

WYROK
z dnia 19 stycznia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 stycznia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 stycznia 2017 r. przez wykonawcę: **OPA Bytom sp. z o.o. z siedzibą w Bytomiu, ul. Strzelców Bytomskich 87b, 41-914 Bytom** w postępowaniu w przedmiocie zawarcia umowy ramowej na „wykonanie usług badawczych, pomiarowych, regulacyjnych i innych urządzeń elektroenergetycznych dla Oddziałów Polskiej Grupy Górniczej sp. z o.o. w latach 2017-2018” prowadzonym przez zamawiającego: **Polska Grupa Górnicza sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice**

przy udziale przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:

1) Centrum Badań i Dozoru Górnictwa Podziemnego sp. z o.o. z siedzibą w Łędzinach, ul. Łędzińska 8, 43-143 Łędziny, 2) OPA – ROW sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku, ul. Rymera 40c, 44-270 Rybnik, 3) MIFAMA OPA CARBO sp. z o.o. z siedzibą w Mikołowie, ul. Żwirki i Wigury 4, 43-190 Mikołów, 4) RUDPOL-OPA sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej, ul. Szyb Walenty 50, 41-701 Ruda Śląska, 5) Ośrodek Pomiarów i Automatyki Przemysłu Węglowego S.A. z siedzibą w Zabrze, ul. Hagera 14a, 41-800 Zabrze, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje w zakresie zadań: 2, 4 i 5 unieważnienie czynności wyboru ofert i odrzucenie oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) Centrum Badań i Dozoru Górnictwa Podziemnego sp. z o.o. z siedzibą w Łędzinach, ul. Łędzińska 8, 43-143 Łędziny, 2) OPA – ROW sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku, ul. Rymera 40c, 44-270 Rybnik, 3) MIFAMA OPA CARBO sp. z o.o. z siedzibą w Mikołowie, ul. Żwirki i Wigury 4, 43-190 Mikołów, 4)

RUDPOL - OPA sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej, ul. Szyb Walenty 50, 41-701 Ruda Śląska, 5) Ośrodek Pomiarów i Automatyki Przemysłu Węglowego S.A. z siedzibą w Zabrze, ul. Hagera 14a, 41-800 Zabrze na podstawie przepisów art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 90 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: **Polska Grupa Górnicza sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice, i:**

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **OPA Bytom sp. z o.o. z siedzibą w Bytomiu, ul. Strzelców Bytomskich 87b, 41-914 Bytom**, tytułem wpisu od odwołania;
- 2.2. zasądza od zamawiającego: **Polska Grupa Górnicza sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice** na rzecz wykonawcy: **OPA Bytom sp. z o.o. z siedzibą w Bytomiu, ul. Strzelców Bytomskich 87b, 41-914 Bytom** kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 Katowicach**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Polska Grupa Górnicza sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach (dalej „Zamawiający”) prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest zawarcie umowy ramowej na „*wykonanie usług badawczych, pomiarowych, regulacyjnych i innych urządzeń elektroenergetycznych dla Oddziałów Polskiej Grupy Górniczej sp. z o.o. w latach 2017 – 2018*”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 20 października 2016 r. pod numerem 2016/S 203-367869.

W przedmiotowym postępowaniu Odwołujący wniósł odwołanie wobec zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) Centrum Badań i Dozoru Górnictwa Podziemnego sp. z o.o. z siedzibą w Łędzinach, 2) OPA – ROW sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku, 3) MIFAMA OPA CARBO sp. z o.o. z siedzibą w Mikołowie, 4) RUDPOL-OPA sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej, 5) Ośrodek Pomiarów i Automatyki Przemysłu Węglowego S.A. z siedzibą w Zabrze (dalej „Przystępujący”), zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów prawa:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia przez Zamawiającego oferty Przystępującego w sytuacji, gdy zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a treść wyjaśnień udzielonych, w trybie art. 90 ust 1 ustawy Pzp, przez Przystępującego nie jest wystarczająca dla wykazania, że oferta Przystępującego nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- 2) art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaakceptowanie przez Zamawiającego lakonicznych, nieprecyzyjnych i niepopartych dowodami wyjaśnień Przystępującego udzielonych w odpowiedzi na zapytanie o to, czy oferta Przystępującego nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia i przyjęcie, że takie lakoniczne i nieprecyzyjne, a także niepoparte dowodami wyjaśnienia Przystępującego mogą być wystarczające dla uznania, że oferta Przystępującego nie zawiera takiej rażąco niskiej ceny, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia przez Zamawiającego oferty Przystępującego;
- 3) art. 90 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i przyjęcie przez Zamawiającego, iż pomimo obowiązywania tego przepisu, a w szczególności pomimo ciążącego na wykonawcy obowiązku przyjęcia do kalkulacji ceny oferty kosztów pracy, które nie mogą być niższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo

minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, wykonawca może zaoferować w ofercie cenę na poziomie „zero” i że taka cena nie ma charakteru ceny rażąco niskiej i jest zgodna z ustawą, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia przez Zamawiającego oferty Przystępującego;

- 4) art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia przez Zamawiającego oferty Przystępującego w sytuacji, gdy pozostaje ona niezgodna z ustawą, a mianowicie w sytuacji, gdy na potrzeby kalkulacji ceny prac wyszczególnionych w pozycjach 56 i 1018 Załącznika nr 2a Przystępujący składając ofertę przyjął koszty pracy nieuwzględniające minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę;
- 5) art. 87 ust. 1 zd. 2 ustawy Pzp poprzez prowadzenie przez Zamawiającego, w toku badania i oceny ofert, z Przystępującym, niedozwolonych negocjacji, dotyczących treści złożonej oferty, wyrażających się w uzgodnieniu tego, jakie ceny jednostkowe powinny być przyjęte dla pozycji nr 56 i 1018 Załącznika nr 2a, będącego elementem oferty, a stanowiącego „Ustandaryzowany katalog cen”, w miejsce wpisanych tam przez Przystępującego wartości „zero”;
- 6) art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia przez Zamawiającego oferty Przystępującego w sytuacji, gdy pozostaje ona niezgodna ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”), co wyraża się w błędnym wypełnieniu przez Przystępującego Załącznika nr 2a, będącego elementem oferty, a stanowiącego „Ustandaryzowany katalog cen”, które to błędne wypełnienie polega na niewskazaniu przez Przystępującego rzeczywistych cen jednostkowych za prace przewidziane w pozycjach 56 oraz 1018 tegoż Załącznika nr 2a;
- 7) art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia przez Zamawiającego oferty Przystępującego w sytuacji, gdy zawiera ona błędy w obliczeniu ceny oferty, co jest konsekwencją niewskazania przez Przystępującego cen jednostkowych dla pozycji 56 i 1018 Załącznika nr 2a, będącego elementem oferty, a stanowiącego „Ustandaryzowany katalog cen”, a co powoduje, że łączna cena wszystkich prac objętych wskazanym Załącznikiem 2a i jednocześnie cena oferty Przystępującego, nie obejmuje całego przedmiotu zamówienia;
- 8) art. 84 ust 1 ustawy Pzp poprzez zaakceptowanie wyjaśnień Przystępującego, które to wyjaśnienia wskazują na intencję zmiany treści oferty Przystępującego w zakresie ceny prac objętych pozycjami 56 oraz 1018 Załącznika nr 2a, a co za tym idzie, w zakresie zmiany całkowitej ceny ofertowej, które to zmiany stanowią istotne zmiany

oferty Przystępującego, a w konsekwencji doprowadzenie do zmiany treści oferty Przystępującego w stosunku do jej treści pierwotnej na takim etapie postępowania, gdy było to już niedopuszczalne, a więc na etapie po upływie terminu do składania ofert.

Wskazując na powyższe Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia dokonanej przez Zamawiającego czynności oceny i wyboru ofert,
2. odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust 1 pkt 4 ustawy Pzp, z uwagi na to, że oferta Przystępującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, ewentualnie na podstawie art. 89 ust 1 pkt 1, 2 i pkt 6 ustawy Pzp, a to z uwagi na to, że oferta Przystępującego jest niezgodna z ustawą, z SIWZ oraz zawiera błędy w obliczeniu ceny,
3. powtórzenia czynności oceny i wyboru ofert.

Ponadto Odwołujący wniósł o przyznanie Odwołującemu od Zamawiającego, a w razie przystąpienia do postępowania Przystępującego, również od tych wykonawców, zwrotu kosztów postępowania wywołanego wniesieniem niniejszego odwołania według zasad wynikających z ustawy.

Odwołujący wniósł także o dopuszczenie i przeprowadzenie przez Izbę następujących dowodów:

1. z dokumentów znajdujących się w dokumentacji postępowania, w szczególności wymienionych w uzasadnieniu niniejszego odwołania, (tj. SIWZ, wyjaśnienia SIWZ przez Zamawiającego w piśmie z 28 października 2016 r., pisma Odwołującego do Zamawiającego z dnia 6 grudnia 2016 r. w sprawie błędów w ofercie Przystępującego, pisma Zamawiającego do Przystępującego z dnia 5 grudnia 2016 r. w sprawie rażąco niskiej ceny, pisma Przystępującego do Zamawiającego z dnia 7 grudnia 2016 r., zawierającego odpowiedź na zapytanie Zamawiającego w sprawie rażąco niskiej ceny, oferty Przystępującego, oferty Odwołującego), na okoliczności dotyczące zakresu, zasad oraz przebiegu przedmiotowego postępowania, a także na okoliczności niezgodnych z ustawą Pzp działań i zaniechań Zamawiającego oraz na okoliczność istnienia podstaw do odrzucenia oferty Przystępującego, w szczególności na okoliczność:
 - a. wynikającego z SIWZ, wymaganego sposobu przygotowania oferty przez wykonawców w postępowaniu,
 - b. treści oraz prawidłowego sposobu wypełnienia Formularza ofertowego, stanowiącego Załącznik nr 2 do SIWZ oraz „Ustandaryzowanego katalogu cen”, stanowiącego Załącznik nr 2a do SIWZ,
 - c. treści udzielonych przez Zamawiającego wyjaśnień, dotyczących SIWZ, w zakresie sposobu przygotowania oferty (sposobu obliczenia ceny

- ofertowej),
- d. sposobu przygotowania przez Przystępującego oferty, zwłaszcza sposobu sporządzenia Formularza ofertowego i sposobu wypełnienia przez Przystępującego „Ustandaryzowanego katalogu cen”.
 - e. treści i przebiegu korespondencji pomiędzy Zamawiającym a Przystępującym, prowadzonej w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp,
 - f. zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego przez Zamawiającego,
 - g. sposobu przygotowania oferty przez Odwołującego, zwłaszcza sposobu sporządzenia przez Odwołującego Formularza ofertowego i sposobu wypełnienia „Ustandaryzowanego katalogu cen”.
2. zeznań świadka M.W. - prokurenta Odwołującego (wezwanie na adres Odwołującego),
 3. zeznań Odwołującego - M.P. - Prezesa Zarządu Odwołującego (wezwanie na adres Odwołującego),
- obu tych dowodów na okoliczność zakresu, zasad oraz przebiegu przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a także na okoliczności niezgodnych z ustawą Pzp działań i zaniechań Zamawiającego oraz na okoliczność istnienia podstaw do odrzucenia oferty Przystępującego, w szczególności na okoliczność:
- a. sposobu przygotowania oferty przez Odwołującego, zwłaszcza sposobu sporządzenia przez Odwołującego Formularza ofertowego i sposobu wypełnienia „Ustandaryzowanego katalogu cen”,
 - b. sposobu rozumienia przez Odwołującego „Ustandaryzowanego katalogu cen”,
 - c. przyjętego przez Odwołującego uzasadnienia dla dokonanego przez Odwołującego wypełnienia „Ustandaryzowanego katalogu cen”,
 - d. charakteru prac objętych „Ustandaryzowanym katalogiem cen”, w tym zwłaszcza objętych pozycjami 56 i 1018,
 - e. braku współzależności pomiędzy jednymi pracami a innymi i konieczność ich autonomicznego traktowania na potrzeby wyceny,
 - f. braku podstaw do przyjmowania, że w pozycjach 56 i 1018 „Ustandaryzowanego katalogu cen” powinny zostać zastosowane stawki z pozycji 1330,
 - g. możliwości wykonania prac objętych pozycjami 56 i 1018 „Ustandaryzowanego katalogu cen” przez osoby o różnych kwalifikacjach, w zależności od istniejącej potrzeby, w tym zarówno przez osoby, których stawka godzinowa została przewidziana w pozycji 1330, jak i 1331, czy

1332 „Ustandaryzowanego katalogu cen”,

- h. praktyki realizacji umów na prace objęte „Ustandaryzowanym katalogiem cen” z uwagi na ich charakter, specyfikę i technologię ich realizacji.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący podał, że w świetle SIWZ, wykonawcy ubiegający się o zawarcie umowy ramowej byli zobowiązani do złożenia oferty, zgodnie z Formularzem ofertowym, stanowiącym Załącznik nr 2 do SIWZ. W Formularzu wykonawcy zobowiązani byli do wskazania ceny, jaką oferują za wykonanie całego zamówienia, która stanowić miała sumę pozycji zawartych w Załączniku nr 2a, stanowiącym „Ustandaryzowany katalog cen”. W toku postępowania, jak podał Odwołujący, Zamawiający, w odpowiedzi na zapytanie dotyczące sposobu obliczenia ceny, pismem z dnia 28 października 2016 r., wyjaśnił dodatkowo, iż w celu obliczenia ceny oferty, jaką należy wpisać do Formularza ofertowego, *„należy zsumować kolumnę 3 w wierszach od 1 do 1336, tj. bez współczynników korygujących »Ustandaryzowanego katalogu cen«, stanowiącego załącznik nr 2a do SIWZ i następnie przepisać tę wartość do formularza ofertowego”*.

Dalej Odwołujący wyjaśnił, że w związku z udostępnieniem Odwołującemu do wglądu dokumentów dotyczących postępowania i po ich analizie, pismem z dnia 6 grudnia 2016 r. Odwołujący wystąpił do Zamawiającego z informacją, iż oferta Przystępującego, złożona w postępowaniu, zawiera błędy, polegające na tym, iż Przystępujący w pozycjach 56 oraz 1018 „Ustandaryzowanego katalogu cen” wpisał wartości 0,00 złotych. Odwołujący zwrócił między innymi uwagę, iż takie działanie jest sprzeczne z postanowieniami ustawy, w szczególności stanowi *de facto* nieokreślenie wynagrodzenia za wykonanie tych czynności, a także pozostaje w sprzeczności z obowiązkiem kalkulowania ceny z uwzględnieniem minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej. Odwołujący wskazał, iż ujawniony błąd nie może być, w jego opinii, wyjaśniony w trybie art. 90 ust 1 ustawy Pzp ani nie zachodzą podstawy do poprawienia oferty w oparciu o art. 87 ustawy Pzp, a co za tym idzie, oferta Przystępującego powinna podlegać odrzuceniu.

Odwołujący zwrócił również uwagę, że niezależnie od tego, pismem z dnia 5 grudnia 2016 r. Zamawiający wystąpił do Przystępującego o wyjaśnienia, w trybie art. 90 ust 1 ustawy Pzp, w zakresie tego, czy oferta Przystępującego nie zawiera rażąco niskiej ceny. Zamawiający zwrócił się o wyjaśnienia właśnie w zakresie dotyczącym wartości 0,00 zł, wpisanych w Załączniku nr 2a w pozycjach 56 oraz 1018.

Odwołujący podał, że w odpowiedzi, pismem z dnia 7 grudnia 2016 r., Przystępujący wskazał, iż oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny stwierdzając, iż: *„Pozycje 56 i 1018 w ustandaryzowanym katalogu cen podlegają wycenie godzinowej zgodnie z pozycją 1330 i w taki sposób były w ostatnich latach zamieszczane w cennikach. Zgodnie z treścią SIWZ wartość usług wymienionych w ww. pozycjach jest każdorazowo skalkulowana w zleceniu od*

Zamawiającego jako iloczyn przepracowanych godzin oraz stawki godzinowej”.

Dalej Odwołujący zauważył, że takie wyjaśnienia zostały uznane przez Zamawiającego za wystarczające, albowiem w dniu 21 grudnia 2016 r. Zamawiający dokonał wyboru ofert w postępowaniu. Wybrana została również oferta Przystępującego, a zatem Zamawiający nie dostrzegł powodów do jej odrzucenia.

Zdaniem Odwołującego, ze stanowiskiem Zamawiającego nie sposób się zgodzić, albowiem oferta Przystępującego powinna podlegać odrzuceniu z uwagi na to, iż jej cena jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, a nawet gdyby uznać, iż wyjaśnienia Przystępującego są wystarczające do stwierdzenia, iż cena rażąco niską nie jest, oferta Przystępującego powinna podlegać odrzuceniu z uwagi na to, iż pozostaje niezgodna z SIWZ, niezgodna z ustawą oraz zawiera błędy w obliczeniu ceny.

Rażąco niska cena.

W uzasadnieniu swojego stanowiska, w przedmiocie ww. zarzutów, Odwołujący zwrócił uwagę, że zgodnie z ustawą Pzp, cena oferty złożonej w postępowaniu powinna być ceną rynkową, za którą (uwzględniając koszty wykonania zamówienia i konieczność osiągnięcia przez wykonawcę chociażby niewielkiego zysku) wykonawca jest w stanie w sposób prawidłowy, terminowy, zgodny z zawartą umową i oczekiwaniami zamawiającego wykonać przedmiot zamówienia.

Z tego względu ustawa Pzp, jak zauważył Odwołujący, nakazuje odrzucać takie oferty, które zawierają rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Odwołujący podał, że zgodnie z art. 90 ust 1 ustawy Pzp, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich 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 lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający jest zobowiązany do zwrócenia się do danego wykonawcy o udzielenie stosownych wyjaśnień. Jeśli wykonawca takich wyjaśnień nie udzieli albo, jeśli potwierdzą one rażąco niską cenę lub koszt, zamawiający jest zobligowany do odrzucenia takiej oferty.

Dodatkowo Odwołujący podkreślił, iż obecne brzmienie art. 90 ust 1 pkt 1 ustawy Pzp obowiązuje od 28 lipca 2016 r. i zostało wprowadzone na mocy ustawy o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw z dnia 22 czerwca 2016 r. Nowelizacja ta wprowadziła, jak zauważył Odwołujący, bardzo istotną zmianę tego przepisu, polegającą na wskazaniu, iż wątpliwości co do tego, czy oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, pozostają uzasadnione nie tylko - jak przed nowelizacją - gdy „*cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia*”, ale także wtedy, gdy wątpliwości dotyczą określonego w ofercie „kosztu”, a także, gdy dotyczą „*istotnych części składowych*

oferowanej ceny lub kosztu”.

Tego rodzaju zmiana, w opinii Odwołującego, ma na celu zwrócenie większej niż dotychczas uwagi nie tylko na całkowitą oferowaną przez wykonawców cenę czy koszt, ale także na ich poszczególne części składowe. Rozwiązanie to powoduje, jak podkreślił Odwołujący, iż z rażąco niską ceną możemy mieć do czynienia nie tylko w odniesieniu do całkowitej ceny, ale także w odniesieniu do wspomnianych w przepisie jej istotnych części składowych. Nowelizacja daje zatem, zdaniem Odwołującego, zamawiającym wprost podstawy, ale i zobowiązuje ich do badania ofert pod kątem rażąco niskiej ceny, również w odniesieniu do cen jednostkowych, czy innego rodzaju istotnych pojedynczych elementów, kształtujących cenę oferty.

Niejednolite dotąd orzecznictwo, raz dopuszczające, lecz częściej jednak niedopuszczające możliwość przypisania ofercie rażąco niskiej ceny w oparciu jedynie o ocenę niektórych cen jednostkowych spośród wielu oferowanych w ramach danego zamówienia, powinno obecnie, w ocenie Odwołującego, jednoznacznie stanąć na stanowisku, że z rażąco niską ceną możemy mieć do czynienia również wtedy, gdy w ramach pewnego zróżnicowanego przedmiotowo zamówienia, rażąco niskie okażą się jedynie pewne ceny jednostkowe, czy pewne ceny za poszczególne pojedyncze prace.

Odwołujący powołał się w tym miejscu na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej (dalej „KIO” lub „Izba”) z dnia 2 lutego 2016 r., sygn. akt: KIO 51/16, w którym Izba wskazała, iż: *„W ocenie Izby żaden przepis prawa nie zabrania zamawiającemu takiej konstrukcji podania ceny ofertowej a w konsekwencji żądanie zamawiającego wyjaśnić poszczególnych cen jednostkowych czynności wchodzących w zakres usługi nie narusza art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Tym samym skoro zamawiający ma prawo badania cen jednostkowych czynności wchodzących w zakres usługi to ma obowiązek podania ich wartości szacunkowej na etapie sporządzania oferty. Reasumując zarzut odwołania sformułowany jako naruszenie art. 90 ust 1 poprzez uznanie, że przesłankę rażąco niskiej ceny oferty mogą stanowić w danym przypadku poszczególne ceny jednostkowe oferty odwołującego nie został udowodniony. W ocenie Izby zamawiający miał prawo badać i mógł jedynie badać ofertę pod kątem rażąco niskiej ceny przez badanie cen jednostkowych czynności wchodzących w zakres usługi (31 czynności)”.*

Odwołujący zwrócił uwagę, że choć wydany jeszcze pod starym brzmieniem art. 90 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, wyrok ten prezentuje pogląd, który po nowelizacji wprost prezentowany jest w ustawie Pzp i który powinien stać się poglądem dominującym. Z tego też względu, zdaniem Odwołującego, wydaje się, że dotychczasowa praktyka i orzecznictwo wskazujące, iż ceny jednostkowe mogą decydować o rażąco niskiej cenie oferty tylko wtedy, gdy przekładają się na rażąco niską cenę w odniesieniu do całego zamówienia, wymagają odpowiedniej refleksji i korekty w praktycznym stosowaniu.

W niniejszej sprawie, zdaniem Odwołującego, mamy do czynienia właśnie z taką sytuacją, albowiem cena oferty Przystępującego pozostaje rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, co jest wynikiem wskazania przez Przystępującego ceny 0,00 zł za prace przewidziane w pozycjach 56 i 1018 Załącznika nr 2a.

W ocenie Odwołującego, niewątpliwym jest po pierwsze, iż Załącznik nr 2a stanowi część oferty składanej w postępowaniu. Wynika to, zdaniem Odwołującego, zarówno z SIWZ, która w części XVII, w punkcie 2.1) wskazuje, że oferta wykonawcy powinna zawierać: *„Wypełniony druk Formularza ofertowego sporządzonego według wzoru stanowiącego Załącznik nr 2 i 2a do SIWZ”*, jak również z samej oferty Przystępującego, która zawiera Załącznik nr 2a i wskazuje go w Formularzu ofertowym wyraźnie jako załącznik do oferty. Informacje zawarte w Załączniku nr 2a powinny być zatem, w ocenie Odwołującego, traktowane jako elementy oferty, na równi z informacjami zawartymi w Formularzu ofertowym, stanowiącym Załącznik nr 2 do SIWZ.

Po drugie, co dostrzegł Odwołujący, Izba chociażby w wyroku z 30 maja 2016 r., sygn. akt: KIO 741/16 wskazała: *„Cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, a rzeczona różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać. Reasumując, cena rażąco niska jest więc ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie niewystępującą na rynku, na którym ceny wyznaczone są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających”*. Pogląd ten, w ocenie Odwołującego, zdaje się być reprezentatywny dla sposobu pojmowania istoty rażąco niskiej ceny.

Biorąc pod uwagę powyższe, zdaniem Odwołującego, stwierdzić trzeba, iż zaoferowanie przez wykonawcę realizacji pewnych prac, mieszczących się w przedmiocie zamówienia, za cenę 0,00 zł, a więc za darmo, z pewnością spełnia przesłanki rażąco niskiej ceny. Odwołujący zwrócił uwagę, że jak wskazała KIO w wyroku z 1 grudnia 2011 r., sygn. akt: KIO 2492/11: *„Podanie ceny za element składowy w ramach sumy elementów kalkulacyjnych ceny ofertowej w wysokości 0 zł nie powoduje, że wykonawca odmawia na etapie składania ofert wykonania tego elementu zamówienia, ale stanowi w ocenie Izby zobowiązanie, że na etapie realizacji umowy za ten element wynagrodzenia żądać nie będzie”*.

Odwołujący podniósł, że konieczność wykonania przez wykonawcę określonej pracy nieodłącznie wiąże się z koniecznością poniesienia określonych kosztów, a w sytuacji, gdy

wykonawca za takie prace nie otrzymuje wynagrodzenia, (bo wskazał w ofercie, że wykona je za 0,00 zł), z oczywistych względów taki wykonawca nie jest w stanie pracy tej wykonać przy osiągnięciu zysku, a także nie jest w stanie takich prac wykonać bez poniesienia w związku z nimi strat. Odwołujący zwrócił uwagę, że wykonawca taki będzie musiał również pokryć koszty ich realizacji ze źródeł innych niż wynagrodzenie uzyskane za te prace od zamawiającego. Cena 0,00 zł nie jest również ceną występującą na rynku, a więc z tych wszystkich względów, w opinii Odwołującego, podanie przez wykonawcę takiej wartości ceny jest najbardziej oczywistym przykładem rażąco niskiej ceny.

Zdaniem Odwołującego, wskazać trzeba również, iż w niniejszej sprawie brak jest podstaw do formułowania twierdzenia, iż Przystępujący był uprawniony do wycenienia pewnych prac za 0,00 zł z tego względu, iż prace te stanowią jedynie pewne elementy z bardzo dużego katalogu różnych prac objętych przedmiotem umowy ramowej, a w konsekwencji nawet wykonanie pewnych prac za darmo, nie ma znaczenia w kontekście całości ceny podanej w Formularzu ofertowym jako suma wszystkich pozycji z Załącznika nr 2a.

Podejście takie, w ocenie Odwołującego, pozostaje nieuzasadnione z tego względu, iż z uwagi na charakter zamówienia i zasady udzielania zamówień wykonawczych na poszczególne prace, prace te powinny być traktowane w sposób autonomiczny i wszystkie wyceniane na poziomie rynkowym, niezależnie od wyceny pozostałych. Przede wszystkim, zdaniem Odwołującego, wskazać trzeba, iż zgodnie z SIWZ, zawarcie umowy ramowej nie gwarantuje wykonawcy powierzenia mu wykonania wszystkich prac z Załącznika nr 2a, a także nie gwarantuje ich udzielenia w określonych ilościach. Zgodnie z częścią IV pkt 5 SIWZ: *„Liczbę i intensywność Zamówień wykonawczych będą warunkować bieżące potrzeby Zamawiającego”*. Analogiczne stwierdzenie zostało powtórzone również w § 2 ust 7 projektu umowy, stanowiącego Załącznik nr 7 do SIWZ.

Z tego względu, zdaniem Odwołującego, wykonawca składając ofertę w postępowaniu nie miał podstaw do przyjęcia, czy i jakie prace będzie faktycznie wykonywał i w jakiej ilości, a co za tym idzie, nie miał podstaw faktycznych do budowania ceny całkowitej i poszczególnych cen jednostkowych z założeniem, np., że większa ilość pewnych prac wykonanych po bardziej dla niego atrakcyjnej cenie pozwoli mu na wykonanie innych prac po cenie niższej, czy nawet za darmo.

Z tego samego względu, w opinii Odwołującego, wykonawca nie miał też podstaw do zakładania innych okoliczności umożliwiających mu zaoferowanie ceny niższej, nie mógł, np. założyć, że pewne prace będzie mógł wykonać, w tym samym czasie czy przy okazji realizacji innych (a więc ich cena może być niższa).

Co więcej, w ocenie Odwołującego, wykonawca powinien mieć świadomość tego, iż w zależności od bieżącego, faktycznego zapotrzebowania Zamawiającego, może

otrzymywać tak dużo zleceń wycenionych na 0,00 zł i tak mało zleceń wycenionych w sposób rynkowy, iż otrzymane od Zamawiającego wynagrodzenie, nie pozwoli na pokrycie kosztów realizacji zamówienia, czy nie pozwoli na osiągnięcie choćby minimalnego zysku.

Poszczególne pozycje z Załącznika nr 2a są więc, zdaniem Odwołującego, pozycjami od siebie niezależnymi, gdyż będą zlecane i wykonywane w sposób autonomiczny, zgodnie z zapotrzebowaniem Zamawiającego, z którego to zapotrzebowania wynikać będzie nie tylko sama decyzja o potrzebie zlecenia takich czy innych prac, ale również moment takiego zlecenia czy ich ilość.

Patrząc zresztą na pozycje, w których oferta Przystępującego, przewiduje cenę 0,00 zł trzeba, zdaniem Odwołującego, wskazać, iż obejmuje ona paradoksalnie dużą liczbę prac. O ile bowiem pozycja 56 dotyczy wyłącznie „badania sprzężarek”, o tyle pozycja 1018 odnosi się do wszystkich takich sytuacji, gdy suma cen za wiele różnych prac, (wycenionych w Załączniku nr 2a w innych miejscach po konkretnych stawkach), wykonanych w ciągu jednej roboczodniówki wynosi mniej niż 400,00 zł.

To powoduje więc, w ocenie Odwołującego, że za każdym razem, gdy wykonawca wykona wiele prac, a ich łączna wartość nie przekroczy określonej kwoty progowej (400,00 zł), wykonawcy nie należałoby się za takie prace wynagrodzenie. Jeśli więc wartość prac wyniosłaby 401,00 zł, wykonawca otrzymałby 401,00 zł, a jeśli wartość tych prac wyniosłaby 399,00 zł, wykonawca nie otrzymałby wynagrodzenia wcale, bo w pozycji 1018 wskazał cenę 0,00 zł. Przy takim rozwiązaniu, zdaniem Odwołującego, może się przecież zdarzyć bardzo wiele takich roboczodniówek, za które wykonawca nie otrzyma wynagrodzenia, a to w efekcie może znacząco wpływać na ogólne, otrzymane przez niego wynagrodzenie, przy czym prawdopodobieństwo zaistnienia takich sytuacji i ich ewentualna częstotliwość jest, w chwili obecnej, całkowicie poza możliwością przewidzenia i kontroli ze strony wykonawcy.

W tym miejscu Odwołujący zwrócił uwagę na wyrok Izby wydany w bardzo podobnej sytuacji, a mianowicie wyrok z dnia 24 sierpnia 2012 r., sygn. akt: KIO 1734/12, w którym Izba zastanawiała się nad cenami jednostkowymi oferowanych w postępowaniu filtrów w sytuacji, gdy te ceny jednostkowe służyć miały (po przemnożeniu przez ilość zamawianych filtrów) do ustalenia rzeczywistej ceny do zapłaty. Izba stwierdziła, że skoro „w pakiecie nr 18, podstawą płatności będzie *de facto* cena jednostkowa skalkulowana przez wykonawcę dla każdego elementu (filtra) dostawy ujętego w formularzu - tabeli dla pakietu nr 18”, to „poszczególne dostawy w ramach pakietu nr 18 należy traktować samodzielnie, a cenę za wykonanie danej dostawy, jako cenę za odrębną część zamówienia - elementu w tym pakiecie”. Izba, jak podał Odwołujący, wskazała również, że „zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, w tym projektem umowy oraz ofertą wykonawcy, obowiązującą formą wynagrodzenia będzie wynagrodzenie obliczone na podstawie cen jednostkowych wyszczególnionych w formularzu cenowym oraz ilości rzeczywiście

zamówionych i dostarczonych filtrów z danego pakietu. Z powyższego wynika, że w tym postępowaniu o zamówienie publiczne ceny jednostkowe w pakiecie nr 18 nie są wielkościami o wewnętrznym, technicznym znaczeniu, które miałyby, co najwyżej zobrazować sposób kalkulacji ceny za wykonanie zamówienia, albo służyć jedynie prezentacji elementów, jakie składają się na cenę za wykonanie zamówienia, ale są to ceny rzeczywiste - do zapłaty. Powyższe wskazuje, że ceną za wykonanie zamówienia nie będzie wyłącznie łączna cena podana w ofercie za wykonanie dostawy w pakiecie nr 18 w ilościach wymaganych i wskazanych w formularzu, ale cena za dostawę rzeczywiście wykonaną. W tych okolicznościach należy uznać, że ceny jednostkowe mają, zatem cechy samodzielnych cen za wykonanie poszczególnych dostaw składających się na złożone zamówienie. Wobec powyższego, ceny jednostkowe, jako ceny do zapłaty, mogą być rozpatrywane w kategorii rażąco niskiej ceny w odniesieniu do danego elementu dostawy". Podobnie, jak podał Odwołujący, wskazała również Izba w swoim wyroku z dnia 9 marca 2015 r., sygn. akt: KIO 343/15, w którym stwierdziła, iż dopuszczono możliwość badania cen jednostkowych, jeżeli wartości te stanowiąc będą samodzielną postawę rozliczania wynagrodzenia oraz oceniane są w sposób odrębny.

Z tych względów, zdaniem Odwołującego, poszczególne pozycje w Załączniku nr 2a powinny być traktowane na potrzeby ich wyceny w sposób autonomiczny i wykonawcy powinni dla każdej takiej pozycji podać realną cenę rynkową. W taki sam autonomiczny sposób powinny być te pozycje oceniane pod kątem rażąco niskiej ceny. Zdaniem Odwołującego, ponieważ cena 0,00 zł nie jest z pewnością ceną rynkową za żaden rodzaj prac, oferta Przystępującego powinna być potraktowana jako zawierająca rażąco niską cenę.

Konieczność takiego podejścia, w opinii Odwołującego, jest tym bardziej uzasadniona w świetle aktualnego, nowego brzmienia art. 90 ust 1 ustawy Pzp, który jak już Odwołujący wskazywał, pojęcie rażąco niskiej ceny odnosi nie tylko do ceny za całe zamówienie, lecz także do jej „istotnych części składowych”. W przypadku zamówień, które składają się z wielu różnych, niezależnych od siebie prac wycenianych po cenach jednostkowych, każda taka cena jednostkowa powinna być, zdaniem Odwołującego, potraktowana właśnie jako „istotna część składowa” ceny ofertowej i każda powinna być oceniana pod kątem rażąco niskiej ceny. Odwołujący zwrócił uwagę, że jak wynika z odpowiedzi na zapytania, Zamawiający w taki sposób ceny wskazane w pozycjach 56 i 1018 potraktował, lecz niestety pomimo niezyskania odpowiedzi, która mogłaby wyjaśniać sytuację i istniejące wątpliwości, oferty Przystępującego, wbrew przepisom ustawy Pzp, nie odrzucił.

Zdaniem Odwołującego, wyjaśnienia udzielone przez Przystępującego wydają się enigmatyczne i powierzchowne. Przystępujący wskazał bowiem jedynie, że cena jego oferty nie jest rażąco niska, że Załącznik wypełniany był w analogiczny sposób w poprzednich postępowaniach oraz, że pozycje 56 i 1018 powinny być wyceniane według stawki z pozycji

1330.

W ocenie Odwołującego, w szczególności to ostatnie stwierdzenie jest całkowicie niezrozumiałe, albowiem ani w treści oferty, ani Załącznika nie ma żadnego wskazania (odwołania, informacji, wskazówki), które by to uzasadniało. Szczegółowa analiza konstrukcji Załącznika nr 2a, przygotowanego przez Przystępującego, zdaniem Odwołującego, nie uzasadnia w żadnej mierze konkluzji, że stawki oferowane w jednych pozycjach miały być ustalane poprzez odesłanie do stawek oferowanych w innych. Oferta Przystępującego zawiera w dwóch miejscach cenę 0,00 zł i opierając się na jej treści, nie ma podstaw do przyjęcia, w ocenie Odwołującego, iż Zamawiający powinien w tych miejscach przyjąć cenę z jakiegokolwiek innej pozycji Załącznika.

Pamiętać należy też, jak podkreślił Odwołujący, że zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp: „*Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy*”, a co za tym idzie, to Przystępujący winien złożyć kompletne, jasne, precyzyjne i niepozostawiające żadnych wątpliwości wyjaśnienia co do sposobu kalkulacji ceny. Zdaniem Odwołującego, te wyjaśnienia powinny dać Zamawiającemu podstawę do wyeliminowania jego wątpliwości co do ceny.

Zgodnie z orzecznictwem KIO, jak podał Odwołujący, wyrażonym chociażby w wyroku z 1 lipca 2013 r., sygn. akt: KIO 1439/13, „*z momentem powzięcia przez zamawiającego wątpliwości co do tego, czy w konkretnej sytuacji cena nie ma charakteru rażąco niskiej, i wyrażenia tej wątpliwości w formie wezwania na podstawie art. 90 ust. 1 PrZamPubl, powyższe domniemanie zostaje obalone i to na wykonawcy spoczywa ciężar wykazania, że cenę skalkulowano w sposób rynkowy. Rzeczą wykonawcy jest - w odpowiedzi na wezwanie wystosowane przez zamawiającego na podstawie art. 90 ust. 1 PrZamPubl - udzielenie wyjaśnień dotyczących okoliczności, które wpłynęły na wysokość zaoferowanej ceny, a brak tych wyjaśnień czy też złożenie wyjaśnień nieprzekonujących, że cena w danej sytuacji nie ma charakteru rażąco niskiej, skutkować winny odrzuceniem oferty na podstawie art. 90 ust. 3 PrZamPubl*”.

To oznacza też, w opinii Odwołującego, iż zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę nie tylko, gdy wyjaśnienia potwierdzą, że cena jest rażąco niska, ale również wtedy, gdy takich wyjaśnień wykonawca nie złoży, co oznacza, że zamawiający ma obowiązek odrzucić ofertę nie tylko, gdy jest przekonany, że zawiera ona rażąco niską cenę, ale również, gdy jego uzasadnione wątpliwości nie zostaną rozwiane przez wykonawcę. Ryzyko udzielenia wyjaśnień zbyt ogólnych, mało precyzyjnych czy niepopartych wystarczającymi dowodami, jak podkreślił Odwołujący, obciąża w całości wykonawcę.

Z tych powyższych przyczyn, przyjęcie przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu jako wystarczających, wyjaśnień Przystępującego, tak bardzo lakonicznych i

niejasnych, stanowi, w ocenie Odwołującego, niewątpliwie naruszenie art. 90 ust. 2 ustawy Pzp. W omawianym kontekście, zdaniem Odwołującego, wskazać można też na wyrok KIO z 14 maja 2013 r., sygn. akt: KIO 960/13, w którym KIO wskazała, iż: *„Udzielone wyjaśnienia powinny być wyczerpujące, konkretne i przekonujące, w przeciwnym wypadku będą one miały charakter jedynie iluzorycznych i nie będą stanowiły wyjaśnienia elementów oferty, mających wpływ na wysokość cen, co może uzasadniać obowiązek zamawiającego odrzucenia oferty jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W orzecznictwie Izby uznaje się, że złożenie wyjaśnień, zawierających niekonkretne i ogólnikowe stwierdzenia, należy traktować jako niezłożenie wyjaśnień w ogóle, co w konsekwencji oznacza konieczność odrzucenia oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 4 PrZamPubl”.*

Reasumując rozważania w tym przedmiocie Odwołujący wskazał, iż z uwagi na rażąco niską cenę, brak wyjaśnienia przez Przystępującego wątpliwości Zamawiającego w tym zakresie, a także wobec kalkulowania przez Przystępującego ceny bez uwzględnienia minimalnego wynagrodzenia za pracę i minimalnej stawki godzinowej, oferta Przystępującego powinna podlegać odrzuceniu, a zaniechanie takiego odrzucenia oraz działania Zamawiającego, które do tego doprowadziły są sprzeczne z ustawą Pzp, albowiem naruszają art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, art. 90 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Niezgodność oferty Przystępującego z ustawą.

Odwołujący podniósł, iż zgodnie z art. 90 ust 1 pkt 1 ustawy Pzp, w brzmieniu obowiązującym od 1 września 2016 r., przy kalkulowaniu ceny, wartość kosztów pracy przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę.

Przepis ten, zdaniem Odwołującego, dodatkowo poddaje w wątpliwość możliwość oferowania za jakiegokolwiek prace ceny 0,00 zł, albowiem skoro prace takie muszą być wykonane przez określone osoby otrzymujące wynagrodzenie, czy to z tytułu umowy o pracę, czy z innych tytułów, cena oferowana za takie prace powinna co najmniej uwzględniać stosowne koszty pracy, oparte na kwotach minimalnych, a te koszty z pewnością nie mogą wynosić 0,00 zł. Wprowadzenie wspomnianego rozwiązania, każe również postawić zasadne, zdaniem Odwołującego, pytanie, czy w obecnym stanie prawnym oferowanie cen na poziomie 0,00 zł jest nie tylko oznaką oferowania ceny rażąco niskiej, w rozumieniu ustawy Pzp, ale również składaniem ofert z ustawą po prostu niezgodnych.

Zdaniem Odwołującego, zaoferowanie w ofercie Przystępującego w pozycjach 56 i

1018 ceny 0,00 zł powoduje, iż oferta Przystępującego zawiera rażąco niską cenę, a dodatkowo pozostaje niezgodna z ustawą Pzp, a konkretnie powołanym powyżej art. 90 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w takim zakresie, w jakim przepis ten nakazuje uwzględnianie przy kalkulacji ceny kosztów pracy nie niższych niż minimalne, wynikające z powołanej w nim ustawy.

Niezgodność treści oferty Przystępującego z SIWZ.

Odwołujący zwrócił uwagę, że w swojej odpowiedzi Przystępujący wskazał, iż w pozycjach 56 i 1018 „Ustandaryzowanego katalogu cen” wpisane zostało 0, albowiem pozycje te powinny być wyceniane według stawki zawartej w pozycji 1330, a więc jako „stawka godzinowa pracownika inżynieryjno - technicznego”.

Zdaniem Odwołującego, taka odpowiedź, jakkolwiek dalece niejasna, może sugerować, iż intencją Przystępującego nie było wcale zaoferowanie wskazanych w tych pozycjach prac za darmo, lecz odpowiednio za 135,70 zł netto za godzinę w dni robocze i 203,55 zł netto za godzinę w dni świąteczne, bo takie ceny wpisane są w pozycji 1330.

Jeśli taka była jednak wola Przystępującego, to zdaniem Odwołującego, trzeba stanąć na stanowisku, że złożona przez Przystępującego oferta w żadnej mierze woli tej nie odzwierciedla, a co więcej, przy takim podejściu jest ona sporządzona nieprawidłowo i jest niezgodna z SIWZ.

Po pierwsze, jak podał Odwołujący, wskazać trzeba, iż jak wynika z Załącznika nr 2a, jak również działań Zamawiającego, podejmowanych na etapie badania ofert, Zamawiający oczekiwał wpisania w każdej pozycji Załącznika nr 2a realnej ceny za określone prace. Treść i konstrukcja Załącznika nie daje podstaw do założenia, że ustalenie cen pewnych prac może odbywać się poprzez zaczerpnięcie cen z innych pozycji tego załącznika. Ewentualne zatem twierdzenie Przystępującego, że dla pozycji 56 i 1018 zastosowanie powinna znaleźć stawka z pozycji 1330, zdaniem Odwołującego, nie znajduje uzasadnienia ani w konstrukcji Załącznika 2a ani tym bardziej w sposobie jego wypełnienia przez Przystępującego.

Co więcej, jak zauważył Odwołujący, o tym, że Zamawiający oczekiwał wskazania cen realnych i nie widział podstaw do poszukiwania ich w innych miejscach oferty, świadczy zwrócenie się do Przystępującego o wyjaśnienia, w trybie art. 90 ust 1 ustawy Pzp, a więc wyjaśnień co do rażąco niskiej ceny - Zamawiający uznał, że wskazane w obu pozycjach 0,00 zł jest oferowaną stawką, a nie, że jest jedynie podstawą do szukania właściwej stawki w innych pozycjach.

Po drugie, Odwołujący dostrzegł, że powyższe wyjaśnienia Przystępującego są również całkowicie nielogiczne w kontekście brzmienia innych pozycji Załącznika nr 2a. Odwołujący zauważył, że w całym Załączniku nr 2a zawartych jest więcej pozycji, których opis wskazuje, iż powinny być wyceniane według stawek godzinowych. Obok pozycji 56 -

„Badanie sprzężarek (wg wyceny godzinowej)” i 1018 - „Jeżeli sumaryczna kwota za badanie pojedynczych urządzeń w czasie jednej roboczodniówki jest mniejsza od 400,00 zł do wyceny stosuje się wycenę godzinową”; mamy chociażby pozycje 1303 - „Wykonanie dodatku do dokumentacji górniczego wyciągu szybowego /wg stawki godzinowej/”, 1307 - „Wycena godzinowa przy wezwaniach awaryjnych - stawka godzinowa pracownika inżynieryjno-technicznego”, czy 1308 - „Wycena godzinowa za badanie atestacyjne, opinie techniczne i specjalny nadzór techniczny”.

Uzasadnionym i logicznym, zdaniem Odwołującego, winno być więc przyjęcie przez Przystępującego jednolitej i konsekwentnej metody wyceniania wszystkich pozycji, dotyczących prac rozliczanych godzinowo, a więc albo wpisanie we wszystkich tych pozycjach rzeczywistej ceny, albo wpisanie we wszystkich 0,00, jako sygnału do poszukiwania ceny w innym miejscu.

Tymczasem, na co Odwołujący zwrócił uwagę, jak wynika z oferty Przystępującego, jedynie w pozycjach 56 i 1018 wpisano w niej wartość 0,00, podczas gdy w pozycjach 1303, 1307 i 1308 wpisano konkretne stawki większe od 0,00, lecz inne niż w pozycjach 1330 i następujących.

W ocenie Odwołującego, to czyni wyjaśnienia Przystępującego całkowicie niespójnymi, gdyż nie wiadomo, dlaczego w ofercie Przystępującego jedynie w dwóch pozycjach wpisano 0, podczas, gdy więcej pozycji wydaje się mieć analogiczne założenia co do wyceny. Zasadnie, zdaniem Odwołującego, można postawić pytanie o to, dlaczego w tychże innych pozycjach nie ma wartości 0, albo patrząc na sprawę z innej strony, dlaczego w pozycjach 56 i 1018 nie wpisano wartości jednej godziny z pozycji 1330. Wydaje się przecież, że logicznym byłoby jednolite przyjęcie jednego bądź drugiego rozwiązania.

Powyższe powoduje, w opinii Odwołującego, że oferta Przystępującego została złożona w sposób nieprawidłowy, albowiem błędnie wypełniono Załącznik nr 2a. Zdaniem Odwołującego, Załącznik ten powinien być wypełniony w taki sposób, że w każdej pozycji tego załącznika Wykonawca powinien podać rzeczywiste oferowane przez siebie stawki.

W konsekwencji, zdaniem Odwołującego, istnieją wszelkie przesłanki do uznania, że wpisanie w tych dwóch konkretnych pozycjach stawki 0, a następnie twierdzenie w toku postępowania, iż 0,00 to oznacza konieczność posiłkowania się stawką z pozycji 1330, jest nieuzasadnione i stanowi wyłącznie próbę „uratowania” oferty Przystępującego w sytuacji, gdy ze względu na etap postępowania, nie może być już ona zmieniona.

Na marginesie Odwołujący zauważył, iż nawet gdyby przyjąć, że prawidłową byłaby metodologia wypełnienia Załącznika proponowana przez Przystępującego, to również wtedy Załącznik byłby wypełniony błędnie, albowiem należałoby oczekiwać, że Przystępujący wpisze wartość 0,00 we wszystkich pozycjach rozliczanych według stawek godzinowych, co w ofercie Przystępującego nie ma miejsca.

Zdaniem Odwołującego, prowadzi to do konkluzji, że oferta Przystępującego pozostaje niezgodna z SIWZ i w rezultacie powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Dalej Odwołujący podniósł, że komentowanego sposobu sporządzenia oferty przez Przystępującego nie sposób traktować jako omyłki rachunkowej, pisarskiej czy także innej omyłki wspomnianej w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, która mogłaby być poprawiona przez Zamawiającego.

Po pierwsze, jak wskazał Odwołujący, omyłka, niezależnie od tego czy oczywista (art. 87 ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy Pzp) czy inna (art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp), aby w ogóle była omyłką, z definicji musi mieć charakter niezamierzony i nieumyślny. Jak wskazała KIO w wyroku 27 stycznia 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 47/09: *„Skład orzekający Izby nie dopatrył się naruszenia przez zamawiającego art. 87 ust. 2 pkt 2 i 3 PrZamPubl, nakładającego na zamawiającego obowiązek poprawienia w ofercie oczywistych omyłek rachunkowych, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek (pkt 2), jak również poprawienia innych omyłek polegających na niezgodności oferty z siwz, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty (pkt 3), gdyż stwierdzona wada w ofercie odwołującego nie stanowi omyłki, lecz celowe działanie - »poprawienie« przedmiaru. Niezgodności oferty odwołującego z treścią siwz nie da się poprawić. Odwołujący świadomie i celowo wpisał w swojej ofercie - w kosztorysie ofertowym ilość wkładek niezgodną z podaną przez zamawiającego w przedmiarze robót, co potwierdził również na rozprawie. Zatem, w tym przypadku nie możemy mówić o omyłce, o której stanowi art. 87 ust 2 pkt 3 PrZamPubl”.*

W ocenie Odwołującego, z analogiczną sytuacją mamy do czynienia również w niniejszej sytuacji, albowiem 0,00 w pozycjach 56 i 1018 zostało wpisane intencjonalnie, co wynika niewątpliwie z treści odpowiedzi udzielonej Zamawiającemu w piśmie Przystępującego z dnia 7 grudnia 2016 r. W treści tego pisma Przystępujący nie wskazał, jak podał Odwołujący, że w przedmiotowych pozycjach powinno znaleźć się coś innego, albo, że takie wypełnienie Załącznika nr 2a było omyłką, ale wyraźnie podtrzymał jako prawidłowy, przyjęty przez siebie sposób wypełnienia. Skoro zatem, nie mamy do czynienia z omyłką, nie ma w ogóle możliwości jakiegokolwiek dalszego rozważania, czy może podlegać ona poprawieniu i na jakiej podstawie. Jakakolwiek zaś zmiana treści oferty niekwalifikowanej jako omyłka nie jest już możliwa po upływie terminu do jej złożenia, a więc również w toku badania i oceny ofert.

Z ostrożności, na wypadek twierdzenia przez Przystępującego, iż sposób wypełnienia Załącznika nr 2a jest omyłką, Odwołujący dodatkowo podniósł, że w odniesieniu do omyłek, których poprawienie przewiduje art. 87 ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, muszą mieć one przede wszystkim charakter „oczywistych”, a więc dostrzegalnych dla każdego, bez konieczności pogłębionych analiz, czy zwłaszcza bez konieczności udzielania jakichkolwiek wyjaśnień

przez oferenta. Z taką sytuacją oczywiście nie mamy do czynienia, albowiem Zamawiający potraktował 0 w ofercie nie jako omyłkę, ale realną cenę (z tej przyczyny zwrócił się o wyjaśnienia w trybie 90 ust. 1 ustawy Pzp), a więc zaistniała sytuacja nie była dla niego w żadnej mierze oczywista, a i nie jest ona też oczywista z obiektywnego punktu widzenia.

Dodatkowo, jak wskazała KIO w wyroku z 30 maja 2011 r., sygn. akt: KIO 1066/11: *„Omyłka rachunkowa polega na wadliwym wykonaniu działań arytmetycznych, czyli omyłką rachunkową nie może być wadliwe podanie stawek, ilości, jednostek obmiarowych, podstaw kosztorysowania czy opisów pozycji kosztorysowych”*. Usunięcie oczywistych omyłek powinno być możliwe bez konieczności wyjaśnień wykonawcy, a to, zdaniem Odwołującego, również nie jest w niniejszej sprawie możliwe, albowiem nawet, gdyby jasnym było, że w pozycjach 56 i 1018 – 0,00 znalazło się przez omyłkę i powinny być tam jakieś inne wielkości, to Zamawiający nie miał żadnych podstaw do dokonania wyboru, jakie powinny być to wielkości.

Zdaniem Odwołującego, nieprawidłowe wypełnienie Załącznika nr 2a nie mogłoby być również poprawione w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jako inna omyłka, polegająca na niezgodności oferty z SIWZ. Brak takiej możliwości wynika po pierwsze, ze wspomnianej już powyżej intencjonalności działania Przystępującego, a dodatkowo działanie takie stanowiłoby w okolicznościach niniejszej sprawy prowadzenie niedozwolonych negocjacji pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami, dotyczących treści oferty.

W opinii Odwołującego, treść oferty Przystępującego nie daje żadnych podstaw, mogących uzasadniać forsowane przez Przystępującego jej rozumienie, albowiem zasadnie można chociażby postawić pytanie, dlaczego do spornych pozycji należałoby, jak twierdzi Przystępujący, stosować stawkę z pozycji 1330, a nie na przykład wyższą, z pozycji 1331 czy 1332. Porównanie tych pozycji wskazuje, że w obu zawarte są stawki za godzinę pracy określonych osób, różniących się między sobą kwalifikacjami.

Odwołujący wskazał jednocześnie, iż prace, których dotyczą pozycje 56 i 1018 mogą być realizowane w zależności od okoliczności, przez osoby mieszczące się w obu kategoriach. Twierdzenie Przystępującego, że zastosowanie powinna znaleźć akurat stawka z pozycji 1330, w ocenie Odwołującego, jest więc twierdzeniem całkowicie dowolnym, mającym znamiona zmiany oferty na etapie, gdy taka zmiana nie jest już możliwa. Oferta Przystępującego, jak podał Odwołujący, nie zawiera też żadnej takiej treści, która pozwoliłaby obecne twierdzenia Przystępującego uznać za jej wyjaśnienie, a stanowią one po prostu treść całkowicie nową.

Jakiegolwiek zatem, prowadzone wprost, czy pod pozorem innych działań, dyskusje pomiędzy Zamawiającym a Przystępującym, co do tego, co powinno znaleźć się zamiast 0,00 w pozycjach 56 i 1018 i czy powinna być to stawka z pozycji 1330, a jeśli tak, to dlaczego, nie są niczym innym, jak tylko negocjacjami, dotyczącymi treści oferty

prowadzącymi do jej merytorycznej zmiany, a przez to są całkowicie niedopuszczalne. Jak wskazała KIO w wyroku z 26 lutego 2013 r., sygn. akt: KIO 307/13: „W żadnej mierze nie można danych wskazanych przez wykonawcę w sposób swobodny i dobrowolny potraktować jako omyłki - oczywistej pisarskiej czy rachunkowej. Odnosząc się do dyspozycji art. 87 ust. 2 pkt 3 PrZamPubl stwierdzić należy, że nie jest możliwe poprawienie przez Zamawiającego samodzielnie tej nieprawidłowości w treści oferty Odwołującego. Zamawiający bowiem, chcąc dokonać poprawienia tej treści oferty, zmuszony byłby do określenia samodzielnie danych co do ilości odparowanej wody dla poszczególnych miesięcy przyjętych w koncepcji realizacji zamówienia przez Odwołującego albo też musiałby w tym zakresie prosić Odwołującego o uzupełnienie tych danych. Prowadziłoby to do niedopuszczalnych w świetle przepisów ustawy - Prawo zamówień publicznych negocjacji z wykonawcą prowadzonych w toku czynności badania i oceny ofert i de facto do złożenia przez wykonawcę nowego oświadczenia woli w tym zakresie. Taki sposób działania nie jest uprawniony, biorąc pod uwagę obowiązujące przepisy ustawy - Prawo zamówień publicznych”.

W omawianym kontekście, jak podał Odwołujący, można przytoczyć również wyrok KIO z 24 czerwca 2013 r., sygn. akt: KIO 1341/13, w którym Izba wskazała, iż „omyłki o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 PrZamPubl winny mieć taki charakter, by czynności ich poprawy mógł dokonać Zamawiający samodzielnie, bez udziału wykonawcy w tej czynności. Oznacza to, że »oczywistość« omyłki winna być możliwa do ustalenia na podstawie oferty, ewentualnie (w ograniczonym zakresie) może pochodzić z wyjaśnień, które zamawiający może uzyskać od wykonawcy na podstawie art. 87 ust. 1 PrZamPubl. Egzekwowanie i stosowanie tego wymogu jest niezwykle istotne w związku z ogólnym zakazem negocjowania i zmieniania złożonych ofert wyrażonym w art. 87 ust. 1 zd. 2 PrZamPubl. W świetle powyższego wskazać należy, iż poprawienie oferty nie może de facto stanowić wytworzenia zupełnie odmiennego, nowego oświadczenia woli wykonawcy, np. w przedmiocie oferowanego świadczenia, czy dowolnego wypełnienia go dodatkową treścią, co do której zamawiający nie posiada żadnych danych i informacji”.

Powyższy wyrok pozwala, zdaniem Odwołującego, postawić więc tezę, iż o ile zamawiający może zwrócić się do wykonawcy o wyjaśnienia na potrzeby ustalenia, czy pewne usterki oferty są omyłkami i, czy podlegają one poprawieniu, w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp (choć to też nie jest w orzecznictwie oczywiste - wyrok KIO z 20 stycznia 2009 r., sygn. akt: KIO 11/09, w którym wskazano, że: „Omyłki, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 PrZamPubl winny mieć taki charakter, by czynności ich poprawy mógł dokonać zamawiający samodzielnie, bez udziału wykonawcy w tej czynności”), o tyle nie jest uprawniony do bezrefleksyjnego przyjmowania udzielanych wyjaśnień, zwłaszcza w przypadku, gdy stanowią one twierdzenia nowe, zmieniające ofertę, albo nie znajdujące

oparcia w jej pierwotnej treści, która jest przecież podstawą procedowania na tym etapie.

Odwołujący podniósł, że na etapie badania ofert, zamawiający może zwrócić się co najwyżej o jej wyjaśnienie, a z definicji można wyjaśnić coś, co już w ofercie się znajduje. Wyjaśnienia polegające na uzupełnianiu treści oferty, czy zmianie jakichś jej elementów nie są więc wyjaśnieniami i nie mogą być przyjęte przez zamawiającego. Niezwykle ważnym jest też, zdaniem Odwołującego, to, że wyjaśnienia muszą mieć jasne „zakotwiczenie” w treści oferty, co oznacza, że złożona w odpowiednim terminie oferta powinna zawierać wszystkie informacje pozwalające na odtworzenie woli wykonawcy zniekształconej jedynie poprzez pewne niezamierzone usterki jej pisemnego uzewnętrznienia. Wyjaśnienia wykonawcy powinny więc jedynie wskazywać zamawiającemu drogę do odtworzenia owej woli, która powinna jednak znajdować uzasadnienie w treści złożonej oferty.

W ocenie Odwołującego, jeśli wykonawca twierdzi więc, że chciał wyrazić w ofercie coś, czego na jej podstawie nie sposób przyjąć, to akceptacja tego rodzaju twierdzeń przez zamawiającego byłaby w istocie akceptacją zmian w ofercie. Jeśli zaś, na podstawie złożonej oferty można przyjąć więcej niż jedno rozwiązanie co do pewnego jej elementu i oprócz treści oferty przedstawianej przez wykonawcę w toku wyjaśnień, można równie dobrze przypisać ofercie treść odmienną, to w takiej sytuacji przyjęcie przez zamawiającego wyjaśnień wykonawcy byłoby, zdaniem Odwołującego, w efekcie prowadzeniem niedopuszczalnych negocjacji co do treści oferty, której treść pozwala na jej różną interpretację. W takim przypadku, jak podkreślił Odwołujący, ryzyko złożenia oferty tak niejednoznacznej czy wadliwej, w stopniu uniemożliwiający odtworzenie na jej podstawie woli składającego, powinno obciążać wykonawcę, który taką ofertę złożył.

W ocenie Odwołującego, charakter takich negocjacji przybrała w istocie wymiana korespondencji pomiędzy Zamawiającym a Przystępującym (pisma z 5 i 7 grudnia 2016 r.), co można przyjąć mając na uwadze jej rezultat. Choć bowiem Zamawiający zwrócił się jedynie o wyjaśnienie, czy oferta Przystępującego nie zawiera rażąco niskiej ceny, to jednak po udzieleniu przez Przystępującego odpowiedzi, powodującej *de facto* modyfikację pierwotnej treści oferty, w żaden sposób nie zareagował, a nie odrzucając oferty Przystępującego w istocie zaakceptował tę modyfikację, doprowadzając do sytuacji, gdy w wyniku wymiany korespondencji, po otwarciu ofert, jeden z wykonawców zmienił swoją ofertę. Takie działanie stanowi oczywiste naruszenie zakazu prowadzenia negocjacji co do treści ofert oraz zakazu zmiany treści ofert po upływie terminu ich składania.

W niniejszej sprawie nawet przy przyjęciu, że wpisanie przez Przystępującego w ofercie 0,00 w pozycjach 56 i 1018 było omyłką, to jak podał Odwołujący, treść złożonej oferty nie daje żadnych wskazówek co do tego, w jaki sposób należałoby taką omyłkę poprawić, co sprawia, że Zamawiający nie był w stanie tego uczynić. Sposób skonstruowania Załącznika i zawarte w nim pozycje wskazują, w ocenie Odwołującego, że zamiast 0,00 w

spornych pozycjach można byłoby wpisać stawkę godzinową z co najmniej trzech innych pozycji (1330, 1331 albo 1332), ale przecież równie dobrze można byłoby wpisać stawkę godzinową zupełnie inną, tak chociażby, jak uczyniono w ofercie w innych wymienionych już powyżej pozycjach, wycenianych godzinowo.

Zdaniem Odwołującego, oferta nie daje żadnych wskazówek co do sposobu ewentualnych poprawek i daje możliwość co najmniej kilku odmiennych, ale równie uzasadnionych rozwiązań. Zamawiający nie miał podstaw, w opinii Odwołującego, również do poprawienia oferty Przystępującego w oparciu o wyjaśnienia, albowiem wyjaśnienia te sprowadzają się do wskazania jednego spośród kilku możliwych, na gruncie oferty Przystępującego, rozwiązań. Przystępujący wskazał, że należy wybrać stawkę z 1330 i Zamawiający taką sugestię, jak się zdaje, zaakceptował. Akceptując wyjaśnienia Przystępującego, zdaniem Odwołującego, Zamawiający naruszył art. 84 ust. 1 ustawy Pzp, art. 87 ust. 1 zd. 2 ustawy Pzp, a nie odrzucając oferty Przystępującego również art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Wskazać trzeba również, jak podał Odwołujący, iż wpisanie 0,00 do rozważanych pozycji Załącznika powoduje również, że niezgodna z intencją wykonawców, jaka wydaje się wynikać z analizowanych wyjaśnień, jest całościowa cena ofertowa wpisana w Formularzu ofertowym, albowiem stanowi ona sumę pozycji z Załącznika nr 2a i do jej obliczenia Przystępujący przyjął właśnie 0,00 z pozycji 56 i 1018, podczas gdy twierdzi, że chciał w tych pozycjach zaoferować inną cenę. W ten sposób cena ofertowa jako całość, również nie odzwierciedla intencji Przystępującego.

Wskazać trzeba również, zdaniem Odwołującego, iż żadnego znaczenia nie mają te wyjaśnienia wykonawców, które wskazują na rzekomą analogiczną praktykę wypełniania Załącznika nr 2a w poprzednich latach. Abstrahując już nawet od tego, czy praktykę taką faktycznie można ustalić, działania podejmowane w innych postępowaniach (nawet zbliżonych, co do przedmiotu i dokumentów) nie mają istotnego znaczenia dla niniejszego postępowania. Dodatkowo teza o praktyce w zakresie wypełniania Załącznika, jest o tyle argumentacyjnie słaba, zdaniem Odwołującego, że Odwołujący (który również był uczestnikiem postępowań w poprzednich latach) Załącznik nr 2a wypełnił inaczej. Dodatkowo posiłkowanie się jakąkolwiek praktyką z lat poprzednich, a także prezentowanie argumentacji z działań wykonawców albo działań Zamawiającego, podejmowanych w takich poprzednich postępowaniach, jest również bezprzedmiotowe, w ocenie Odwołującego, z uwagi na znaczące zmiany ustawy Pzp, jakie miały miejsce od czasu takich ewentualnych przeszłych postępowań.

Błąd w obliczeniu ceny w ofercie Przystępującego.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający powinien odrzucić ofertę Przystępującego

również z tego względu, że wpisanie 0,00 w pozycje 56 i 1018, spowodowało, że oferta Przystępującego zawiera błędy w obliczeniu ceny.

Wskazać trzeba, zdaniem Odwołującego, że zgodnie z oświadczeniem, zawartym w Formularzu ofertowym, stanowiącym Załącznik nr 2 do SIWZ, „*cena ofertowa zawiera wszystkie koszty, poniesione w celu należytego wykonania zamówienia*”. Biorąc tymczasem pod uwagę, że cena ofertowa stanowi sumę pozycji od 1 do 1336 z Załącznika nr 2a oraz biorąc pod uwagę wyjaśnienia Przystępującego, zgodnie z którymi w pozycjach 56 i 1018 znajdować powinny się inne wielkości niż faktycznie się w nich znajdują, w ocenie Odwołującego, stanąć trzeba na stanowisku, że cena ofertowa wskazana w Formularzu ofertowym nie obejmuje wszystkich kosztów, bo zamiast sumować rzeczywiste kwoty z pozycji 56 i 1018, do sumowania przyjmuje zamieszczone tam 0,00. To sprawia, zdaniem Odwołującego, że cena ofertowa jako całość również pozostaje niezgodna z intencją Przystępującego i z tego powodu jest zarówno metodologicznie nieprawidłowo obliczona, jak również *de facto* nie obejmuje całego przedmiotu zamówienia, bo nie zawiera w sobie cen za prace przewidziane w pozycjach 56 i 1018 Załącznika nr 2a.

Na marginesie Odwołujący wskazał na niekonsekwentne działanie Zamawiającego, który na potrzeby oceny ofert przyjął cenę oferty Przystępującego taką, jaka została w niej pierwotnie wskazana, pomimo, że akceptując wyjaśnienia udzielone przez Przystępującego powinien przecież przyjąć, że cena tej oferty Przystępującego jest nieprawidłowa. W takich okolicznościach powinien albo ofertę Przystępującego odrzucić (co byłoby działaniem prawidłowym), albo (do czego z przedstawionych już powyżej powodów, zdaniem Odwołującego, nie miał prawa) doprowadzić ją do metodologicznej zgodności z tym, jak powinna być przygotowana i co ważniejsze, do metodologicznej zgodności z ofertą Odwołującego.

Odwołujący podniósł, iż w swojej ofercie, w pozycjach 56 i 1018 wskazał konkretne stawki za zawarte w nich prace. W sytuacji więc, gdy jedna oferta wskazuje konkretne stawki, a druga wskazuje 0,00, a Wykonawca wskazuje jednocześnie, że stawek trzeba szukać gdzie indziej, to oznacza to po prostu, że obie oferty są z metodologicznego punktu widzenia wypełnione odmiennie, a skoro jedynym kryterium oceny jest cena oferty, to przy wskazanych odmiennościach co do sposobu przygotowania ofert, są one po prostu nieporównywalne, bo cena oferty Przystępującego jest z powodu sposobu jej wypełnienia zaniżona. Abstrahując więc od stanowiska Odwołującego, zgodnie z którym oferta Przystępującego powinna podlegać odrzuceniu i nigdy nie powinna być w postępowaniu przedmiotem oceny, a tym bardziej wyboru, Zamawiający, zdaniem Odwołującego, popełnił błędy nie tylko polegające na dopuszczeniu oferty Przystępującego do etapu oceny, ale nieprawidłowo przeprowadził nawet samą ocenę złożonych w postępowaniu ofert.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Zamawiający postanowił, że oferta zawiera m.in. „wypełniony druk Formularza ofertowego sporządzonego według wzoru stanowiącego Załącznik nr 2 i 2a do SIWZ” (część XVII pkt 2 ppkt 1 SIWZ).

Na podstawie wzoru Formularza ofertowego można stwierdzić, że wartość netto oraz brutto miała wynikać z pozycji „suma” z Załącznika nr 2a do SIWZ. Jednocześnie Załącznik nr 2a, który stanowił „Ustandaryzowany katalog cen”, winien być dołączony do oferty.

W rzeczonym Załączniku nr 2a opisano usługi będące przedmiotem zamówienia, zaś obowiązkiem wykonawcy było określenie ceny jednostkowej netto obowiązującej w dni robocze i w dni świąteczne (kolumna nr 3) oraz stawki podatku VAT dla każdej z wymienionych tam usług (poz. 1 – 1329) i podanie stawek godzinowych w odniesieniu do wymienionych tam prac (poz. 1330 – 1336), stanowiących uzupełnienie cen ryczałtowych (wzór Załącznik nr 2a – „Ustandaryzowany katalog cen”).

Pismem z dnia 28 października 2016 r. Zamawiający odpowiadając na pytanie jednego z wykonawców o treści: „W SIWZ w Załączniku nr 2 Formularz Ofertowy w tabeli z wyszczególnieniem ceny i wartości zamówienia znajduje się zapis: „Przepisać wartość pozycji suma z załącznika 2a” tymczasem w załączniku nr 2a nie ma takiej pozycji. Proszę o wyjaśnienie, którą wartość wpisać w kolumnę wartość netto”, udzielił następującej odpowiedzi: „Zamawiający wyjaśnia, iż należy zsumować kolumnę 3 w wierszach od 1 do 1336 tj. bez współczynników korygujących „Ustandaryzowanego katalogu cen” stanowiącego załącznik nr 2a do SIWZ i następnie przepisać tę wartość do formularza ofertowego” (pytanie nr 1 i odpowiedź zawarte w piśmie z dnia 28 października 2016 r.).

Jednocześnie Zamawiający jako jedyne kryterium oceny ofert wskazał cenę brutto, podając zasady obliczania punktów w kryterium „cena”. Zamawiający wskazał, „że w postępowaniu zmierzającym do zawarcia umowy ramowej zamawiający zawrze umowę ramową/umowy ramowe dla poszczególnych zadań ze wszystkimi wykonawcami, którzy złożą oferty niepodlegające odrzuceniu” (część XXIII pkt 1 SIWZ).

„Zakres świadczonych usług wyszczególniony został w załącznikach do niniejszej umowy ramowej. Załączniki te stanowią maksymalne ceny zaoferowane przez danego wykonawcę za realizację poszczególnych czynności (usług). Liczbę i intensywność udzielanych Zamówień wykonawczych będą warunkować bieżące potrzeby Zamawiającego” (część IV pkt 5 SIWZ, § 2 ust. 6 i 7 wzoru umowy).

Przystępujący w Załączniku nr 2a, przedłożonym wraz z ofertą, w poz. 56 opisanej jako „badanie sprzęzarek (wg wyceny godzinowej)” oraz w poz. 1018, która zawiera następujący opis: „Jeżeli sumaryczna kwota za badanie pojedynczych urządzeń w czasie jednej robocznodniówki jest mniejsza od 400,00 zł do wyceny stosuje się wycenę godzinową” cenę jednostkową określił na poziomie „0,00” zł.

Pismem z dnia 5 grudnia 2016 r. Zamawiający, działając na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, zwrócił się do Przystępującego, „w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, (...) z prośbą o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny dla:

- poz. 56: „Badanie sprzężarek (wg wyceny godzinowej)”,
- poz. 1018: „Jeżeli sumaryczna kwota za badanie pojedynczych urządzeń w czasie jednej roboczniodniówki jest mniejsza od 400,00 zł do wyceny stosuje się wycenę godzinową”

zaoferowane ceny wynoszą „0,00 zł”.

W odpowiedzi (pismo z dnia 7 grudnia 2016 r.) Przystępujący podał: „pozycje 56 i 1018 w ustandaryzowanym katalogu cen podlegają wycenie godzinowej zgodnie z pozycją 1330 i w taki sposób były w ostatnich latach zamieszczane w cennikach. Zgodnie z treścią SIWZ wartość usług wymienionych w ww. pozycjach jest każdorazowo kalkulowana w zleceniu od Zamawiającego jako iloczyn przepracowanych godzin oraz stawki godzinowej. W związku z powyższym zaoferowane ceny nie są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i oferta spełnia wszystkie wymagania Zamawiającego”.

Izba nie uwzględniła wniosków dowodowych zgłoszonych przez Odwołującego i odmówiła przeprowadzenia dowodu z zeznań świadka i przesłuchania strony stwierdzając, iż nie są one niezbędne do rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy, a nadto nie służą ustaleniu okoliczności istotnych z punktu widzenia zawisłego sporu.

Izba oddaliła wnioski dowodowe zaoferowane przez Zamawiającego uznając, że dokumenty dotyczące innych postępowań nie stanowią podstawy do oceny niniejszego postępowania. Sposób wypełniania „Ustandaryzowanego katalogu cen” w poprzednich postępowaniach nie może stanowić podstawy do oceny poprawności sporządzenia rzeczonoego „Ustandaryzowanego katalogu cen” w tym postępowaniu. O tym bowiem rozstrzyga treść SIWZ i treść samego „Ustandaryzowanego katalogu cen”. Wielkość zamówień wykonawczych i sposób ich rozliczania również, w ocenie Izby, nie rzutuje na to postępowanie. Pewna praktyka stosowana w poprzednich postępowaniach z pewnością nie jest wzorcem do oceny w badanym postępowaniu. Przyjęcie rozstrzygającej roli rzeczonoj praktyki byłoby w konsekwencji zanegowaniem warunków i postanowień SIWZ obowiązujących w tym postępowaniu, a idąc dalej, odmówieniem prawa Izby do oceny.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Rażąco niska cena

Na wstępie rozważań dotyczących rażąco niskiej ceny warto sięgnąć do orzecznictwa, mając na uwadze fakt, iż w przepisach prawa brak definicji legalnej pojęcia

„rażąco niskiej ceny”. Takiego przeglądu dokonała Izba w wyroku z dnia 30 maja 2016 r., sygn. akt: KIO 728/16; KIO 741/16; KIO 802/16, dokonując pewnej reasumpcji w tym przedmiocie i celowe wydaje się w tym miejscu przytoczenie i przypomnienie dorobku orzecznictwa w tym zakresie. Jak słusznie wskazano w wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 28 kwietnia 2008 r., sygn. akt XIX Ga 128/08: *„przepisy p.z.p. nie określają definicji pojęcia rażąco niskiej ceny (...). Punktem odniesienia do określenia jest przedmiot zamówienia i przyjąć można, że cena rażąco niska to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i ewentualnie innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.”*

W związku ze wskazanym powyżej brakiem legalnej definicji, w orzecznictwie sądów okręgowych oraz KIO, a wcześniej w orzecznictwie arbitrażowym, ustalone zostały pewne częściowe lub ogólne, definicyjne ramy i odniesienia dla tego pojęcia. I tak według wyroku z dnia 28 marca 2013 r., sygn. akt: KIO 592/13: *„o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne”*. Ponadto w wyroku KIO 1562/11 wskazano: *„Cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, a rzeczona różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać. Reasumując, cena rażąco niska jest więc ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie niewystępującą na rynku, na którym ceny wyznaczone są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających.”*

Również w wielu innych wyrokach dotyczących stosowania i interpretacji art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, pojęcie rażąco niskiej ceny ujmowane jest podobnie. Na przykład według powszechnie przywoływanej w doktrynie i orzecznictwie definicji zawartej w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 r., sygn. akt: XIX Ga 3/07: *„o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę”*. Natomiast Sąd Okręgowy w Krakowie w uzasadnieniu wyroku z 23 kwietnia 2009 r., sygn. akt: XII Ga 88/09 wskazał następujące kryteria określające cenę rażąco niską: *„odbieganie całkowitej ceny oferty od cen*

obowiązujących na danym rynku w taki sposób, że nie ma możliwości realizacji zamówienia przy założeniu osiągnięcia zysku; zaoferowanie ceny, której realizacja nie pozwala na utrzymanie rentowności wykonawcy na tym zadaniu; niewiarygodność ceny z powodu oderwania jej od realiów rynkowych”.

Ponadto w opinii prawnej Urzędu Zamówień Publicznych, dotyczącej ceny rażąco niskiej (opublikowanej w serwisie internetowym UZP) wskazano, m.in.: *„Ustawa wprowadzając możliwość odrzucenia oferty przez zamawiającego z powodu rażąco niskiej ceny nie precyzuje jednak tego pojęcia. Nie definiują go również przepisy dyrektyw Unii Europejskiej będące u podstaw przedmiotowej regulacji. Znaczenia tego wyrażenia nie wyjaśnia również orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Mając na względzie cel przedmiotowej regulacji wydaje się, iż za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej.”*

W przywoływanym orzecznictwie wskazuje się, iż ustawodawca używając pojęcia „rażąco niska” referuje do znaczącego zaniżenia kwotowego ceny ofertowej względem wskazanego w art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp punktu odniesienia, którym jest przedmiot zamówienia, a ujmując rzecz ściślej „wartość przedmiotu zamówienia”.

W konsekwencji, w świetle regulacji ww. przepisu, ekonomiczna wartość, jaką jest opisana określoną kwotą pieniężną cena ofertowa, odnoszona jest do wartości przedmiotu zamówienia, którą również należy wyrazić w ten sam sposób (w innym przypadku jakiegokolwiek porównania będą bezsensowne i bezprzedmiotowe). Tym samym dla porównania i stwierdzenia zaniżenia wartości żądanego świadczenia pieniężnego w stosunku do wzajemnego świadczenia niepieniężnego, konieczne jest ustalenie bądź przyjęcie jakiejś powinnej wartości pieniężnej owego świadczenia wzajemnego.

W ekonomii występuje znaczna ilość definicji pojęcia wartości - niejako wiele różnych „wartości”. Na potrzeby niniejszego uzasadnienia zbędne jest ich przywoływanie i charakteryzowanie. Wystarczy poprzestać na konstatacji, iż jak wynika z analizy przywoływanego wyżej orzecznictwa, w przypadku art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp chodzi o wartość rynkową. Tym samym, to zastana wartość rynkowa przedmiotu zamówienia, obejmująca jego pełny zakres i wszystkie konieczne do jego wykonania nakłady pracy i materiałów, ustalana przez porównanie cen występujących w danej branży i asortymencie, stanowić będzie punkt odniesienia dla ceny rażąco niskiej. Innymi słowy to realna, rynkowa wartość danego przedmiotu zamówienia, jest odniesieniem dla oceny i ustalenia ceny tego typu. Zastrzec przy tym należy, iż rynek i dyktowany przezeń poziom cen, w większości

przypadków uznać można za ostateczną miarę realnej wartości wszelkich dających się wycenić dóbr i usług.

W tym miejscu można dodać, iż w świetle orzecznictwa właśnie zaniżenie ceny ofertowej względem wartości rynkowej przedmiotu zamówienia jest pierwszym i koniecznym warunkiem zastosowania procedury wyjaśniającej cenę, o której mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. W przypadku braku takiego zaniżenia, zastosowanie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp jako przesłanki odrzucenia oferty będzie nieuprawnione, a jakiegokolwiek ustalanie indywidualnych kosztów wykonawcy, czy innych czynników pozwalających mu zaoferować cenę na danym poziomie, o których mowa w art. 90 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, jest właściwie bezprzedmiotowe.

Tym samym, wymagane w art. 90 ust. 2 ustawy Pzp udowodnienie przez wykonawcę, że jego cena ofertowa nie odbiega *in minus* od realnej, rynkowej wartości zamówienia stanowiło będzie wystarczające wykazanie, że nie zaoferowano ceny rażąco niskiej w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia, a tym samym brak jest przesłanek do zastosowania dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Natomiast w przypadku wystąpienia faktu zaniżenia ceny oferowanej w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia, konieczne będzie wykazywanie i ustalanie wszelkich okoliczności związanych z możliwością obniżenia ceny, w tym odnoszących się do indywidualnych kosztów wykonawcy związanych z wykonaniem danego zamówienia. Dopiero w tym w przypadku, gdy cena ofertowa odbiega od wartości zamówienia, aby udowodnić jej legalny charakter wykonawcy pozostawało będzie właściwie nic innego, jak wykazać dostępne mu indywidualne czynniki, które pozwoliły mu skalkulować cenę ofertową na zastanym poziomie, bez strat własnych i finansowania zamówienia z innych źródeł (np. czynniki wymienione przykładowo w art. 90 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp lub po prostu rzetelną, wiarygodną i weryfikowalną kalkulację własnych kosztów wykonania zamówienia korespondującą z ceną oferowaną).

Powyższe wykonawca powinien uczynić w ramach wyjaśnień, do których zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp musi go wezwać zamawiający przed przesądzeniem charakteru ceny oferowanej.

W świetle powyższych rozważań, definicja rażąco niskiej ceny, o której mowa w przesłance odrzucenia oferty i której wystąpienie obliuguje do zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, winna brzmieć następująco: rażąco niska cena, to cena oferty odbiegająca swoją wartością *in minus* od rynkowej wartości przedmiotu zamówienia, a wykonawca w ramach swoich wyjaśnień nie wykazał, że różnica ta jest uzasadniona, tj. że będzie mógł należycie wykonać zamówienie bez strat i finansowania go z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne.

Co do zasady przytoczone rozważania na temat ceny rażąco niskiej zachowują aktualność, z tym zastrzeżeniem jednakowoż, że w obecnym stanie prawnym pojęcie to zostało rozszerzone, bowiem na gruncie przepisu art. 90 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp mowa nie tylko o rażąco niskiej cenie, ale również o rażąco niskim koszcie. Oznacza to, iż aktualnie obowiązek odrzucenia oferty wykonawcy i jej badania może wiązać się nie tylko z kategorią jaką jest cena, ale także z kosztem, stanowiącym element danej ceny.

Wydaje się, że wprowadzone rozwiązanie jest wynikiem dostrzeżonej w orzecznictwie niedoskonałej regulacji w tym przedmiocie, która pojęcie rażąco niskiej ceny ograniczała do ceny właśnie, podczas gdy, jak wskazywała praktyka, poszczególne elementy kosztotwórcze, mogą już stanowić o cenie rażąco niskiej, zwłaszcza, gdy stanowią samodzielny element zamówienia. Dostrzeżenie powyższego nie tyle wskazywało na rozbieżność w orzecznictwie, jak twierdzi Odwołujący, ale na dużą roztropność i staranność w ocenie dokonywanej przez KIO w tym przedmiocie. Analiza podejmowanych rozstrzygnięć pozwala na stwierdzenie, że orzecznictwo z tą niedoskonałą regulacją jednak sobie poradziło i dostrzegło zjawisko, które dopiero w obecnym stanie prawnym doczekało się unormowania.

Reasumując, podkreślenia wymaga, że aktualnie przedmiotem oceny pod kątem niskiej ceny nie jest już jedynie cena, rozumiana jako suma elementów kosztowych, składających się na realizację danego zamówienia, ale również sam koszt. Stwierdzenie zaś nierynkowości kosztu czy też ceny, a więc stwierdzenie braku odzwierciedlenia tej ceny czy kosztu w realiach rynkowych, mając oczywiście w pamięci zakres przedmiotowy zamówienia i warunki indywidualizujące przedsiębiorcę, mające wpływ na koszt czy cenę, prowadzi do odrzucenia oferty wykonawcy (art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp).

Nie można jednocześnie tracić z pola widzenia, że ocena kosztu czy też ceny w aspekcie „rażąco niskiej” musi być poprzedzona badaniem, ale nie oferty, a wyjaśnień i dowodów złożonych przez wykonawcę na okoliczność, że koszt lub cena mają charakter realny (art. 90 ust. 3 w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp).

Co prawda, zauważyć również należy, że cena czy też koszt wskazany w ofercie jest również wstępnie weryfikowany, bowiem zamawiający musi odpowiedzieć sobie na pytanie, czy te elementy wydają mu się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą jego wątpliwości, czy też są postrzegane jako prawidłowe, bez zastrzeżeń. Pojawienie się bowiem u zamawiającego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, obliguje go do wystąpienia do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień w tym przedmiocie (art. 90 ust. 1 ustawy Pzp). Przy czym wyraźnie należy podkreślić, że w momencie, w którym zamawiający występuje do wykonawcy z wnioskiem o udzielenie wyjaśnień powstaje, a pogląd ugruntowany jest w orzecznictwie, domniemanie zaoferowania

rażąco niskiej ceny lub kosztu, które może obalić jedynie wykonawca, składając stosowne wyjaśnienia i dowody (art. 90 ust. 2 ustawy Pzp).

Zatem, waga podjęcia przez zamawiającego określonych czynności jest ogromna. W istocie dochodzi bowiem do zakwestionowania ceny czy też kosztu, zmuszając go do wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia. Ta wątpliwość, jak wskazał ustawodawca, może powstać na tle nie tylko ceny, ale nawet kosztu. Wezwanie więc kierowane przez zamawiającego do wykonawcy w zakresie jedynie kosztu każe przyjąć, na tle powołanej regulacji, że koszt ten ma dla zamawiającego istotne znaczenie, bowiem wzbudził zastrzeżenia i wątpliwości w zakresie możliwości wykonania zamówienia przez wykonawcę.

W tym miejscu podkreślenia wymaga, że czynności podejmowane przez zamawiającego muszą być dokonywane z rozważą, bowiem niosą określone konsekwencje prawne. Analogiczne twierdzenie należy odnieść do zachowania wykonawcy. Zarówno bowiem zamawiający, jak i wykonawca działają w tym zakresie w określonym reżimie prawnym, którego nie można pominąć, zwłaszcza, jeśli chodzi o określenie skutków prawnych.

Odnosząc powyższe rozważania do niniejszego stanu faktycznego stwierdzić należy, że skoro Zamawiający wystąpił do Przystępującego z wnioskiem o wyjaśnienie, spośród dużej grupy usług (ponad 1300), jedynie dwóch wycen, chodziło o dokonanie wyceny godzinowej dla badania sprzężarek (poz. 56) oraz wyceny godzinowej badania pojedynczych urządzeń, którego wartość w czasie jednej roboczodniówki jest mniejsza niż 400,00 zł, to w świetle przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nie budzi wątpliwości, że oszacowanie tych kosztów na poziomie wskazanym przez Przystępującego spowodowało u Zamawiającego podejrzenie, iż nie jest możliwe wykonanie zamówienia czy też tej usługi za zaproponowaną cenę.

Konsekwencje zwrócenia się do Przystępującego z rzezonym wnioskiem określają przepisy prawa. Powstało domniemanie zaoferowania ceny czy też kosztu rażąco niskiego. Na obecnym etapie postępowania Zamawiający nie może oczekiwać, że to Izba będzie badała, czy ten koszt jest istotny dla realizacji zamówienia czy też nie. Zamawiający swoim działaniem i podejmowanymi czynnościami dał temu wyraz. Nie można pomijać, że to Zamawiający na skutek wątpliwości wystąpił z wnioskiem do Przystępującego, stąd też w istocie wskazywanie przez Zamawiającego, że wezwanie dotyczy kosztów nieistotnych, stanowi próbę podważenia czy też dezawuowania własnych wątpliwości na etapie wezwania, która jest całkowicie nieuzasadniona. To tak, jakby Zamawiający chciał odwołać swoje oświadczenie woli nie korzystając z narzędzi do tego służących.

Przypomnieć należy Zamawiającemu, że przedmiotem sporu nie jest prawidłowość wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny czy też

kosztu. Stąd też powodów, dla których Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie określonych kosztów Izba nie badała. Czy była to cena czy też koszt istotny z punktu widzenia możliwości realizacji zamówienia Zamawiający sam przesądził na etapie wezwania, które, co więcej nie było ono kwestionowane.

Podkreślenia wymaga, że konsekwencje swoich czynności Zamawiający winien ważyć w świetle obowiązujących przepisów prawa i do tego zobowiązana jest również Izba. Stąd też absolutnie nie do przyjęcia są twierdzenia Zamawiającego, że wystosowując przedmiotowe wezwanie do Przystępującego w istocie zmierzał do potwierdzenia pewnej praktyki, jaka się wykształciła w ramach dotychczasowej współpracy pomiędzy tymi podmiotami. Wezwanie i wyjaśnienia dotyczą tego postępowania, konkretnego przedmiotu i jakkolwiek odwoływanie się do okoliczności historycznych jest nieuzasadnione.

Reasumując, wezwanie Przystępującego do wyjaśnień w przedmiocie skalkulowania ceny/kosztów dwóch określonych pozycji „Ustandaryzowanego katalogu cen” ma to znaczenie, że powstało domniemanie zaferowania ceny czy też kosztu rażąco niskiego. To Zamawiający zdecydował, że rzeczony ceny za konkretne usługi budzą jego wątpliwości, a skoro tak, to należy jest rozważać w kontekście ceny rażąco niskiej. Wezwanie bowiem, w świetle przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, ma swoje źródło w wątpliwościach związanych z możliwością wykonania danego zamówienia, a zatem Zamawiający decydując się na nie, w istocie daje sygnał, że ten koszt jest istotny, bowiem na wpływ na powodzenie realizacji zamówienia, przynajmniej w aspekcie kosztowym.

Refleksja Zamawiającego, z jaką podzielił się na rozprawie, a mianowicie, że sporne usługi wcześniej nie były zamawiane lub też w niewielkiej ilości, a więc są nieistotne dla tego zamówienia, jest spóźniona. Pozostawałaby ona być może aktualna na moment podejmowania decyzji, czy zasadne jest wystąpienie do Przystępującego z wnioskiem o udzielenie wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny. Zaś, na obecnym etapie postępowania Zamawiający nie może wycofać się z dokonanej oceny i podjętych czynności.

Co więcej, stanowisko to nie ma żadnego znaczenia dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy i z tej przyczyny, że ocena tej istotności, jakkolwiek niemożliwa, o czym była mowa wyżej, to po pierwsze, Zamawiający nie wskazał, że są to zamówienia marginalne, nie dał temu w żaden sposób wyrazu w treści SIWZ, po drugie, o zakresie tego postępowania nie sposób wnioskować na podstawie poprzednich postępowań. Doświadczenie życiowe uczy, że warunki zmieniają się w czasie, w szczególności dotyczy to warunków faktycznych, a zatem trudno na potrzeby ewentualnej oceny zakładać, że pozostaną one jednak niezmiennie.

Dodatkowo wskazać należy, niejako na marginesie, że badanie cen poszczególnych usług w ramach tego postępowania jest jak najbardziej uprawnione i pożądane, bowiem każda z tych usług, czemu dał Zamawiający wyraz w treści SIWZ i w „Ustandaryzowanym

katalogu cen”, stanowi autonomiczną względem innych usługę, odrębnie kalkulowaną i zamawianą. Zamówienia wykonawcze mogą obejmować różne usługi, o różnej ilości, w tym usługi sporne. Nie można zatem wykluczyć, że usługi te nie będą zamawiane i z tego powodu pominąć cenę oferowaną za ich wykonanie.

Skoro więc Zamawiający uznał za zasadne, aby zwrócić się do Przystępującego z wnioskiem o udzielenie wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, w samym wezwaniu wskazując, że chodzi o elementy mające wpływ na wysokość ceny, to konsekwencją powyższego jest obowiązek dokonania oceny tych wyjaśnień.

Wart w tym miejscu odnotowania jest fakt, że w orzecznictwie za utrwalony należy uznać pogląd, że wyjaśnienia te muszą być wyczerpujące i konkretne, tylko bowiem w taki sposób możliwe jest wykazanie, że wykonawca udźwignie ciężar finansowy realizacji zamówienia. Wykonawca musi więc wywołać, na podstawie złożonych wyjaśnień, u zamawiającego przekonanie, że kalkulacja była prawidłowa i o żadnym rażąco niskim koszcie czy też cenie, nie może być mowy.

W ocenie Izby, Przystępujący nie udźwignął tego obowiązku. Co więcej, w istocie przyznał, że cena 0,00 zł w spornych pozycjach jest nieadekwatna i wadliwie skalkulowana. Przystępujący wskazał bowiem, że zastosowanie winna znaleźć stawka z poz. 1330 „Ustandaryzowanego katalogu cen”.

W tych okolicznościach nie sposób przyjąć, że Przystępujący przekonał Zamawiającego, że wycena tych autonomicznych usług jest prawidłowa i nie nosi znamion rażąco niskiej. Przystępujący wprost przyznał, że w istocie nie skalkulował (nie wycenił) tych usług, a zatem ich cena, ich koszt jest rażąco niski.

Twierdzenia Zamawiającego, że badanie ofert pod kątem rażąco niskiej ceny jest nieuzasadnione w przypadku postępowań zmierzających do zawarcia umowy ramowej, są nietrafne. Po pierwsze, z mocy przepisu art. 99 ustawy Pzp rzeczne badanie nie jest wyłączone. Po drugie, gdyby przyjąć, stanowisko Zamawiającego za prawidłowe, oznaczałoby to zniesienie obowiązku badania oferty w świetle art. 89 ust. 1 ustawy Pzp, takie rozwiązanie nakazywałaby konsekwencja i racjonalność, jednakowoż jest ono nie do przyjęcia, wobec braku regulacji pozwalających na takie działania. Po trzecie, skoro sam Zamawiający wskazał w treści SIWZ, że ceny zaoferowane w warunkach umowy ramowej stanowią maksymalne ceny za realizację zamówień wykonawczych to Zamawiający w ten sposób jeszcze podkreślił, że badanie tych cen jest jak najbardziej uzasadnione, co też uczynił

Konkludując, stwierdzić należy, że Przystępujący złożył wyjaśnienia, które potwierdzają, że cena (koszt) spornych usług ma charakter rażąco niskiej. Usługi te nie zostały bowiem skalkulowane. Natomiast twierdzenie Przystępującego, że rzeczne usługi „*podlegają wycenie godzinowej zgodnie z pozycją 1330*” stanowi w istocie określenie ceny

na etapie wyjaśnień, co jest nie do przyjęcia. Wykonawca wezwany do udzielenia wyjaśnień ma obowiązek wyjaśnić poziom zaoferowanej ceny, a nie ją zmieniać. Z tych przyczyn rację ma Odwołujący, że oferta Przystępującego winna być odrzucona na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Natomiast zaakceptowanie wyjaśnień w sytuacji, w której nie zasługiwały one na przyjęcie, jak ma to miejsce w niniejszej sprawie, w ocenie Izby, nie prowadzi do naruszenia przepisu art. 90 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, jak wskazywał w petitum odwołania Odwołujący. Przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp jakkolwiek adresowany do Zamawiającego, to jednak okoliczności objęte hipotezą normy tam zawartej, nie mieszczą się w granicach postawionych zarzutów. Czynność wezwania do złożenia wyjaśnień nie jest kwestionowana, a zatem stwierdzenie przekroczenia przedmiotowego przepisu nie jest możliwe. Zaś, przepis art. 90 ust. 2 ustawy Pzp adresowany jest do wykonawcy, określając jego powinność, bez oznaczenia sankcji, bo te wynikają z przepisu art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Z tych przyczyn stwierdzenie przekroczenia tej normy również nie znajduje uzasadnienia.

Wadliwa ocena wyjaśnień, bo do tego sprowadza się uzasadnienie faktyczne rozpatrywanego zarzutu, stanowi o naruszeniu przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, co Izba stwierdziła.

Niezgodność oferty z ustawą.

Izba podziela również ocenę Odwołującego, że oferta Przystępującego jest niezgodna z ustawą w świetle przepisu art. 90 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Zwrócić należy uwagę, że mocą powołanego przepisu wartość kosztów pracy przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2015 r. poz. 2008 oraz z 2016 r. poz. 1265).

Sporne pozycje wymagały określenia wyceny godzinowej, a więc stawki godzinowej, w odniesieniu do podanych tam usług. Jak wynika zaś z powołanego przepisu, stawka ta nie może być niższa od obowiązującej, minimalnej stawki godzinowej. Nie ulega wątpliwości, że stawka na poziomie 0,00 zł oznacza tyle, że usługa ta będzie wykonywana bezpłatnie, co powoduje, że w tym zakresie treść oferty Przystępującego sprzeciwia się ustawie. Uzasadniony zatem pozostaje zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ.

W pierwszej kolejności zauważyć należy, że obowiązek odrzucenia oferty wykonawcy z powodu jej niezgodności z treścią SIWZ aktualizuje się w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada wymogom zamawiającego, ale tylko w aspekcie przedmiotu zamówienia.

Określenie zakresu przedmiotu zamówienia w sposób odmienny od oczekiwań zamawiającego, skalkulowanie ceny z pominięciem wytycznych zamawiającego, może być, jak wskazuje się w orzecznictwie, podstawą stwierdzenia niezgodności oferty z treścią SIWZ (art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp).

Niemniej jednak nie można zapominać, że podjęcie decyzji o odrzuceniu oferty danego wykonawcy jest możliwe po uprzednim ustaleniu, że stwierdzone w przedmiotowej ofercie omyłki nie należą do kategorii określonych w przepisie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. W tym miejscu uzasadnione wydaje się więc dokonanie szczegółowej analizy przedmiotowego przepisu.

Stosownie natomiast do treści art. 87 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający poprawia w ofercie następujące kategorie omyłek:

- 1) oczywiste omyłki pisarskie;
- 2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek;
- 3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

Wprowadzenie powołanego przepisu miało na celu umożliwienie brania pod uwagę w postępowaniu o zamówienie publiczne ofert obarczonych nieistotnymi wadami, będącymi wynikiem różnego rodzaju błędów i omyłek, które nie prowadzą do istotnych zmian w treści oferty - nie zniekształcają w znaczącym stopniu, niezgodnie z intencją, oświadczenia woli wykonawcy, ubiegającego się o zamówienie. Z przepisu tego zdaje się wynikać ogólny zamiar ustawodawcy dopuszczenia do oceny w postępowaniu wszystkich ofert, nawet tych, które zawierają różnego rodzaju błędy, nieścisłości, byleby tylko nie prowadziło to do zniekształcenia woli wykonawcy w zakresie istotnej części jego oferty.

Zamiar ten ustawodawca wyraził w uzasadnieniu do ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, którą wprowadzono zmiany do ustawy Prawo zamówień publicznych, w sposób następujący: *„W projekcie wprowadza się istotne zmiany dotyczące sposobu poprawiania oczywistych omyłek pisarskich i rachunkowych (art. 87 ust. 2). Rezygnuje się z zamkniętego katalogu sposobu poprawiania omyłek rachunkowych, pozostawiając jednocześnie zamawiającemu uprawnienie do poprawiania oczywistych omyłek pisarskich, rachunkowych oraz innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Proponowane rozwiązanie przyczyni się do usprawnienia procedury udzielania zamówienia publicznego oraz do zmniejszenia liczby odrzucanych ofert i unieważnianych postępowań. Ogranicza się sytuacje, w których oferty uznane za najkorzystniejsze podlegają odrzuceniu ze względu na błędy rachunkowe w obliczeniu ceny, które nie są możliwe do poprawienia w myśl ustawowo określonych reguł. Jest to szczególnie istotne w kontekście*

zamówień na roboty budowlane, w których oferty wykonawców, niezwykle obszerne i szczegółowe, liczące nieraz po kilkadziesiąt tomów, często podlegają odrzuceniu ze względu na drobne błędy w ich treści. Proponowany przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 w szczególności ma na celu umożliwienie poprawiania tego rodzaju błędów, które mogą pojawić się w trakcie sporządzania kosztorysu ofertowego. Należy również podkreślić, że proponowane rozwiązanie nie stoi na przeszkodzie temu, aby zamawiający samodzielnie precyzował w specyfikacji istotnych warunków zamówienia przykładowe okoliczności, w których będzie dokonywał poprawy omyłek w ofertach w trybie art. 87 ust. 2. Powyższe prowadzi do przejrzystości postępowania, ogranicza kazuistykę ustawy i może ograniczyć ewentualne spory z wykonawcami.”

Izba stoi na stanowisku, że w zakresie pojęcia „oczywistych omyłek pisarskich” mieszczą się jedynie tego rodzaju niedokładności, które widoczne są dla każdego, bez przeprowadzania jakiegokolwiek dodatkowej analizy. Co oznacza, że ich poprawienie nie wywołuje zmiany treści oświadczenia woli wykonawcy (w sensie merytorycznym).

Zaś, w ocenie Izby, o omyłkach rachunkowych nie można mówić, gdy sporny jest zakres świadczenia, a nie działania arytmetyczne.

Zaliczenie omyłki do kategorii, o której mowa w przepisie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, powoduje powstanie po stronie zamawiającego obowiązku jej poprawienia. Do rozstrzygnięcia pozostaje zatem kwestia, czy poprawienie wskazanych omyłek, polegających na niezgodności oferty z SIWZ, nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. Tylko bowiem w sytuacji, gdy poprawienie omyłek nie wywoła skutku w postaci istotnej zmiany w treści oferty, ustawodawca dopuszcza ingerencję w treść oferty, na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, w celu wyeliminowania niezgodności z SIWZ.

Skoro oferta stanowi jednostronne oświadczenie woli, zawierające propozycję zawarcia umowy, to dopuszczalna jest na gruncie powołanego przepisu, zmiana treści przedmiotowego oświadczenia wykonawcy, a w konsekwencji istotnych postanowień proponowanej umowy. Nie ulega bowiem wątpliwości, że oferta określa przedmiotowo istotne elementy umowy (*essentialia negotii*).

Ustawodawca dopuszczając jednak możliwość zmian w treści oferty, wywołanych na skutek poprawienia innych omyłek niż pisarskie, czy rachunkowe, zakreślił jednocześnie ich granicę. Dokonane zabiegi nie mogą bowiem prowadzić do istotnych zmian w treści oferty. Powyższa regulacja wskazuje, że ustawodawca posługując się pojęciem nieostrym („istotne zmiany”) zrezygnował z określenia katalogu zmian w treści oferty, które mogą nastąpić w wyniku poprawienia omyłek, dając wyraz temu, iż ważne są okoliczności sprawy. Tylko bowiem przy ich uwzględnieniu, można ocenić, czy poprawienie omyłki doprowadzi do istotnej zmiany w treści oferty.

Jak już zostało wyżej wskazane, treść oferty obejmuje istotne postanowienia umowy, a więc postanowienia, które odnoszą się m.in. do przedmiotu i ceny. Oznacza to, że za uprawnione należy uznać poprawienie błędów występujących w tym zakresie. Jednocześnie w orzecznictwie ugruntowany jest pogląd, że dokonując oceny istotności zmian w treści oferty należy brać pod uwagę rozmiar tych zmian, mając na uwadze ilość, jakość i wartość przedmiotowych zmian.

Z powyższego wynika, że intencją ustawodawcy było uczynienie dopuszczalnym poprawianie wszelkiego rodzaju błędów, omyłek, nieścisłości i innych niedoskonałości oferty, o ile tylko nie spowodują one zniekształcenia woli wykonawcy w istotnym zakresie, przy czym ustawodawca wprowadził zasadę ostatecznego akceptowania dokonywanych przez zamawiającego poprawek w odniesieniu do tych dokonanych przez siebie zmian, które dotyczą niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (art. 89. ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp). Zamawiający obowiązany jest bowiem niezwłocznie powiadomić wykonawców o dokonanych przez siebie poprawkach, na podstawie art. 89 ust. 2 ustawy Pzp, zaś w przypadku, gdy poprawki te dotyczą niezgodności oferty z SIWZ - uzyskać akceptację wykonawcy na poprawienie omyłki (art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.).

W odniesieniu do poprawek dokonywanych na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, to jest dotyczących niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty wskazuje się, że taka poprawa nie może prowadzić do istotnej zmiany treści oferty. Niewątpliwym jest zatem, że w wyniku poprawy tego rodzaju niezgodności, na gruncie tego przepisu, każdorazowo nastąpi zmiana treści oferty. Granicą zmiany dokonanej w następstwie poprawienia niezgodności oferty z SIWZ jest, by taka zmiana nie miała charakteru istotnej. O istotności zmiany treści oferty każdorazowo będą decydowały okoliczności konkretnej sprawy: na ile zmiana oddaje pierwotny sens i znaczenie treści oferty, a na ile stanowi wytworzenie całkowicie nowego oświadczenia, odmiennego od złożonego przez wykonawcę w stopniu nakazującym uznać, że wykonawca nie złożyłby takiego oświadczenia, bowiem nie odzwierciedla ono jego intencji wyrażonych w poddawanej poprawie ofercie. O istotności takiej zmiany może zatem decydować zmiana wielkości ceny, gdy będzie ona na tyle znacząca, że nie sposób jej będzie uznać za nieistotną, albo zmiana zakresu oferowanego asortymentu w taki sposób, że będzie on obejmował całkowicie inne przedmioty aniżeli wyspecyfikowane w ofercie.

Jednocześnie poprawienie omyłek w trybie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie może prowadzić do dostosowania treści oferty do wymagań zamawiającego, wyartykułowanych w treści SIWZ, czyli do rekonstrukcji oświadczenia woli wykonawcy na postawie wymogów zamawiającego, choć oświadczenie woli zawarte w ofercie nie daje takich podstaw. Podkreśla się również, iż Izba podziela ten pogląd, że akceptacja przez

wykonawcę postanowień SIWZ nie określa zakresu świadczenia, ten bowiem zostaje określony w ofercie.

Odnosząc powyższe rozważania do niniejszego stanu faktycznego zauważyć należy, że obowiązkiem wykonawcy było określenie ceny jednostkowej netto obowiązującej w dni robocze i w dni świąteczne (kolumna nr 3) oraz stawki podatku VAT dla każdej z wymienionych tam usług (poz. 1 – 1329) i podanie stawek godzinowych w odniesieniu do wymienionych tam prac (poz. 1330 – 1336), stanowiących uzupełnienie cen ryczałtowych (wzór Załącznik nr 2a – „Ustandaryzowany katalog cen”).

Oznacza to, że Zamawiający oczekiwał określenia ekwiwalentu za świadczenie, za pewnego rodzaju usługi, które mogą stanowić odrębny przedmiot zamówień wykonawczych. Trudno w tych okolicznościach uznać, że zaoferowanie ceny na poziomie 0,00 zł za sporne usługi mieści się w zakresie określenia ekwiwalentności świadczenia. Co więcej, sam Przystępujący to przyznał, podając, że w istocie nie dokonał wyceny tego świadczenia, wskazując jednocześnie, że adekwatną wyceną jest ta, wynikająca z pozycji 1330 „Ustandaryzowanego katalogu cen”.

Oczywiście na próżno poszukiwać takiego postanowienia SIWZ, które zwalniałoby wykonawcę od jednostkowej wyceny usługi, dając możliwość określenia tej ceny na dalszym etapie postępowania. Niezależnie od tego, powyższe nie mieściłoby się w granicach prawa. Powstaje zatem pytanie, w jaki sposób należy ocenić udzielone wyjaśnienia i jaki mają one skutek dla postępowania.

Izba wskazała już wyżej, że rzeczony wyjaśnienia nie uwiarygadniają zaoferowanej ceny na poziomie 0,00 zł, stąd też nie mogły służyć obaleniu domniemania zaoferowania ceny rażąco niskiej. Wręcz przeciwnie, Przystępujący odwołując się do stawki z poz. 1330 „Ustandaryzowanego katalogu cen”, jako właściwej dla określenia wartości tych usług potwierdził, że sporne ceny charakteru realistycznego nie mają.

Jednocześnie Izba doszła do przekonania, że taki sposób wyceny nie odpowiada wymaganiom Zamawiającego. Stąd też należy się zastanowić, czy to uchybienie może być konwalidowane na gruncie przepisu art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. Wydaje się, że nie budzi wątpliwości, mając na uwadze wyżej uczynione rozważania, iż brak tej wyceny nie mieści się w pojęciach „oczywistej omyłki pisarskiej” czy też „oczywistej omyłki rachunkowej”.

Do rozważenia pozostaje zatem, że czy w okolicznościach niniejszej sprawy możemy mówić o omyłce z przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zdaniem Izby, z tego rodzaju omyłką również nie mamy do czynienia. Po pierwsze bowiem, stwierdzenie wystąpienia omyłki wskazuje wiąże się z pewnym brakiem świadomości, wykonawca nie zdaje sobie sprawy, że popełnia błąd, czyni to w sposób niezmierny. Natomiast wyjaśnienia Przystępującego i stanowisko prezentowane na rozprawie pokazują, że Przystępujący celowo wpisał wartość 0,00 zł, uznając, że nie jest możliwa wycena tej usługi. Przystępujący

uświadamiając sobie, że Zamawiający żądał wskazania ceny jednostkowej spornych usług, wyraźnie potwierdziła to treść Załącznika nr 2a, postanowił tej wyceny nie dokonywać. Choć nie przeszkodziło mu to w odwołaniu się do pozycji 1330, choć i ta określa stawkę godzinową.

Pojawia się tu zatem pewna niespójność w argumentacji Przystępującego, bowiem z jednej strony nie jest w stanie określić wartości spornych usług, ale z drugiej strony domaga się przyjęcia do rozliczenia tych usług według stawki godzinowej z innej pozycji. Powyższe wynika, jak twierdzi, z odmiennej nomenklatury, jaką posługuje się Zamawiający i która wskazuje, że kalkulacja spornych pozycji nie jest możliwa. Mianowicie, w odniesieniu do spornych usług Zamawiający posługuje się pojęciem „wyceny godzinowej”, zaś dla przykładu w pozycji 1330 mowa o „stawce godzinowej”.

W ocenie Izby, wskazywana przez Przystępującego, a także Zamawiającego przeszkoda ma charakter iluzoryczny. W istocie Zamawiający posługuje się tymi pojęciami, ale one nie powodują, że nie jest możliwa wycena tych usług. Biorąc pod uwagę tytuł kolumny 3. „cena jednostkowa netto” i wskazanie w odniesieniu do konkretnej usługi „według wyceny godzinowej” w „Ustandaryzowanym katalogu cen” nie powinno budzić wątpliwości, że chodzi o wskazanie stawki godzinowej, bowiem według stawek godzinowych będzie rozliczana ta usługa. Oczywistym zaś jest, że docelowo nie wiadomo, jaka będzie wartość tej usługi, ale nie wynika to z faktu, jak błędnie wskazywali Przystępujący i Zamawiający, że jest to skutek wskazania na taką wycenę przez Zamawiającego. W postępowaniu, którego przedmiotem jest zawarcie umowy ramowej nigdy nie są znane ostateczne ilości zamawianych, dla przykładu usług. Gdyby więc przyjąć twierdzenia oponentów Odwołującego, oznaczałoby, że żadnych usług w tym postępowaniu ostatecznie skalkulować nie można, co oczywiście jest w pewnym sensie prawdą, ale nie o taką kalkulację chodziło w „Ustandaryzowanym katalogu cen”. W zakresie spornych usług chodziło bowiem o podanie stawki godzinowej.

Twierdzenia Przystępującego i Zamawiającego nie wytrzymują również konfrontacji z treścią Załącznika nr 2a, zgodnie z którym takiej wyceny należało dokonać. Zakładając zaś racjonalność Zamawiającego i biorąc pod uwagę fakt, że nie wskazywał, że te sporne pozycje znalazły się „Ustandaryzowanym katalogu cen” przez omyłkę, Izba utwierdza się w przekonaniu, że stawkę godzinową w spornych pozycjach należało określić.

Skądinąd potwierdził to również sam Zamawiający, występując do Przystępującego z wezwaniem do wyjaśnień w trybie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Pomijając nawet fakt, że w okolicznościach niniejszej sprawy trudno mówić o omyłce w odniesieniu do spornych pozycji, to nawet, gdyby takie założenie przyjąć, to w ocenie Izby, nie ma tu miejsca na zastosowanie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Powodów takiego stanu rzeczy jest kilka. Po pierwsze, we wzorze

„Ustandaryzowanego katalogu cen”, a nawet w złożonym przez Przystępującego dokumencie, w spornych pozycjach brak odwołania do pozycji 1330. Po drugie, nic nie wskazuje na to, że tylko stawka z pozycji 1330 wspomnianego dokumentu mogłaby znaleźć zastosowanie do spornych pozycji. Po trzecie, to, że stawka wskazana przez Odwołującego w pozycji 1330 odpowiada stawce w pozycjach 56 i 1018 „Ustandaryzowanego katalogu cen”, złożonego przez Odwołującego, nie oznacza, że taki sam mechanizm przyjął Przystępujący. Nie sposób oferty i woli Przystępującego interpretować przez pryzmat konkurencyjnej oferty. Po czwarte wreszcie, odwoływanie się do pewnych zdarzeń historycznych również nie może być podstawą do określenia ceny. Nie sposób przyjąć, że pewna praktyka funkcjonująca w innych, wcześniejszych postępowaniach wpływa na treść oferty Wykonawcy. Co więcej ukształtowanie się tej praktyki nie świadczy o tym, że była ona dobra, poprawna.

Powyższe prowadzi do wniosku, że w ofercie Przystępującego brak substratu do przyjęcia, że sporne pozycje należało wycenić w oparciu o pozycję 1330 „Ustandaryzowanego katalogu cen”. Co więcej, Izba nie znajduje podstaw do twierdzenia, że spornych pozycji nie można byłoby wycenić w oparciu o inne pozycje, dla przykładu poz. 1331 czy 1332. Nadto, można sobie wyobrazić, że sporne pozycje mogłyby być skalkulowane zupełnie odmiennie od pozycji 1330, 1331 czy 1332. W tych okolicznościach, poprawienie tej kalkulacji doprowadziłoby w konsekwencji do wytworzenia nowego oświadczenia woli, które nie znajduje oparcia w treści oferty i z tych przyczyn jest niedopuszczalne w świetle przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Na kanwie powyższych rozważań wskazać należy, że w orzecznictwie problem ten był już rozważany. Warto zatem przytoczyć stanowisko Izby zaprezentowane w wyroku z dnia 30 maja 2016 r., sygn. akt: KIO 828/16, gdzie KIO wskazała, iż: *„Uzupełnienie przedmiotowo istotnych elementów oferty w odpowiedzi na wezwanie stanowiłoby naruszenie przepisów p.z.p., gdyż oznaczałoby w istocie zmianę treści oferty w wyniku przeprowadzenia niedozwolonych negocjacji z wykonawcą”*. Cena jest zaś przedmiotowo istotnym elementem oferty.

Warto również wskazać na wyrok KIO z dnia 23 maja 2016 r., sygn. akt: KIO 749/16W, w którym stwierdzono: *„W rozpoznawanym przypadku, przedmiotem zamówienia była realizacja usług opisanych w SIWZ, przy czym każda z usług objętych zamówieniem mogła być realizowana niezależnie od siebie i w ilości, która na dzień składania ofert nie została jednoznacznie wskazana. Ujawnione w SIWZ wielokrotności (kolumna 3 Cennika usług) stanowiły wyłącznie szacowaną przez Zamawiającego ilość i służyły jedynie ustaleniu ceny oferty, która miała zostać wykorzystana do porównania ofert. Tym samym cena oferty w ujęciu SIWZ stanowiła jedynie sumę odpowiedniej wielokrotności cen jednostkowych - to ceny jednostkowe stanowić miały podstawę do ustalenia kwoty, która służyła porównaniu*

ofert, nie odwrotnie. Stałym elementem, przeniesionym z treści oferty do umowy z Zamawiającym (przez powielenie Cennika usług zaczerpniętego z oferty złożonej Zamawiającemu), miały być ceny jednostkowe, które to ceny miały stanowić podstawę dla ustalenia wynagrodzenia należnego wykonawcy za zleczone, w miarę potrzeb Zamawiającego, do zrealizowania usługi. W takich właśnie okolicznościach Odwołujący nie określił w żaden sposób ceny za jedną z usług (tłumaczenia pisemne tryb pilny z języka polskiego na język obcy w drugiej grupie językowej) objętych zamówieniem - w ofercie brak takiej ceny, podczas gdy zgodnie z pkt XIII.1 SIWZ powinna ona zostać przez Odwołującego wyraźnie wskazana. Stan ten ocenić należało ocenić za brak w treści oferty, który w okolicznościach tej sprawy nie mógł zostać usunięty na drodze procedury opisanej w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. W tym przypadku (niewskazanie ceny usługi, której wycena i realizacja jest niezależna od innych usług objętych tym samym zamówieniem) konieczne byłoby wprowadzenie do treści oferty złożonej przez Odwołującego nowych postanowień (określenie jednostkowej ceny w ofercie), wykreowanie ich - postulowana przez Odwołującego zmiana, nie byłaby poprawieniem zaistniałej omyłki, ale uzupełnieniem treści oferty będącej niedopuszczalną w świetle przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp jej zmianą. Podobnie Izba w jednej z przywoływanych przez Odwołującego spraw: KIO 385/11, KIO 386/11, KIO 393/11, KIO 406/11.”

Powoływane orzeczenia Izby wskazują, że Izba odmawiała możliwości uzupełnienia oferty poprzez określenie cen jednostkowych, składających się na cenę globalną, wyjaśniając, iż w istocie nie mielibyśmy w tych okolicznościach do czynienia z poprawieniem omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, ale z prowadzeniem negocjacji przez zamawiającego z wykonawcą (art. 87 ust. 1 ustawy Pzp). Izba pogląd ten podziela. Gdyby bowiem dopuścić takie negocjacje, co nie jest dozwolone, doszłoby również do naruszenia przepisu art. 84 ust. 1 ustawy Pzp, który pozwala wykonawcy na zmianę oferty jedynie przed upływem terminu do składania ofert. Nie jest zatem możliwe, w ocenie Izby, uzupełnianie treści oferty mocą złożonych przez Przystępującego wyjaśnień. W istocie doszłoby bowiem do zastąpienia oświadczenia woli zawartego w ofercie innym oświadczeniem, co więcej późniejszym, złożonym po terminie składania ofert i do wytworzenia nowej treści oferty, co w świetle powołanych przepisów nie jest dopuszczalne.

Jednakże Izba nie dostrzega podstaw do stwierdzenia naruszenia przepisów art. 84 ust. 1 ustawy Pzp i art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem wyjaśnienia złożone przez Przystępującego nie doprowadziły formalnie do zmiany treści oferty. Zamawiający, jak się wydaje, oceniał je wyłącznie pod kątem ceny rażąco niskiej. Gdyby było inaczej, Zamawiający dokonałby poprawienia oferty i wtedy można byłoby mówić o naruszeniu wskazanych przepisów.

Błąd w obliczeniu ceny w ofercie Przystępującego.

Izba podziela ocenę Odwołującego, że oferta Przystępującego obarczona jest błędem w obliczeniu ceny i winna być odrzucona na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Rację ma Odwołujący, że Przystępujący nie wycenił całego zakresu zamówienia, pominął bowiem sporne usługi, co sam przyznał.

Oczywistym jest, że sporne usługi, które mogą być przedmiotem odrębnych zamówień wykonawczych wymagają wyceny, określenia kosztów ich świadczenia, tym kosztem zaś nie jest wartość 0,00 zł, a zatem stwierdzić należy, że cena nie obejmuje wszystkich wymaganych elementów, składających się na przedmiot zamówienia, a zatem skalkulowana jest wadliwie.

W ocenie Izby, nie budzi wątpliwości, że błędu tego nie można naprawić, o czym była mowa wyżej. Wskazywana przez Zamawiającego i Przystępującego praktyka wynikająca z poprzednich postępowań, a mianowicie, że w istocie, choć wartość tych usług w „Ustandaryzowanym katalogu cen” cen została określona na 0,00 zł, to w toku rozliczenia tych usług stosowano stawkę z innych pozycji rzeczonoego „Ustandaryzowanym katalogu cen” jest absolutnie nieprawidłowa. Zamawiający zdaje się zapominać, że sam postanowił, iż ceny zaoferowane w ramach umowy ramowej stanowią maksymalne ceny za realizację poszczególnych czynności. Skoro zaś Przystępujący zaoferował stawkę 0,00 zł to jest to stawka maksymalna i nie ma podstaw do jej zmiany, czy też ustalania w oparciu o inne pozycje cenowe.

Reasumując, stwierdzić należy, że działanie Zamawiającego nie tylko narusza prawo, ale jest wysoce niekonsekwentne. Nie można bowiem wyzwać do wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, a potem twierdzić, że w istocie nie chodziło o wyjaśnienie kosztów kwestionowanych usług, ale potwierdzenie praktyki w rozliczeniach pomiędzy Zamawiającym a Przystępującym, utrwalonej w toku poprzednich postępowań. Nie sposób też twierdzić, że w zakresie spornych pozycji nie mamy w ogóle do czynienia z ceną, skoro kolumny, w których Przystępujący zamieścił wartość 0,00 opisane są jako ceny jednostkowe, a co więcej Zamawiający wezwał do wyjaśnienia ceny, wskazując na te wartości. W tych okolicznościach widać wyraźnie, że argumentacja Zamawiającego stanowi wyłącznie element taktyki procesowej. Nadto, nie sposób pominąć, że Zamawiający z jednej strony akceptuje wartość 0,00 zł spornych usług, nie znajdując podstaw do odrzucenia oferty i przyjmuje cenę globalną, zawierającą te wartości, do ostatecznej oceny ofert, a jednocześnie stwierdza, że wycena tych spornych pozycji w istocie winna nastąpić na podstawie pozycji 1330, choć nie dokonuje poprawienia omyłek (co i tak byłoby niedozwolone). Zaprezentowana dwoistość oceny i zachowania Zamawiającego nie mieści się w granicach prawa i stąd też nie znalazła akceptacji Izby.

Jednakowoż rację ma Zamawiający, że skoro Odwołujący nie złożył oferty na zadania nr 1, 3 oraz 6 zamówienia, wobec czego nie ma statusu wykonawcy w tym zakresie, a co za tym idzie, nie posiada chociażby potencjalnego interesu w uzyskaniu danego zamówienia, jak również nie może ponieść szkody w postaci poniesionych kosztów, związanych z przygotowaniem oferty i udziałem w postępowaniu, a także nie może dojść do utraty korzyści, z jakimi wiązałoby się uzyskanie zamówienia w powyższym zakresie, skoro Odwołujący nie był zainteresowany udziałem w postępowaniu w ramach ww. zadań i uzyskaniem zamówienia. Z tych przyczyn Izba uznała, że legitymacja czynna Odwołującego do wniesienia odwołania ograniczona jest do zadań nr 2, 4 i 5 (art. 179 ust. 1 ustawy Pzp), a w konsekwencji Izba uwzględniła odwołanie mając powyższe na uwadze.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania w wysokości 15.000,00 zł.

Przewodniczący: