

**Sygn. akt KIO 2619/10,**

**KIO 2624/10**

**WYROK**

**z dnia 15 grudnia 2010 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska**

**Członkowie: Renata Tubisz**

**Bogdan Artymowicz**

**Protokolant: Paulina Zalewska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **15 grudnia 2010 r.** w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia **8 grudnia 2010 r.** do łącznego rozpoznania, wniesionych przez:

**A. Konsorcjum: SAN-BUD TRANS-SPRZĘT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zielonej Górze, ul. Kostrzyńska 4 (Lider), Nadodrzańskie Przedsiębiorstwo Inżynieryjne "Ekomeł" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sulechowie, ul. Przemysłowa 15, SAN-BUD NIERUCHOMOŚCI Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zielonej Górze, ul. Wyczółkowskiego 2, Sylwia Pawlik prowadząca działalność gospodarczą pod firmą „Składy Budowlane SAN-BUD Sylwia Pawlik” z siedzibą w Zielonej Górze, ul. Wyczółkowskiego 2**

**B. Konsorcjum firm: VERDIE Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, ul. Budziszyńska 86 lok. 12 – lider, VERDIE GmbH Turnow w Niemczech, Turnow-Preilack Frankfurter Straße 1**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Miasto Zielona Góra – reprezentowane przez Prezydenta Miasta Zielona Góra, Urząd Miasta Zielona Góra z siedzibą w Zielonej Górze, ul. Podgórna 22,**

przy udziale **Przedsiębiorstwa Robót Drogowych LUBARTÓW Spółka Akcyjna z siedzibą w Lubartowie, ul. Krańcowa 7** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w zakresie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: SAN-BUD TRANS-SPRZĘT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zielonej Górze, ul. Kostrzyńska 4 (Lider), Nadodrzańskie Przedsiębiorstwo**

Inżynieryjne "Ekomel" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sulechowie, ul. Przemysłowa 15, SAN-BUD NIERUCHOMOŚCI Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zielonej Górze, ul/. Wyczółkowskiego 2, Sylwia Pawlik prowadząca działalność gospodarczą pod firmą „Składy Budowlane SAN-BUD Sylwia Pawlik” z siedzibą w Zielonej Górze, ul. Wyczółkowskiego 2

i przy udziale Konsorcjum firm: VERDIE Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, ul. Budziszyńska 86 lok. 12 – lider, VERDIE GmbH Turnow w Niemczech, Turnow-Preilack Frankfurter Straße 1 zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w zakresie odwołania wniesionego przez Konsorcjum: SAN-BUD TRANS-SPRZĘT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zielonej Górze, ul. Kostrzyńska 4 (Lider), Nadodrzańskie Przedsiębiorstwo Inżynieryjne "Ekomel" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sulechowie, ul. Przemysłowa 15, SAN-BUD NIERUCHOMOŚCI Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zielonej Górze, ul/. Wyczółkowskiego 2, Sylwia Pawlik prowadząca działalność gospodarczą pod firmą „Składy Budowlane SAN-BUD Sylwia Pawlik” z siedzibą w Zielonej Górze, ul. Wyczółkowskiego 2

orzeka:

1a. uwzględnia odwołanie Konsorcjum: SAN-BUD TRANS-SPRZĘT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zielonej Górze, ul. Kostrzyńska 4 (Lider), Nadodrzańskie Przedsiębiorstwo Inżynieryjne "Ekomel" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sulechowie, ul. Przemysłowa 15, SAN-BUD NIERUCHOMOŚCI Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zielonej Górze, ul/. Wyczółkowskiego 2, Sylwia Pawlik prowadząca działalność gospodarczą pod firmą „Składy Budowlane SAN-BUD Sylwia Pawlik” z siedzibą w Zielonej Górze, ul. Wyczółkowskiego 2 i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty odwołującego

1b. oddala odwołanie Konsorcjum firm: VERDIE Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, ul. Budziszyńska 86 lok. 12 – lider, VERDIE GmbH Turnow w Niemczech, Turnow-Preilack Frankfurter Straße 1

2. Kosztami postępowania obciąża **Miasto Zielona Góra – reprezentowane przez Prezydenta Miasta Zielona Góra, Urząd Miasta Zielona Góra z siedzibą w Zielonej Górze, ul. Podgórna 22 i Konsorcjum firm: VERDIE Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, ul. Budziszyńska 86 lok. 12 – lider, VERDIE GmbH Turnow w Niemczech, Turnow-Preilack Frankfurter Straße 1** i nakazuje:

1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:

**A** koszty w wysokości **10 000 zł 00gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum: SAN-BUD TRANSPRZĘT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zielonej Górze, ul. Kostrzyńska 4 (Lider), Nadodrzańskie Przedsiębiorstwo Inżynieryjne "Ekomel" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sulechowie, ul. Przemysłowa 15, SAN-BUD NIERUCHOMOŚCI Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zielonej Górze, ul. Wyczółkowskiego 2, Sylwia Pawlik prowadząca działalność gospodarczą pod firmą „Składy Budowlane SAN-BUD Sylwia Pawlik” z siedzibą w Zielonej Górze, ul. Wyczółkowskiego 2**

**B** koszty w wysokości **10 000 zł 00gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum firm: VERDIE Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, ul. Budziszyńska 86 lok. 12 – lider, VERDIE GmbH Turnow w Niemczech, Turnow-Preilack Frankfurter Straße 1,**

2) dokonać wpłaty kwoty **13 600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy ) stanowiącej uzasadnione koszty strony, w tym:

**A** kwoty **13 600 zł 00 gr** (słownie : trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy ) przez **Miasto Zielona Góra – reprezentowane przez Prezydenta Miasta Zielona Góra, Urząd Miasta Zielona Góra z siedzibą w Zielonej Górze, ul. Podgórna 22** na rzecz **Konsorcjum: SAN-BUD TRANSPRZĘT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zielonej Górze, ul. Kostrzyńska 4 (Lider), Nadodrzańskie Przedsiębiorstwo Inżynieryjne "Ekomel" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w**

**Sulechowie, ul. Przemysłowa 15, SAN-BUD NIERUCHOMOŚCI Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zielonej Górze, ul. Wyczółkowskiego 2, Sylwia Pawlik prowadząca działalność gospodarczą pod firmą „Składy Budowlane SAN-BUD Sylwia Pawlik” z siedzibą w Zielonej Górze, ul. Wyczółkowskiego 2** stanowiące uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu i zastępstwa prawnego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 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 **Zielonej Górze**.

**Przewodniczący**

.....

**Członkowie**

.....

.....

## Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na przebudowę ul. Jędrychowskiej w Zielonej Górze – etap II zostało wszczęte przez zamawiającego Miasto Zielona Góra – reprezentowane przez Prezydenta Miasta Zielona Góra, Urząd Miasta Zielona Góra z siedzibą w Zielonej Górze, ul. Podgórna 22 i ogłoszone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 10 września 2010r. za numerem 2010-248023.

W dniu 29 listopada 2010r. zamawiający poinformował o wynikach postępowania i podał, że postępowanie wygrała firma: Przedsiębiorstwo Robót Drogowych LUBARTÓW Spółka Akcyjna z siedzibą w Lubartowie, ul. Krańcowa 7 oferując wykonanie zamówienia za cenę 7.918.705,39 zł brutto. W postępowaniu zamawiający odrzucił ofertę Konsorcjum: SAN-BUD TRANS-SPRZĘT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zielonej Górze, ul. Kostrzyńska 4 (Lider), Nadodrzańskie Przedsiębiorstwo Inżynieryjne "Ekomeł" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sulechowie, ul. Przemysłowa 15, SAN-BUD NIERUCHOMOŚCI Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zielonej Górze, ul. Wyczółkowskiego 2, Sylwia Pawlik prowadząca działalność gospodarczą pod firmą „Składy Budowlane SAN-BUD Sylwia Pawlik” z siedzibą w Zielonej Górze, ul. Wyczółkowskiego 2 z ceną oferty brutto 6.775.346,46 zł na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4, w związku z art. 90 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. tj. z 2010r. nr 113 poz. 759 ze zm. – dalej ustawy); z uwagi na nieprzedłożenie wyjaśnień dotyczących elementów ceny mających wpływ na wysokość ceny, bo choć wykonawca odpowiedział na wezwanie zamawiającego pismem z dnia 29 października 2010r., to wskazanie, że cena została skalkulowana na podstawie aktualnych cen rynkowych, oraz zgodnie z projektem wykonawczym, opisem technicznymi specyfikacją techniczną nie może być według zamawiającego uznane za wyjaśnienie zaproponowanej ceny i nie pozwala na zweryfikowanie wiarygodności ceny. Zamawiający wskazał, że wykonawca zaniechał udowodnienia zamawiającemu, że jego cena nie jest ceną rażąco niską. Na poparcie swego stanowiska zamawiający powołał orzecznictwo Izby zawarte w wyrokach o sygn. akt KIO/UZP 929/10, KIO/UZP 677/10, KIO/UZP 590/10 i KIO/UZP 483/10 oraz w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie sygn. akt V Ca 2214/06 z dnia 5 stycznia 2007r.

Zamawiający odrzucił także ofertę Konsorcjum firm: VERDIE Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, ul. Budziszewska 86 lok. 12 – lider, VERDIE GmbH Turnow w Niemczech, Turnow-Preilack Frankfurter Straße 1 z ceną oferty brutto 5.987.565,26 zł na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4, w związku z art. 90 ust. 3 ustawy pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy pzp. W uzasadnieniu faktycznym i prawnym zamawiający wskazał,

że wykonawca ten nie złożył wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na cenę mimo, że odpowiedział na pismo zamawiającego w dniu 5 listopada 2010r. W piśmie tym wykonawca wyjaśnił, że w kosztorysach błędnie ujął ceny jednostkowe netto, a więc cena jego oferty netto po poprawieniu omyłek rachunkowych powinna była wynieść 5 897 565,26zł., a po powiększeniu o podatek VAT 7 304 829, 62zł. Zamawiający z takim stanowiskiem się nie zgodził i podniósł, że w pkt 8.1 i 8.2 siwz zawarł precyzyjną informację na temat sposobu obliczenia ceny oferty i żądał obliczenia ceny jako sumy iloczynów ilości jednostek przedmiarowych robót i ich cen jednostkowych brutto. Wykonawca potwierdził w pkt 3 formularza oferty, że treść siwz jest mu znana i nie wnosił zastrzeżeń do treści siwz. Zamawiający podniósł, że również treść kosztorysów zawartych na stronach 32-47 oferty potwierdza iż ceny jednostkowe podane przez wykonawcę były cenami brutto. Według zamawiającego, jeśli nawet przyjąć, że wykonawca błędnie wskazał w kosztorysach ceny jednostkowe netto, to nie ma możliwości poprawienia oferty na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy i dla poparcia swego stanowiska powołał wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 23 kwietnia 2009r. sygn. akt XII GA 117/09.

#### **Sygn. akt KIO/2609/10**

W dniu 3 grudnia 2010r. odwołanie wniosło Konsorcjum: SAN-BUD TRANS-SPRZĘT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zielonej Górze, ul. Kostrzyńska 4 (Lider), Nadodrzańskie Przedsiębiorstwo Inżynieryjne "Ekomeł" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sulechowie, ul. Przemysłowa 15, SAN-BUD NIERUCHOMOŚCI Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zielonej Górze, ul. Wyczółkowskiego 2, Sylwia Pawlik prowadząca działalność gospodarczą pod firmą „Składy Budowlane SAN-BUD Sylwia Pawlik” z siedzibą w Zielonej Górze, ul. Wyczółkowskiego 2, zwane dalej Konsorcjum San-Bud zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy poprzez nierówne traktowanie odwołującego, naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy poprzez odrzucenie jego oferty oraz art. 90 ust. 1, 2 i 3 poprzez niewłaściwą, nieobiektywną ocenę oferty odwołującego. Konsorcjum San-Bud wniosło o nakazanie zamawiającemu dokonania powtórnej oceny oferty odwołującego, uznania, że oferta odwołującego nie zawiera rażąco niskiej ceny oraz wyboru oferty konsorcjum San – Bud jako najkorzystniejszej. Wskazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż wobec odrzucenia oferty wykonawcy Konsorcjum firm: VERDIE Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, ul. Budziszewska 86 lok. 12 – lider, VERDIE GmbH Turnow w Niemczech, Turnow-Preilack Frankfurter Straße 1, jego oferta jest ofertą najkorzystniejszą pod względem ceny. Zatem ponowna ocena ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego i uznaniem, że nie jest to oferta z rażąco niską ceną pozwoli mu uzyskać

zamówienie. W uzasadnieniu odwołania Konsorcjum San-Bud podniosło, że zamawiający swoim działaniem doprowadził do wyboru oferty o 1 mln droższej od oferty Konsorcjum, co jest działaniem sprzecznym z zasadą racjonalności wydatkowania środków publicznych oraz wskazał, że zamawiający dopuścił się naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i zasady uczciwej konkurencji. Podkreślił, że zamawiający w dniu 6 października 2010r. zmodyfikował siwz i w pkt 40 siwz dopuścił możliwość udzielenia zaliczki do 75% ceny oferty oraz zmienił także pkt 5 formularza ofertowego wskazując termin wykonania zamówienia na dzień 30 października 2010r., co według odwołującego wpłynęło na sposób kalkulacji ofert. Podniósł, że ze stanowiska doktryny i orzecznictwa wynika, że dla zbadania czy cena jest ceną rażąco niską konieczna jest analiza całkowitej ceny brutto i to w stosunku do przedmiotu zamówienia, a nie danych wynikających z szacunków zamawiającego z uwzględnieniem elementów wpływających na kalkulację ceny takich jak np. termin realizacji zamówienia, czy możliwość zaliczkowania oraz odniesieniem do specyfiki rynku i porównaniem cen na lokalnym rynku. Na tę okoliczność powołał wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie sygn. akt II Ca 425/04, wyrok Zespołu Arbitrów sygn. akt UZP/ZO/0-2509/05, wyroki Izby sygn. akt KIO 1515/10, KIO/UZP 691/08, KIO/UZP 1076/10. Wskazał, że zamawiający przed podjęciem decyzji o odrzuceniu oferty Konsorcjum San – Bud powinien był odnieść zaoferowaną cenę do realnej możliwości wykonania przedmiotu zamówienia poprzez porównania i analizy danych będących w jego posiadaniu. Wskazał na trzy przykłady zamówień udzielonych przez zamawiającego poniżej kosztorysu inwestorskiego i na dowód tego załączył wykaz przetargów na roboty drogowe z przebudową infrastruktury rozstrzygane w latach 2009-2010. Podkreślił, że jego oferta jest o 39% niższa od kosztorysu zamawiającego i podniósł, że zamawiający w tym zakresie zmienił dotychczasową praktykę, co według odwołującego jest niedopuszczalne, na dowód czego wniósł o przeprowadzenie dowodu z przesłuchania stron. Podniósł, że wykonawca może, ale nie ma obowiązku przedkładać dowodów na potwierdzenie braku rażąco niskiej ceny, zakres wyjaśnień i rodzaje elementów kalkulacji ceny jakie powinny być brane przez zamawiającego przy ocenie wyjaśnień pod uwagę nie jest zamknięty, a więc zamawiający nie może go zawęzić. Na poparcie czego powołał wyroki Izby sygn. akt KIO/UZP 693/10, KIO/UZP 1701/10 oraz stanowisko doktryny. Podkreślił, że zamawiający może odrzucić ofertę wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy tylko w dwóch przypadkach, gdy nie złożył on wyjaśnień na wezwanie, co w przedmiotowej sprawie nie miało miejsca, albo, gdy złożył on wyjaśnienia wraz z dowodami, ale będzie z nich wynikało, że oferta zawiera cenę rażąco niską. Podkreślił, że zamawiający nie określił stopnia szczegółowości oczekiwanych wyjaśnień. Odwołanie zostało popisane przez prezesa zarządu lidera konsorcjum upoważnionego do jednoosobowej reprezentacji lidera, zgodnie z odpisem z KRS

załączonym do odwołania oraz zgodnie z pełnomocnictwem konsorcjalnym z dnia 2 listopada 2010r. udzielonym liderowi przez pozostałych członków konsorcjum zgodnie z ich zasadami reprezentacji ujawnionymi w KRS, z którego odpisy załączono do odwołania, oraz z wypisem z ewidencji działalności gospodarczej. Kopia odwołania została zamawiającemu przekazana w dniu 2 grudnia 2010r.

Zamawiający w dniu 3 grudnia 2010r. poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania i wezwał ich do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 6 grudnia 2010r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpiło Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Lubartów Spółka Akcyjna z siedzibą w Lubartowie, ul. Krańcowa 7 – zwany dalej Lubartów S.A. Wniósł o uznanie prawidłowości dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty oraz uznania oceny złożonych ofert za prawidłowe. Wskazał, że ma interes w przystąpieniu po stronie zamawiającego, gdyż z uwagi na odrzucenie oferty Konsorcjum firm: VERDIE Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, ul. Budziszewska 86 lok. 12 – lider, VERDIE GmbH Turnow w Niemczech, Turnow-Preilack Frankfurter Straße 1, oferta złożona przez Lubartów S.A. jest ofertą najkorzystniejszą i korzystne dla zamawiającego rozstrzygnięcie umożliwi Lubartowi S.A. uzyskanie zamówienia i zawarcie umowy. Przystąpienie zostało podpisane przez Dyrektora Oddziału na podstawie pełnomocnictwa z dnia 14 września 2010r. udzielonego przez prezesa zarządu. Kopia przystąpienia została przekazana zamawiającemu w dniu 3 grudnia 2010r. i odwołującemu w dniu 6 grudnia 2010r.

W dniu 6 grudnia 2010r. po stronie zamawiającego zgłosiło przystąpienie Konsorcjum firm: VERDIE Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, ul. Budziszewska 86 lok. 12 – lider, VERDIE GmbH Turnow w Niemczech, Turnow-Preilack Frankfurter Straße 1, zwany dalej Konsorcjum Verdie, wnosząc o oddalenie odwołania. Wskazał na swój interes w zgłoszeniu przystąpienia podając, że jego oferta jest drugą ofertą pod względem ceny, po ofercie Konsorcjum San-Bud, a po ofercie przystępującego trzecia pod względem ceny jest oferta wybrana. Zatem przywrócenie odwołującego do postępowania powodowałoby utratę możliwości uzyskania zamówienia przez przystępującego. Konsorcjum Verdie podniosło, że zamawiający prawidłowo ocenił wyjaśnienia odwołującego Konsorcjum San-Bud jako ogólnikowe i niewystarczające, gdyż odwołujący powołał okoliczności, które były brane pod uwagę przez każdego z wykonawców składającego ofertę i nie odnoszą się do obiektywnych czynników dostępnych dla odwołującego. Wskazał, że uzupełnienie wyjaśnień na etapie postępowania odwoławczego, jest dokonaniem czynności po terminie i nie może być uznane za skuteczne. Na poparcie



swego stanowiska przywołał wyroki Izby sygn. akt KIO/UZP 1746/09, KIO/UZP 1126/09, KIO/UZP 1066/09, KIO/UZP 1429/08. Przystąpienie zostało wniesione drogą elektroniczną z podpisem elektronicznym pełnomocnika weryfikowanym za pomocą ważnego od 19 lutego 2010 r. do 19 lutego 2011r. certyfikatu, działającego w oparciu o pełnomocnictwo z dnia 1 grudnia 2010r. udzielone przez prezesa zarządu lidera konsorcjum upoważnionego do jednoosobowej reprezentacji lidera na podstawie odpisu z KRS załączonego do odwołania oraz w oparciu o pełnomocnictwo konsorcjalne dla lidera z dnia 27 września 2010r. podpisane przez członka zarządu Verdie GmbH upoważnionego do jednoosobowej reprezentacji zgodnie z odpisem z Rejestru handlowego działu B nr HRB 1412CB./. Kopia przystąpienia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 6 grudnia 2010r.

W dniu 13 grudnia 2010r. zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości. W uzasadnieniu wskazał, że oferta odwołującego San-Bud nie podlegała poprawie omyłek rachunkowych w przeciwieństwie do pozostałych ofert złożonych w postępowaniu. Przed poprawieniem omyłek rachunkowych w pozostałych ofertach była to oferta najtańsza z ceną brutto 6 775 346,46zł., a po poprawieniu była ofertą drugą w kolejności pod względem ceny po ofercie przystępującego Verdie, którego cena oferty brutto wynosiła 5 987 565,26zł. Oferta odwołującego San –Bud odbiegała w sposób istotny od wartości szacunkowej zamówienia wynoszącej 9 101 491,30zł. netto), czyli cena oferty odwołującego San –Bud stanowiła około 61% wartości szacunkowej. Oferty trzech innych wykonawców, w tym przystępującego Lubartów S.A. nie odbiegały już w sposób istotny od wartości szacunkowej, gdyż były niższe o mniej niż 30%. Porównanie oferty odwołującego do oferty na trzeciej pozycji pod względem ceny po poprawkach (czyli do oferty Lubartów S.A.) wskazywało na różnicę na poziomie 1 143 358,93zł. W tak ustalonym stanie faktycznym zamawiający podjął decyzję o zwróceniu się do odwołującego San-Bud w trybie art. 90 ust. 1 ustawy o złożenie wyjaśnień. Jednakże, w ocenie zamawiającego, wyjaśnienia złożone przez odwołującego San – Bud w dniu 29 listopada 2010r. nie mogą być traktowane jako wyjaśnienie elementów kalkulacji ceny w trybie art. 90 ustawy, gdyż odwołujący podał jedynie informacje ogólnikowe, które nie pozwalają na zweryfikowanie wiarygodności zaoferowanej ceny. Odwołujący San –Bud podał bowiem, że skalkulował cenę na podstawie aktualnych cen rynkowych i zgodnie z projektem, opisem technicznym i specyfikacją techniczną, ale według zamawiającego pozostali wykonawcy też o te elementy opierali się kalkulując oferty, więc okoliczności te uprawdopodobniają zaniżenie ceny odwołującego San-Bud. Informacja odwołującego San-Bud, że wszystkie złożone oferty SA poniżej wartości szacunkowej zamawiającego jest prawdziwa, ale nie jest wyjaśnieniem wysokości ceny zaproponowanej przez odwołującego San-Bud. Na popracie swego stanowiska zamawiający

podał wyroki Izby sygn. akt KIO/UZP 929/10, KIO/UZP 677/10, KIO/UZP590/10, KIO/UZP 483/10 oraz wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie sygn. akt V Ca 2214/06 z 5 stycznia 2007r., wyrok Sądu Okręgowego w Częstochowie z dnia 12 sierpnia 2005r. sygn. akt VI Ca 464/05, z których wynika, że złożenie jakichkolwiek lub ogólnikowych wyjaśnień nie może być traktowany jako wyjaśnienie, że zaproponowana oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej. Zamawiający podniósł, że uwzględnił także dyrektywy interpretacyjne art. 90 ustawy, nakazujące mu wziąć pod uwagę obiektywne czynniki jak oszczędność metody wykonania, wybrane rozwiązania techniczne, sprzyjające warunki wykonania oryginalność projektu, wpływ pomocy publicznej, ale odwołujący San – Bud na żadne obiektywne czynniki się nie powołał, a więc, według zamawiającego, nie udzielił wyjaśnień. Ustosunkowując się do treści odwołania zamawiający podniósł, że odwołujący San-Bud jest niekonsekwentny i z jednej strony w odwołaniu podnosi, że należy zbadać, czy zamawiający w ogóle miał podstawy do żądania wyjaśnień, a z drugiej zarzuca zamawiającemu, że nie uwzględnił całokształtu okoliczności sprawy przed odrzuceniem oferty odwołującego. Podkreślił, że z chwilą, gdy powziął wątpliwość, co do ceny zaoferowanej przez odwołującego San-Bud, był zobowiązany do wezwania go do wyjaśnień. Odwołujący to wezwanie zignorował udzielając zdawkowych wyjaśnień. Zamawiający nie wskazał, dla jakiego elementu cenotwórczego oczekuje wyjaśnień, bo to odwołujący ma najlepszą wiedzę jak kalkulował ofertę, a więc w tym zakresie odwołujący San-Bud miał swobodę. Zamawiający nie wzywał także do wyjaśnienia cen za poszczególne pozycje, ani cen jednostkowych. Odwołujący nie udzielił wyjaśnień i nie może obecnie odpowiedzialności przerzucać na zamawiającego. Zamawiający podał także, iż orzecznictwo przywołane przez odwołującego San –Bud w odwołaniu nie może mieć zastosowania w przedmiotowej sprawie, gdyż zapadło w innym stanie faktycznym, gdzie wykonawcy udzielili wyczerpujących wyjaśnień. Zamawiający powołał także orzeczenie Izby z dnia 26 stycznia 2010r. sygn. akt KIO/UZP 1701/09. Zamawiający podkreślił, że na żadnym etapie postępowania nie żądał od odwołującego San – Bud dowodów, a odwołujący miał takie prawo z mocy art. 90 ust.3 ustawy, ale z niego nie skorzystał. Co do zarzutu naruszenia art. 90 ust. 2 ustawy zamawiający podkreślił, że w tym zakresie również odwołujący San-Bud jest niekonsekwentny i z jednej strony wskazuje na otwarty katalog elementów cenotwórczych z art. 90 ust. 1, a z drugiej oczekuje, aby zamawiający wskazał mu jakie elementy cenotwórcze ma wyjaśnić. Zamawiający stanął także na stanowisku, że przepis art. 90 ust. 1 ustawy nie zezwala na wielokrotne wzywanie do wyjaśnień w kwestii ceny.

**Sygn. akt KIO/2624/10**

W dniu 3 grudnia 2010r. odwołanie wniosło Konsorcjum Verdie zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy w związku z art. 90 ust. 3 ustawy i art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy, a także art. 91 ust. 1 ustawy. Wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania unieważnienia czynności wyboru oferty Lubartów S.A., unieważnienia czynności odrzucenia oferty Konsorcjum Verdie, dokonanie poprawienia tzw. „innych omyłek” w ofercie tegoż konsorcjum i zawiadomienie odwołującego o dokonanych poprawkach, dokonanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Wskazał na swój interes w uzyskaniu zamówienia podnosząc, że złożył ofertę z najniższą ceną, spośród ofert nie podlegających odrzuceniu, a zatem gdyby zamawiający nie odrzucił jego oferty miałby szansę na uzyskanie zamówienia. Podniósł, że został narażony na szkodę w postaci kosztów przygotowania i złożenia oferty oraz w postaci utraty kontraktu pozwalającego na prowadzenie działalności z zyskiem. Podniósł, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, a omyłki popełnione przez niego w kosztorysach spowodowały niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), a nie błędy w obliczeniu ceny. Omyłki te jako niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, według Konsorcjum Verdie, powinny być przez Zamawiającego poprawione. Zamawiający stwierdził w trakcie badania ofert, że w kosztorysie ofertowym odwołującego występują omyłki rachunkowe, poprawił je, o czym poinformował odwołującego pismem z dnia 2 listopada 2010 r. Zamawiający wskutek uwzględnienia dokonanych w kosztorysie poprawek omyłek rachunkowych zmienił cenę oferty w formularzu ofertowym z kwoty 7.160.038,55 zł na kwotę 5.987.565,26 zł. Nadto, poinformował, że zmienił także zobowiązanie odwołującego w zakresie kwoty zabezpieczenia należytego wykonania zamówienia. Przy czym Konsorcjum Verdie wskazało, że różnica wartości kosztorysu wynikająca z poprawek wyniosła 118.681,20 zł na plus, czyli że wartość kosztorysu wzrosła o tę kwotę, zaś ingerencja Zamawiającego w cenę oferty wyniosła 1.172.473,29 zł na minus. Zamawiający bezpodstawnie przyjął za cenę oferty kwotę 5.987.565,26 zł i w rezultacie uznał, że istnieje podejrzenie, iż oferta odwołującego zawiera rażąco niską cenę. Wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień w tym zakresie w oparciu o art. 90 ust. 1 Ustawy. Odwołujący w dniu 5 listopada 2010 r. złożył wyjaśnienia, ale nie w zakresie podejrzenia o rażąco niską cenę oferty, lecz w zakresie niezrozumienia przez zamawiającego wyrażonej w ofercie woli odwołującego dotyczącego ceny oferty i cen jednostkowych. Odwołujący wyjaśnił, że popełnił omyłkę ujmując w kosztorysach ceny jednostkowe netto zamiast cen jednostkowych brutto, których Zamawiający oczekiwał. Tym samym wartości poszczególnych robót wymienionych w kosztorysach określone są także w kwotach netto (ilość jednostek x cena jednostkowa netto = wartość netto danej roboty). Odwołujący do zliczonych z kosztorysów wszystkich wartości netto robót dodał podatek VAT w stawce 22% i wartość ta została umieszczona jako cena brutto oferty w kwocie

7.160.038,55 zł. Wskutek poprawek omyłek rachunkowych przez Zamawiającego, cena brutto oferty winna wzrosnąć do kwoty 7.304.828,61 zł. Zatem, Zamawiający dokonywał poprawek rachunkowych w zakresie wartości netto robót. Odwołujący podał, że gdyby Zamawiający właściwie odczytał jego wolę co do wartości brutto oferty, która po poprawkach omyłek rachunkowych wynosi 7.304.828,61 zł, to nie wezwałby Odwołującego do złożenia wyjaśnień w oparciu o art. 90 ust. 1 Ustawy. Tym bardziej, że cena zwycięskiej oferty jest zbliżona do ceny oferty Odwołującego, bo wynosi 7.918.705,39 zł, a zwycięzca nie był wzywany do złożenia wyjaśnień. W wyjaśnieniach z dnia 5 listopada 2010 r. Konsorcjum Veride przedstawiło właśnie te okoliczności. Odwołujący wskazał w wyjaśnieniach, że aby doprowadzić do zgodności treści oferty z treścią SIWZ Zamawiający winien przemnożyć każdą cenę jednostkową netto przez współczynnik 1,22 uzyskując tym samym ceny jednostkowe brutto. Wskutek tej czynności Zamawiającego cena brutto oferty Odwołującego może ulec zmianie w skrajnie małym zakresie. Zmiana ta wyniknąć to może z licznych zaokrągleń wartości podatku VAT do dwóch miejsc po przecinku. Ustalając cenę brutto oferty Odwołujący tylko jeden raz zaokrąglił podatek VAT doliczając go do wartości netto kwoty z kosztorysów. Zamawiający nie uwzględnił wyjaśnień Odwołującego i w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 29 listopada 2010 r. poinformował, że odrzucił ofertę w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 Ustawy wskutek nieobalenia przez odwołującego domniemania o rażąco niskiej cenie oferty, a także o art. 89 ust. 1 pkt 6 jako oferty zawierającej błędy w obliczeniu ceny. Jeśli chodzi o kwestię błędów w wyliczeniu ceny, to zawiadomienie zamawiającego wskazuje, że nie potrafił właściwie zakwalifikować omyłki odwołującego i skutków tej omyłki. Według odwołującego, przytoczony przez Zamawiającego fragment wyroku dobitnie wskazuje, że w kwestii omyłki Odwołującego mamy do czynienia z sytuacją niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, a nie z błędami w obliczeniu ceny. Niezgodność treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ Zamawiający winien oceniać przez pryzmat art. 89 ust. 1 pkt 2, który wprost odsyła do przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3, a ten stanowi, że Zamawiający obligatoryjnie musi poprawić omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty Odwołujący przyznał, że trochę automatycznie czytał SIWZ i nie dostrzegł inności sposobu obliczenia ceny od powszechnie stosowanych. Dla możliwości dokonania przez Zamawiającego poprawienia treści oferty Odwołującego spełniony jest wymóg wystąpienia omyłki. Spełniony jest także wymóg, że poprawki nie mogą w sposób istotny zmieć treści oferty. Omyłka dotyczy ceny oferty, a ona wskutek poprawienia omyłki w zasadzie nie ulegnie zmianie (kwestia opisanych wyżej zaokrągleń), zatem omyłki i poprawki są nieistotne dla treści oferty. Odwołujący przyjmuje, że zamawiający etapie poprawiania omyłek mógł nie domyśleć się, co mogło być powodem różnicy w cenie. Jednak na

podstawie wyjaśnień odwołującego z dnia 5 listopada 2010 r. zamawiający musiał już pozbyć się wątpliwości. Zamawiający dla potwierdzenia wyjaśnień odwołującego mógł dokonać zwykłych przeliczeń rachunkowych, tzn. przemnożyć wartość wynikającą z kosztorysów przed dokonaniem poprawek rachunkowych, która wynosiła 5.868.884,06 zł, przez 22% stawkę podatku VAT i otrzymałby kwotę podatku VAT w wysokości 1.291.154,49 zł. Po zsumowaniu kwoty z kosztorysów i podatku VAT uzyskałby cenę brutto oferty odwołującego przed poprawkami omyłek rachunkowych w wysokości 7.160.038,55 zł, czyli kwotę wskazaną w formularzu ofertowym jako cenę oferty. W momencie podejmowania decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego, zamawiający dysponował pełną wiedzą o woli odwołującego jako oferenta. Dysponował wiedzą, że poprawki omyłek nie zmienią w istotny sposób treści oferty, a także wiedzą, że dodanie do cen jednostkowych netto podatku VAT dla uzyskania cen jednostkowych brutto, nie jest ingerencją w ceny jednostkowe, ani zmianą cen jednostkowych. Jest to zawsze ta sama cena jednostkowa. Stawka VAT była Zamawiającemu znana, mógł się przekonać co do jej wysokości po dokonaniu zwykłych działań matematycznych, nadto odwołujący naprowadził zamawiającego, jak ma sprawdzić (przeliczyć) stawkę wskazując w wyjaśnieniach. Dysponując taką wiedzą, zamawiający winien dokonać właściwych poprawek, następnie zawiadomić odwołującego o dokonanych poprawkach i po niewniesieniu przez odwołującego zastrzeżeń dokonać wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej. Dla poparcia swoich argumentów odwołujący przytoczył wyroki Izby sygn. akt KIO/UZP 959/09 z dnia 5 sierpnia 2009 r., KIO/UZP 721/09 z dnia 26 czerwca 2009 r., KIO/UZP 351/09 z dnia 3 kwietnia 2009 r., KIO/UZP 246/09 z dnia 17 marca 2009 r., KIO/UZP 232/09 z dnia 10 marca 2009 r. Odwołujący zwrócił uwagę na fakt, że zamawiający naruszył także przepis art. 91 ust. 1 ustawy, bowiem dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, która w rzeczywistości nie jest najkorzystniejsza, zaniechał zaś wyboru oferty Odwołującego, która, jako zawierająca najniższą cenę spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, jest najkorzystniejsza. zostało wniesione drogą elektroniczną z podpisem elektronicznym pełnomocnika weryfikowanym za pomocą ważnego od 19 lutego 2010 r. do 19 lutego 2011r. certyfikatu, działającego w oparciu o pełnomocnictwo z dnia 1 grudnia 2010r. udzielone przez prezesa zarządu lidera konsorcjum upoważnionego do jednoosobowej reprezentacji lidera na podstawie odpisu z KRS załączonego do odwołania oraz w oparciu o pełnomocnictwo konsorcjalne dla lidera z dnia 27 września 2010r. podpisane przez członka zarządu Verdie GmbH upoważnionego do jednoosobowej reprezentacji zgodnie z odpisem z Rejestru handlowego działu B nr HRB 1412CB./. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 3 grudnia 2010r.

Zamawiający w dniu 6 grudnia 2010r. poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania i wezwał ich do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

Do postępowania odwoławczego nikt nie przystąpił.

Zamawiający w dniu 13 grudnia 2010r. wniósł odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie. W uzasadnieniu wskazał, że oferta odwołującego Verdie przed poprawieniem omyłek rachunkowych znajdował a się na drugim miejscu pod względem ceny z ceną 7 160 038,55zł. brutto. Zamawiający dokonał poprawienia omyłek rachunkowych w tej ofercie na stronie 37 oferty poprzez prawidłowe zsumowanie pozycji kosztorysowych od 50 – 220 i zmianę sumy z 374 788,54zł. na 493 469,74zł., oraz prawidłowe zsumowanie pozycji od 10-130 branży sanitarno-kanalizacyjnej i zmianę sumy z 1 051 297,94zł. na 1 169 979,14zł., a także poprawił na stronie 1 oferty zaproponowaną przez odwołującego Verdie cenę na poprawioną sumę z kosztorysów ofertowych tj. z 7 160 038,55zł na 5 987 565, 26zł. Zamawiający podkreślił, że przy poprawianiu omyłek opierał się na informacjach z ofert. Po poprawieniu omyłek oferta odwołującego Verdie odbiegała od wartości szacunkowej zamówienia o 53, 90%, a od oferty wykonawcy Lubartów S.A. jest tańsza o 1 931 140,13zł. Te ustalenia zamawiającego spowodowały konieczność wezwania odwołującego Verdie do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy. Według zamawiającego, odwołujący odpowiadając na wezwanie nie odniósł się do kwestii kalkulacji ceny, a poinformował zamawiającego, że faktycznie zamawiający prawidłowo dokonał poprawy omyłek rachunkowych w kosztorysach ofertowych, ale odwołujący Verdie błędnie ujął w kosztorysach zamiast cen brutto, ceny netto, i dlatego ceny podane w kosztorysach należałoby przemnożyć przez 1,22. Zamawiający z tym stanowiskiem odwołującego Verdie się nie zgodził i wskazał., że w pkt. 8.1 i 8.2 siwz wyraźnie wskazał sposób obliczenia ceny oraz to, że cenę ofertową należy obliczyć jako sumę iloczynów jednostek przedmiarowych robót i ich cen jednostkowych brutto, ponadto odwołujący Verdie w pkt. 3 oferty oświadczył, że zna treść siwz i nie wnosi do niej zastrzeżeń, a treść kosztorysów ofertowych potwierdza, że odwołujący podał ceny jednostkowe brutto. Zamawiający podkreślił, że nie mógł poprawić błędu jako omyłki w trybie art. 87 ust. 2 ustawy, a co najwyżej mógł uznać, że oferta zawiera błąd w obliczeniu ceny i na tej podstawie odrzucić ofertę z mocy art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy. Nie mógł zwrócić się do odwołującego o wyjaśnienia w trybie art. 87 ust. 1 ustawy, gdyż doprowadziłoby to do zmian w treści oferty. Treść oferty odwołującego Verdie nie budziła wątpliwości zamawiającego, a uznanie błędu odwołującego za omyłkę polegającą na niezgodności oferty z siwz, nie powodującą istotnych zmian w treści oferty, byłoby w ocenie zamawiającego daleko posuniętą nadinterpretacją art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. W odniesieniu do treści odwołania zamawiający podkreślił, że poprawy omyłek dokonywał w oparciu

wyłącznie o treść ofert, a odwołujący Verdie popełnił błąd, a nie omyłkę i nie może za swoje niedopatrzenie odpowiedzialności przenosić na zamawiającego.

### **Izba ustaliła następujący stan faktyczny:**

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania, ogłoszenia o zamówieniu, zmian ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, modyfikacji siwz, oferty Konsorcjum San-Bud, oferty Konsorcjum Verdie, wezwań zamawiającego do obu wykonawców o wyjaśnienie elementów kalkulacyjnych oferty mających wpływ na cenę, wyjaśnień Konsorcjum San-Bud z dnia 29 października 2010r., informacji o poprawieniu omyłek rachunkowych z dnia 2 listopada 2010r., wyjaśnień Konsorcjum Verdie z dnia 5 listopada 2010r., informacji o wyniku postępowania, protokołu postępowania.

Izba ustaliła, że w pkt 8 siwz zamawiający wskazał, że cena oferty:

- 1) cena oferty, uwzględniająca należny podatek VAT, podana w załączniku Nr 1 do SIWZ musi obejmować cały przedmiot zamówienia wyceniony w oparciu o wypełnione kosztorysy ofertowe (załączniki nr 9 niniejszej SIWZ);
- 2) wartość robót objętych kosztorysami ofertowymi należy obliczyć jako sumę iloczynów ilości jednostek przedmiarowych robót i ich cen jednostkowych brutto;
- 3) ceny jednostkowe i wyliczone wartości robót wyszczególnione kosztorysach ofertowych muszą być wyrażone w złotych polskich, po zaokrągleniu do pełnych groszy - dwa miejsca po przecinku (końcówki poniżej 0,5 grosza pomija się, a końcówki 0,5 grosza i wyższe zaokrągla się do 1 grosza);
- 4) cena oferty i ceny jednostkowe podane przez Wykonawcę zawierają w sobie wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia, są stałe przez cały okres trwania umowy i w żadnym przypadku nie podlegają zmianom z jakiegokolwiek powodu;
- 5) cena oferty obejmować będzie wyrażoną w jednostkach pieniężnych i podlegającą zapłacie przez Zamawiającego wartość wszystkich zobowiązań Wykonawcy związanych z wykonaniem zamówienia;
- 6) ceną w rozumieniu przepisów art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz. U. Nr 97, poz. 1050) jest całkowita wartość jaką Zamawiający zobowiązany jest zapłacić za przedmiot zamówienia, uwzględniająca wszelkie narzuty;
- 7) cena oferty podana w załączniku Nr 1 do SIWZ musi być podana cyfrą i słownie, z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku;

8) prawidłowe ustalenie należnej stawki podatku VAT należy do obowiązków Wykonawcy zgodnie z przepisami ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. Nr 54, poz. 535 z późn. zm.);

9) w celu oceny oferty, której wybór prowadziłby do powstania obowiązku podatkowego Zamawiającego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług w zakresie dotyczącym wewnątrzwspólnotowego nabycia towarów, Zamawiający doliczy do ceny przedstawionej w ofercie podatek od towarów i usług, który miałby obowiązek wpłacić zgodnie z obowiązującymi przepisami;

10) Wykonawcy zabrania się modyfikacji kosztorysów ofertowych zawartych w załączniku nr 9 do niniejszej SIWZ poprzez zmianę kolejności pozycji, szacunkowych ilości lub dopisywanie nie ujętych prac;

11) usunięcie lub zmiana którejkolwiek pozycji kosztorysów ofertowych zawartych w załączniku nr 9 do niniejszej SIWZ będzie skutkować odrzuceniem oferty;

Zamawiający poprawi oczywiste omyłki zgodnie z art. 87 ust. 2 ustawy pzp.

W formularzu ofertowym załączniku nr 1 do siwz wykonawcy mieli oświadczyć, zgodnie z pkt 3, że stosownie do pobranej Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) – oferujemy wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z kosztorysami ofertowymi za: cenę brutto oraz zgodnie z pkt 3, że zapoznaliśmy się ze SIWZ wraz z wprowadzonymi do niej zmianami (w przypadku wprowadzenia ich przez Zamawiającego), nie wnosimy do niej zastrzeżeń oraz zdobyliśmy konieczne informacje, potrzebne do właściwego przygotowania oferty, a także, zgodnie z pkt 5, że przedmiot zamówienia wykonamy w terminie: do 30 kwietnia 2011 r.

W załączniku nr 8 do siwz – projekcie umowy zgodnie z § 3 ust. 2 wykonawca zobowiązuje się wykonać zlecenie według zatwierdzonego przez Zamawiającego harmonogramu wykonania robót, który jest załącznikiem do niniejszej umowy do 30 kwietnia 2011 r. W § 7 ust. 1. z tytułu należytego wykonania przedmiotu umowy, o którym mowa w § 1, Zamawiający zapłaci Wykonawcy wynagrodzenie w kwocie: ..... zł brutto z zastrzeżeniem ust. 2, zaś zgodnie z ust. 2 wynagrodzenie ustalone w oparciu o podane w kosztorysie ofertowym Wykonawcy ceny jednostkowe robót będzie płatne wyłącznie za rzeczywiście wykonane i odebrane roboty. Wartość wynagrodzenia należna Wykonawcy określana kosztorysowo na podstawie cen podanych w ofercie Wykonawcy, nie może przekroczyć kwoty określonej w ust. 1.

Zamawiający w zakresie spornym w dniu 6 października 2010r. dokonał modyfikacji siwz i



poprzez zmianę treści pkt 4 SIWZ, który otrzymał brzmienie: „Termin wykonania zamówienia: 30 października 2011 r.”; oraz poprzez dodanie po pkt 39 SIWZ pkt 40 o treści: „Zaliczki: Na poczet wykonania przedmiotu zamówienia Zamawiający przewiduje udzielenie jednorazowej zaliczki max. w wysokości 75 % ceny oferty. Szczegółowe postanowienia w zakresie udzielenia, wniesienia zabezpieczenia zwrotu zaliczki, wypłaty, rozliczenia i zwrotu zaliczki zawarte są w projekcie umowy stanowiącym załącznik Nr 8 do SIWZ.”; a także zmianę treści pkt 5 formularza oferty zawartego w załączniku nr 1 do SIWZ, który otrzymał brzmienie: „Oświadczamy, że przedmiot zamówienia wykonamy w terminie: do 30 października 2011 r.”. Zamawiający w tym dniu dokonał także modyfikacji ogłoszenia w pkt 5.2.pkt.16, gdzie w miejsce niezaliczkowania wprowadził „Zaliczki: na poczet wykonania przedmiotu zamówienia Zamawiający przewiduje udzielenie jednorazowej zaliczki max. w wysokości 75 % ceny oferty.”;

W ofercie Konsorcjum San-Bud w formularzu ofertowym na stronie 2 oferty w pkt 2 podano cenę za wykonanie zamówienia w wysokości 6.775.346,46 zł. i odpowiada sumie pozycji kosztorysowych zawartych na stronach 66 – 81 oferty.

W wyjaśnieniach ceny z dnia 29 października 2010r. Konsorcjum San-Bud podało, że „w ofercie cena została skalkulowana na podstawie aktualnych cen rynkowych. W ramach zaproponowanej ceny zobowiązujemy się do wykonania zadania zgodnie z projektem wykonawczym, opisem technicznym i specyfikacją techniczną”. Odwołujący wskazał także na praktykę zamawiającego zawierania umów z wykonawcami oferującymi ceny o 25-40% poniżej ceny inwestorskiej. Wskazał na ceny zaoferowane w przetargu związanym z przedmiotowym postępowaniem. Podniósł, że zamawiający powinien odpowiedzieć sobie na pytanie, czy wycena inwestorska nie została zawyżona.

W ofercie Konsorcjum Verdie na stronie 1 w pkt 2 podano 7 160 038,55zł., a z sumowania pozycji „razem” wszystkich kosztorysów ofertowych wynika suma 5 868 884,06zł. (strony 32-48), co przy przemnożeniu przez współczynnik 1,22 daje kwotę podaną w formularzu ofertowym. Przeliczenie poszczególnych pozycji cenowych w każdym z kosztorysów potwierdziło ustalenia zamawiającego, że suma pozycji kosztorysowych od 50 – 220 powinna wynosić 493 469,74zł w miejsce podanej 374 788,54zł., natomiast suma pozycji w branży sanitarnej – kanalizacji deszczowej powinna wynosić 1 169 979,14zł. w miejsce 1 051 297,94zł. tj. cena łączna kosztorysów z kwoty 5 868 884,06zł. powinna wzrosnąć o kwotę 118 681,20zł. czyli do kwoty 5 987 656, 26zł. W nazwach kolumny 6 i 7 kosztorysów ofertowych podano odpowiednio „cena jednostkowa (brutto)”, „wartość (brutto).

W piśmie z dnia 5 listopada 2010r. odwołujący Verdie potwierdził prawidłowość poprawek rachunkowych dokonanych na stronie 37 oferty oraz wskazał, że wartość kosztorysów w ofercie powinna wynosić 5 987 656, 26zł. Podał, że „w złożonej ofercie błędnie ujęto w kosztorysach ceny jednostkowe netto, doliczając podatek VAT do podanej ceny oferty, po poprawkach cena naszej oferty powinna wynosić 7 304 829,62zł. Jednocześnie należałoby poprawić w złożonych w naszej ofercie kosztorysach ofertowych wszystkie ceny jednostkowe oraz poszczególne wartości robót, przemnażając je przez 1,22”. Odwołujący Verdie podał także jak powinny po zmianach brzmieć pkt 2 i 9 formularza ofertowego.

**Izba zważyła, co następuje :**

Izba nie dopatrzyła się podstaw odrzucenia któregośkolwiek z odwołań określonych w art. 189 ust. 2 ustawy.

Izba uznała, że obaj odwołujący mają interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż odwołujący San –Bud znajduje się na pierwszej pozycji pod względem ceny i odwołujący Verdie złożyli dwie najkorzystniejsze cenowo oferty w postępowaniu i obaj zostali pozbawieni możliwości uzyskania zamówienia na skutek uznania przez zamawiającego, że oferty ich podlegają odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy z powodu zaoferowania rażąco niskiej ceny, ponadto odwołujący Verdie nie uznając za prawidłową zmiany ceny swojej oferty w sposób dokonany przez zamawiającego, przystąpił do postępowania odwoławczego wywołanego odwołaniem San – Bud po stronie zamawiającego, zatem w przypadku uwzględnienia odwołania San-Bud jego oferta powinna być uznana przez zamawiającego za najkorzystniejszą , a w przypadku oddalenia odwołania San – Bud i uwzględnianie odwołania Verdie oferta tego odwołującego powinna być uznana za najkorzystniejszą. Wobec tej sytuacji obaj wykonawcy potencjalnie mogą ponieść szkodę w wyniku działań zamawiającego odrzucających ich oferty w postaci utraty zysku zakładanego z uzyskania zamówienia publicznego.

**Sygn. akt KIO/2619/10**

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy poprzez nierówne traktowanie odwołującego, w związku z zarzutem naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy poprzez odrzucenie oferty odwołującego San-Bud oraz art. 90 ust. 1, 2 i 3 poprzez niewłaściwą, nieobiektywną ocenę oferty odwołującego San - Bud.

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. Izba uznała, że zamawiający naruszył art. 90 ust. 1 ustawy, gdyż podziela stanowisko odwołującego San-Bud, że zamawiający nie miał podstaw do zwrócenia się do odwołującego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy o wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Jak wynika z ustaleń Izby zamawiający przed przystąpieniem do procedury wyjaśnień ustalił, że oferta odwołującego jest niższa od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o podatek VAT o 38, 98%, natomiast od średniej ceny pozostałych złożonych i zbliżonych do siebie ofert jest niższa o 1 217 502,21zł. tj. o 15, 23% a pozostałe złożone i zbliżone do siebie cenowo oferty są niższe od wartości szacunkowej o 28,02%. W tej sytuacji Izba stwierdziła, że oferta odwołującego San – Bud jest niższa o 10% więcej od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o VAT niż pozostałe oferty oraz o ponad 15 procent od średniej pozostałych złożonych ofert, które w ocenie Izby, powinny być traktowane jako reprezentanci cen rynkowych. W ocenie Izby, powyższe różnice nie dawały podstaw do przyjęcia, że oferta odwołującego San-Bud zawiera rażąco niską cenę. Zamawiający może wystąpić o wyjaśnienia dotyczące elementów oferty, które mają wpływ na wysokość ceny tylko, gdy ma uzasadnione podstawy do powzięcia wątpliwości, że oferta odwołującego San-Bud stanowi ofertę z rażąco niską ceną. Nie jest wprawdzie, tak jak twierdzi to odwołujący San-Bud, że przy rozważaniu zasadności skorzystania z art. 90 ust. 1 ustawy zamawiający kierował się wyłącznie wartością szacunkową zamówienia, gdyż zamawiający uwzględnił także wartości pozostałych złożonych w postępowaniu ofert. Tym samym powołane przez odwołującego orzeczenia Izby sygn. akt KIO/ UZP 691/08, KIO/UZP 1076/10 i KIO/ 1515/10 nie uzasadniają jego stanowiska, gdyż zapadły w stanie faktycznym, gdzie jedyną podstawą dla wszczęcia procedury wyjaśnień z art. 90 ust. 1 ustawy była wartość szacunkowa zamówienia powiększona o podatek VAT. Jednakże Izba zauważa, że zamawiający w swoich rozważaniach pominął cenę pierwotnie zaoferowaną przez przystępującego Verdie, który przecież także był reprezentantem rynku robót budowlanych, a więc zaoferował cenę rynkową w wysokości 7 160 tys. zł. która od oferty odwołującego San – Bud odbiegała jedynie o 400 tys. zł., a od pozostałych ofert o około 700 tys. zł. Izba uznała, że te rozbieżności wskazują nie na zaoferowanie ceny nierealnej przez odwołującego ale na ukształtowanie się rynku konkurencyjnego w ramach usług budowlanych drogowych w obszarze oddziaływania zamawiającego. Biorąc pod uwagę, że konsekwencją błędnego wezwania przez zamawiającego odwołującego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy było następnie odrzucenie oferty odwołującego, Izba uznała, że nie można tych czynności rozpatrywać w oderwaniu od siebie i uznać, że wobec treści art. 180 ust. 2 ustawy Izba nie ma podstaw do rozpoznania tego zarzutu odwołania, bo art. 180 ust. 2 ustawy nie wymienia czynności wezwania do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy jako podstawy wniesienia odwołania.

Izba uważa, że odwołujący złożył odwołanie zgodnie z treścią art. 180 ust. 2 ustawy na czynność odrzucenia swojej oferty, która była konsekwencją nieuprawnionego wezwania, zatem dopiero z chwilą odrzucenia jego oferty jego interes w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku.

Natomiast Izba odnosząc się do zarzutu odwołującego San-Bud, że zamawiający powinien precyzyjnie określić w jakim zakresie oczekuje wyjaśnień, wskazuje, że zakres żądania wyjaśnień określa wprost art. 90 ust. 1 ustawy wskazując, że zamawiający powinien wezwać do wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zamawiający do tej dyspozycji zastosował się ściśle, natomiast oczekiwanie, aby zamawiający określał jakie elementy oferty ma wykonawca wyjaśnień w celu udowodnienia, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny jest nieuzasadnione, gdyż zamawiający nie dysponuje wiedzą na temat szczególnych warunków w jakich znajduje się wykonawca składający ofertę, stąd trudno oczekiwać od niego, aby wskazywał, jakie elementy oferty, w jego ocenie uzasadniają zaproponowaną cenę, nadto gdyby z oferty wynikały obiektywne czynniki uzasadniające wysokość ceny zamawiający nie miałby potrzeby wzywania wykonawcy do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy, gdyż nie miałby podstaw do powzięcia wątpliwości, czy oferta zawiera cenę rażąco niską. Zatem w ocenie Izby wezwanie skierowane do odwołującego było prawidłowe.

Izba uznała także, że zamawiający nie naruszył art. 90 ust. 2 ustawy, gdyż aby zamawiający mógł wziąć pod uwagę obiektywne czynniki mający wpływ na kalkulację ceny w pierwszej kolejności muszą one wynikać z wyjaśnień. Art. 90 ust. 2 ustawy stanowi bowiem wyraźnie „Zamawiający, oceniając wyjaśnienia (...)”, wobec takiego brzmienia dyspozycji przepisu art. 90 ust. 2 ustawy zamawiający nie ma obowiązku opierać się na okolicznościach wynikających z innych postępowań, które prowadził, czy znanych mu np. z urzędu, natomiast ma ustawowy obowiązek ocenić wyjaśnienia i zbadać, czy wykonawca w swoich wyjaśnieniach podał okoliczności obiektywne, które uzasadniają zastosowanie przez niego ceny odbiegającej od innych cen zaoferowanych w postępowaniu. Ustawodawca posłużył się pojęciem obiektywnych czynników i przykładowo wskazał na kilka z nich, które mogą uzasadniać niższą kalkulację. Katalog ten nie jest katalogiem zamkniętym, co podkreślił odwołujący i z czym zamawiający się zgodził. Jednakże spór pomiędzy stronami sprowadza się do tego czy informacje podane przez odwołującego w wyjaśnieniach wskazują na czynniki obiektywne czy też nie i czy poza informacjami z wyjaśnień zamawiający powinien brać pod uwagę także inne czynniki znane mu z innych źródeł niż wyjaśnienia. Izba podziela stanowisko orzecznictwa wyrażone w orzeczeniach, na które powołał się zamawiający tj. sygn. akt KIO/929/10, KIO/UZP677/10, KIO/UZP 590/10, Kio/UZP 483/10, a także KIO/UZP 1066/09, KIO/UZP 1126/09, KIO/UZP 1071/09 i KIO/UZP 1746/09, oraz KIO/UZP 1429/08.

Prawidłowe skorzystanie przez zamawiającego z instytucji wyjaśnień uregulowanej w art. 90 ust. 1 ustawy stwarza domniemanie, że oferta wykonawcy zawiera rażąco niską cenę. Jest to domniemanie obalane, ale ciężar dowodu spoczywa w tym przypadku na odwołującym, który udzielając wyjaśnień powinien przekonać, rozwiać wątpliwości, wreszcie udowodnić zamawiającemu, że jego cena jest ceną realną, umożliwiającą wykonanie zamówienia i ekonomicznie uzasadnioną, tj. taką, która pozwala na dalsze prowadzenie działalności gospodarczej przez wykonawcę i nie zagraża jego sytuacji ekonomicznej i finansowej. Wykazanie tych okoliczności powinno nastąpić zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy poprzez wskazanie czynników obiektywnych i ustawodawca pozostawił wykonawcom swobodę czy będą to czynniki wskazane przez niego w art. 90 ust. 2 ustawy, czy też inne wynikające z sytuacji wykonawcy na danym rynku. Izba zbadała treść wyjaśnień odwołującego i uznała stanowisko zamawiającego, że odwołujący nie przedstawił obiektywnych czynników dotyczących elementów oferty odwołującego San –Bud, które miały wpływ na wysokość ceny. Okoliczność, że odwołujący San – Bud uwzględnił ceny rynkowe oraz postanowienia siwz, projektu oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót nie uzasadnia szczególnej sytuacji odwołującego uzasadniającej zaoferowaną cenę. Treść dokumentacji postępowania była jednakowa dla wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu, a przeważająca ich liczba złożyła oferty droższe cenowo i do siebie zbliżone, nie sposób zatem z tego argumentu wywieść okoliczności korzystnych dla odwołującego San-Bud. Z kolei uwzględnienie cen rynkowych jest argumentem gołosłownym, bo odwołujący nie wykazał, że pozostali wykonawcy nie uwzględnili cen rynkowych, albo, że działa on na specyficznym rynku dostawców, którzy oferują mu materiały czy sprzęt po korzystniejszych cenach, niż pozostałym wykonawcom. Zatem ten argument także nie uzasadniał tezy o niezaoferowaniu rażąco niskiej ceny. Dalsza argumentacja odnosząca się do innych postępowań prowadzonych przez zamawiającego i udzielania zamówień wykonawcom oferującym ceny poniżej wartości szacunkowej zamówienia nie wnosi nic nowego dla odwołującego, gdyż odwołujący nie wykazał, że w tych postępowaniach pozostałe oferty odbiegały w analogiczny sposób od oferty wybranej jak w przedmiotowej sprawie, ani nie wskazał, czy zamawiający w tamtych sprawach wzywał do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy i jaki był efekt wezwania. Ponadto wyjaśnienia wykonawcy powinny dotyczyć jego sytuacji jako przedsiębiorcy, a nie innych wykonawców w innych postępowaniach o nieznanym przedmiocie, zakresie i przebiegu. Izba uznała, że rację ma zamawiający, iż odwołujący nie udzielił wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, gdyż pismo z dnia 29 listopada 2010r. takich elementów nie zawiera. Z tego względu Izba nie dopatryła się w działaniu zamawiającego naruszenia art. 90 ust. 3 ustawy, gdyż wobec prawidłowego ustalenia, że odwołujący San –Bud nie złożył

wyjaśnień zamawiający był zobligowany do odrzucenia oferty na podstawie art. 90 ust. 3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy. Mając to na uwadze Izba wskazuje, że zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 90 ust. 1 ustawy, a w konsekwencji naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy i art. 7 ust. 1 ustawy potwierdził się, co stało się podstawą uwzględnienia odwołania, nie potwierdziły się natomiast pozostałe zarzuty odwołania tj. zarzuty naruszenia art. 90 ust. 2 i 3 ustawy w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 7 ust. 1 ustawy. Wobec faktu, że Izba uznała, iż zamawiający nie miał podstaw do wezwania w trybie art. 90 ust. 1 ustawy ocena złożonych wyjaśnień nie miała wpływu na nieprawidłowość dokonanej czynności odrzucenia oferty odwołującego.

Izba orzekła jak w pkt 1a sentencji na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy.

### **Sygn. akt KIO/2624/10**

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 87 ust. 2 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy, a także art. 91 ust. 1 ustawy.

Izba uznała, że w pierwszej kolejności należy rozważyć, czy zamawiający prawidłowo dokonał poprawienia omyłek rachunkowych w ofercie odwołującego Verdie, gdyż konsekwencją tej czynności zamawiającego były pozostałe czynności podjęte w postępowaniu. Izba uznała, że zamawiający prawidłowo wykonał jedynie część czynności poprawy omyłek rachunkowych, to jest prawidłowo ocenił, że w kosztorysie ofertowym w pozycjach od 50 do 220 doszło do oczywistej omyłki rachunkowej w działaniu arytmetycznym jakim jest dodawanie i prawidłowo uznał, że odwołujący Verdie omylił się na kwotę 118 681, 20zł, i prawidłowo uwzględnił wynik korekty w pozycjach razem branży sanitarnej jak i w pozycji razem całego kosztorysu kanalizacji deszczowej. Jednakże nie było już uwzględnieniem korekty oczywistej omyłki rachunkowej dokonanie przez zamawiającego zmiany kwoty w poz. 2 formularza ofertowego na stronie 2 oferty odwołującego Verdie. Zamawiający w tym zakresie wykroczył poza dyspozycję art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy przepis ten bowiem stanowi o uwzględnianiu wyniku korekty rachunkowej na skutek prawidłowo przeprowadzonych działań arytmetycznych, natomiast w żaden sposób kwota sumowanie wszystkich pozycji kosztorysu tak przed korektą, jak i po niej nie dawało kwoty podanej w pkt 2 formularza ofertowego odwołującego Verdie. Zachodziła zatem rozbieżność pomiędzy wartościami wynikającymi z kosztorysu, a ceną ofertową, która nie miała nic wspólnego z omyłką rachunkową będącą wynikiem zastosowanych działań arytmetycznych mnożenia

ilości jednostek przedmiarowych i cen jednostkowych brutto i dodawania wartości ustalonych w ten sposób pozycji kosztorysowych. Z tego względu Izba uważa, że zamawiający nie miał podstaw do poprawienia ceny oferty na kwotę 5 987 656,26zł. tak jak to uczynił w piśmie z dnia 29 listopada 2010r. skierowanym do odwołującego. Rozważyć należy zatem czy zamawiający był w ogóle uprawniony do dokonania poprawienia oferty w trybie art. 87 ust. 2 ustawy, czy też rozbieżność pomiędzy kosztorysem ofertowym, a ceną podaną w formularzu ofertowym należy uznać za błąd w obliczeniu ceny. Izba uważa, że zamawiający nie miał podstaw do zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy, gdyż wskazana wyżej rozbieżność nie była wbrew stanowisku zamawiającego błędem w obliczeniu ceny, a jedynie inną omyłką polegającą na sprzeczności treści oferty odwołującego z treścią siwz. Ustawodawca bardzo wyraźnie w odniesieniu do obliczenia ceny dokonał podziału na błędy, których nie można poprawić (art. 89 ust. 1 pkt. 6 ustawy) i omyłki, które zamawiający jest zobowiązany poprawić tj. oczywiste omyłki rachunkowe (art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy) i inne omyłki polegające na niezgodności oferty z treścią siwz (art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy). Granicą między pojęciem błędu i omyłki nie jest wina, ani jej stopień lub brak świadomości wykonawcy przy popełnianiu błędu/omyłki, ale jej oczywistość dla omyłki rachunkowej i istotność dla innej omyłki. Tymi kryteriami musi kierować się zamawiający przy podejmowaniu decyzji, czy rozbieżność w ofercie w zakresie ceny tak w odniesieniu do wad w działaniu arytmetycznym (określonym w treści siwz lub nie) czy rozbieżność w zakresie sposobu obliczenia ceny podanego przez zamawiającego ma zakwalifikować jako omyłkę i poprawić, czy jako błąd i ofertę odrzucić. Każdorazowo zamawiający musi szczególnie starannie rozważyć te kryteria, gdyż konsekwencje dla wykonawcy są skrajnie różne. W przedmiotowej sprawie, Izba uznała, że kwalifikacja dokonana przez zamawiającego była błędna, a odwołujący Verdie dopuścił się omyłki, a nie błędu. Izba nie podziela stanowiska zamawiającego, że zamawiający nie mógł zauważyć przyczyn rozbieżności, ani ich skorygować bez wyjaśnień odwołującego Verdie. Jak wynika ze złożonych ofert stawką VAT obowiązującą w postępowaniu była stawka podstawowa 22%. Świadczą o tym wszystkie złożone oferty, jak również, to zamawiający nie neguje wysokości współczynnika przez jaki odwołujący sugeruje przemnożyć podane przez niego w kosztorysie ceny jednostkowe. Zwykłym zatem działaniem matematycznym zamawiający mógł wykryć omyłkę w ofercie odwołującego polegającą na przedstawieniu w kosztorysie cen ofertowych nie w wartości brutto jak wymagał tego zamawiający w pkt. 8.2 siwz, ale w wartościach netto jak podał to odwołujący. Nie stoi temu na przeszkodzie wskazanie w nazwach kolumn „cena jednostkowa (brutto)”, „wartość (brutto)”. Zatem dla poprawienia tej omyłki nie potrzebne były zamawiającemu inne informacje jak te, które znajdowały się w ofercie i w innych ofertach złożonych w postępowaniu, tj. co do jednolitości zastosowanej stawki podatku. Izba nie podziela także

argumentacji zamawiającego, że skoro wskazał w siwz, iż ceny jednostkowe należy w kosztorysie przedstawić w wartościach brutto, to przedstawienie ich w wartościach netto stanowi błąd w obliczeniu ceny. Izba uważa, że jest to niezgodność z wymogiem pkt. 8.2 siwz, ale sposób obliczenia ceny został przedstawiony w pkt. 8.1 siwz, zaś postanowienie pkt. 8.11 siwz jest nieuprawnione i pozostaje w sprzeczności z enumeratywnymi podstawami odrzucenia oferty określonymi w art. 89 ust. 1 ustawy. Uznanie, że odwołujący wbrew postanowieniom siwz nie przedstawił cen jednostkowych brutto nie utrudni w żaden sposób kosztorysowego rozliczenia umowy przyjętego w projekcie umowy, gdyż świadomość, że są to ceny netto spowoduje jedynie przy rozliczeniach robót wykonanych i odebranych dodatkowe działanie matematyczne mnożenia przez współczynnik 1,22 przy ustalaniu rozliczeń, a ponieważ wystawienie faktury na podstawie ustaleń protokołów odbioru robót należy do wykonawcy, czynność ta w żaden sposób nie obciąża zamawiającego. Ustawodawca w kolejnych nowelizacjach dąży do odformalizowania postępowania i możliwości wprowadzenia korekt złożonych ofert jeśli zawierają one oczywiste omyłki, nawet jeśli poprawienie tej omyłki ma wpływ na cenę oferty. W przedmiotowej sprawie dokonanie poprawy omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy nie spowodowałoby istotnych zmian w treści oferty, gdyż odwołujący Verdie zobowiązał się wykonać zamówienie za cenę brutto 7 160 038,55zł., a po poprawieniu omyłki jego wynagrodzenie winno być wyższe i wynosić 7 304 829,62zł., czyli różnica to 144 791,14zł. (118 681,26zł. + 22% z 118 681,26zł.). Różnica ta to wzrost ceny oferty o około 2%. Nie zmienia to pozycji tej oferty w rankingu. Izba uznała, że zamawiający naruszył art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy poprzez jego niezastosowanie oraz art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy poprzez jego zastosowanie i uznanie, że oferta odwołującego Verdie zawiera błąd w obliczeniu ceny, a w konsekwencji naruszył art. 91 ust. 1 ustawy poprzez wybór oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą w przyjętym kryterium cenowym.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego ustawy, art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy w związku z art. 90 ust. 3 ustawy i art. 91 ust. 1 ustawy

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. Uznania zarzutu poprzedzającego, Izba stwierdza, że zamawiający nieprawidłowo przyjął, jako cenę oferty kwotę 5 987 656,26zł. Według Izby gdyby zamawiający nie naruszył art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy i prawidłowo poprawił cenę oferty, to nie miałby podstaw do wzywania odwołującego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy, gdyż cena oferty w wysokości 7 304 829,62zł. nie odbiegała w sposób znaczący od pozostałych ofert niekwestionowanych przez zamawiającego, a była od ich średniej jedynie o 8,6 %



niższa. W tej sytuacji Izba uznała, że zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy w związku z art. 90 ust. 3 ustawy i art. 91 ust. 1 ustawy.

Izba uznała, że zarzuty podniesione przez odwołującego Verdie nie mają wpływu na wynik postępowania, gdyż w wyniku powtórnej oceny ofert, oferta odwołującego Verdie pozostanie na drugiej pozycji pod względem ceny po ofercie odwołującego San –Bud, którego oferta powinna być przywrócona do postępowania na mocy pkt 1a sentencji niniejszego wyroku. W tej sytuacji odwołujący Verdie nie ma możliwości uzyskania zamówienia i jego sytuacja nie ulega zmianie. Mając to na uwadze mimo uwzględnienia zarzutów odwołującego Verdie Izba zobowiązana była oddalić odwołanie na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i § 5 ust. 2 pkt. 1 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). Izba uwzględniła koszty zastępstwa prawnego odwołującego San- Bud w wysokości określonej w przedłożonej fakturze na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp w zw. z § 3 pkt 2 lit. b i § 5 ust. 2 pkt. 1 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. Zamawiający nie złożył wniosku o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego w sprawie sygn. akt KIO/ 2624/10.

**Przewodniczący**

.....

**Członkowie**

.....

.....