

Sygn. akt: KIO 1448/17

WYROK

z dnia 27 lipca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 lipca 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 lipca 2017 r. przez wykonawcę **„WIDROG” Sp. z o.o., ul. Piotrkowska 276, Budynek A, 90-361 Łódź** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Miasto Łódź – Zarząd Dróg i Transportu, ul. Piotrkowska 173, 90-447 Łódź**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Masdrog Sp. z o.o. i M.K., ul. Nawrot 144, 90-029 Łódź** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **„WIDROG” Sp. z o.o., ul. Piotrkowska 276, Budynek A, 90-361 Łódź** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **„WIDROG” Sp. z o.o., ul. Piotrkowska 276, Budynek A, 90-361 Łódź** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 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 Łodzi.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Miasto Łódź – Zarząd Dróg i Transportu (dalej: „zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Remonty dróg o nawierzchniach twardych na terenie Miasta Łodzi pozostających we władaniu Gminy Łódź w latach 2017 - 2019 - z podziałem na 4 Rejony”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2015 poz. 2164 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 14 lutego 2017 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod pozycją 2017/S 031-055341.

W dniu 14 lipca 2017 r. wykonawca „WIDROG” Sp. z o.o. (dalej: „odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności zamawiającego w postaci odrzucenia oferty odwołującego w toku ww. postępowania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1, art. 90 ust. 3 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty odwołującego, oraz dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej niezgodnie z przepisami ustawy.

Odwołujący nie zgodził się z decyzją zamawiającego o odrzuceniu oferty złożonej przez odwołującego na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Zdaniem odwołującego, zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Pzp i dokonał czynności z nią sprzecznej. W wyniku tej czynności odrzucona została oferta odwołującego, zaś za najkorzystniejszą uznana została oferta innego wykonawcy zawierająca znacznie wyższą cenę. Konsekwencją jest zatem, jak zaznaczył odwołujący, nie tylko naruszenie interesów majątkowych odwołującego, ale też naruszenie interesu publicznego.

Odwołujący zwrócił uwagę, że w toku postępowania pomiędzy zamawiającym a odwołującym doszło do różnicy poglądów na temat skutków prawnych pomyłki pisarskiej, jakiej dopuścił się odwołujący w treści swojej oferty. Zdaniem odwołującego, omyłka, jakiej dopuścił się odwołujący w treści oferty, powinna zostać potraktowana jako oczywista omyłka pisarska w rozumieniu art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. To z kolei, w przypadku przyjęcia stanowiska odwołującego - w konsekwencji - powinno skutkować dokonaniem przez zamawiającego poprawienia oferty zgodnie ze stanowiskiem odwołującego, tj. zgodnie z treścią art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. Ewentualnie, w razie wątpliwości, zamawiający powinien zwrócić się do odwołującego o złożenie wyjaśnień co do treści złożonej oferty, tj. postąpić zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, nie zaś wezwać odwołującego do wyjaśnienia rażąco

niskiej ceny, gdyż ta nie byłaby rażąco niska w rozumieniu ustawy Pzp oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdyby zamawiający przyjął do wiadomości wyjaśnienia odwołującego. Odwołujący podkreślił, że gdyby zamawiający przyjął wyjaśnienia odwołującego zaprezentowane w pismach z dnia 10 kwietnia 2017 r. oraz 10 maja 2017 r., nie uznałby ceny zaoferowanej przez odwołującego za rażąco niską. Jak stwierdził odwołujący, nie mógł on wyjaśnić zamawiającemu swej rażąco niskiej ceny, gdyż - w jego głębokim przekonaniu - takiej nie zaoferował i nie mógł przez złożenie wyjaśnień usankcjonować tego poglądu. W konsekwencji wszystkich zdarzeń, nie powinno dojść do odrzucenia oferty odwołującego, która - jako zawierająca najniższą cenę - powinna zostać uznana za najkorzystniejszą.

Odwołujący wskazał, że w formularzu ofertowym nr 2b - część druga, w poz. 1, istotnie omyłkowo wpisał w kolumnie nr 6 (cena jednostkowa netto w złotych) kwotę 25,00 zł, podczas gdy prawidłową wartością jest kwota 525,00 zł. Omyłkowo pominięto zatem pierwszą cyfrę. Odwołujący zauważył, że powyższe zostało wyjaśnione pismem odwołującego z dnia 10 kwietnia 2017 r. Dowodem na pomyłkę, jak wskazał odwołujący, jest to, iż przemnożenie prawidłowej kwoty 525,00 przez podaną w kolumnie nr 5 ilość 600 Mg daje wynik 315.000,00 zł podany w kolumnie nr 7. Dokonanie zaś czynności odwrotnej, czyli podzielenie kwoty końcowej 315.000,00 zł przez wcześniejsze pozycje 600 lub 25,00 nie daje już tego wyniku. Powyższe, zdaniem odwołującego, wyraźnie świadczy to o dokonanej pomyłce. Jak podkreślił odwołujący, to kwota końcowa 315.000,00 zł jest istotna z punktu widzenia całej kwoty zamówienia.

Zdaniem odwołującego, powyższa omyłka, wobec dokładnego wskazania stawki jednostkowej netto oraz złożenia precyzyjnych wyjaśnień, mogła być poprawiona przez zamawiającego w sposób wskazany przez odwołującego w oparciu o powołane wyżej przepisy ustawy Pzp. Ewentualnie, zamawiający mógł i powinien był zwrócić się o wyjaśnienie powstałej wątpliwości. Jak wskazał odwołujący, pismem z dnia 10 kwietnia 2017 r. odwołujący wyjaśnił powstałą omyłkę oraz podtrzymał swoją końcową wartość zamówienia brutto podaną w pkt 5 oferty (2.101.675,61 zł). Pismem z dnia 10 maja 2017 r. odwołujący wzmacnił złożone wyjaśnienia dodatkową argumentacją prawną i ekonomiczną.

Tymczasem, jak zauważył odwołujący, zamawiający dokonał poprawienia oferty odwołującego wbrew jego wyjaśnieniom, w wyniku czego pismami z dnia 5 maja 2017 r. wezwał odwołującego do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Odwołujący, jak stwierdził, nie mógł wyjaśnić zamawiającemu rażąco niskiej ceny, gdyż jego zdaniem rażąco niskiej ceny nie zaoferował i nie mógł przez złożenie zamawiającemu wyjaśnień usankcjonować jego poglądu w tym zakresie. Odwołujący zaznaczył, że nie można jednak uznać, że odwołujący nie złożył wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, co stało się powodem odrzucenia jego

oferty, bowiem pismem z dnia 10 maja 2017 r., wystosowanym w ślad za poprzednim pismem z dnia 10 kwietnia 2017 r., odwołujący dokładnie wyjaśnił, z jakiego powodu nie może złożyć zamawiającemu wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny. Oświadczył, iż nie jest możliwe złożenie wyjaśnień oczekiwanych przez zamawiającego, które znalazłyby odniesienie do korekty cenowej dokonanej przez zamawiającego. Korekta ta była bowiem w sposób oczywisty sprzeczna z intencją oraz stanowiskiem wykonawcy, który nie popiera oferty w kształcie, w jakim kształtuje się ona po korekcie dokonanej przez zamawiającego. Powyższe powoduje, iż nie można powiedzieć, że wezwanie zamawiającego pozostało bez odpowiedzi. Nie było zatem, w ocenie odwołującego, podstaw do odrzucenia oferty.

Odwołujący podkreślił, że to odwołujący z własnej inicjatywy, po stwierdzeniu oczywistej omyłki, jakiej się dopuścił, i bez wezwania ze strony zamawiającego, zgłosił ten fakt zamawiającemu. Uczynił to pismem z dnia 10 kwietnia 2017 r. Podtrzymał jednak w tym piśmie wysokość swojej oferty. Zamawiający tymczasem zupełnie zignorował pismo odwołującego, pozostawiając je bez odpowiedzi. Następnie zamawiający wezwał odwołującego do dokonania korekty błędu rachunkowego, wbrew wcześniejszemu wyraźnemu stanowisku odwołującego. Pismem z dnia 10 maja 2017 r. odwołujący dalej podkreślał i uzasadniał fakt swojej omyłki, co jednak nadal pozostawało i do końca pozostało bez uznania ze strony zamawiającego. Nie zmienia to jednak faktu, iż inicjatywa należała w tym względzie do odwołującego.

Odwołujący nie podzielił stanowiska zamawiającego, że opisana wyżej zmiana ceny jednostkowej stanowiłaby złamanie zasady zakazu negocjacji z wykonawcami. Była to bowiem nie zmiana stawki, a zwyczajna omyłka, której konsekwencje regulują przepisy ustawy. Wystarczyłoby tylko podzielić łączną cenę danej pozycji przez liczbę Mg i okazałoby się, że stawka jednostkowa jest podana w sposób oczywiście błędny. Odwołujący wyjaśnił też, iż cena jednostkowa 25,00 zł jest ceną absolutnie nierealną, nawet nie nierynkową, lecz zupełnie nierealną. Już samo to, zdaniem odwołującego, powinno poprzeć stanowisko o oczywistej omyłce. Odwołujący nie podzielił również poglądu zamawiającego, że uwzględnienie stanowiska wykonawcy stanowiłoby złamanie zasad uczciwej konkurencji. Odwołujący podkreślił, że po otwarciu ofert odwołujący poznał tylko łączne ceny ofert konkurencyjnych, natomiast nie występował o udostępnienie dokumentacji szczegółowej, zawierającej stawki jednostkowe ofert konkurencyjnych.

W ocenie odwołującego, opisana powyżej omyłka może być potraktowana jako oczywista, co znajduje potwierdzenie w tezach z piśmiennictwa oraz w orzecznictwie na tle omawianych przepisów. Przyjęcie zaś wyjaśnień odwołującego spowodowałoby z pewnością zupełnie inny wynik oceny złożonych ofert.

Odwołujący argumentował, że ustawa nie zawiera definicji oczywistej omyłki pisarskiej. Wskazał, że pojęcie to było wielokrotnie definiowane w orzecznictwie sądów i Krajowej Izby Odwoławczej. Oczywistą omyłką pisarską, zdaniem choćby Sądu Okręgowego w Gdańsku (vide wyrok SO w Gdańsku z dnia 27 czerwca 2008 r., sygn. akt XII Ga 206/08) jest niezamierzona niedokładność nasuwająca się każdemu, bez przeprowadzania dodatkowych ustaleń. Może to być błąd literowy, widoczne niezamierzone opuszczenie wyrazu, czy inny błąd, wynikający z przeoczenia lub innej wady procesu myślowo-redakcyjnego, a niespowodowany uchybieniem merytorycznym. Oczywistą omyłką pisarską jest nie tylko taka omyłka, która wynika z treści formularza ofertowego, ale również taka, którą można zidentyfikować na podstawie porównania pozostałych dokumentów stanowiących treść oferty (podobnie wyrok KIO z 10 kwietnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 265/08). Odwołujący podał także, że w wyroku z dnia 31 stycznia 2014 r. Krajowa Izba Odwoławcza uznała za omyłkę pisarską w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp za niezamierzone, wyraźne opuszczenie w danym dokumencie jednego, a nawet kilku wyrazów. Istotne jest przy tym, żeby w wyniku poprawienia oczywistej omyłki pisarskiej nie zmieniła się treść oferty rozumianej jako treść oświadczenia woli wykonawcy. Odwołujący jest zdania, że niniejsza sprawa opiera się na stanie faktycznym odpowiadającym powyższym orzeczeniom.

Odwołujący zwrócił też uwagę, że w orzecznictwie podnoszono, iż nie każde pominięcie wyceny pozycji kosztorysu lub błąd przy redagowaniu oferty powinno skutkować koniecznością odrzucenia oferty. Uzupełnienie brakującej pozycji, poprzez jej dopisanie, możliwe byłoby wtedy, gdy na podstawie danych zawartych w kosztorysie dałoby się wyliczyć zarówno cenę jednostkową, jak i wartość tej pozycji (vide wyrok KIO sygn. akt 2152/11, wyrok KIO z 5 listopada 2010 r., sygn. akt KIO 2288/10, wyrok KIO z 4 sierpnia 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1532/10). Odwołujący stwierdził, że w przypadku oferty odwołującego, biorąc pod uwagę wyjaśnienia zawarte w piśmie z dnia 10 kwietnia br., cenę jednostkową można było łatwo wyliczyć nie zmieniając kwoty oferty. Odwołujący wyraził przekonanie, że zamawiający miał wystarczające dane do prawidłowego ustalenia ceny jednostkowej w oparciu o informacje zawarte w ofercie. Odwołujący przywołał również wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 1 marca 2010 r., sygn. akt XIX Ga 18/10, wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 4 lutego 2009 r., sygn. akt XII Ga 13/09, wyrok KIO z dnia 7 maja 2012 r., sygn. akt KIO 842/12, KIO 849/12, a także opinię UZP pt. „Omyłki i błędy w ofertach wykonawców - analiza na przykładzie orzecznictwa Sądów Okręgowych i Krajowej Izby Odwoławczej”.

W ocenie odwołującego, gdyby zamawiający potraktował omyłkę wykonawcy jako omyłkę o charakterze oczywistym, do czego w pełni istniały podstawy, oferta zostałaby poprawiona w sposób sugerowany przez odwołującego, z korzyścią dla niego oraz dla

interesu ogólnego. Ewentualnie, dla zachowania konkurencyjności oraz równości praw uczestników postępowania, zamawiający mógłby zwrócić się do wykonawcy o wyjaśnienie treści oferty, do czego także istnieją podstawy ustawowe. Zdaniem odwołującego, przywołane wyżej orzeczenia oraz tezy z piśmiennictwa doskonale pasują do stanu faktycznego niniejszej sprawy.

Odnosząc się do zarzutu zawartego w końcowej części pisma zamawiającego z dnia 7 lipca 2017 r., jakoby odwołujący nie złożył w ogóle wyjaśnień w przypadku pozycji formularza ofertowego wymienionych szczegółowo w piśmie zamawiającego, co skutkowało odrzuceniem oferty na podstawie art. 90 ust 3 ustawy Pzp odwołujący stwierdził, że już z samej treści pisma odwołującego z dnia 10 maja 2017 r. wynika, iż stanowi ono odpowiedź na oba pisma zamawiającego wzywające do złożenia wyjaśnień. Wynika to z użycia zwrotu cyt. „W odpowiedzi na Państwa pisma z dnia 5 maja br.” zawartego w początkowej części pisma. Ponadto, w opinii odwołującego, zamawiający nie był uprawniony do żądania wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny w odniesieniu do poszczególnych - dość licznych - pozycji jednostkowych oferowanej ceny. Zdaniem odwołującego, żądanie wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny dotyczyć może tylko całości wartości zamówienia, nie zaś cen jednostkowych. Odwołujący zauważył, że z uwagi na okoliczność, że pozostałe pozycje kosztorysu ofertowego nie były przez zamawiającego kwestionowane, tylko pierwsza pozycja, nie było podstaw do składania wyjaśnień w pozostałym zakresie. Powyższe potwierdza, zdaniem odwołującego, orzeczenie KIO z dnia 19 lutego 2014 r., sygn. akt KIO 219/2014, KIO 221/2014.

Dodatkowo, odwołujący podniósł, że gdyby zamawiający uwzględnił wyjaśnienia odwołującego zawarte w jego powołanych pismach, wówczas jego oferta nie byłaby niższa o 41,76% w stosunku do wartości zamówienia, a zatem nie podlegałaby obowiązkowi wyjaśnienia rażąco niskiej ceny w oparciu o art. 90 ust. 1a ustawy Pzp. Odwołujący wyraził pogląd, że skoro odwołujący pismem z dnia 10 kwietnia 2017 r. podtrzymał swoją cenę ofertową w wysokości brutto 2.101.675,61 zł, oznacza to, iż udzielił odpowiedzi na pytania zamawiającego odnośnie swojej oferowanej ceny. Na poszczególne zaś pozycje jednostkowe nie musiał udzielać odpowiedzi, z powodów wskazanych w powołanych wyżej orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej, a także z tego powodu, że oferta odwołującego nie była niższa o więcej niż 30% od wartości zamówienia.

Konkludując odwołujący podniósł, że gdyby jego wyjaśnienia dotyczące oczywistej omyłki w treści jednej tylko pozycji oferty (co znamienne - bez wpływu na łączną kwotę ofertową) zostały przez zamawiającego przyjęte, to cena ofertowa utrzymana zostałaby w wysokości 2.101.675,61 zł. Odrzucenie zaś oferty oznacza - biorąc pod uwagę ofertę wybraną - zwiększenie ceny o 842 tys. zł, co jest różnicą ogromną w stosunku do wartości

zamówienia. Tak więc odrzucenie oferty odwołującego jest rażąco niekorzystne dla zamawiającego i dla szeroko rozumianego interesu publicznego.

Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania,
- 2) nakazanie rozpatrzenia oferty odwołującego,
- 3) powtórzenie czynności oceny ofert,
- 4) powtórzenie wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 5) zwrot kosztów uczestnictwa w postępowaniu odwoławczym.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili w dniu 17 lipca 2017 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Masdrog Sp. z o.o. i M.K..

W dniu 25 lipca 2017 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

W toku postępowania strony podtrzymały swoje stanowiska.

Izba dokonała następujących ustaleń:

Zgodnie z pkt 16.1. Tomu I specyfikacji istotnych warunków zamówienia cenę oferty należało obliczyć na formularzu cenowym stanowiącym odpowiednio: Formularz nr 2a – dla części 1, Formularz nr 2b – dla części 2, Formularz nr 2c – dla części 3, Formularz nr 2d – dla części 4, a następnie cenę oferty należało wpisać na formularzu oferty – Formularz Nr 1 liczbowo. Jak wskazał zamawiający w pkt 16.4 Tomu I specyfikacji istotnych warunków zamówienia, cenę oferty stanowiła wartość brutto określona w ostatniej pozycji formularza cenowego. Zamawiający wskazał również w pkt 16.5 Tomu I specyfikacji istotnych warunków zamówienia, że podstawą płatności będzie cena jednostkowa, skalkulowana przez wykonawcę za jednostkę obmiarową dla każdej pozycji wyszczególnionej w formularzu cenowym.

Szacunkowa wartość zamówienia została ustalona przez zamawiającego na kwotę 11 707 314,70 zł, co stanowi równowartość 2 804 214,40 euro, w tym Część 2 na kwotę 2 902 438,51 zł, co stanowi równowartość 695 211,50 euro (pkt 2 ppkt 4 Protokołu postępowania o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego).

W ramach Części 2 zamówienia zostały złożone dwie oferty:

- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Masdrog Sp. z o.o. i M.K. – 2 944 142,76 zł,

- Widrog Sp. z o.o. – 2 101 675,61 zł.

W pozycji 1 Formularza nr 2b odwołujący w kolumnie 4 wskazał jednostkę miary „Mg”, w kolumnie 5 ilość wskazał „600”, w kolumnie 6 „Cena jedn. netto (zł)” wskazał 25,00, zaś w kolumnie 7 „Wartość robót netto zł (kol. 5x6)” wskazał 315 000,00. W pozycji 39 Wartość robót ogółem – netto (suma pozycji 1-38) odwołujący wskazał kwotę 1 708 679,36 zł, w poz. 40 Podatek VAT – 23% kwotę 392 996,25 zł, zaś w poz. 41 Wartość robót brutto (wartość pozycji 39+40) kwotę 2 101 675,61 zł.

Pismem z dnia 10 kwietnia 2017 r. odwołujący poinformował zamawiającego, iż pozycji 1 Formularza cenowego nr 2b popełnił oczywistą omyłkę pisarską, która polega „na wpisaniu w kolumnie nr 6 (cena jednostkowa netto w złotych) kwoty 25,00 zł, podczas gdy prawidłową wartością jest kwota 525,00 zł (omyłkowo pominięto pierwszą cyfrę)”. Dowodem na powyższe, jak wskazał odwołujący, jest fakt, że przemnożenie prawidłowej kwoty 525,00 zł przez podaną w kolumnie nr 5 ilość 600 Mg daje wynik 315 000,00 zł podany w kolumnie nr 7. Odwołujący wniósł o uwzględnienie przedmiotowego wyjaśnienia i przyjęcie powyższego jako oczywistą omyłkę pisarską. Odwołujący zauważył ponadto, że podana stawka jednostkowa 25,00 zł jest „w oczywisty sposób odbiegająca od cen rynkowych, a podanie prawidłowej wartości w kolumnie nr 7 nie może budzić wątpliwości co do rzeczywistych intencji oferenta.”. Odwołujący zapewnił również, że w pełni podtrzymuje podaną w pkt. 5 oferty łączną wartość zamówienia brutto (2 101 675,61 zł). Odwołujący w załączeniu do przedmiotowego pisma przedłożył poprawioną treść formularza cenowego nr 2b.

W piśmie z dnia 5 maja 2017 r. (znak: ZDiT-DZ.3321.3.2017) skierowanym do odwołującego zamawiający stwierdził, że odwołujący błędnie podał wartość robót netto w kolumnie 7 formularza cenowego. Zamawiający zwrócił uwagę, że zgodnie z treścią formularza, wartość robót netto należało obliczyć przez przemnożenie ilości robót (kolumna 5) z podaną przez wykonawcę ceną jednostkową netto (kolumna 6) załączonego do oferty formularza cenowego. Powstała omyłka rachunkowa polega, jak stwierdził zamawiający, na uzyskaniu błędnego wyniku wskutek przeprowadzenia działania matematycznego wartości podanych w kolumnach 5 i 6 pozycji 1. Zamawiający poinformował o poprawieniu omyłki rachunkowej w pozycji 1 formularza cenowego dla części 2 (Formularz nr 2b) w ten sposób, że w kolumnie 7 wskazał wartość 15 000,00 zł. Konsekwencją poprawienia ww. omyłki była, jak stwierdził zamawiający, poprawa pozycji 39, 40 i 41 przedstawiających podsumowanie wszystkich pozycji formularza cenowego – Formularza nr 2b, które otrzymały treść:

Poz. 39 Wartość robót ogółem – netto (suma pozycji 1-38) – 1 408 679,36,

Poz. 40 Podatek VAT – 23% - 323 996,25,

Poz. 41 Wartość robót brutto (wartość pozycji 39+40) – 1 732 675,61.

Konsekwentnie, zamawiający poinformował odwołującego o poprawieniu również pkt 5 Formularza oferty (Formularz nr 1).

Pismem z dnia 5 maja 2017 r. skierowanym do odwołującego zamawiający działając na podstawie art. 90 ust. 1 i 1a ustawy Pzp wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny. Zamawiający wskazał przy tym, że cena oferty odwołującego na część 2 zamówienia, po dokonaniu poprawy oczywistych omyłek rachunkowych, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych ich dokonania, oraz jej istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego, ponieważ jest niższa o 41,76 % od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług. Zamawiający stwierdził, że przedłożone wyjaśnienia powinny zawierać „uzasadnienie kalkulacji kosztów dokonanej przez Wykonawcę wraz z ich opisaniem, z uwzględnieniem zakresu rzeczowego przedmiotowego zamówienia, jego specyfiki i zabezpieczeniem prawidłowej ich realizacji oraz warunków rynkowych realizacji zamówienia. Wykonawca winien podać wielkości przyjętych do wyceny robót czynników cenotwórczych takich jak koszt robocizny, materiałów, łącznie z kosztami ich zakupu, pracy sprzętu i transportu, wskaźniki narzutów kosztów pośrednich oraz wskaźniki planowanego zysku.”. Dowody potwierdzające realność wykonania przedmiotu zamówienia za zaoferowaną cenę powinny zawierać szczegółową kalkulację kosztów ceny całkowitej oferty. Zamawiający w wystosowanym do odwołującego wezwaniu wymagał, aby wyjaśnienia i złożone dowody dotyczyły w szczególności pozycji 1, 2, 3, 6, 17, 20, 21, 22, 23, 27, 28, 30 formularza cenowego. Zamawiający stwierdził, że ceny zaoferowane przez odwołującego w ww. pozycjach „budzą szczególne wątpliwości Zamawiającego co do możliwości ich wykonania zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego”. Zamawiający podkreślił przy tym, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy. Ponadto zamawiający poinformował, że zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp odrzuci ofertę, jeżeli wykonawca nie udzieli wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdzi, że oferta zawiera rażąco niską cenę.

W odpowiedzi na ww. pisma zamawiającego odwołujący pismem z dnia 10 maja 2017 r. wyjaśnił, że „Nie jest możliwe złożenie wyjaśnień oczekiwanych przez Zamawiającego, które znalazłyby odniesienie do korekty cenowej dokonanej przez

Zamawiającego. Korekta ta jest bowiem w sposób oczywisty sprzeczna z intencją oraz stanowiskiem oferenta, który nie popiera oferty w kształcie, w jakim kształtuje się ona po korekcie dokonanej przez Zamawiającego.”. Odwołujący wskazał, że „Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, punktem odniesienia przy ocenie dopuszczalności dokonania poprawy złożonej oferty jest odniesienie dokonanej poprawy do całości oferowanego przez wykonawcę świadczenia. Okoliczność, że zmiana miałaby dotyczyć elementów przedmiotowo istotnych umowy (*essentialia negotii*) lub elementów uznanych za istotne przez zamawiającego, a nawet fakt, że skutkiem dokonanej poprawy miałaby być zmiana ceny oferty, nie stanowi okoliczności uniemożliwiających dokonanie poprawy na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Znaczenie ma bowiem, czy poprawienie omyłki w sposób istotny zmienia treść oferty w znaczeniu treści oświadczenia woli wykonawcy, a nie, czy tkwi w jej istotnych postanowieniach. Zamawiający jest zobowiązany poprawić omyłkę w szczególności wtedy, gdy sposób, w jaki ma być dokonana poprawa, wynika z innych elementów składających się na ofertę, przy czym nie jest wykluczone, że w pewnych okolicznościach poprawienie omyłki będzie miało miejsce po uzyskaniu od wykonawcy stosownych wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy.”. Zdaniem odwołującego, za takie wyjaśnienia należy uznać pismo odwołującego z dnia 10 kwietnia 2017 r. Odwołujący zwrócił ponadto uwagę na przyjętą w orzecznictwie definicję omyłki pisarskiej. Zdaniem odwołującego, wyjaśnienia z dnia 10 kwietnia 2017 r. wskazują precyzyjnie, w której pozycji formularza ofertowego wkradł się błąd, oraz jak powinno przedstawiać się prawidłowe wyliczenie kwoty ofertowej, zawierają też uzasadnienie dla poparcie zajętego stanowiska. W ocenie odwołującego, wyjaśnienia te są wystarczające do przyjęcia stanowiska o oczywistej omyłce pisarskiej odwołującego oraz rzeczywistych intencji cenowych, jakie wynikają ze złożonej oferty. Odwołujący zwrócił również uwagę na fakt, że „przyjęcie przez Zamawiającego ceny jednostkowej asfaltu lanego w wysokości 25,00 zł za tonę nie da się pogodzić z jakimikolwiek realiami rynkowymi. Cena taka po prostu nie występuje na rynku.”. Odwołujący oświadczył, że najniższą ofertę, jaką odwołujący otrzymał na tego rodzaju asortyment była cena 300,00 zł za tonę. Na poparcie tej argumentacji odwołujący wskazał na pkt. 7-9 oferty, które dotyczą tego samego asortymentu, gdzie występuje cena 37,00 zł za m², co daje cenę 370,00 zł za tonę. W opinii odwołującego, przyjęcie przez Zamawiającego stawki 25,00 zł stanowi rażące pokrzywdzenie wykonawcy wbrew wszelkim zasadom rynkowym. Odwołujący podkreślił, że cenę jednostkową można łatwo wyliczyć nie zmieniając kwoty oferty. Zdaniem odwołującego, zamawiający miał wystarczające dane do prawidłowego ustalenia ceny jednostkowej w oparciu o informacje zawarte w ofercie. Odwołujący podniósł ponadto, że „Przyjęcie stanowiska oferenta pozwoliłoby na określenie rzeczywistej ceny ofertowej, która byłaby realna i nie wymagałaby wyjaśnień w sposób, jakiego oczekuje teraz Zamawiający. Ponieważ intencja oferenta jest

inna, nie może on wyjaśnić treści oferty po korekcie, która jest sprzeczna z jego rzeczywistymi intencjami.”.

W dniu 7 lipca 2017 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze w Części 2 zamówienia jako najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Masdrog Sp. z o.o. i M.K., oraz o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp z uwagi na nie udzielenie przez odwołującego wyjaśnień, w tym nie złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny. Zamawiający stwierdził, że sugerowany przez odwołującego sposób poprawy popełnionej omyłki byłby rodzajem negocjowania zaoferowanej ceny, co jest sprzeczne z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Powodowałyby to również, zdaniem zamawiającego, naruszenie zasady równego traktowania wykonawców, bowiem pozwoliłoby odwołującemu na korzystne ukształtowanie ceny jednostkowej już po otwarciu ofert, a więc w sytuacji, w której wykonawca już zapoznał się z cenami proponowanymi przez innych wykonawców. Zamawiający uznał, że z uwagi na okoliczność, że za podstawę płatności przyjęto cenę jednostkową skalkulowaną przez wykonawcę za jednostkę obmiarową dla każdej pozycji formularza cenowego, takie postępowanie naruszałoby zasadę równego traktowania wykonawców, określoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający stwierdził, że błąd popełniony przez odwołującego w złożonym formularzu cenowym jest wynikiem popełnienia oczywistej omyłki rachunkowej. Jak zauważył zamawiający, dokładnie i czytelnie określono sposób obliczenia ceny w kolumnie 7 przez przemnożenie wartości kolumny 5 i kolumny 6. Poprawiony przez odwołującego błąd mógł zostać poprawiony jedynie przez wpisanie w kolumnie 7 wyniku iloczynu ilości i zaoferowanej ceny jednostkowej netto. W związku z powyższym, zamawiający działając na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp dokonał poprawy oczywistych omyłek rachunkowych z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek. Zamawiający argumentował ponadto, że odwołujący nie złożył wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny oferty oraz jej istotnych części składowych. Zamawiający zwrócił uwagę, że w piśmie z dnia 10 maja 2017 r. odwołujący „wyraził jedynie swoją opinie co do kwestii prawidłowości dokonanej przez Zamawiającego poprawy omyłek rachunkowych wraz z ich konsekwencjami. Wyjaśnienia, zawarte w w/w piśmie, nie zawierają wskazanych w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wyjaśnień i nie przedstawiają wytłumaczenia sposobu wyliczenia ceny oferty, jak również jej istotnych części składowych – nie tylko poz. 1 ale również poz. 2, 3, 6, 17, 20, 21, 22, 23, 27, 28, 30 formularza cenowego.”. Zamawiający podkreślił, że „O ile Wykonawca, pismem z dnia 10.05.2017 r. przedstawił swoje stanowisko co do sposobu dokonania poprawy omyłki w poz. 1 w/w Formularza i poinformował Zamawiającego o swoich uwagach, o tyle w przypadku poz. 2, 3, 6, 17, 20, 21, 22, 23, 27, 28, 30 formularza cenowego nie złożył w ogóle wyjaśnień, których

żądał Zamawiający. Ceny jednostkowe określone przez Wykonawcę w pozycjach 2, 3, 6, 17, 20, 21, 22, 23, 27, 28, 30 nie stanowią elementu spornego, mimo to Wykonawca nie przedstawił Zamawiającemu, w jaki sposób wyliczył ich wartość tak, by udowodnić możliwość wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z określonymi przez Zamawiającego wymogami. W zakresie braku udzielenia wyjaśnień co do tych pozycji, które nie były przedmiotem działań Zamawiającego, nie ma dla zaniechania Wykonawcy żadnego uzasadnienia.”.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, treść oferty złożonej przez odwołującego, treść pisma odwołującego z dnia 10 kwietnia 2017 r., treść pisma zamawiającego z dnia 5 maja 2017 r., treść wezwania zamawiającego skierowanego do odwołującego w dniu 5 maja 2017 r., treść pisma odwołującego z dnia 10 maja 2017 r., treść informacji z dnia 7 lipca 2017 r. o wyborze oferty najkorzystniejszej w Części 2 zamówienia oraz o odrzuceniu oferty złożonej przez odwołującego, jak również stanowiska stron i uczestnika postępowania zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając go tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Izba ustaliła, że rozpoznawane przez Izbę odwołanie dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które zostało wszczęte po dniu 28 lipca 2016 r., tj. po dniu wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020).

Rozpoznając odwołanie w granicach podniesionych zarzutów Izba uznała, że nie podlega ono uwzględnieniu.

Izba nie zgodziła się z twierdzeniem zamawiającego, iż za spóźniony należy uznać zarzut nieprawidłowego poprawienia przez zamawiającego omyłki popełnionej w ofercie odwołującego. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie stwierdził, że odwołujący powinien był skorzystać z prawa do wniesienia środka ochrony prawnej wobec czynności poprawienia

omyłki rachunkowej, o której to czynności otrzymał informację pismem z dnia 5 maja 2017 r. Zdaniem zamawiającego, wobec nie zakwestionowania ww. czynności przez odwołującego, uznać należy, że czynność zamawiającego funkcjonuje w obrocie jako poprawna. Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do kwestionowania na obecnym etapie postępowania czynności poprawienia przez zamawiającego omyłki popełnionej w ofercie odwołującego. Odwołujący składając wyjaśnienia w dniach 10 kwietnia 2017 r. i 10 maja 2017 r., w których wskazywał zamawiającemu na popełnienie omyłki oraz na właściwy, w jego ocenie, sposób jej poprawienia, mógł pozostawać w przekonaniu, iż zamawiający wyjaśnienia te uwzględni i dokona poprawienia omyłki w sposób określony przez wykonawcę. Ostateczną decyzję zamawiającego co do sposobu poprawienia oferty odwołujący poznał otrzymując wynik postępowania, tj. pismem z dnia 7 lipca 2017 r. i od tego momentu należy liczyć termin na jej zakwestionowanie.

Izba stwierdziła, że, wbrew stanowisku zamawiającego, możliwe było poprawienie omyłki popełnionej przez odwołującego przez zmianę ceny jednostkowej netto podanej przez wykonawcę dla pozycji 1 Formularza cenowego w kwocie 25,00 zł na 525,00 zł. W ocenie Izby, zarówno sposób poprawienia omyłki przyjęty przez zamawiającego, jak i sposób poprawienia wskazywany przez odwołującego, były możliwe do zastosowania. Jednak wobec jednoznacznych oświadczeń odwołującego z dnia 10 kwietnia 2017 r. i 10 maja 2017 r. o popełnieniu przez wykonawcę omyłki pisarskiej polegającej na pominięciu pierwszej cyfry „5” w cenie jednostkowej zaoferowanej w pozycji 1 formularza, o niezmienności wartości robót netto w pozycji 1 formularza, jak też o niezmienności ceny za realizację całości przedmiotu zamówienia, zamawiający powinien był przyjąć sposób poprawienia omyłki zgodny z ww. oświadczeniami wykonawcy. Nie stały temu na przeszkodzie określony przez zamawiającego w specyfikacji sposób obliczenia ceny czy też okoliczność, iż podstawą płatności będzie cena jednostkowa. Z treści oferty w pozycji 1 formularza jednoznacznie wynikało, iż odwołujący musiał popełnić omyłkę pisarską przez wskazanie niewłaściwej ceny jednostkowej, bądź też omyłkę rachunkową przez dokonanie niewłaściwych obliczeń wartości robót w pozycji 1, co skutkowałoby koniecznością zmiany ceny za realizację całego przedmiotu zamówienia. Zamawiający mógł zatem podjąć dwojaką decyzję. Wobec oświadczenia złożonego przez wykonawcę w dniu 10 kwietnia 2017 r., podtrzymanego w piśmie z dnia 10 maja 2017 r., zamawiający uprawniony był do uznania, że odwołujący popełnił omyłkę pisarską przez pominięcie cyfry „5” w cenie jednostkowej wskazanej dla pozycji 1 formularza. Powyższe było uprawnione zważywszy na okoliczność, iż, jak wskazano powyżej, omyłka w cenie jednostkowej była łatwa do zauważenia, możliwa do zidentyfikowania na podstawie porównania poszczególnych elementów pozycji 1 formularza, wynikała z przeoczenia lub innej wady procesu myślowo-redakcyjnego, nie była

spowodowana uchybieniem merytorycznym, i nie doprowadziła do zmiany oferty (wobec niezmienności wartości robót w pozycji 1 formularza i ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia jako całości). Izba zważyła, że oceny oczywistości omyłki dokonywać należy z uwzględnieniem okoliczności konkretnego stanu faktycznego. W przedmiotowym stanie faktycznym nie miały miejsca niedozwolone w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp negocjacje zamawiającego z wykonawcą. Poprawienie omyłki w sposób wskazany przez odwołującego znajdowało swoje uzasadnienie w treści oferty, a zatem nie doszło do wykreowania nowej jej treści.

Za niezasadny Izba uznała zarzut dotyczący odrzucenia oferty złożonej przez odwołującego z uwagi na nie złożenie wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny. Należy mieć na względzie, że ustawa Pzp, chroniąc zamawiającego przed groźbą nienależytego wykonania zamówienia z powodu zaniżenia ceny nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty wykonawcy w dwóch sytuacjach: gdy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp zamawiający ustali, że zaoferowana cena jest rażąco niska, jak też w sytuacji, gdy wykonawca uprzednio wezwany do złożenia wyjaśnień takich wyjaśnień nie złoży, bądź gdy wyjaśnienia te potwierdzają, że cena jest rażąco niska. Zrównanie przez ustawodawcę sytuacji wykonawcy lekceważącego wezwanie zamawiającego z rzeczywistym zaniżeniem ceny oferty wskazuje na doniosłość obowiązku złożenia wyjaśnień. Zadaniem wykonawcy, który zostaje wezwany przez zamawiającego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 i 1a ustawy Pzp jest udowodnienie zamawiającemu, że zaoferowana cena jest ceną rzeczywistą, realną, pokrywającą wszystkie niezbędne koszty, umożliwiającą realizację przedmiotu zamówienia w sposób prawidłowy. Dla skuteczności wezwania nie jest przy tym istotne czy zaoferowana cena jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT czy od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Ustawodawca przy zaistnieniu ww. różnicy ustanowił obowiązek zamawiającego do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień. Powyższe nie wyklucza jednak możliwości zaistnienia po stronie zamawiającego wątpliwości co do wysokości zaoferowanej przez wykonawcę ceny czy jej części składowych w sytuacji, gdy ww. różnica jest mniejsza.

Izba nie zgodziła się przy tym z odwołującym, że żądanie wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny dotyczyć może tylko wartości całego przedmiotu zamówienia. Izba przychyliła się do stanowiska zamawiającego, iż art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym dla przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, pozwala zamawiającemu na zwrócenie się do wykonawcy z prośbą o złożenie wyjaśnień dotyczących elementów składowych ceny. W przedmiotowej sprawie nabiera to o tyle istotnego znaczenia, że podstawą płatności będzie cena jednostkowa, skalkulowana przez wykonawcę za jednostkę obmiarową dla każdej pozycji wyszczególnionej w formularzu

cenowym (pkt 16.5 specyfikacji istotnych warunków zamówienia). W stanie faktycznym przedmiotowej sprawy zamawiający pismem z dnia 5 maja 2017 r., działając na podstawie art. 90 ust. 1 i 1a ustawy Pzp, wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny. Zamawiający wskazał przy tym, że przedłożone wyjaśnienia powinny zawierać „uzasadnienie kalkulacji kosztów dokonanej przez Wykonawcę wraz z ich opisaniem, z uwzględnieniem zakresu rzeczowego przedmiotowego zamówienia, jego specyfiki i zabezpieczeniem prawidłowej ich realizacji oraz warunków rynkowych realizacji zamówienia. Wykonawca winien podać wielkości przyjętych do wyceny robót czynników cenotwórczych takich jak koszt robocizny, materiałów, łącznie z kosztami ich zakupu, pracy sprzętu i transportu, wskaźniki narzutów kosztów pośrednich oraz wskaźniki planowanego zysku.”. Zamawiający w wystosowanym do odwołującego wezwaniu wymagał, aby wyjaśnienia i złożone dowody dotyczyły w szczególności pozycji 1, 2, 3, 6, 17, 20, 21, 22, 23, 27, 28, 30 formularza cenowego. Zamawiający stwierdził, że ceny zaoferowane przez odwołującego w ww. pozycjach budzą szczególne wątpliwości zamawiającego co do możliwości ich wykonania zgodnie z wymaganiami zamawiającego. Zamawiający podkreślił przy tym, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy. Ponadto zamawiający poinformował, że zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp odrzuci ofertę, jeżeli wykonawca nie udzieli wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdzi, że oferta zawiera rażąco niską cenę. W odpowiedzi na ww. wezwanie, odwołujący pismem z dnia 10 maja 2017 r. odniósł się jedynie do sposobu poprawienia omyłki w pozycji 1 formularza ofertowego stwierdzając, że „Nie jest możliwe złożenie wyjaśnień oczekiwanych przez Zamawiającego, które znalazłyby odniesienie do korekty cenowej dokonanej przez Zamawiającego. Korekta ta jest bowiem w sposób oczywisty sprzeczna z intencją oraz stanowiskiem oferenta, który nie popiera oferty w kształcie, w jakim kształtuje się ona po korekcie dokonanej przez Zamawiającego.”. Odwołujący podał również, że „Przyjęcie stanowiska oferenta pozwoliłoby na określenie rzeczywistej ceny ofertowej, która byłaby realna i nie wymagałaby wyjaśnień w sposób, jakiego oczekuje teraz Zamawiający. Ponieważ intencja oferenta jest inna, nie może on wyjaśnić treści oferty po korekcie, która jest sprzeczna z jego rzeczywistymi intencjami.”.

W ocenie Izby, pomimo braku zgody odwołującego na poprawienie omyłki w sposób, w jaki uczynił to zamawiający, odwołujący, podtrzymując polemikę ze sposobem działania zamawiającego, zobowiązany był do złożenia wyjaśnień co do wysokości zaoferowanej ceny, albowiem zaprezentowana w piśmie z dnia 10 maja 2017 r. polemika z zamawiającym w żaden sposób nie uzasadnia braku wyjaśnień odwołującego w zakresie ceny za cały przedmiot zamówienia, czy też w zakresie cen poszczególnych pozycji wskazanych przez

zamawiającego. Dostrzeżenia wymaga, że w świetle art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywał na wykonawcy wezwanym do złożenia wyjaśnień, w tym przypadku na odwołującym. Odwołujący uchylając się od złożenia wyjaśnień co do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny nie sprostął temu obowiązkowi. Ponieważ odwołujący nie obalił domniemania zaoferowania ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia należało stwierdzić, że zaoferował zamawiającemu taką właśnie cenę. W konsekwencji oferta odwołującego powinna zostać przez zamawiającego odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, co nastąpiło. Zarzut naruszenia przez zamawiającego ww. przepisów należało zatem uznać za niezasadny.

Jednocześnie należy wskazać, że wobec stwierdzonej powyżej poprawności odrzucenia oferty odwołującego z uwagi na nie złożenie wyjaśnień dotyczących wysokości zaoferowanej ceny, zasadność zarzutu odnoszącego się do sposobu poprawienia omyłki w ofercie odwołującego pozostaje bez wpływu na wynik postępowania. Zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co ze wskazanych wyżej względów nie miało miejsca w analizowanej sprawie.

Z uwagi na powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

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 (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący: