należy wręcz przyjąć domniemanie dobrej wiary odwołującego CARBOAUTOMATYKA.

Nadto podniósł, iż zamawiający zaniechał zastosowania przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w stosunku do ofert złożonych przez wykonawców: Instal Kraków oraz Control Process. Na podstawie powyżej powołanego przepisu zamawiający winien odrzucić oferty w/w wykonawców, ze względu na ich niezgodność z zapisami SIWZ.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp odwołujący CARBOAUTOMATYKA podniósł, iż zamawiający nie podjął jakichkolwiek działań w celu

ustalenia zgodności urządzenia zaproponowanego przez odwołującego z SIWZ i dokumentacją przetargową, choć w zaistniałej sytuacji winien w pierwszej kolejności wezwać odwołującego do złożenia wyjaśnień, na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, a dopiero potem ewentualnie odrzucić jego ofertę. Instytucja zamawiająca nie wykazała niezgodności jego oferty z SIWZ. To na zamawiającym, który ze swoich twierdzeń wywodzi skutek prawny w postaci konieczności odrzucenia oferty, spoczywa ciężar udowodnienia podstawy do

zastosowania tej sankcji.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 87 ust. 2 ustawy Pzp odwołujący CARBOAUTOMATYKA podniósł, iż zgodnie z literalną treścią art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, zamawiający w pierwszej kolejności zobowiązany jest poprawić omyłki, które nie powodują istotnych zmian w treści oferty, a dopiero w braku zgody wykonawcy na ich poprawienie, może ofertę odrzucić. Określenie, że umówioną formą wynagrodzenia będzie wynagrodzenie kosztorysowe nie wyklucza poprawienia omyłek w kosztorysie ofertowym.

Celem przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jest niedopuszczenie do wyeliminowania z postępowania ofert na skutek zaistnienia niezgodności, które nie mają istotnego znaczenia dla przedmiotu zamówienia i oczekiwań zamawiającego. Przywołany przepis nakłada na zamawiającego obowiązek poprawiania w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego omyłek w treści oferty. Dla wypełnienia przez zamawiającego tej powinności konieczne jest ustalenie następujących okoliczności i łączne ich spełnienie: 1) stwierdzona przez zamawiającego niezgodność treści oferty z SIWZ ma charakter omyłki oraz 2) poprawienie tej omyłki nie spowoduje istotnych zmian w ofercie. Co ważne w odróżnieniu od omyłki pisarskiej, czy rachunkowej, omyłka z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie musi mieć charakteru oczywistego, ewidentnego, co potwierdza użycie w powołanym przepisie zwrotu „inne omyłki", a nie np. „inne oczywiste omyłki".

W okolicznościach niniejszej sprawy spełniły się obie powyższe przesłanki. Omyłki popełnione przez odwołującego trzeba zakwalifikować jako omyłki niezamierzone, drobne, których poprawienie nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty.

Zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający w toku badania i oceny ofert poprawia w ofercie oczywiste omyłki rachunkowe, uwzględniając przy tym konsekwencje rachunkowe dokonanych poprawek. W przedmiotowej sprawie na zamawiającym ciążył obowiązek dokonania rachunkowego sprostowania kalkulacji zawartej w Harmonogramie Rzeczowo-Finansowym, z którego wynikało, że suma wszystkich wartości wynosi 100,8 %. Stwierdzenie omyłki może mieć miejsce w sytuacji, w której przebieg działania matematycznego może być prześledzony i na podstawie reguł rządzących tym działaniem możliwe jest stwierdzenie błędu w jego wykonaniu.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp odwołujący CARBOAUTOMATYKA podniósł, iż zamawiający naruszył powyższy przepis poprzez

prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Przejawiało się to w braku odrzucenia ofert wykonawców, które nie spełniały wymogów postawionych przez zamawiającego oraz w odrzuceniu oferty odwołującego CARBOAUTOMATYKA, która spełniania wszystkie wymogi zamawiającego.

W dniu 3 listopada 2015 r. zamawiający wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania, przekazując jednocześnie kopię odwołania.

W dniu 5 listopada 2015 r. (pismem z dnia 4 listopada 2015 r.) wykonawca Control Process zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu.

W dniu 6 listopada 2015 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca Instal Kraków zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu.

Zamawiający złożył w dniu 16 listopada 2015 r. (pismem z tej samej daty) odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości.

Sygn. akt KIO 2393/15

W dniu 22 października 2015 r. (pismem z tej samej daty) zamawiający poinformował wykonawcę Instal Kraków, zwanego dalej „odwołującym Instal Kraków", o wyborze oferty wykonawcy Control Process jako najkorzystniejszej.

W dniu 2 listopada 2015 r. (pismem z tej samej daty) odwołujący Instal Kraków wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do zamawiającego w dniu 2 listopada 2015 r.) od niezgodnej z prawem czynności zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Control Process oraz czynności polegającej na niedopuszczalnym przez prawo prowadzeniu przez zamawiającego z Control

Process negocjacji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w ramach przedmiotowego przetargu, zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie przez zamawiającego zakazanej przez ustawę negocjacji z wykonawcą Control Process;
2. art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez niezgodne z prawem poprawienie przez zamawiającego oświadczenia woli złożonego przez wykonawcą Control Process,
3. art. 36 w związku z art. 38 ust. 4 ustawy Pzp poprzez sporządzenie SIWZ i zmiany treści SIWZ w sposób uniemożliwiający uzyskanie porównywalnych ofert
4. art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez uznanie, że oferta wykonawcy Control Process nie zawiera ceny rażąco niskiej,

---

5. art. 7 ustawy Pzp poprzez wybór oferty wykonawcy Control Process pomimo faktu, iż powinna ona zostać odrzucona w przedmiotowym postępowaniu, czym zamawiający nie zapewnił zachowania uczciwej konkurencji.

Jednocześnie odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania w całości,
2. unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
3. powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
4. odrzucenie oferty wykonawcy Control Process,
5. wybór oferty odwołującego Instal Kraków jako oferty najkorzystniejszej,
6. z ostrożności procesowej, w przypadku uznania przez Krajową Izbę Odwoławczą, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy wnoszę o unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego

W uzasadnieniu odwołania odwołujący Instal Kraków wskazał m.in., iż w dniu 27 października 2015 r. uzyskał wgląd do dokumentacji przetargowej, w której zapoznał się zawiadomieniem zamawiającego z dnia 6 października 2015 r. o poprawieniu w ofercie wykonawcy Control Process innej omyłki polegającej na niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, na którą to czynność wykonawca ten wyraził zgodę. W piśmie z dnia 6 października 2015 r. zamawiający poinformował wykonawcę Control Process o poprawieniu w jego ofercie w trybie art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy innej omyłki polegającej na niezgodności jego oferty z SIWZ polegającej na zmianie na stronie 670 akapit pierwszy oferty słów: „Dodatkowe badania sprawdzające warunki gruntowe pod fundamentem na wniosek Wykonawcy będą wykonane na jego koszt, o ile konieczność ich zlecenia nie wynika z błędu dokumentacji geotechnicznej dostarczonej przez Zamawiającego” na „Dodatkowe badania sprawdzające warunki gruntowe pod fundamentem na wniosek Wykonawcy będą wykonane na jego koszt”.

Dokonana przez zamawiającego czynność jest nieuprawniona i sprzeczna z prawem i stanowi niedozwoloną przez ustawę Pzp negocjację. Zgodnie z brzmieniem pkt 2.2.3 SIWZ (str. 187) Zamawiający w zakresie kontroli i odbiorów wykopów wpisał „Dodatkowe badania sprawdzające warunki gruntowe pod fundamentem na wniosek Wykonawcy będą wykonane na jego koszt, o ile konieczność ich zlecenia nie wynika z błędu dokumentacji geotechnicznej dostarczonej przez Zamawiającego”. Zapis ten nie uległ zmianie w trybie art. 38 ust 4 ustawy Pzp i dlatego też zapis ten znalazł się w ofertach wszystkich wykonawców. Jeżeli zatem zamawiający nie dokonał zmiany treści SIWZ nie miał podstaw do tego aby oczekiwać w treści ofert zmienionego zapisu a zatem nie miał podstaw aby uznać, że w tym zakresie oferta wykonawcy Control Process jest niezgodna z SIWZ.

Jeżeli intencją zamawiającego była zmiana treści SIWZ w zakresie pkt 2.2.3. SIWZ, tj. zmiana rozdziału ponoszenia kosztów dodatkowych badań sprawdzających warunki gruntowe zamawiający winien dokonać tej zmiany treści SIWZ wprost w trybie art. 38 ust. 4 ustawy Pzp, a nie w sposób dorozumiany. Z samego faktu, iż wynagrodzenie ma mieć charakter ryczałtowy nie wynika bowiem brak możliwości podziału między strony procesu budowlanego kosztów dodatkowych badań warunków gruntowych, zwłaszcza, jeżeli badania te będą wynikały z błędów w dokumentacji geotechnicznej. Taki podział uznać należy nawet za uzasadniony i realizujący zasadę równości stron stosunku zobowiązaniowego.

Wynagrodzenie ryczałtowe dotyczy bowiem określonego w SIWZ zakresu robót (czynności) przy uwzględnieniu ustalonych przez zamawiającego wyłączeń, właśnie w zakresie np. kosztów niektórych badań. Zatem to, że koszt niektórych badań ponosić będzie zamawiający nie niweczy ryczałtowego charakteru wynagrodzenia. Z uwagi również na wpływ cytowanego wyżej zapisu SIWZ na sposób obliczenia przez oferentów wynagrodzenia i w konsekwencji wysokości tego wynagrodzenia, zmiana w tym zakresie winna być dokonana wprost, a nie w sposób dorozumiany, tak aby otrzymane przez zamawiającego oferty były porównywalne. Brak porównywalności ofert stanowi bowiem istotną wadę podstępowania przetargowego skutkującą koniecznością jego unieważnienia. Taki właśnie brak porównywalności ofert występuje w tym postępowaniu.

Podniósł także, że mimo istnienia identycznego zapisu w treści oferty wykonawcy Instal Kraków i wykonawcy CARBOAUTOMATYKA zamawiający dokonał nieuprawnionego poprawienia treści oferty tylko w ofercie wykonawcy Control Process, czym naruszył również art. 7 ustawy Pzp. Nawet gdyby przyjąć, że doszło do zmiany SIWZ, to zamawiający zastosował art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w sposób nieuprawniony. Tak więc zamawiający poprawiając omyłkę dokonał istotnej zmiany treści oferty - bowiem to czy oferta obejmuje wynagrodzenie za wszystkie badania czy tylko niektóre stanowi istotną treść oferty wpływającą na wynagrodzenie i zakres przedmiotu oferty. Obowiązkiem zamawiającego wynikającym z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jest poprawa omyłek innych niż oczywiste pisarskie lub rachunkowe, tylko wówczas, gdy spełniają łącznie przesłanki określone w tym przepisie.

W niniejszym postępowaniu, mimo braku oczywistości omyłki, zamawiający dokonał samodzielnego poprawienia omyłki - poprawienie to spowodowało zmianę oświadczenia woli. Zamawiający zmienił w istotny sposób treść oferty wykonawcy Control Process - przed zmianą cena oferowana przez tego wykonawcę obejmowała tylko koszty badań niezwiązanych z błędami dokumentacji geotechnicznej, a po zmianie cena ta obejmowała już koszty wszystkich badań niezależnie od przyczyny ich przeprowadzenia. Z uwagi na istotność tej zmiany dokonane przez Zamawiającego poprawienie, zwłaszcza w świetle braku wystąpienia do wykonawcy Control Process o wyjaśnienie, stanowi rażące naruszenie

przepisu art. 87 ust 1 ustawy Pzp. Oznacza to, że doszło do niedozwolonej przepisami ustawy negocjacji, tj. naruszenia art. 87 ust 1 ustawy Pzp. W wyniku nieuprawnionej negocjacji zamawiający uzyskał korzystniejszą ofertę - w ramach niezmienionej ceny wykonawcy Control Process rozszerzył zakres swoich obowiązków o poniesienie kosztów wszystkich badań gruntowych. Mimo znacznej różnicy wartości pomiędzy ofertą wykonawcy Control Process i wartością zamówienia podaną przez zamawiającego, zamawiający nie wezwał tego oferenta do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Nie uczynił tego również w momencie, gdy w wyniku nieuprawnionej negocjacji, wykonawca ten zgodził się na ujęcie w swojej niezmienionej cenie kosztu wszystkich badań warunków gruntowych czyli udzielił zamawiającemu *de facto* 100 % upustu w zakresie tych kosztów.

W dniu 3 listopada 2015 r. zamawiający wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania, przekazując jednocześnie kopię odwołania.

W dniu 5 listopada 2015 r. (pismem z dnia 4 listopada 2015 r.) wykonawca Control Process zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu.

Zamawiający złożył w dniu 16 listopada 2015 r. (pismem z tej samej daty) odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości.

Zarządzeniem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 listopada 2015 r. odwołania o sygn. akt KIO 2372/15 i KIO 2393/15 zostały skierowane do łącznego rozpoznania przez skład orzekający Izby.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępujących złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył, co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia żadnego z odwołań w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne ich rozpoznanie, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołujących w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając, iż odwołania nie zasługują na uwzględnienie.

Sygn. akt KIO 2372/15

Zarzuty naruszenia: art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie, przejawiające się w zaniechaniu wezwania wykonawcy Control Process oraz wykonawcy Instal Kraków do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez jego niezastosowanie, a w konsekwencji nieodrzucenie ofert złożonych przez wykonawców: Instal Kraków oraz Control Process pomimo istnienia w nich rażąco niskiej ceny nie potwierdziły się (zarzut 1 i 2).

Izba ustaliła, iż zamawiający bezpośrednio przed otwarciem ofert podał, iż kwota jaką zamierza przeznaczyć na realizacją przedmiotowego zamówienia wynosi 73 800 000,00 zł brutto (60 000 000,00 zł netto). Kwota netto, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia jest równa kwocie szacunkowej wartości zamówienia.

W postępowaniu złożono trzy oferty.

Jako najkorzystniejsza została wybrana oferta złożona przez wykonawcę Control Process z ceną 54 698 100,00 zł brutto (44 470 000,00 zł netto). Wykonawca Instal Kraków zaoferował realizację tego zamówienia za cenę 60 980 272,25 zł brutto (49 577 457,11 zł netto), natomiast odwołujący za cenę 62 667 667,49 zł brutto (50 949 323,16 zł netto).

Odwołujący podniósł m.in., iż nie jest możliwe właściwe wykonanie przedmiotu zamówienia po cenach zaproponowanych przez wykonawców: Control Process i Instal Kraków. Sugeruje to - w jego ocenie – realizację zamówienia poniżej kosztów wytworzenia.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Zamawiający – zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp - odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Istotnie nie ma definicji rażąco niskiej ceny. Niemniej jednak za ceną rażąco niską uznawana jest cena niewiarygodnie niska i znacząco odbiegająca od cen rynkowych, wskazująca na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi. Tak więc punktem odniesienia dla oceny czy cena kwestionowanych ofert jest rażąco niska jest przede wszystkim przedmiot zamówienia i jego wartość szacunkową. Ceny te należy także odnieść do ceny ofert złożonych w tym postępowaniu.

Porównanie cen ofert złożonych w tym konkretnym postępowaniu i ich odniesienie zarówno do wartości szacunkowej zamówienia, jak i cen ofert złożonych w tym postępowaniu prowadzi do wniosku, że brak jest podstaw do twierdzenia, że cena ofert:

wykonawcy Control Process i wykonawcy Instal Kraków jest rażąco niska. Nie ma też podstaw by ją wyjaśniać. Art. 90 ust. 1 ustawy Pzp stanowi bowiem, że jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia (w tym przypadku podstaw takich nie ma) i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa niż o 30% od wartości zamówienia (taka sytuacja nie występuje) lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert (taka sytuacja również nie występuje), zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów. Tak więc tylko w przypadku zaistnienia ww. okoliczności zamawiający zobowiązany jest zwrócić się do wykonawcy o złożenie stosownych wyjaśnień. Tymczasem w tym konkretnym stanie faktycznym stwierdzić należy, że nie zaistniały przesłanki z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp uzasadniające jego obligatoryjne zastosowanie. Cena ofert tych

wykonawców nie jest bowiem niższa o 30% od wartości szacunkowej zamówienia ani też średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Cena ta nie jest niższa o 30%, nawet od błędnie wskazywanej przez odwołującego, wysokości budżetu zamawiającego, a do którego wartość ta nie może być absolutnie odnoszona. I tak cena oferty wykonawcy Control Process i wykonawcy Instal Kraków stanowi odpowiednio 74% i 83% szacunkowej wartości zamówienia i odpowiednio 92% i 103% średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert. Z powyższego jednoznacznie wynika, że nie zachodzą przesłanki do wezwania tych wykonawców do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Cena ich ofert nie jest ceną rażąco niską a ponadto brak jest jakichkolwiek podstaw do jej wyjaśniania. Nie znajduje żadnego uzasadnienia podnoszony przez odwołującego argument, iż nawet niespełnienie przesłanek z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nakłada na zamawiającego obowiązek wezwania wykonawców do wyjaśnienia ceny. Przepis ten wskazuje bowiem okoliczności, w przypadku wystąpienia których zamawiający zobowiązany jest do jego zastosowania. Oczywiście – w razie wątpliwości i tylko w takim przypadku – mimo braku zaistnienia tych przesłanek zamawiający może ten przepis zastosować. Jednakże w tym przypadku żadnych podstaw ku temu nie było. Zamawiający nie miał wątpliwości a przesłanki do zastosowania ww. przepisu nie zaistniały. Nadto odwołujący nie przedstawił żadnych argumentów wskazujących na konieczność jego zastosowania. Oparł się jedynie na niczym niepopartych ogólnikach, nie przedstawiając przy tym żadnych dowodów na potwierdzenie stawianych tez. To zamawiający wykazał realność cen zaoferowanych w kwestionowanych ofertach, odwołując się do ceny uzyskanej przez innego zamawiającego (przy jedynym w Polsce postępowaniu, poza tym postępowaniem, na ten sam przedmiot zamówienia), która dla dwóch obiektów odpopielania wynosiła 82,9 mln zł (a więc wartość jednego to około 41 mln zł). Natomiast ceny zaoferowane przez wykonawców to: Control Process - 54 698 100,00 zł brutto

(44 470 000,00 zł netto) i Instal Kraków - 60 980 272,25 zł brutto (49 577 457,11 zł. Tym samym Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

Nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp (zarzut 3), poprzez jego błędną wykładnię i niezastosowanie polegający na braku odrzucenia ofert wykonawców: Control Process oraz Instal Kraków, pomimo, iż oferty tych wykonawców stanowiły czyn nieuczciwej konkurencji (zarzut 3). Także w zakresie tego zarzutu odwołujący, mimo, iż to właśnie na nim – zgodnie z art. 14 ustawy Pzp w zw. z art. 6 k.c. - spoczywa obowiązek udowodnienia podnoszonych przez niego zarzutów nie przedstawił dowodów potwierdzających zaistnienie określonego czynu z ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jak i przesłanek do jego zastosowania. Odwołał się jedynie do informacji rzekomo uzyskanych od pomiotów trudniących się wykonywaniem robót budowlanych oraz dostaw materiałów budowlanych jednak żadnych dowodów na okoliczność tę nie złożył. Dlatego też Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez przyjęcie, iż oferty złożone przez wykonawców: Instal Kraków Spółka oraz Control Process są zgodne w treści z SIWZ, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia ofert tych wykonawców nie potwierdził się (zarzut 4).

To odwołujący, formułując zarzut niezgodności treści ofert złożonych przez wykonawców: Instal Kraków Spółka oraz Control Process z treścią SIWZ, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia ofert tych wykonawców, poza sformułowaniem zarzutu i ogólnikowych twierdzeń, że „zamawiający winien odrzucić oferty ww. wykonawców, ze względu na ich niezgodność z zapisami SIWZ", nie przedstawił żadnych argumentów wskazujących na jego zasadność. Żądał jedynie udostępnienia mu treści dokumentów objętych przez tych wykonawców tajemnicą przedsiębiorstwa, które on sam także taką tajemnicą objął. Nie formułował jednak w toku postępowania o przedmiotowe zamówienie żadnych zarzutów dotyczących nieprawidłowego objęcia wskazanych przez niego dokumentów tajemnicą przedsiębiorstwa i nie wnosił o ich odtajnienie. Przeciwnie sam w treści odwołania stwierdził, że powyższe „jest to rezultat skutecznego zastrzeżenia (…) tajemnicy przedsiębiorstwa".

Wobec powyższego podnieść należy, że postępowanie przed Izbą ma charakter kontradyktoryjny. Tak więc to odwołujący powinien był wykazać zasadność stawianych

zarzutów, to bowiem „(…) skarżący, jako strona atakująca powinien podważyć słuszność decyzji zamawiającego, to na nim spoczywa ciężar dowodu" (wyrok SO w Warszawie z dnia 31 sierpnia 2011 r., sygn. akt V Ca 3061/11). Dlatego też Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

16

Zarzuty naruszenia: art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez jego błędne zastosowanie i przyjęcie, że **treść oferty złożonej przez odwołującego CARBOAUTOMATYKA jest niezgodna z treścią SIWZ, a w konsekwencji odrzucenie oferty złożonej przez tego wykonawcę bez zastosowania art. 87 ust. 1, art. 87 ust. 2 pkt 3 i art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp nie potwierdziły się (zarzut 5, 6 i 7).**

Izba ustaliła, iż zamawiający wymagał złożenia przez wykonawców wraz z ofertą dwóch dokumentów, tj. „Ramowego Harmonogramu Realizacji Umowy" i „Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego".

Wykonawca CARBOAUTOMATYKA złożył te dokumenty, zastrzegając przy tym, iż nie mogą być one udostępniane z uwagi na to, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zamawiający, pismem z dnia 22 października 2015 r., poinformował tego wykonawcę, że jego oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, gdyż jej treść nie jest odpowiada treści SIWZ w zakresie określonym w niejawnym załączniku do zawiadomienia, gdyż dotyczy części oferty, objętej przez wykonawcę tajemnicą przedsiębiorstwa.

Mają na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

W „Harmonogramie Rzeczowo – Finansowym" złożonym przez odwołującego CARBOAUTOMATYKA, co jest bezsporne, znajduje się szereg błędów w terminach zakończenia bądź realizacji poszczególnych etapów inwestycji.

Tymczasem zamawiający przewidział w treści SIWZ pewne sztywne terminy, które wykonawca bezwzględnie zobowiązany był uwzględnić w przygotowanym harmonogramie, jak np. data zakończenia realizacji, data zakończenia etapu dotyczącego odbierania popiołu oraz data ukończenia prac budowlano-montażowych. Były to terminy, które nie podlegały zmianie. Dlatego też każdy wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia zobowiązany był je uwzględnić w przygotowanym przez siebie harmonogramie.

W ramach tego harmonogramu były ujęte także etapy, dla których wykonawcy mogli dowolnie określić termin realizacji danego etapu, jednak z uwzględnieniem czasu koniecznego – zdaniem danego wykonawcy - do jego wykonania, i z uwzględnieniem tego, że dany etap czy też dana czynność powinna być, np. „wykonana nie później niż 3 miesiące od (…)". W takim też przypadku termin ten mógł wynosić 3 miesiące, ale mógł być też odpowiednio krótszy. Wykonawca miał w tym zakresie pewną swobodę w jego określeniu. A skoro tak to zamawiający nie mógł poprawić tego rodzaju błędów w ofercie odwołującego CARBOAUTOMATYKA. Nie posiadał bowiem wiedzy na temat terminów, które faktycznie zaoferował ten wykonawca, zwłaszcza że terminy te konsekwentnie powielał w złożonych dokumentach. Terminy te są identyczne w obu harmonogramach.

17

Odwołujący CARBOAUTOMATYKA to profesjonalista, uczestniczący zapewne wielokrotnie w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, tym bardziej więc powinien był dołożyć należytej staranności przy przygotowaniu oferty, zdając sobie sprawę z konsekwencji jakie wiąże ustawa z niedostosowaniem się do wymogów zamawiającego.

Nie było również podstaw do zastosowania art. 87 ust. 1 ustawy Pzp i zażądania od odwołującego CARBOAUTOMATYKA wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Zamawiający może, ale nie musi, korzystać z tego uprawnienia. Zobowiązany jest z niego skorzystać tylko wtedy, gdy istnieją ku temu przesłanki. W tym przypadku wykonawca w treści oferty (w obu harmonogramach), jak już wyżej wskazano, konsekwentnie powielał błędne terminy zarówno zakończenia realizacji, jak i jej poszczególnych etapów. Tymczasem procedura wyjaśniania treści oferty nie może co do zasady skutkować wprowadzeniem zmian w treści oferty. Wyjaśnienia muszą się ograniczać do wskazania sposobu rozumienia zawartych w ofercie treści, przy czym nie mogą jej zmieniać. Natomiast w tym przypadku doszłoby do nieuprawnionych negocjacji z wykonawcą dotyczących treści jego oferty, a w

konsekwencji jej zmiany.

Zamawiający nie był także uprawniony do zastosowania w odniesieniu do znajdujących się w harmonogramach błędów art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Poprawienie omyłek innych niż oczywiste omyłki pisarskie lub rachunkowe jest możliwe wyłącznie wtedy, gdy poprawa ta spełnia łącznie dwie przesłanki, tj.: omyłki polegają na niezgodności oferty z SIWZ i nie powodują istotnych zmian w treści oferty. Błędy istniejące w ofercie odwołującego CARBOAUTOMATYKA powodują niezgodność treści oferty z treścią SIWZ. Niezgodność ta polega na niezgodności z wymaganiami zamawiającego co do terminów realizacji zamówienia i jego poszczególnych etapów. Niemniej jednak nie można stwierdzić, iż niezgodność ta nie powoduje istotnych zmian w treści ofert. Zmiana treści harmonogramów (w odniesieniu do terminów) to zasadnicza zmiana sposobu realizacji umowy. Zmianie podlegałyby bowiem terminy realizacji umowy i jej poszczególnych etapów, przy czym te ostatnie były w pewnym zakresie pozostawione woli wykonawcy. Tak więc nie wiadomo, gdyż nie wynika to z treści oferty, jakie terminy faktycznie chciał zaoferować odwołujący CARBOAUTOMATYKA.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp Izba ustaliła, iż zamawiający w załączniku nr 3 do umowy, w części C.2. SIWZ, tiret drugi podał „Harmonogram Rzeczowo-Finansowy w Ofercie musi pokazywać Etapy Realizacji netto w PLN na 100% (sto procent) wynagrodzenia umownego netto".

Odwołujący CARBOAUTOMATYKA jednoznacznie wskazał w treści odwołania, iż podana przez niego w Harmonogramie, mimo wcześniejszego objęcia tego dokumentu tajemnicą przedsiębiorstwa, „suma wszystkich wartości wynosi 100,8%".

Odwołujący CARBOAUTOMATYKA zarzucił zamawiającemu, że nie dokonał on w jego ofercie (Harmonogramie Rzeczowo-Finansowym), rachunkowego sprostowania zawartej w niej kalkulacji.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp stanowi, iż zamawiający poprawia w ofercie oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek. Na podstawie tego punktu podlegają wiec poprawieniu błędy wykonawcy popełnione przez niego w obliczeniach, a polegające na otrzymaniu nieprawidłowego wyniku działania arytmetycznego. A ponadto omyłka ta, omyłka rachunkowa musi być oczywista i musi ja poprawić sam zamawiający.

Niewątpliwym jest, iż w Harmonogramie Rzeczowo-Finansowym zawartych jest 42 pozycji i dla każdej z nich podano m.in. „wartość etapu realizacji netto w % (procentach" (kolumna 4) oraz „wartość etapu realizacji netto po odjęciu zaliczki" (kolumna 6). Aby więc dokonać zmiany i doprowadzić do tego, aby suma wszystkich wartości – jak wymagał tego zamawiający – wynosiła 100 %, a nie 100,8% - jak wskazał to w swej ofercie odwołujący CARBOAUTOMATYKA, koniecznym jest dokonanie zmiany którejś z 42 pozycji. Nie wiadomo jednak, której (jednej bądź kilku). Mimo, że – jak twierdził odwołujący CARBOAUTOMATYKA – zmiana ta jest oczywista. Niemniej jednak w treści odwołania nie pokusił się o podanie sposobu jej dokonania. Także jego pełnomocnik nie potrafił podać na rozprawie w jaki sposób zmiana ta ma być dokonana. Co prawda wskazywał, po skontaktowaniu się z mocodawcą, że chodzi o pozycję 12, przy czym informacji o błędzie w tej właśnie pozycji nie zawarł w odwołaniu. Oznacza to, że zmiana, mimo iż miała mieć charakter oczywisty, to w istocie oczywistą nie jest. Jej dokonanie nie byłoby bowiem możliwe bez konsultacji zamawiającego z wykonawcą a dokonane poprawienie wartości tej pozycji (pozycji 12) - jego sposób należałoby wydedukować z wartości wskazanych dla pozostałych pozycji. Tymczasem, w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, dokonuje się poprawy oczywistych omyłek rachunkowych. A ponieważ powstała niezgodność nie ma charakteru oczywistego, jak również arytmetycznego, a więc właściwego dla poprawienia tego typu błędu, nie można dokonać jej poprawy. Dlatego też Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

Tym samym nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp (zarzut 8).

Sygn. akt KIO 2393/15

Zarzuty naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie przez zamawiającego zakazanej przez ustawę negocjacji z wykonawcą Control Process oraz art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez niezgodne z prawem poprawienie przez zamawiającego oświadczenia woli złożonego przez wykonawcą Control Process nie potwierdziły się.

Izba ustaliła, iż w zamawiający, udzielając odpowiedzi na pytania wykonawców podał:
Odpowiedź na pytanie nr 35:
„Ryzyka związane z posadowieniem obiektów leżą całkowicie po stronie wykonawcy. To wykonawca powinien określić i wykonać taki zakres badań gruntu, jaki uzna za niezbędny do określenia posadowienia obiektów. TAURON może przekazać wykonawcom dostępną dokumentację podłoża gruntowego, która opisuje co najwyżej podłoże w sąsiedztwie obecnej lokalizacji popiołu (….).”
Odpowiedź na pytanie nr 134:
„Zamawiający wyrażą zgodę na przeprowadzenie uzupełniających badań gruntowych przed złożeniem oferty. Wszystkie koszty i uzgodnienia z tym związane leżą po stronie wykonawcy. (…) Zamawiający jeszcze raz podkreśla, iż niezależnie od wykonanych badań uzupełniających, ryzyka związane z posadowieniem obiektów leżą całkowicie po stronie wykonawcy”.

Uzupełniające badania gruntowe przed złożeniem oferty przeprowadził wykonawca Control Process.

Zamawiający, pismem z dnia 6 października 2015 r., poinformował wykonawcę Control Process, iż działając na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprawił w jego ofercie inną omyłkę polegającą na niezgodności oferty z SIWZ niepowodująca istotnych zmian w treści oferty – w załączniku nr 2B do umowy, jednocześnie żądając udzielenia odpowiedzi czy wyraża zgodę na poprawienie innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ.

W dniu 9 października 2015 r. wykonawca Control Process oświadczył, iż wyraża zgodę na poprawienie omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodującej istotnych zmian treści oferty.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Odwołujący Instal Kraków dokonaną przez zamawiającego, w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, poprawę oferty wykonawcy Control Process utożsamia z niedozwoloną przepisami ustawy negocjacją, tj. naruszeniem art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Stosownie do art. 87 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający może żądać wyjaśnień treści złożonej przez wykonawcę oferty. Jednakże udzielone wyjaśnienia nie mogą prowadzić do zmian w treści oferty, ograniczać się muszą jedynie do wskazania sposobu rozumienia treści zawartej w ofercie.

Niemniej jednak, w tym stanie faktycznym zamawiający nie zwracał się do wykonawcy Control Process z żądaniem złożenia jakichkolwiek wyjaśnień. Samodzielnie dokonał poprawienia treści jego oferty, działając na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, i żądając od wykonawcy Control Process jedynie udzielenia odpowiedzi czy wyraża zgodę na poprawienie innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ. Uzyskane wyjaśnienia mogą być źródłem wiedzy zamawiającego niezbędnej do prawidłowego dokonania czynności określonych w art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. W tym stanie faktycznym wyjaśnień jednak nie było. Wobec czego nie mogło dojść do negocjacji dotyczących treści oferty wykonawcy Control Process

Zamawiający dokonał poprawienia treści oferty wykonawcy Control Process poprzez skreślenie na stronie 670 oferty tego wykonawcy słów „o ile konieczność ich zlecenia nie wynika z błędu dokumentacji geotechnicznej dostarczonej przez zamawiającego”. Zamawiający przerzucił bowiem na wykonawców ryzyka związane z posadowieniem zbiorników popiołu. To wykonawcy zobowiązani zostali do określenia i wykonania zakresu badań gruntu, na którym te obiekty mają być posadowione. Wynika to wprost z udzielonych przez niego odpowiedzi na pytanie nr 35, jak również na pytanie nr 134, w którym, wyraził zgodę na przeprowadzenia uzupełniających badań gruntowych przed złożeniem oferty, zaznaczając przy tym, że ich koszt ponosi wykonawca. W kontekście powyższego oczywistym było, że koszt tych badań, a tym samym ryzyko z tym związane ponosi wykonawca a nie zamawiający, gdyż badań tych nie obejmowała posiadana przez zamawiającego dokumentacja. Wobec tego nie mogło być mowy o błędzie w dokumentacji

geotechnicznej dostarczonej przez zamawiającego, a tym samym o ponoszonych przez niego kosztach. Dlatego też zawarta w załączniku nr 2B treść „o ile konieczność ich zlecenia nie wynika z błędu dokumentacji geotechnicznej dostarczonej przez zamawiającego" rzeczywiście stanowi o niezgodności treści oferty wykonawcy Control Process z treścią SIWZ. Niezgodność z SIWZ oznacza bowiem niezgodność z każdym z elementów specyfikacji wymienionym w art. 36 ustawy Pzp. I w tym przypadku rzeczywiście tak jest. Wykonawca popełnił omyłkę powodującą niezgodność treści jego oferty z treścią SIWZ. Niemniej jednak poprawieniu podlegają wyłącznie niezgodności niepowodujące zmian w treści oferty. Dopuszczony jest tylko taki zakres zmian, których marginalność nie naruszy istoty zobowiązania wynikającego z oferty. W tym przypadku rzeczywiście tak jest, świadczenie to nie wchodzi w zakres istoty zobowiązania. A ponadto wartość tych badań wynosi około 9 000,00 zł netto i jest bez znaczenia dla ceny oferty wykonawcy Control Process (44 470 000,00 zł netto).

Dlatego też Izba stwierdziła, że ww. zarzuty nie potwierdziły się.

Zarzut naruszenia art. 36 w związku z art. 38 ust. 4 ustawy Pzp poprzez sporządzenie SIWZ i zmiany treści SIWZ w sposób uniemożliwiający uzyskanie porównywalnych ofert nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż zamawiający w części B2 do SIWZ w części dotyczącej kontroli i odbioru wykopów zamieścił treść „ Dodatkowe badania sprawdzające warunki gruntowe pod fundamentem na wniosek wykonawcy będą wykonane na jego koszt, o ile konieczność ich zlecenia nie wynika z błędu dokumentacji geotechnicznej dostarczonej przez zamawiającego".

Zamawiający, udzielając odpowiedzi na pytania wykonawców podał:

Odpowiedź na pytanie nr 35:

„Ryzyka związane z posadowieniem obiektów leżą całkowicie po stronie wykonawcy. To wykonawca powinien określić i wykonać taki zakres badań gruntu, jaki uzna za niezbędny do określenia posadowienia obiektów. TAURON może przekazać wykonawcom dostępną dokumentację podłoża gruntowego, która opisuje co najwyżej podłoże w sąsiedztwie obecnej lokalizacji popiołu (….)."

Odpowiedź na pytanie nr 134:

„Zamawiający wyrażą zgodę na przeprowadzenie uzupełniających badań gruntowych przed złożeniem oferty. Wszystkie koszty i uzgodnienia z tym związane leżą po stronie wykonawcy. (…) Zamawiający jeszcze raz podkreśla, iż niezależnie od wykonanych badań uzupełniających, ryzyka związane z posadowieniem obiektów leżą całkowicie po stronie wykonawcy".

Odwołujący Instal Kraków podniósł, iż zamawiający nie dokonał zmiany treści SIWZ, wobec czego nie miał podstaw do tego aby oczekiwać od wykonawców zawarcia w treści ofert zmienionego zapisu, a tym samym uznania, że oferta wykonawcy Control Process jest niezgodna z treścią SIWZ

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Zamawiający nie przekazał wykonawcom dokumentacji badań gruntowych terenu, na którym mają być posadowione zbiorniki do odpopielania, gdyż sam jej nie posiadał Odpowiadając na wątpliwości wykonawców udzielił precyzyjnych wyjaśnień w tym zakresie, wskazując jaka jest jego wola w zakresie dotyczącym uzupełniających badań gruntowych. „Wyjaśnienia udzielane wszystkim oferentom w trybie odpowiedzi na pytania każdego z nich w zakresie odnoszącym się do SIWZ stanowią rodzaj wykładni autentycznej wiążącej zamawiającego i uczestników przetargu; stanowią też rodzaj zmiany, jeżeli nie ma konieczności odmiennego lub uzupełniającego zmodyfikowania SIWZ" (wyrok SO w Warszawie z dnia 18 grudnia 2002 r., sygn. akt V Ca 1311/02. Każdorazowo, jeżeli wyjaśnienia treści SIWZ prowadzą do nadania jej zapisom nowego znaczenia, mamy do czynienia z modyfikacją jej treści. Jest ona wiążąca dla uczestników postępowania i stanowi

---

wyznacznik jej interpretacji (wyrok KIO z dnia 1 lutego 2013 r., sygn. akt KIO 56/13). Treść, na którą powołuje się odwołujący Instal Kraków dotyczy części B SIWZ zawierającej wymagania techniczne przedmiotu zamówienia i odwołuje się do dokumentu, który zawiera

dokumentację badań gruntowych, jednakże nie dotyczy ona terenu, na którym obecnie zbiorniki mają być posadowione. W wyniku udzielonych wyjaśnień zamawiający podał wprost, iż ryzyka związane z posadowieniem obiektów leżą całkowicie po stronie wykonawcy i to wykonawca powinien określić i wykonać taki zakres badań gruntu, jaki uzna za niezbędny do określenia posadowienia obiektów, dodając iż może przekazać wykonawcom dostępną dokumentację podłoża gruntowego, która opisuje co najwyżej podłoże w sąsiedztwie obecnej lokalizacji popiołu. Wobec czego wykonawcy zobowiązani byli uwzględnić w cenie oferty wszystkie koszty związane z posadowieniem zbiorników, w tym koszty badań gruntowych, gdyż na wykonawcę zamawiający przerzucił ryzyka związane z posadowieniem obiektów. Tym samym Izba uznała, iż zarzut ten nie potwierdził się.

Zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez uznanie, że **oferta wykonawcy Control Process nie zawiera ceny rażąco niskiej nie potwierdził się.**

Izba ustaliła, iż zamawiający bezpośrednio przed otwarciem ofert podał, iż kwota jaką zamierza przeznaczyć na realizacją przedmiotowego zamówienia wynosi 73 800 000,00 zł brutto (60 000 000,00 zł netto). Kwota netto, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia jest równa kwocie szacunkowej wartości zamówienia.

W postępowaniu złożono trzy oferty.

Jako najkorzystniejsza została wybrana oferta złożona przez wykonawcę Control Process z ceną 54 698 100,00 zł brutto (44 470 000,00 zł netto). Natomiast wykonawca Instal Kraków zaoferował za realizację tego zamówienia cenę 60 980 272,25 zł brutto (49 577 457,11 zł netto).

Odwołujący podniósł m.in., iż mimo znacznej różnicy wartości pomiędzy ofertą wykonawcy Control Process i wartością zamówienia podaną przez zamawiającego, zamawiający nie wezwał tego oferenta do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Nie uczynił tego również w momencie, gdy w wyniku nieuprawnionej negocjacji, wykonawca ten zgodził się na ujęcie w swojej niezmienionej cenie kosztu wszystkich badań warunków gruntowych czyli udzielił zamawiającemu *de facto* 100 % upustu w zakresie tych kosztów.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Art. 90 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia (w tym przypadku podstaw takich nie ma) i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa niż o 30% od wartości zamówienia (taka sytuacja nie występuje)

lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert (taka sytuacja również nie występuje), zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów. Tak więc tylko w przypadku zaistnienia ww. okoliczności zamawiający zobowiązany jest zwrócić się do wykonawcy o złożenie stosownych wyjaśnień. Tymczasem w tym konkretnym stanie faktycznym stwierdzić należy, że nie zaistniały przesłanki z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp uzasadniające jego obligatoryjne zastosowanie. Cena oferty wykonawcy Control Process stanowi 74% wartości szacunkowej zamówienia. Nie jest więc niższa o 30% od wartości zamówienia. Nadto cena ta stanowi 92% średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert. Nie zachodzą więc przesłanki do wezwania tego wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Złożone przez odwołującego Instal Kraków zestawienie cen i ofert uzyskanych przez niego dla potrzeb złożenia oferty w tym postępowaniu nie stanowi dowodu na to, że cena oferty wykonawcy Control Process jest rażąco niska. Wykonawca Control Process powołał się bowiem na innych podwykonawców a cena jego oferty nie odbiega od cen ofert złożonych w tym postępowaniu aby możliwe było powzięcie wątpliwości co do jej realności. Ceny ofert podwykonawców to w istocie ceny jakie uzyskał odwołujący, nie wykonawca, którego oferta jest kwestionowana. Znamiennym również jest to, że obaj wykonawcy korzystają z różnych podwykonawców, a fakt, że dany podwykonawca określonemu podmiotowi zaoferował cenę w określonej wysokości nie oznacza, że innemu wykonawcy nie mógł i nie zaoferował innej ceny. A ponadto cena zaoferowana przez wykonawcę Control Process jest ceną porównywalną z ceną uzyskaną przez innego zamawiającego (przy jedynym w Polsce postępowaniu na ten sam przedmiot zamówienia), która dla dwóch obiektów odpopielania wynosiła 82 900 000,00 zł (a więc wartość jednego to około 41 000 000,00 zł). W kontekście powyższego cena tego wykonawcy nie budzi wątpliwości. Tym samym Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

Reasumując Izba stwierdziła, że nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba oddaliła wniosek złożony przez odwołującego CARBOAUTOMATYKA o powołanie biegłego, uznając że został powołany jedynie dla zwłoki.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.

Izba w poczet materiału dowodowego zaliczyła dokumentację przedmiotowego postępowania oraz dokumenty złożone na rozprawie, uznając je za stanowiska je składających.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania.

.

Przewodniczący: ……..……..…