

Sygn. akt: KIO 72/17

**WYROK**  
**z dnia 1 marca 2017 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Agata Mikołajczyk**

**Protokolant: Adam Skowroński**

po rozpoznaniu na posiedzeniu i rozprawie w dniach: 23 stycznia 2017 r., 1 lutego 2017 r., 6 lutego 2017 r., 14 lutego 2017 r., 20 lutego 2017 r. i 23 lutego 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 stycznia 2017 r. przez wykonawcę - **ERBUD S.A. ul. Franciszka Klimczaka 1, 02-797 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - **Uniwersytecki Szpital Dziecięcy w Krakowie, ul. Wielicka 265, 30-663 Kraków,**

przy udziale wykonawcy - **Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego CHEMOBUDOWA – KRAKÓW S.A., ul. Klimeckiego 24, 30-705 Kraków,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę - **ERBUD S.A. ul. Franciszka Klimczaka 1, 02-797 Warszawa,** i:
  - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę - **ERBUD S.A. ul. Franciszka Klimczaka 1, 02-797 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2) zasądza od wykonawcy - **ERBUD S.A. ul. Franciszka Klimczaka 1, 02-797 Warszawa** na rzecz zamawiającego - **Uniwersytecki Szpital Dziecięcy w Krakowie, ul. Wielicka 265, 30-663 Kraków** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Krakowie.**

.....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Uniwersytecki Szpital Dziecięcy w Krakowie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych [Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.] [ustawa Pzp], którego przedmiotem jest „Przebudowa i remont budynków K, L, M, J-M, N, L-N, O.R, nadbudowa przewiązki J-M przebudowa i remont infrastruktury instalacyjnej, małej architektury, dróg, ogrodzenia terenu Uniwersyteckiego Szpitala Dziecięcego w Krakowie” - o wartości powyżej progów określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust 8 ustawy Pzp. Odwołujący – ERBUD Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie [Odwołujący] podał, że odwołanie dotyczy niezgodnych z przepisami ustawy czynności oraz zaniechań czynności Zamawiającego w ww. postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a mianowicie: (1) czynności odrzucenia oferty Odwołującego z dnia 30 grudnia 2016 r. oraz (2) zaniechania czynności wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej.

1. W odniesieniu do czynności odrzucenia oferty Odwołującego wskazał na:

naruszenie art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp - przedstawienie uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia oferty Odwołującego w sposób niepełny, niejasny i budzący wątpliwości interpretacyjne, a w konsekwencji naruszenie art. 7 ust. 1 PZP poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców i naruszenie art. 8 ust. 1 PZP poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania transparentności i jawności);

- a) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp - nieuzasadnione przyjęcie, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę;
- b) naruszenie art. 90 ust. 3 Pzp - nieuzasadnione przyjęcie, że wyjaśnienia złożone przez Odwołującego nie wyjaśniają w sposób wystarczający, iż zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska;
- c) naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp - ocenianie ceny oferowanej przez Odwołującego w sposób nieodpowiadający rodzajowi ceny przewidzianemu za wykonanie przedmiotu zamówienia i w sposób mniej korzystny niż cen oferowanych przez innych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, a w konsekwencji niezapewnienie w prowadzonym postępowaniu przetargowym zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;

2) zaniechania czynności wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej:

- a) naruszenie art. 91 ust. 1 Pzp - zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej mimo tego, że zgodnie z kryteriami oceny ofert zawartymi w specyfikacji

istotnych warunków zamówienia („SIWZ”) oferta Odwołującego powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza, a nie zostać odrzucona.

Wykonawca ERBUD S.A. wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu: 1) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; 2) dokonania powtórnego badania i oceny złożonych ofert oraz wyboru oferty Odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej.

Wskazał, że jest wykonawcą mającym interes w uzyskaniu zamówienia publicznego, którego dotyczy przedmiotowa sprawa. Spółka ERBUD S.A. złożyła ofertę, której treść spełnia wymagania stawiane przez Zamawiającego i jest prawidłowo zabezpieczona wadium. Oferta ERBUD S.A. jest najkorzystniejsza w rankingu złożonych ofert i jako jedyna mieści się w budżecie Zamawiającego. Pomimo braku racjonalnych podstaw do uznania ceny oferowanej przez Odwołującego za cenę rażąco niską oraz pomimo udzielenia przez Odwołującego szczegółowych wyjaśnień w tym zakresie, Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego, rzekomo, jako zawierającą rażąco niską cenę. W konsekwencji, oferta Odwołującego, pomimo tego, że jest najkorzystniejsza, nie została przez Zamawiającego wybrana. W efekcie, Odwołujący może ponieść szkodę polegającą na utracie możliwości realizacji zamówienia i utracie możliwości osiągnięcia wynikających z tego korzyści oraz zysków. Powyższe stanowi wystarczającą przesłankę dla skorzystania przez Odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w ustawie Pzp. W uzasadnieniu zarzutów w szczególności podał, co następuje:

I.A. Zamawiający w piśmie z dnia 30 grudnia 2016 r. odrzucił ofertę Odwołującego, a jako najkorzystniejszą wybrał ofertę wykonawcy - Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego CHEMOBUDOWA - KRAKÓW S.A. Odrzucenie oferty Odwołującego dokonane zostało z naruszeniem obowiązujących przepisów, która to oferta powinna zostać wybrana, jako najkorzystniejsza. Odwołujący wskazał, że jest to czwarty przetarg prowadzony na przestrzeni ostatnich lat przez tego samego Zamawiającego, w którym można zauważyć pewien schemat działania - oferta najkorzystniejsza jest badana w zakresie rzekomo rażąco niskiej ceny, głównie z uwagi na wycenę elementu - okablowanie strukturalne, następnie jest odrzucana, a ofertą najkorzystniejszą okazuje się oferta wykonawcy CHEMOBUDOWA - KRAKÓW S.A. W postępowaniu objętym niniejszym odwołaniem - Odwołujący jest wzywany do nieustających wyjaśnień w zakresie rzekomo rażąco niskiej ceny (przede wszystkim w zakresie okablowania strukturalnego), dwukrotnie zostaje wybrana, jako najkorzystniejsza oferta wykonawcy Chemobudowa, której cena zostaje poprawiona w wyniku zaistnienia oczywistej omyłki o ok. 1 mln zł (wyprzedzając drugą w rankingu ofert - ofertę wykonawcy Warbud S.A. oraz trzecią - Anna Bud), gdzie oferta wykonawcy Chemobudowa w ww. postępowaniach była oparta na

rozwiązaniach okablowania strukturalnego firm AMP i Extreme Network. Dodatkowo, w postępowaniu, którego dotyczy niniejsze odwołanie, Zamawiający umieścił wraz z dokumentacją przetargową dołączoną do SIWZ kosztorys inwestorski w zakresie instalacji niskoprądowych - sieć LAN na kwotę 4.896.550,45 zł, czym w sposób nieuprawniony zasugerował wartość wskazanych robót jeszcze przed złożeniem ofert. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w dniu 13 stycznia 2016 r. Zamawiający w tym czasie:

- pismem z dnia 23.03.2016 r. poprawił oczywistą omyłkę rachunkową wykonawcy Chemobudowa o ponad 1,2 mln zł, co w konsekwencji spowodowało zmianę ceny oferty i przesunęło tego Wykonawcę z czwartego na miejsce drugie w rankingu ofert,
- wezwał Odwołującego pismem z dnia 7.04.2016 r. do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 PZP wskazując w szczególności na pkt 101 Tabeli Elementów Scalonych (Instalacje elektryczne słaboprądowe), który został wyceniony na poziomie 64,73% średniej ceny ofert złożonych w przetargu, na które Odwołujący udzielił wyjaśnień pismem z dnia 15 kwietnia 2016 r.
- ponownie wezwał Odwołującego pismem z dnia 22.04.2016 r. w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, żądając głównie wskazania nazw producentów i modeli urządzeń w zakresie pkt 101 TES, które Odwołujący, wobec nieuprawnionego żądania (m.in. brak wymogu w SIWZ dołączenia do oferty kart katalogowych), wniósł odwołanie na ww. czynność na skutek czego czynność ta została unieważniona w wyniku uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu (postanowienie z dnia 17.05.2016 r., sygn. KIO 717/16). Niezależnie od tego Odwołujący, działając z ostrożności, wniósł wyjaśnienia pismem z dnia 28.04.2016 r.,

Zamawiający w dniu 30.05.2016 r. odrzucił na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp ofertę Odwołującego albowiem uznał, że Odwołujący nie wykazał, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny głównie w odniesieniu do pkt 101 Instalacje elektryczne słaboprądowe (Tabela Elementów Scalonych), oraz zawiadomił o wyborze oferty wykonawcy Chemobudowa. Odwołujący wniósł odwołanie od ww. czynności Zamawiającego, które zostało uwzględnione wyrokiem KIO z dnia 11.07.2016 r. (sygn.. KIO 994/16, KIO 1020/16). Zamawiający wezwał Odwołującego pismem z dnia 29.08.2016 r. w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, tym razem wskazując w szczególności 11 elementów zestawienia robót (Tabela Elementów Scalonych) wymagających wyjaśnień. Odwołujący udzielił wyjaśnień pismem z dnia 9.09.2016 r, załączając dowody, w tym m.in. oferty podwykonawców, kalkulacje oraz zestawienia przykładowych materiałów i urządzeń (łącznie 163 strony). Zamawiający uznał złożone wyjaśnienia za niewystarczające i ponownie wezwał Odwołującego pismem z dnia 11.10.2016 r. do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp żądając wskazania przykładowych producentów i modeli oraz kalkulacji zawierających ceny podstawowych materiałów i urządzeń. Odwołujący złożył odwołanie na ww. czynność. Krajowa Izba Odwoławcza

uwzględniła wskazane odwołanie wyrokiem z dnia 7.11.2016 r. sygn. akt KIO 2007/16. Zamawiający pismem z dnia 30.12.2016 r. poinformował o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp oraz o dokonaniu wyboru oferty wykonawcy Chemobudowa, pomimo wykazania przez Odwołującego, że cena zaproponowana w ofercie Odwołującego nie jest rażąco niska i mimo niekorzystnych dla Zamawiającego rozstrzygnięć kolejnych postępowań odwoławczych (uwzględnienie odwołań wniesionych przez Odwołującego: (1) w całości przez Zamawiającego w sprawie KIO 717/16, (2) przez KIO: (a) w sprawie o sygn. akt KIO 994/16/KIO 1020/16 oraz (b) w sprawie o sygn. akt KIO 2007/16 [uwzględniający odwołanie i wskazujący Zamawiającemu dalszy sposób prowadzenia postępowania przetargowego], wciąż usiłuje odrzucić ofertę Odwołującego pomimo braku ku temu jakichkolwiek podstaw faktycznych i prawnych. Podkreślił, że różnica pomiędzy ceną oferty Odwołującego (46.582.560,00 zł brutto), a ustaloną szacunkową wartością zamówienia (49.200.000,00 zł brutto), która jednocześnie stanowi kwotę, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na wykonanie zamówienia, wynosi zaledwie 5,3%. Cena oferty Wykonawcy stanowi zatem 94,7% szacunkowej wartości zamówienia. Ponadto różnica pomiędzy średnią arytmetyczną wszystkich 10 ofert złożonych w prowadzonym postępowaniu przetargowym, a ceną oferty Wykonawcy wynosi 22,95% (ceny ofertowe przed dokonaniem poprawienia omyłek rachunkowych przez Zamawiającego) oraz 22,75% w przypadku cen ofert uwzględniających poprawienie omyłek rachunkowych przez Zamawiającego. To oznacza, że cena oferty Odwołującego nie różni się o ponad 30% ani od szacunkowej wartości zamówienia, ani też od średniej arytmetycznej złożonych w Postępowaniu ofert. W konsekwencji nie można, jego zdaniem przyjąć, że w przedmiotowym postępowaniu, w stosunku do oferty Odwołującego wystąpiły obligatoryjne przesłanki badania ceny oferty określone w art. 90 ust. 1 Pzp. Weryfikacja, czy wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia nie oferuje ceny rażąco niskiej (a w konsekwencji odrzucenie oferty w przypadku zaferowania ceny rażąco niskiej), mimo iż jest uprawnieniem Zamawiającego, to jednak wymaga dla jej przeprowadzenia występowania konkretnych i racjonalnych przesłanek uzasadniających przypuszczenie Zamawiającego, że w ofercie zaproponowano cenę rażąco niską. Tymczasem w przedmiotowej sprawie sugestie Zamawiającego, co do zastosowania ceny rażąco niskiej opierały się w istocie od samego początku na jego subiektywnych i ogólnikowych spekulacjach, które na etapie postępowania wyjaśniającego nie miały żadnego przełożenia na konkretne wątpliwości względem ceny zaproponowanej przez Odwołującego. Stwierdził, że Zamawiający w zasadzie w kolejnych wezwaniach nie formułował względem Odwołującego żadnych konkretnych wątpliwości, co do ceny ryczałtowej zaproponowanej przez Odwołującego za realizację przedmiotu zamówienia. Przebieg procedury dot. wyjaśniania rażąco niskiej ceny sugeruje, że Zamawiający przez składanie do Odwołującego coraz to nowych wezwań do wyjaśnienia ceny w istocie próbował pozyskać jakiegokolwiek dane lub

informacje, dzięki którym mógłby odrzucić ofertę Odwołującego i „pozbyć się” Odwołującego z prowadzonego postępowania przetargowego. W przedmiotowej sprawie „wątpliwości” Zamawiającego dotyczyły początkowo wyłącznie Instalacji Elektrycznych Słaboprądowych. Dopiero, kiedy okazało się, że zarzuty Zamawiającego dotyczące Instalacji Elektrycznych Słaboprądowych były całkowicie nieuzasadnione, zakres wątpliwości Zamawiającego zaczął „ewaluować” i Zamawiający zaczął mieć kolejne wątpliwości, tym razem rzekomo dotyczące innych elementów wskazanej ceny. Wcześniej, przed wyrokiem KIO z dnia 11 lipca 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 994/16/ i KIO 1020/16, Zamawiający nie miał żadnych wątpliwości dotyczących pozostałych elementów ceny oferowanej przez Odwołującego. To dodatkowo potwierdza, że „wątpliwości” Zamawiającego wynikały nie tyle z realnej oceny ceny oferowanej przez Odwołującego, co z domysłów, spekulacji i celowego działania samego Zamawiającego nakierowanego na wybór innej oferty. Co jest jednocześnie istotne, do nabywania tych kolejnych „wątpliwości.” Powyższych konkluzji – zdaniem Odwołującego - nie zmienia przedłożona przez Zamawiającego opinia, mająca rzekomo być podstawą wniosków Zamawiającego w przedmiocie zaoferowania przez Odwołującego rażąco niskiej ceny. Opinia jego zdaniem bazuje na z góry przyjętych założeniach (tezach), ma na celu poparcie rozstrzygnięcia Zamawiającego oraz jest całkowicie oderwana od realiów rynkowych i możliwości, jakie ma konkretny generalny wykonawca, mający ugruntowaną pozycję i długoletnią renomę na rynku podmiotów wykonujących roboty budowlane. Znamienne jest przy tym to, że ze strony Zamawiającego nie było potrzeby sporządzenia jakiegokolwiek opinii, gdy przedstawiał Odwołującemu w kolejnych wezwaniach spekulacje dotyczące zaoferowania przez Odwołującego rzekomo rażąco niskiej ceny. Wskazał, że Zamawiający zlecił sporządzenie wskazanej opinii i próbuje się nią posługiwać po tym jak kolejne postępowania odwoławcze zakończyły się wynikami niekorzystnymi dla Zamawiającego. Podał, że w uzasadnieniach orzeczeń zapadłych w tych sprawach KIO wskazała Zamawiającemu szereg popełnionych przez niego uchybień i naruszeń przepisów, (co dotyczy m.in. wyroku wydanego w sprawie o sygn. akt KIO 2007/16, gdzie KIO wskazała Zamawiającemu m.in. takie naruszenia jak nieprawidłowe weryfikowanie oferowanej ceny przy wynagrodzeniu ryczałtowym, czy nieprawidłowe sporządzanie wezwań kierowanych, do Odwołującego). Przedkładając kwestionowaną opinię Zamawiający próbuje maskować” wcześniejsze uchybienia i w istocie uchylić się od wykonania wskazań KIO zawartych zwłaszcza w uzasadnieniu wyroku KIO wydanego w sprawie KIO 2007/16. Tyle tylko, że w ten sposób Zamawiający w istocie w żaden sposób nie naprawia popełnionych uchybień. Odwołujący wskazał, że Zamawiający poinformował o odrzuceniu jego oferty i dokonaniu wyboru oferty Chemobudowa w dniu 30.12.2016 r., tuż przed weekendem, zawiera 120 stron załączników, została udostępniona Odwołującemu w dniu 5.01.2017 r. dopiero na jego żądanie. Opinia ta stanowi element uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego, co oznacza, że Odwołujący

nie mógł się zapoznać z pełnym uzasadnieniem informacji o odrzuceniu jego oferty w dacie dokonania tej czynności przez Zamawiającego. Z uwagi na powyższe, Odwołujący zastrzega możliwość zajęcia szczegółowego; merytorycznego stanowiska do wskazanej opinii i jej załączników również po dniu wniesienia odwołania. Odwołujący podniósł, że analiza tej opinii dokonana do dnia wniesienia odwołania wskazuje na jej liczne uchybienia oraz próbę wykazania z góry założonej tezy jakoby cena oferty Odwołującego była ceną rażąco niską i naruszającą zasady uczciwej konkurencji, co pozostaje w sprzeczności z wyjaśnieniami złożonymi w tym zakresie przez Odwołującego w toku postępowania.

I.B. Strategia kalkulacji ceny jest uprawnieniem wykonawcy składającego ofertę i tylko ten wykonawca ma wyłącznie decydujące zdanie w kwestii ustalania tej strategii. W tej kwestii wielokrotnie wypowiedała się również KIO, wskazując m.in., że „W ramach tego prawa wykonawca na potrzeby każdego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego może przyjąć swoją strategię budowy ceny. Brak jest podstaw do narzucenia wykonawcy obowiązku osiągnięcia zysku w każdym z elementów ceny” (tak KIO w uzasadnieniu wyroku w sprawie o sygn. akt KIO 1068/13). Dodatkowo „wykonawca nie musi ustalać cen jednostkowych w taki sposób, aby zapewnić rentowność wykonania każdego elementu robót (tak KIO w uzasadnieniu wyroku w sprawie o sygn. akt KIO 2031/12). W szczególności przy cenie ryczałtowej, wykonawca nie ma obowiązku kalkulacji każdego jednego elementu składowego wyceny robot na poziomie rentowności. Cena całkowita oferty ma bowiem być skalkulowana w ten sposób, aby pokryć koszty wykonanych robót oraz przynieść wykonawcy zysk, dla osiągnięcia którego złożył ofertę i podjął się realizacji zadania.” - wyrok KIO - sygn. KIO 1800/13. Podkreślił, że wewnętrzna kalkulacja ceny oferty jest sprawą wykonawcy i jego decyzji w tym zakresie. Za niedopuszczalne uznaje się jedynie subsydiowanie skrośne, tzn. pokrywanie kosztów ceny oferty o nierynkowym charakterze (dumpingowej) z innej działalności danego przedsiębiorcy, a nie z ceny umownej za dany kontrakt (tak KIO w uzasadnieniu wyroku w sprawie o sygn. akt KIO 28/16). Powyższe oznacza w praktyce, że Zamawiający musi brać pod uwagę swobodę kształtowania poszczególnych elementów ceny przez wykonawców. W niniejszym postępowaniu z analizy złożonych ofert wynika, że wszyscy wykonawcy swobodnie kształtowali ceny poszczególnych działów wymienionych w Tabeli Elementów Scalonych. Gdyby bowiem przyjąć minimalne ceny dla tych działów wskazane we wszystkich złożonych ofertach, to cena takiej hipotetycznej oferty wyniosłaby 41 644 136,27 zł brutto, czyli byłaby ok 5 mln zł niższa od oferty Odwołującego (a więc ok 13% niższa od ceny oferty ERBUD). Jednak żaden z wykonawców nie złożył oferty o takiej wartości, albowiem niektóre pozycje TES wyceniali niżej, a inne drożej. Tak więc próba wywodzenia przez Zamawiającego z wartości danej pozycji TES rażąco niskiej ceny za wykonanie całego zadania, jest całkowicie błędna oraz sprzeczna z istotą rozliczenia ryczałtowego. Odwołujący podał, że polityka kształtowania wartości poszczególnych elementów robót jest różna w



odniesieniu do poszczególnych wykonawców, a porównując pozycje najtaniej wycenione ze średnią wartością ze wszystkich ofert oraz z wartościami wskazanymi w poszczególnych ofertach, można zauważyć znaczne różnice. Analiza poszczególnych pozycji, w odniesieniu do wszystkich złożonych ofert, pozwala stwierdzić, że oferta ERBUD w większości pozycji TES nie jest ani ofertą najdroższą, ani ofertą najtańszą. Odnosząc te rozważania do średniej arytmetycznej ze wszystkich ofert, podał, że w niektórych elementach oferta Odwołującego była zbieżna ze średnią z ofert, w niektórych niższa od średniej, a w niektórych od tej średniej wyższa. Z takiej analizy, mając na uwadze wynagrodzenie ryczałtowe, nie sposób zatem wyciągać daleko idących wniosków, co do rynkowości ceny całej oferty. Przykładowo, wykonawca Chemobudowa wycenił w swojej ofercie remont łącznika JM na kwotę 531 542,02 zł brutto, podczas gdy średnia ze wszystkich ofert dla tego elementu wynosi 864 649,73 zł brutto, Odwołujący określił tę wartość na kwotę 813 153,00 zł brutto, a najdroższy z oferentów na tej pozycji, (ale już nie najdroższy, jeśli chodzi o cenę całej oferty) - Budimex S.A. na kwotę 1 472 018,71 zł brutto (a więc o blisko 1 mln zł drożej tylko na tym jednym elemencie robót od wykonawcy Chemobudowa). Kolejnym przykładem ukazującym jak mało miarodajne jest wskazane porównywanie poszczególnych działów Tabeli Elementów Scalonych i wyciąganie średnich arytmetycznych dla tych działów, jest poz. 116 TES „Elementy aktywne pozostałe”, której średnia ze wszystkich dziesięciu ofert została wyliczona na kwotę 382.024,47 zł netto. Natomiast po wyliczeniu średniej z dziewięciu ofert, tj. po wyłączeniu oferty wykonawcy DORBUD S.A. - o wartości poz. 116 blisko czterokrotnie wyższej niż średnia wszystkich ofert i ponad dwu i półkrotni wyższej od drugiej najwyższej oferty dla tej pozycji - średnia arytmetyczna pozostałych ofert to już tylko 273.965,23 zł netto. Jak widać przyjęcie przez wykonawcę DORBUD S.A. absurdalnej wartości dla poz. 116 TES zawyżyło średnią pozycji 116 TES dla wszystkich ofert o prawie 40% w stosunku do średniej wyliczonej przy pominięciu tej jednej, wysokiej we wskazanym elemencie oferty. Jest rzeczą oczywistą, że gdyby wykonawca DORBUD S.A. realizował zamówienie to rzeczywisty koszt wykonania wskazanego elementu robót byłby niższy, a zatem logicznym jest, że wycena ofertowa tej pozycji jest jedynie elementem strategii kształtowania ceny całej oferty, a nie wartością kosztorysową dla tej pozycji. Powyższy przykład pokazuje błędny tok rozumowania Zamawiającego przy jednoczesnym ukształtowaniu przyszłej umowy o zamówienie publiczne w ten sposób, że za wykonanie tego zamówienia wykonawcy przysługuje wynagrodzenie ryczałtowe, a ocena zakresu robót i kosztów ich wykonania stanowi jego ryzyko. Odwołujący podniósł, że każdy z wykonawców ma swoją strategię kształtowania ceny ofertowej, a zakładane pomocniczo wartości poszczególnych pozycji robót, nie mogą stanowić punktu odniesienia dla rynkowej wartości ceny całej oferty. W sytuacji bowiem, gdy rozliczenie inwestycji nie odbywa się w oparciu o kosztorys, a przedmiary robót mają znaczenie jedynie pomocnicze, wykonawcy świadomie różnicują ceny poszczególnych elementów robót, aby na

koniec i tak osiągnąć zakładany zysk (osiągnąć cenę oferty). Istnieje wiele czynników ze względu na które konkretnemu wykonawcy w konkretnych okolicznościach zależy bądź to na niższej bądź na wyższej wycenie poszczególnych elementów robót, co nie oznacza wykonania całej inwestycji poniżej kosztów. Tymczasem autor opinii, jako główny punkt odniesienia przy ocenie wartości poszczególnych pozycji, przedstawia średnią wartość tej pozycji z wszystkich złożonych w przetargu ofert. Nie jest to miarodajny wskaźnik, albowiem prowadzi do fałszywych wniosków w zakresie rzekomo rażąco niskiej ceny. W ten sposób autor opinii manipuluje danymi statystycznymi, czyniąc je „bałamutnymi”. Ponadto Tabela Elementów Scalonych nie jest precyzyjna, a poszczególni wykonawcy w poszczególnych pozycjach TES mogą wpisywać wyceny różniących się między sobą zakresów, przesuując pewne roboty do innych pozycji tej tabeli. Zamawiający nie ustalił bowiem żadnych warunków wypełnienia TES stanowiącej załącznik nr 1 do oferty, a na końcu tabeli wskazał, że „Cena oferty musi zawierać wszelkie koszty niezbędne do zrealizowania zamówienia wynikające wprost z dokumentacji budowlanej i wykonawczej Specyfikacji Technicznych Wykonania i Odbioru Robót, przedmiarów robót - jako elementu pomocniczego, jak również wszelkie koszty w nich nie ujęte, a bez których nie można wykonać zamówienia. Wykonawca może wprowadzić dodatkowe pozycje do tabeli elementów scalonych”. Wskazana okoliczność także podważa miarodajność metody przyjętej przez autora opinii i samego Zamawiającego stanowiącej podstawę twierdzenia, że cena oferty Odwołującego jest rażąco niska. Podniósł, że o ile ustalenie ceny, jako ryczałtowej (tak jest w niniejszym postępowaniu przetargowym) nie pozbawia Zamawiającego uprawnienia do weryfikowania jego ewentualnych wątpliwości dotyczących rażąco niskiej ceny, o tyle jednak Zamawiający, dokonując tej weryfikacji nie może ignorować ustalonego ryczałtowego charakteru ceny oraz treści sporządzonej dokumentacji przetargowej (w tym SIWZ). Oznacza to, że ustalenie charakteru ryczałtowego ceny ofertowej wiąże się z określonymi konsekwencjami także dla Zamawiającego. Przede wszystkim, przy wynagrodzeniu ryczałtowym wszelkie kosztorysy i kalkulacje „mają jedynie charakter pomocniczy” (tak KIO w uzasadnieniu wyroku w sprawie KIO 28/16; podobnie KIO w uzasadnieniu wyroku w sprawie o sygn. akt KIO 898/16, KIO 899/16 i KIO 901/16 rozpoznawanej m.in. z odwołania Odwołującego). Co więcej, w takiej sytuacji wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia nie mają nawet obowiązku sporządzania odrębnych kosztorysów czy kalkulacji, albowiem nie są one decydujące dla ustalenia wysokości oferowanej ceny. Ponadto przyjęcie wynagrodzenia ryczałtowego oznacza, że ocena pełnego zakresu robót i kosztów ich całkowitego wykonania należy do wykonawcy i stanowi jego ryzyko (tak KIO w uzasadnieniu wyroku w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 921/09), albowiem zgodnie z art. 632 KC w zw. z art. 14 Pzp, wynagrodzenie ryczałtowe nie może być podwyższone na żądanie przyjmującego zamówienie, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac. Jeżeli cena, jaka została zastosowana w

postępowaniu, jest ceną ryczałtową - to wykonawca, a nie Zamawiający ponosi ryzyko, co do poprawności kalkulacji ceny adekwatnej do rozmiaru przedmiotu zamówienia. Z charakteru wynagrodzenia ryczałtowego wynika bowiem, że uwzględnia ono wszystkie koszty związane z wykonaniem robót określonych dokumentacją przetargową oraz specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót, a ryczałtowy charakter wynagrodzenia, to wyliczenia i kwoty podawane przez wykonawców w poszczególnych pozycjach (zadaniach) oferty, które stanowią jedynie materiał pomocniczy i informacyjny [tak wyrok: sygn. KIO 1609/11]. Powyższe oznacza, że w niniejszej sprawie z uwagi na ryczałtowy charakter ceny ofertowej cena ta nie musiała być obliczana z zastosowaniem takich wymogów w zakresie kosztorysowania, z jakimi wiąże się obliczanie i oferowanie ceny kosztorysowej. W szczególności nie musiały i w przypadku Odwołującego nie były sporządzane konkretne kosztorysy dotyczące całej oferowanej ceny. Odwołujący, kalkulując oferowaną cenę, w znacznym zakresie opierał się dodatkowo na ofertach otrzymanych od potencjalnych podwykonawców/dostawców, które to oferty również były ofertami zawierającymi ceny/wynagrodzenia ryczałtowe, a nie wynagrodzenia kosztorysowe rozpisujące szczegółowo wskazane ceny/wynagrodzenia. Odwołujący od tych potencjalnych podwykonawców/dostawców nie wymagał przedstawienia jakichkolwiek kosztorysów czy kalkulacji, albowiem na potrzeby złożenia oferty w niniejszej sprawie wykonawca takich kosztorysów sam przedstawić nie musiał.

I.C. Zamawiający w istocie nie przedstawił w sposób jasny i klarowny uzasadnienia prawnego i faktycznego odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego. Zamawiający wskazał, co prawda przepisy, na podstawie których odrzucił ofertę Odwołującego, jednak uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty ogranicza się w zasadzie do odesłania do prywatnej opinii sporządzonej przez rzeczoznawcę kosztorysowego na zlecenie i koszt Zamawiającego, a także do cytowania fragmentów uzasadnień orzeczeń KIO i opracowań z doktryny. Zamawiający w żaden sposób jednak nie odnosi powoływanych przez siebie cytatów i fragmentów uzasadnień i opracowań do stanu faktycznego niniejszego postępowania przetargowego. W szczególności Zamawiający w żaden sposób nie wskazuje m.in. tego, z jakich konkretnie względów wyjaśnienia Odwołującego dot. wysokości zaoferowanej ceny uznaje za niewystarczające i w jakim czyni to zakresie, a dodatkowo dlaczego konkretne wyjaśnienia i przedłożone przez Odwołującego dokumenty (w tym m.in. oferty potencjalnych podwykonawców) uznaje za niewystarczające. Co więcej, zdaniem wykonawcy, do wyjaśnień i dokumentów przedstawionych przez Odwołującego, odnosi się w sposób wybiórczy i ogólnikowy, a nie kompleksowy i szczegółowy. Powyższe oznacza to, że Zamawiający, dokonując odrzucenia oferty Odwołującego, nie dokonał nawet prawidłowego zastawienia stanu faktycznego z obowiązującymi przepisami, a zamówioną przez siebie opinią starał się udowodnić z góry postawione przez niego tezy. Podkreślił, że uzasadnienie prawne i faktyczne

odrzućenia oferty powinno być jasne i klarowne i jako takie nie powinno prowadzić do wątpliwości interpretacyjnych, co do motywów kierujących Zamawiającym. Wykonawca, którego oferta jest odrzucana, nie może domyślać się przyczyn takiego rozstrzygnięcia. Powołał się orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej [sygn. akt: KIO 1429/15, KIO 1117/15 KIO, KIO 908/14], podkreślając, że „Niewypełnienie w sposób prawidłowy tego obowiązku przez zamawiającego skutkuje naruszeniem powyższych zasad. Niewątpliwie, na podstawie uzasadnienia wykluczenia bądź odrzucenia oferty wykonawca formułuje zarzuty i wskazuje ich uzasadnienie we wnoszonym odwołaniu. Dlatego tak istotne jest, aby zamawiający przedstawił precyzyjnie ocenę złożonych przez wykonawcę dokumentów, (pomimo że wskazany fragment uzasadnienia odnosi się do wykluczenia, to zasługuje na odniesienie także wprost do odrzucenia oferty wykonawcy)”. Odniesienie powyższego do okoliczności sprawy prowadzi do wniosku, że podane przez Zamawiającego uzasadnienie skarżonej niniejszym odwołaniem czynności odrzucenia oferty nie spełnia wymogów wynikających z obowiązujących przepisów. Całkowitym – jego zdaniem - nieporozumieniem jest zawarcie przez Zamawiającego w piśmie z dnia 30 grudnia 2016 r. odesłania do opinii rzeczoznawcy sporządzonej na zlecenie Zamawiającego w zakresie uzasadnienia przyczyn odrzucenia oferty Odwołującego. Opinia sporządzona przez „rzeczoznawcę” w założeniu jest opracowaniem specjalistycznym, które dodatkowo w tym konkretnym przypadku jest bardzo obszerne i zawiera w założeniu specjalistyczne analizy. Tymczasem uzasadnienie odrzucenia oferty musi być jasne i precyzyjne w swej treści i nie może budzić jakichkolwiek wątpliwości interpretacyjnych. Wskazał, że pismo Zamawiającego z dnia 30 grudnia 2016 r. wraz z opinią liczą łącznie 170 stron - nie sposób w takim przypadku przyjąć, że uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego jest jasne i klarowne w swej treści. Nie sposób w takiej sytuacji również wywnioskować w sposób niebudzący wątpliwości motywy działania Zamawiającego w kwestii przyczyn odrzucenia oferty. Odesłanie do opinii nie może zastępować obowiązku Zamawiającego w zakresie podania podstawy prawnej i faktycznej odrzucenia oferty. Reasumując podał, że w konsekwencji powyższych uchybień w istotnej części może się, co najwyżej domyślać motywów działania Zamawiającego. To zaś oznacza, że w niniejszej sprawie doszło do naruszenia przepisów art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp i w konsekwencji art. 7 ust. 1 i 8 ust. 1 Pzp w sposób wskazany w zarzutach.

I.D. Zamawiający, dokonując weryfikacji wyjaśnień Odwołującego i odrzucając jego ofertę całkowicie zignorował wnioski wynikające z wcześniejszych postępowań odwoławczych dotyczących niniejszego postępowania przetargowego, w tym w szczególności postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 717/16 i postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 2007/16. Zwłaszcza w odniesieniu do wyroku wydanego w sprawie o sygn. akt KIO 2007/16 Zamawiający zachowuje się tak, jakby wskazany wyrok był korzystny dla Zamawiającego, a nie dla Odwołującego. Tymczasem we wskazanej sprawie KIO nie nakazała Zamawiającemu

unieważnienia czynności dotyczącej wezwania do wyjaśnienia ceny właśnie ze względu na naruszenia przepisów i uchybienia popełnione przez Zamawiającego (m.in. nieprawidłowości w czynnościach wezwania do udzielenia wyjaśnień), a nie ze względu na to, że kwestionowana w tej sprawie czynność była zgodna z przepisami czy uzasadnione. KIO wskazując szereg popełnionych naruszeń przepisów i uchybień wskazała jednocześnie, jak Zamawiający ma w konsekwencji wskazanych naruszeń przepisów i uchybień oceniać wyjaśnienia udzielane przez Odwołującego w zakresie wyjaśnienia dotyczącego zastosowanej ceny. W szczególności KIO w uzasadnieniu wskazanego wyroku wskazała na następujące okoliczności:

- a) Zamawiający nie może przy wynagrodzeniu ryczałtowym wymagać od Odwołującego przedstawienia pełnych szczegółowych kosztorysów ofertowych sporządzanych tak, jak przy kosztorysowym rodzaju wynagrodzenia;
- b) Zamawiający musi brać pod uwagę swobodę kształtowania poszczególnych elementów ceny przez wykonawców;
- c) istotą wynagrodzenia ryczałtowego jest określenie tego wynagrodzenia z góry, bez przeprowadzenia szczegółowej analizy kosztów wykonania dzieła;
- d) Zamawiający musi wskazać wystąpienie w danym przypadku okoliczności uzasadniających podjęcie procedury weryfikacji, czy dana cena oferty nie jest ceną rażąco niską;
- e) Zamawiający nie może wzywać wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1. Pzp bez podania konkretnego obiektywnego uzasadnienia faktycznego powstałych wątpliwości, co do realności i rzetelności ceny danej oferty za wykonanie przedmiotu zamówienia;
- f) Zamawiający wskazywał na "wątpliwości" nie precyzując, z czego te wątpliwości wynikają i czym są uzasadnione;
- g) przy wynagrodzeniu ryczałtowym różnice w cenach poszczególnych elementów w stosunku do średniej arytmetycznej cen dla poszczególnych elementów wszystkich złożonych ofert nie są wystarczające do kwestionowania ceny oferty za cały przedmiot zamówienia;
- h) przy cenie ryczałtowej wycena poszczególnych elementów robót nie musi stanowić odpowiednika jakiejś wysokości średniej cen wskazanych w innych ofertach i niczego w tym zakresie nie dowodzi;
- i) żaden przepis ustawy nie określa wymogu odnośnie poziomu cen składowych w stosunku do średnich cen składowych wszystkich złożonych ofert;
- j) pomimo występowania w innych ofertach cen składowych z Tabeli Elementów Scalonych niższych niż w ofercie Odwołującego, nie podlegały one badaniu i nie wzbudziły jakichkolwiek wątpliwości Zamawiającego;

- k) Zamawiający nie przedstawił żadnych konkretnych okoliczności, które podważałyby realność i rynkowy charakter ofert potencjalnych podwykonawców przedstawianych przez Odwołującego;
- l) Zamawiający powinien dokonać, merytorycznej oceny wyjaśnień złożonych przez Odwołującego w pełnym zakresie, przyjmując zarazem, że nie wszystkie szczegółowe żądania Zamawiającego zawarte w wezwaniu z dnia 11 października 2016 r. były uzasadnione, co powinno mieć znaczenie przy ocenie.

Podniósł, że Zamawiający od wskazanego powyżej wyroku o sygn. akt KIO 2007/16 nie wniósł skargi. Oznacza to, że wyrok stał się prawomocny i ostateczny. Oznacza to również, że Zamawiający zaaprobował i zgadza się zarówno z treścią wskazanego wyroku, jak i z treścią uzasadnienia tego wyroku. W przypadku, gdyby Zamawiający z jakichkolwiek względów nie aprobował, czy nie zgadzał się z samym tylko uzasadnieniem wskazanego wyroku, to powinien był wnieść skargę jedynie na treść tego uzasadnienia. Skoro jednak Zamawiający tego nie uczynił, to oznacza, że Zamawiający, rozstrzygając postępowanie przetargowe, powinien respektować nie tylko sentencję wskazanego wyroku, ale również konkluzje i wytyczne wynikające z uzasadnienia tego wyroku. Dalej stwierdził, że Zamawiający uzasadnienie wskazanego wyroku KIO i wynikające z niego konkluzje po prostu zignorował i zachował się tak, jakby wskazany wyrok był korzystny dla Zamawiającego, a nie dla Odwołującego. Także przedłożona przez Zamawiającego opinia została w istocie sporządzona tak, jakby w niniejszym postępowaniu przetargowym w istocie nie zapadły żadne niekorzystne dla Zamawiającego rozstrzygnięcia. Postępowanie Zamawiającego we wskazanej kwestii nie zasługuje na aprobatę, albowiem w sytuacji, gdy Zamawiający nie kwestionował przeczenia i jego uzasadnienia, to powinien się w pełnym zakresie zastosować nie tylko do sentencji wskazanego wyroku, ale również do wytycznych przedstawionych w jego uzasadnieniu. Z uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego jednoznacznie wynika, że Zamawiający działał niezgodnie ze wskazanym wyrokiem w sprawie o sygn. akt KIO 2007/16, w tym w szczególności niezgodnie z Wytycznymi przedstawionymi przez KIO w uzasadnieniu tego wyroku. Zamawiający m.in. na potrzeby rzekomego występowania rażąco niskiej ceny dokonał szczegółowej weryfikacji jedynie wybranych przez siebie elementów składowych ceny ryczałtowej i w żaden sposób nie weryfikował kwestii rażąco niskiej ceny w odniesieniu do tych wykonawców, którzy np. na konkretnych elementach składowych cen ryczałtowej oferowali ceny jeszcze niższe od Odwołującego. Takiego działania Zamawiającego, wbrew jego twierdzeniom, nie uzasadnia rzekomo bogate orzecznictwo i bogaty dorobek doktryny, który Zamawiający usiłuje powoływać celem uzasadnienia jego stanowiska. Niezależnie bowiem od tego, że Zamawiający cytuje fragmenty uzasadnień orzeczeń w sposób instrumentalny i wyrwany z kontekstu mając na celu potwierdzenie jego rzekomo uprawnionych wniosków, to podkreślić należy, że Zamawiający dokonując skarżonej czynności działał niezgodnie z

wiązującymi go wnioskami wynikającymi z wyroku wydanego w sprawie o sygn. akt KIO 2007/16 dotyczącego w sposób konkretny i bezpośredni niniejszego postępowania przetargowego.

I.E. Chybione jest wywodzenie przez Zamawiającego jakichkolwiek negatywnych dla Odwołującego wniosków z tego, jakoby oferty potencjalnych podwykonawców/ dostawców Odwołującego wykorzystane do przygotowania i złożenia przez Odwołującego oferty miały nie być już wiążące dla tych potencjalnych podwykonawców i dostawców. Wykonawca stwierdził, że postępowanie weryfikacyjne dotyczące zaoferowanej ceny dotyczy konkretnej ceny zawartej w konkretnej ofercie złożonej w konkretnym dniu i ma na celu ustalenie, czy w tej konkretnej ofercie wykonawca miał podstawy do przedstawienia ceny we wskazanej wysokości. Jak wskazał Zamawiający, termin składania ofert w niniejszym postępowaniu przetargowym upływał dnia 4 marca 2016 r. W tym dniu Odwołujący był w pełni uprawniony do złożenia oferty zawierającej wskazaną cenę i posiadał ważne oferty od potencjalnych podwykonawców/dostawców. Zamawiający weryfikując zaoferowaną cenę w wezwaniach kierowanych do Odwołującego nie domagał się żadnych wyjaśnień w kwestii tego, jakimi ofertami potencjalnych podwykonawców/dostawców dysponuje Odwołujący na dzień składania wyjaśnień. Wskazał, że na długość trwania niniejszego postępowania przetargowego decydujący wpływ ma sam Zamawiający, który w rezultacie ciągłego podejmowania niezgodnych z przepisami czynności i przegrywania kolejnych postępowań odwoławczych doprowadził do tego, że wskazane postępowanie przetargowe trwa już blisko rok i wciąż nie jest ostatecznie rozstrzygnięte. Taki sposób prowadzenia postępowania przetargowego kwalifikuje się nie tylko do przeprowadzenia kontroli doraźnej, ale nawet do sprawdzenia przez organy zajmujące się kontrolą przestrzegania dyscypliny finansów publicznych oraz przez właściwą jednostkę prokuratury, albowiem naraża podmiot publiczny na wysokie straty finansowe i pozostaje w całkowitej sprzeczności z interesem publicznym.

W powyższych okolicznościach próby twierdzenia przez Zamawiającego, że Odwołujący jakoby nie posiadał ofert potencjalnych podwykonawców i dostawców pozwalających mu złożyć ofertę z zaproponowaną ceną są próbą wywodzenia przez Zamawiającego wniosków całkowicie nieuprawnionych (skąd Zamawiający ma wiedzieć, jakimi ofertami aktualnie dysponuje Odwołujący, skoro tego bezpośrednio w żadne sposób nie weryfikował) i potencjalnych korzyści w istocie z własnych uchybień Zamawiającego. Gdyby Zamawiający nie dopuszczał się ciągłych naruszeń przepisów Pzp w konsekwencji, czego wnoszone były kolejne odwołania kończące się orzeczeniami niekorzystnymi dla Zamawiającego, to nie miałby we wskazanej kwestii żadnych wątpliwości, bowiem postępowanie przetargowe dawno by się już zakończyło. Na marginesie wskazał, że skoro Zamawiający ma wątpliwości, co do oferty Odwołującego, to mając na uwadze czas trwania prowadzonego postępowania przetargowego powinien zweryfikować również to, czy wybrany przez niego wykonawca ma właściwe oferty potencjalnych podwykonawców i dostawców. W innym wypadku, jego

argumentacja nosi znamiona nierównego traktowania wykonawców. Stwierdził ponadto dodatkowo, że działania te wskazują, że Zamawiający usiłuje przedstawić relację pomiędzy Odwołującym i jej potencjalnymi podwykonawcami/dostawcami, jako relację w której ci ostatni oferują zaniżone ceny na wykonywane przez nich roboty/dostawy w tym celu, aby Odwołujący mógł Zamawiającemu przedstawić ofertę zawierającą rażąco niską cenę. Takie rozumowanie Zamawiającego jest całkowicie oderwane od zasad funkcjonowania profesjonalnych firm na rynku. Przecież wskazane firmy (podwykonawcy i dostawcy) funkcjonują w tym celu, aby osiągać zysk, a nie w tym celu, aby ich kosztem Odwołujący mógł składać oferty zawierające rażąco niską cenę. Gdyby było tak, jak zdaje się sugerować Zamawiający, to oznaczałoby to przecież w założeniu realizowanie przez podwykonawców/dostawców umów poniżej kosztów jedynie w celu pozyskiwania przez Odwołującego zamówień publicznych poniżej ich wartości. Takie rozumowanie Zamawiającego nie zasługuje na aprobatę. Podał, że Odwołujący w wyjaśnieniach wielokrotnie wskazywał na oferty pochodzące od, co najmniej dwóch niezależnych od siebie podwykonawców/dostawców, a oferty te były na podobnym poziomie cen. Powyższe tylko potwierdza absurdalność tezy Zamawiającego. Dalej podał, że całkowicie niezrozumiałe są przy tym zarzuty i spekulacje Zamawiającego (i osób sporządzających przedłożoną opinię) kierowane względem ofert potencjalnych „podwykonawców/dostawców. Podniósł, że w niniejszym postępowaniu przetargowym Zamawiający, ustalając wynagrodzenie, jako ryczałtowe, ani w SIWZ ani w innych dokumentach przetargowych nie domagał się przedstawiania danych i informacji, a także kosztorysów (ani w formie szczegółowej ani w formie uproszczonej) czy kalkulacji, z powodu braku których aktualnie czyni zarzuty i spekulacje względem ofert Odwołującego i jego potencjalnych podwykonawców/dostawców. Skoro cena ofertowa ma charakter ryczałtowy, to nie było dla jej kalkulacji niezbędnym sporządzenie kalkulacji czy kosztorysów. Z tego względu także potencjalni podwykonawcy/dostawcy przedstawiali Odwołującemu proste oferty zawierające ceny/wynagrodzenia ryczałtowe, do których nie sporządzali żadnych kosztorysów czy kalkulacji. Odwołujący zwraca przy tym uwagę, że skoro wynagrodzenia ustalane przez potencjalnych podwykonawców/dostawców mają charakter ryczałtowy to podwykonawcy/dostawcy biorą na siebie potencjalne ryzyko w sytuacji, jeżeli w niepełny sposób zapoznali się z zakresem robót wymaganym przez Zamawiającego. Negatywne ocenianie przez Zamawiającego rzekomego nie przedstawienia przez Odwołującego określonych danych, czy informacji (ewentualnie kosztorysów czy kalkulacji) stanowi również, o naruszeniu przez Zamawiającego zasady zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, albowiem nie złożenie/nieposiadanie przez Odwołującego danych, informacji i kosztorysów, których obowiązek złożenia nie wynikał z treści SIWZ i nie zostały dołączone do ofert innych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia nie może być negatywnie oceniane wyłącznie w odniesieniu do Odwołującego. Podał, że na kolejne



naruszenia przez Zamawiającego zasady zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców zwróciła uwagę KIO w wyroku o sygn. akt KIO 2007/16 wskazując na to, że pomimo występowania w innych ofertach cen składowych z Tabeli Elementów Scalonych niższych niż w ofercie Odwołującego, nie podlegały one badaniu i nie wzbudziły jakichkolwiek wątpliwości Zamawiającego (s.16 uzasadnienia wyroku). Pomimo tego Zamawiający nie poczynił żadnych działań, aby wskazane uchybienia usunąć. Co więcej, dokonując oceny ofert ignoruje wskazane stanowisko KIO i zarzuca Odwołującemu rażąco niskie wycenienie poszczególnych elementów z Tabeli Elementów Scalonych, pomimo że nie miał żadnych zastrzeżeń co do tego, że inni wykonawcy wskazane elementy wycenili niżej niż Odwołujący. Takie działanie narusza m.in. art. 7 ust. 1 Pzp.

I.F. Przedstawiona przez Zamawiającego opinia rzeczoznawcy mgr inż. A. M. z dnia 12.12.2016 r. budzi szereg zastrzeżeń zarówno o charakterze formalnym jak i merytorycznym. Odwołujący wskazał, że opinia ma charakter wyłącznie prywatny, a opisane powyżej okoliczności jej zlecenia, rodzą uzasadnione wątpliwości, co do jej rzetelności i wiarygodności. Ponadto autor opinii wielokrotnie wykracza poza swoje kompetencje prowadząc rozważania, co do kwestii prawnych, w tym interpretacji przepisów Pzp, w sytuacji na rynku usług budowlanych, dokonywania analiz wskaźników ekonomicznych (na marginesie, na str. 29 opinii zaniża rentowność sprzedaży, która w 2015 r. wynosiła 2,1 %, nie zaś 1,8 %), itp. Wstęp do tej opinii pokazuje, że nie ma ona wiele wspólnego z rzetelną analizą wyjaśnień złożonych w toku postępowania przez Odwołującego, albowiem autor wskazuje, że sporządzona w dniu 12.12.2016 r. opinia ma na celu „pomoc Zamawiającemu w wyłonieniu Wykonawcy na realizację zadania inwestycyjnego przez ustalenie średniej rynkowej wartości kosztorysowej w/w robót. Tymczasem przedmiotowe postępowanie nie dość, że nie miało na celu wyłonienia wykonawcy według kryterium średniej rynkowej ceny, to jeszcze cena ta miała mieć charakter ryczałtowy, a nie kosztorysowy. W tej sytuacji odnośnie, zaoferowanej przez Odwołującego ceny ryczałtowej do ustalonej przez autora opinii w bardzo swobodny sposób rynkowej ceny kosztorysowej poszczególnych elementów TES, jest kompletnie bezprzedmiotowe. Opinia w sprawie realności wyceny robót nie może sprowadzać się do wprowadzenia przedmiarów i wskaźników cenotwórczych do programu do kosztorysowania typu „Zuzia” i bezkrytycznego podania otrzymanych wyników. Program do kosztorysowania bazuje na wprowadzonych do systemu normach nakładów rzeczowych. Nie zawsze te normy odzwierciedlają rzeczywistych nakładów pracy. Ponadto istnieje możliwość dowolnego wybrania podstawy wyceny z kilku możliwych dla danego zakresu prac. Nie zawsze jest to jednoznacznie zdefiniowane. Wartość kosztów wykonania robót budowlanych wyliczona za pomocą programów obliczeniowych nie zawsze odzwierciedla rzeczywisty koszt ich wykonania. Zwrócił uwagę, że sam Zamawiający po wykonaniu kosztorysu inwestorskiego, dokonał jego korekty (urealnił) obniżając szacunkową wartość zamówienia do 70% jego wartości. Zadaniem osoby oceniającej

rzeczywistą wartość robót jest analiza wyników otrzymanych i ocena ich realności. W przedmiotowym przypadku autor opinii nie podjął takiej próby. Podał także, że autor opinii - mgr inż. A. M. jest jedynie rzeczoznawcą w zakresie kosztorysowania. Tymczasem poczynił w opinii bardzo szeroką analizę z zakresu nie tylko kosztorysowania, ale również znajomości rynku poszczególnych branż, specyfiki prowadzenia różnego rodzaju robót budowlanych, warunków handlowych dostawy konkretnych materiałów, sytuacji ekonomicznej firm budowlanych oraz znajomości podwykonawców specjalizujących się w budownictwie medycznym oraz w instalacjach. Kwalifikacje Rzeczoznawcy budzą wątpliwości, co do jego doświadczenia w tych dziedzinach, a treść opinii tylko to potwierdza.

Odnosząc się do treści opinii stwierdził, że jest ona w zasadzie powtórzeniem zarzutów z wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny z dnia 11.10.2016 r. i nie wnosi żadnych dodatkowych merytorycznych argumentów. Autor opinii wielokrotnie powtarza sformułowania użyte wówczas przez Zamawiającego, traktując jako własne. Powyższe potwierdza, iż rzeczywistym celem autorów opinii jest obrona z góry założonej tezy, zgodnie z którą cena oferty ERBUD S.A. jest rażąco niska. Nie kryje tego nawet sam autor opinii wskazując, że „opiniodawca przeprowadził analizę zarzutów Zamawiającego w odniesieniu do otrzymanych wyjaśnień od ERBUD SA i podzielił jego wątpliwości, czy zaoferowana cena nie jest rażąco niska”. W tym celu przyjęto metodę weryfikacji wyjaśnień Odwołującego polegającą na badaniu cen poszczególnych elementów TES oraz zestawianiu tych cen ze średnimi arytmetycznymi ze wszystkich ofert, jak i odnoszeniu w prosty sposób wartości danych pozycji do ofert innych wykonawców (nie wiedząc, jaki dokładnie pod daną pozycją wycenili zakres prac). Przyjęcie takich niemiarodajnych, ale wygodnych dla wykazania tezy Zamawiającego metod, nie może prowadzić do wyciągnięcia prawidłowych wniosków, a jedynie może wprowadzać w błąd. Podkreślił, że autor opinii nie stwierdził, że cena oferty ERBUD S.A. jest rażąco niska, a jedynie, że niektóre pozycje w ofercie ERBUD S.A. są niższe niż średnia pozostałych ofert o ponad 30%. Do powyższych metod Odwołujący odniósł się w pkt B uzasadnienia powyżej. Ponadto, autor opinii ogranicza się w zasadzie do rozważań dotyczących wyjaśnień udzielonych przez Odwołującego i to nie wszystkich (zostały pominięte wyjaśnienia z dnia 29.04.2016 r. pomimo że zostały dołączone również do wyjaśnień Odwołującego z dnia 9.09.2016 r.). Sporządzający opinię w żadnym zakresie nie odnoszą się do kwestii nieprawidłowości wezwań wystosowywanych przez Zamawiającego, w szczególności praktycznie ignorując wnioski wynikające z uzasadnienia wyroku KIO wydanego w sprawie o sygn. akt KIO 2007/16. Co więcej, sporządzający wskazaną opinię na potrzeby jej sporządzenia nie opierali się nawet na pełnym stanie faktycznym z odwołań wnoszonych w niniejszej sprawie. W szczególności sporządzający opinię w żadnym zakresie nie uwzględnili wniosków wynikających z uwzględnienia przez Zamawiającego odwołań w sprawie o sygn. akt KIO 717/16 (z faktu uwzględnienia odwołania wynikają bowiem określone skutki prawne).

Autorzy opinii przyjmują różne kryteria weryfikacji wartości poszczególnych pozycji TES, w zależności od tego, która metoda jest w danym momencie wygodniejsza dla wykazania z góry założonej tezy. Powyższe ma niewiele wspólnego z rzetelną analizą faktów, wyjaśnień Odwołującego oraz z treścią zapadłych w niniejszym postępowaniu wyroków KIO. Ponadto, autor opinii w żaden sposób nie weryfikował przedmiarów (str. 43 - 101 opinii) i w sporządzonych kosztorysach bezkrytycznie przyjął przedmiary z kosztorysu inwestorskiego, pomimo, że Odwołujący w złożonych wyjaśnieniach zauważył pewne błędy w tych przedmiarach. Takie działanie nie nosi znamion ustalenia realnej wartości zamówienia, do czego przecież autor opinii dążył we wnioskach końcowych.

Odwołujący odnosząc się do poszczególnych pozycji opinii, zwrócił uwagę na rażące błędy w dokonanej ocenie.

#### Ad. 1. Roboty rozbiórkowe

Wycena tej pozycji przez Rzeczoznawcę jest przykładem braku przeprowadzenia szczegółowej analizy, a przede wszystkim braku znajomości specyfiki robót rozbiórkowych i gospodarki odpadami. Według opinii na wykonanie tych robót potrzebne jest 32.000 roboczogodzin. Ilość odpadów to 3.200 m<sup>3</sup> materiałów różnego asortymentu. Z prostego wyliczenia wynika, że - wg autora opinii - na wyburzenie i wyniesienie z budynku 1m<sup>3</sup> elementów konstrukcyjnych (ściany murowane, elementy żelbetowe, stropy, schody) i elementów wykończeniowych (wykładziny, płytki ceramiczne, okna, drzwi) potrzebne jest 10 roboczogodzin przy użyciu elektronarzędzi. Oznacza to, że jeden pracownik w ciągu jednego - przedłużonego dziesięciogodzinnego dnia pracy rozebrałby zaledwie 8m<sup>2</sup> (niecałe 2,5 mb) ścianki działowej z cegły grubości 12 cm. Są to nakłady wielokrotnie za wysokie, nawet uwzględniając utrudnienia w realizacji prac wynikające z prowadzenia ich przy funkcjonującym szpitalu i związane z tym koszty przygotowania/zabezpieczenia miejsca wykonywania robót. W żaden sposób opinia nie wykazuje, że 10.000 roboczogodzin jest zbyt małym nakładem robocizny na wykonanie wskazanego zakresu prac. Odwołujący konsekwentnie stoi na stanowisku, że prace te mogą zostać wykonane trzykrotnie mniejszym nakładem robocizny niż wynika to z kalkulacji przedstawionej przez autora opinii. Firmy specjalizujące się w pracach rozbiórkowych bardzo szczegółowo kalkulują przychody z tytułu sprzedaży materiałów odpadowych podlegających recyklingowi, w szczególności elementów stalowych i elementów z metali kolorowych (zawory instalacyjne i inne), a także wykorzystania skruszonych materiałów betonowych (z dodatkiem materiałów ceramicznych) do ponownego wbudowania. Tymczasem Rzeczoznawca w ogóle tego nie uwzględnił w swoich wyliczeniach. Odwołujący zauważył jednocześnie, że Rzeczoznawca zamiast dokonać rzetelnej analizy wyjaśnień Odwołującego w powyższym zakresie, tylko i wyłącznie powieliła tezy zawarte przez Zamawiającego w piśmie z dnia 11.10.2016 r. Rzeczoznawca wyciągając wnioski dotyczące

wyceny robót rozbiórkowych ograniczył się do przepisania, z drobnymi edytorskimi zmianami, tezy Zamawiającego z tego pisma „Nie poparte żadnymi obliczeniami i dowodami jest twierdzenie, że przedmiotowe roboty rozbiórkowe można zrealizować zakładając max. 10.000,00 r-h (str. 10 opinii), co jest kalką stwierdzenia z ostatniego akapitu na stronie 3 ww. pisma Zamawiającego. Powyższe tylko potwierdza, że rzetelność opinii jest, co najmniej wątpliwa i stanowi ona rozwinięcie tezy przyjętej przez Zamawiającego.

#### Ad. 3. Roboty murowe

Autor opinii przygotował własny kosztorys na podstawie przedmiaru inwestorskiego oraz stawek podanych w złożonej ofercie. Przedstawiony kosztorys nie może być podstawą przyjęcia, że jest to rzeczywisty koszt wykonania tych robót. Autor opinii nie zweryfikował przedmiarów oraz nie uwzględnił rabatu do ceny wyliczonej na podstawie kosztorysu. Nakłady rzeczowe podane w katalogach i wprowadzone do programów kosztorysowych nie zawsze odzwierciedlają faktyczne nakłady na wykonanie danych robót, a wartości otrzymane z tych wyliczeń są korygowane.

#### Ad. 5. Tynki, suche tynki, sufity podwieszane

Również w tym przypadku przygotowano wycenę na podstawie programu do kosztorysowania i nie uwzględniono ewentualnej korekty tak otrzymanej kwot.

Wyliczona przez Rzeczoznawcę cena dla tej pozycji jest wyższa niż średnia cena z ofert wszystkich wykonawców, co, idąc tokiem rozumowania Zamawiającego, powinno skutkować oceną tej pozycji u większości wykonawców, jako „niedoszacowana”, a w konsekwencji wezwaniem do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny.

#### Ad. 6. Malowanie.

W ocenie tej pozycji Rzeczoznawca po raz kolejny wykazał brak obiektywnej oceny realności przedstawionych kosztów. Mimo to Rzeczoznawca, bez uwzględnienia rabatu od wyliczonej przez siebie ceny, otrzymał cenę zbliżoną do ceny tej pozycji w ofercie Odwołującego. We wnioskach końcowych wskazał ponadto, że jest to minimalny koszt wykonania tego zakresu prac. Najprawdopodobniej powyższe wyliczenia nie odpowiadały oczekiwaniom Zleceniodawcy (Zamawiającego), dlatego Rzeczoznawca wprowadził kolejną ‘ wartość wskazanych robót o ponad 30% wyższą, a dokonaną korektę określił „bardziej realnym kosztem wykonania”. W tej sytuacji trudno określić, która z kwot wskazanych przez Rzeczoznawcę jest tą właściwą. To działanie jest kolejnym przykładem ukazującym, iż opinia została sporządzona pod z góry założoną tezę, a wyliczenia są do niej dopasowywane. Nieprawdziwym jest stwierdzenie Rzeczoznawcy jakoby na podstawie zał. Nr 29 wartość robót była zaniżona w związku z przedłożoną ofertą producenta farb i gruntów. Jego zdaniem, wykazując brak staranności Rzeczoznawca przytacza wartość oferty tego producenta, ale skierowaną do Chemobudowy Kraków na kwotę 555 578,55, a nie ERBUD. Wartość oferty tego producenta skierowana dla ERBUD w porównaniu do oferty Chemobudowa Kraków na

takim samym zakresie oferty jest niższa o 20 % i wynosi 444 462,84 zł netto. Przytoczone oferty opisane w odwołaniu z dnia 9 września 2016 r. nie świadczą o rzeczywistym zużyciu materiałów, (ponieważ ich zakres jest identyczny) a miały na celu udowodnić niższe o 20% koszty ich zakupu przez ERBUD w porównaniu do Chemobudowa Kraków.

#### Ad. 8. Remont dachu i nowe pokrycie

W celu wykazania niedoszacowania wartości tej pozycji w ofercie Odwołującego, autor opinii odnosi się do średniej ceny z ofert wszystkich wykonawców. Nieobiektywność takich metod była już wielokrotnie podnoszona powyżej. Autor opinii dodatkowo podkreślił niedoszacowanie wartości pozycji dotyczącej wykonania pokrycia z membrany PVC ustalając w sposób subiektywny - bez potwierdzenia jakimkolwiek dokumentem - cenę rynkową tych robót na poziomie 80,00 zł/m<sup>2</sup>. Tymczasem, analizując rynek materiałów budowlanych, ceny membrany PVC do pokryć dachowych kształtują się na poziomie od 15 do 35 zł za 1m<sup>2</sup>, w zależności od rodzaju i grubości powłoki. Doliczając koszt montażu i materiałów pomocniczych, cena podana w ofercie Odwołującego jest ceną rynkową, a cena przyjęta przez Rzecznawcę jest ceną abstrakcyjną.

#### Ad. 9. Elewacja i ślusarka aluminiowa

W tej pozycji oferta Odwołującego jest niższa o około 15% od średniej ceny ofert. Rzecznawca nie znalazł argumentów na podważenie zasadności ustalenia tej ceny, dlatego jedyne, co mu pozostało to podjęcie próby zdyskredytowania wskazanego przez Odwołującego podwykonawcy robót i przedstawienia, jako firmy o małym doświadczeniu, która jest mało wiarygodnym partnerem producentów profili aluminiowych. Jest to oczywiście przekonanie samego Rzecznawcy, które nie zostało poparte żadnymi dowodami wskazującymi na poparcie tej tezy.

#### Ad. 14. Remont basenu

Rzecznawca w sposób nieuprawniony ustala, bez poparcia w jakichkolwiek dokumentach, jednostkowe ceny, rzekomo rynkowe, i na tej podstawie ustala „realną” wartość wykonania robót na poziomie wyższym niż u prawie wszystkich wykonawców (niższe ceny w tej pozycji ma ośmiu na dziesięciu wykonawców).

#### Ad. 15. Wyposażenie

Autor opinii pozyskał ofertę firmy OTIS, jako producenta urządzeń wskazanych w projekcie i wykazuje, że pozycja 48 TES jest niedoszacowana w ofercie Odwołującego o 233 900,00 zł. Zauważył, że oferta firmy OTIS jest wyższa o ponad 100 000,00 zł netto od średniej wartości cen wszystkich ofert z tej pozycji, a więc od wskaźnika, do którego Rzecznawca odnosi wartość wybranych przez siebie pozycji, aby wykazać ich rzekome niedoszacowanie. Jak więc widać kwestii przeszacowania w stosunku do tego wskaźnika już nie porusza, bo nie jest to wygodne. Pomijając, że Rzecznawca kategorycznie wskazuje na urządzenia konkretnego producenta, co jest niedopuszczalne na gruncie przepisów Pzp, cena wskazana przez

Rzeczoznawcą jest ceną wysoką. Trudno jest potwierdzić wiarygodność oferty OTIS, jaką uzyskał Rzeczoznawca, ponieważ ERBUD nie kupuje dźwigów po cenach katalogowych tylko w oparciu o ceny uwzględniające skalę dotychczasowych obrotów pomiędzy producentami dźwigów, przeprowadzone negocjacje w tym zakupy grupowe tj. uwzględniające nie tylko jedną budowę realizowaną przez ERBUD, ale jednoczesny zakup np. kilkunastu/kilkudziesięciu wind.

Ad. 18. Instalacje elektryczne wewnętrzne.

Stanowisko Rzeczoznawcy w zakresie rynkowych cen kabli i przewodów elektrycznych świadczy o niedostatecznej wiedzy na temat specyfiki tego rynku. Ceny te są zależne od ceny miedzi na giełdzie, dlatego producenci mają stałe, z reguły bardzo wysokie, ceny jednostkowe, a cenę sprzedaży regulują zmiennym rabatem. Rabat ten może ulegać zmianie nawet codziennie, w zależności od wahań rynkowych ceny miedzi. Analizując notowania giełdowe cen miedzi z ostatniego roku, można zauważyć, że w pierwszej połowie 2016 roku, czyli z okresu sporządzenia oferty, ceny miedzi były bardzo niskie. Potwierdza to prawdziwość oświadczenia Odwołującego o wysokości możliwych do otrzymania rabatów na ceny katalogowe. Rzeczoznawca w swojej opinii powołuje się na ceny katalogowe ze strony internetowej a oferta ERBUD była tworzona na podstawie ofert uwzględniających rabaty celowe, jakie uzyskał ERBUD na tę inwestycje. Każdy z dostawców ma prawo w swojej ofercie nie wycenić wszystkich pozycji np. kablowych a rolą wykonawcy jest zweryfikowanie zakresu i cen oferty. W związku z tym stwierdzenia Rzeczoznawcy o rzekomym niedoszacowaniu oferty z uwagi na brak w jednej z ofert danej pozycji kablowej są tylko jego domysłami.

Ad. 19. Instalacje elektryczne słaboprądowe

Jak pokazały działania Zamawiającego, jest to szczególnie ważna dla niego pozycja. Autor opinii podkreśla nawet, że jest to element w którym występuje największa różnica kwotowa w stosunku do cen wszystkich pozostałych oferentów, a zarazem wiarygodność zaproponowanej przez wykonawcę ceny w tym elemencie jest bardzo ważna albowiem projektowane systemy muszą być kompatybilne, jak też musi być zachowana jednorodność tego systemu z już pracującym w szpitalu, na co zamawiający jednoznacznie wskazał w załączniku nr 1 do siwz. Tymczasem opinia nie przedstawia z zakresu niskich prądów żadnych kalkulacji ani ilościowych ani kwotowych, nie przedstawia żadnych ofert rynkowych, tylko kwituje, że „niedoszacowanie tego elementu w świetle opinii firm posiadających status partnera Extreme Network wynosi ok 3 000 000,00 zł”. Poza tym głośnym stwierdzeniem, Rzeczoznawca skupia się na zdyskredytowaniu potencjalnego podwykonawcy Odwołującego tylko dlatego, że „nie posiada autoryzacji firmy Extreme Network”. Autor opinii, z naruszeniem przepisów Pzp, nie dopuszcza możliwości zastosowania systemów i urządzeń równoważnych, wprost wskazując na konkretnego producenta i konkretne rozwiązania. Autor opinii rzekome niedoszacowanie ceny wskazanego elementu kształtuje wyłącznie na podstawie „opinii - firm

posiadających status partnera systemu Extreme Network” oraz na stronie 26 opinii bez ogródek wskazuje, że „projekt dotyczący sieci strukturalnej odnosi się bezpośrednio do rozwiązań firmy AMP NETCONNECT/TE CONNECTIVITY, której przedstawicielem jest firma Lanster”. Autor pomija, że w ramach niniejszego postępowania przetargowego pismem z dnia 25.02.2016 r. firma AICOM 2 Sp. z o.o. sp. k. zwróciła się do Zamawiającego z prośbą o potwierdzenie, że w zakresie wyboru systemu okablowania strukturalnego Zamawiający kierował się doбором cech funkcjonalnych, a nie jak wynika z treści SIWZ konkretnym produktem (tj. AMP ACO firmy TE Conectivity), na co Zamawiający oświadczył pismem podpisanym przez pracownika Zamawiającego - Pana P. P. - Kierownika Działu IT, że „Rozwiązania opisane w specyfikacji nie są jedynymi tego typu rozwiązaniami na rynku, co zostało już wielokrotnie przedstawione w wielu postępowaniach(...). Firma Tyco Electronics / AMP nie jest jedynym na rynku producentem tego typu rozwiązań, ponieważ istnieją na rynku systemy równoważne względem wymaganego systemu.” Skoro więc istnieją systemy równoważne, które mogłyby zostać z powodzeniem zastosowane w ramach niniejszego zamówienia, a Zamawiający dopuszcza stosowanie takich systemów równoważnych, to rozważania Rzecznawcy oparte wyłącznie na jednym produkcie, uznać należy za bezprzedmiotowe. Opinia w zakresie wykazania skąd wzięła się kwota niedoszacowania określona na „ok. 3.000.000,00 zł” nie jest zbyt precyzyjna, ale być może tak duże „niedoszacowanie” wynika z tego, że okablowanie strukturalne oparte na rozwiązaniach AMP producenta Tyco, których jedynym dystrybutorem jest krakowska firma Lanster, są szczególnie drogie, co powszechnie wiadomo z uwagi na pojawienie się artykułu w znanym branżowym serwisie internetowym „IT Polska News”: <http://www.itpolska-news.ol/przekret-w-majestacie-prawa/>. Ponadto, autor opinii podnosi, że Odwołujący zaoferował okablowanie strukturalne firmy FIBRAIN, mimo że Odwołujący nigdzie w ofercie tego nie wskazał, a następnie dokonuje analizy okablowania tego producenta, by stwierdzić, że „parametry kabla teleinformatycznego wg systemu FIBRAIN zasadniczo różnią się od wymagań, które zostały opisane w SIWZ”. Być może Rzecznawca zasugerował się opinią firmy FIBRAIN, którą Odwołujący dołączył do wyjaśnień w zakresie ceny na okoliczność wykazania błędów w przyjętej w przedmiarze ilości okablowania. Pomijając, że Rzecznawca dopuszcza się spekulacji, co do treści oferty Odwołującego, to nie zauważa, że okablowanie strukturalne producenta FIBRAIN zostało wprost przez Zamawiającego wskazane w zestawieniu materiałów znajdującym się w przedmiarach sporządzonych przez Zamawiającego. Dodał, że przeprowadzona w opinii analiza pozycji instalacji elektrycznych słaboprądowych ogranicza się jedynie do dwóch elementów z tej instalacji - urządzeń aktywnych Extreme Network oraz sieci strukturalnej AMP. Autor opracowania całkowicie pomija pozostałe działy instalacji niskoprądowych takie jak: 1) Instalacje DSO i SSP, 2) Urządzenia KD CCT system przyzywowy oraz trzymacze drzwiowych, 3) Instalacja BMS. W powyższych działach wartości z oferty Odwołującego wynoszą

procentowo do średnich wszystkich ofert kolejno 98,06 %; 65,30%; 109,28% - co też stanowi składowe działu instalacji niskoprądowych. Rzeczoznawca w tym miejscu przemilcza kwestię odniesienia do średniej z innych ofert, co w innych działach czynił podstawowym argumentem wskazującym na rzekomo rażąco niską cenę. Rzeczoznawca kosztorysowy bezpodstawnie sugeruje wiarygodność przedstawionych ofert Podwykonawców w związku z przedstawioną listą Extreme-Network „Where to Buy”. Tymczasem lista została przedstawiona na rozprawie KIO w odniesieniu do przedstawionej oferty Chemobudowa Kraków mającej na celu udowodnić że bazowanie na ofercie jednej z wielu firm znajdującej się na przedmiotowej liście „Where to Buy” nie oznacza, że urządzenia mogą być kupione tylko u tego podmiotu i cenie jakie przedstawiła Chemobudowa Kraków. Zdaniem wykonawcy, Chemobudowa Kraków - jak udowodnił na przykładzie farb - posługiwała się dowodami/ofertami wg cen katalogowych bez uwzględnienia rabatów oraz obmiarów. Analiza wyjaśnień Odwołującego w zakresie wskazanej pozycji została przeprowadzona przez Rzeczoznawcę w sposób całkowicie nierzetelny.

Ad. 21. Instalacja wentylacji mechanicznej i klimatyzacji

Nie przedstawiono żadnej oceny. Wskazanie „Ocena ofert podwykonawcy jak w punkcie 21” nie stanowi żadnej opinii.

Ad. 22. Instalacja gazów medycznych

Opinia ogranicza się do porównania do średniej ceny wszystkich ofert, bez żadnej analizy ani wniosków.

Ad. 23. Remont stacji trafo

W pozycji tej opinia przedstawia tylko porównanie do średniej ceny wszystkich ofert. Brak informacji o wielkości różnicy oferty do ceny rynkowej lub minimalnego kosztu wykonania. Autor opinii prowadzi rozważania w sprawie kosztu poz. 9 oferty podwykonawcy „tymczasowa stacja transformatorowa” twierdząc, że „całość jest trudna do oszacowania” ze względu na ich specyfikę związaną z pracą na czynnym obiekcie. Pomimo to, nie wiedząc, co, kiedy i na jaki okres ma być wykonane, potrafił oszacować koszt tych prac na kwotę pomiędzy 500-600 tys. złotych. W ocenie Odwołującego taka ocena nie jest wiarygodna.

Ad. 24. Remont infrastruktury technicznej, drogowej i małej architektury

Opinia nie przedstawia żadnych argumentów podważających wyjaśnienie przedstawione przez Odwołującego. Odnosząc się natomiast do oceny dowodu złożonego przez wykonawcę pt.: „Analiza kosztów wykonania obiektu szpitalnego na podstawie biuletynu BCO opracowanego przez ośrodek wdrożeń ekonomiczno-organizacyjnych budownictwa promocja sp. z o.o.” stwierdził, że wbrew twierdzeniom opiniującego, obiekty wykazane w tych opracowaniach zostały zrealizowane i istnieją w rzeczywistości w konkretnym miejscu. Pawilon szpitalny Wojewódzkiego Szpitala Zespólnego „BCO 1264-101(1511)”, na który powołuje się jest budynkiem zrealizowanym na terenie tego Szpitala przy ul. Medycznej 19 w



Płocku. Koszt wykonania tego obiektu został obliczony na podstawie dokumentacji projektowej, kosztorysów inwestorskich i ofertowych oraz średnich cen czynników produkcji. Biuletyny BCO są, jak najbardziej dokumentami wiarygodnymi służącymi m.in. do: opracowywania kosztorysów inwestorskich oraz obliczania planowanych kosztów robót budowlanych na podstawie programu funkcjonalno-użytkowego, opracowywania kosztorysów ofertowych metodą uproszczoną, ustalania szacunkowej wysokości nakładów finansowych na wykonanie obiektów lub ich części, dla potrzeb: planowania kosztów w fazie programowania inwestycji i zabezpieczenia środków na jej realizację, analiz porównawczych opracowywanych kosztorysów ofertowych. Jego zdaniem, autor opinii nie zwrócił uwagi na załącznik nr 2, w którym w rzeczowy sposób porównano obiekt BCO 1264-101(1511) z obiektem Uniwersyteckiego Szpitala Dziecięcego w Krakowie, zestawiając te same elementy robót. Z załącznika tego wyraźnie wynika, że wartość robót elewacyjnych (Stan wykończeniowy zewnętrzny) w ofercie ERBUD S.A. wynosi 8.148.300 zł, a nie jak podano w opinii 881 566,22zł. W podsumowaniu Odwołujący podał, że autor opinii w zależności – jego zdaniem - od potrzeb w sposób sobie wygodny, bardzo subiektywny i tendencyjny stosuje różne kryteria i różną argumentację dla wykazania nieprawidłowości ceny oferty Odwołującego. Raz jest to opinia firm konkurencyjnych, innym razem średnia cen ofert złożonych w przetargu, a jeszcze w innym przypadku wykonany przez Rzeczoznawcę kosztorys na dowolnie przyjmowanych wskaźnikach cenowych i przedmiarze inwestorskim, bez jego weryfikacji. Idąc tym tokiem rozumowania, w przypadku poważnego potraktowania przedmiotowej opinii i zachowując zasady równego traktowania wykonawców w postępowaniu przetargowym, pierwsze cztery oferty w rankingu ofert, w tym wybraną, jako najkorzystniejszą ofertę firmy CHEMOBUDOWA-KRAKÓW S.A., należałoby uznać za oferty, których wartość jest poniżej realnych kosztów wykonania przedmiotowego zakresu robót i odrzucić podobnie jak ofertę Odwołującego. Rzeczoznawca jednoznacznie bowiem stwierdził, że realny koszt związany z realizacją inwestycji to ok. 47.777.99,00 zł. netto, czyli 58.765.831,00 brutto. Powyższe stoi w sprzeczności z szacunkową oceną wartości zamówienia przygotowaną przez Zamawiającego na etapie przygotowania inwestycji. Kwota wyliczona przez Rzeczoznawcę jest bowiem około 16% wyższa od kwoty na jaką Zamawiający oszacował wartość zamówienia i około 20% wyższa od wartości oferty Odwołującego. We wnioskach końcowych opinii nie znalazło się stwierdzenie, że oferta Odwołującego jest ofertą z „rażąco niską ceną”. Takie stwierdzenie pada jedynie w odniesieniu do wyceny poszczególnych elementów TES, ale nigdzie nie odnosi się do wprost do wartości całej oferty. Za nieuprawnione, zdaniem wykonawcy, uznać należy również stwierdzenie, że koszt zrealizowanych przez ERBUD SA zadań był o 30% wyższy w stosunku do ceny zaproponowanej w niniejszym postępowaniu przetargowym (str. 30 opinii). Autor opinii wywodzi powyższy wniosek w oparciu o analizę kilku referencji i sam przy tym zastrzega, że „nie ma całkowicie ze sobą porównywalnych inwestycji” (str. 30). Dlatego mając

na uwadze zapewnienie jak największej porównywalności obiektów, należałoby na wstępie dokonać poprawnego ich wyboru do analizy, a następnie porównywać jedynie te roboty, które występują w podobnym zakresie, skali trudności czy kapitałochłonności we wszystkich analizowanych obiektach. Autor opinii nie posiada szczegółowej wiedzy w tym obszarze i nie mógł dokonać wiarygodnej analizy porównawczej. Taka analiza, porównywalnych zakresów w konkretnych obiektach, została przeprowadzona przez Odwołującego w złożonych przez niego wyjaśnieniach, które autor opinii uznała z góry za „niewiarygodne”. Również inne założenia faktyczne przyjęte na potrzeby sporządzenia opinii budzą wątpliwości. W szczególności sporządzający opinię przyjęli na potrzeby realizacji zamówienia lokalizację Odwołującego w Rzeszowie. Tymczasem Odwołujący ma w Krakowie w pełni wyposażone biuro administracyjne i w pełni zorganizowany oddział wewnętrzny samodzielnie realizujący inwestycje (to również ma bezpośrednie przełożenie na koszty realizacji inwestycji). Sporządzający opinię przenoszą na Odwołującego skutki uchybień popełnionych w istocie przez Zamawiającego. W szczególności:

- w rozważaniach zawartych w opinii wielokrotnie wskazywane jest, jakoby Odwołujący rzekomo nie przedstawił dowodów wykazujących prawidłowość dokonania wyceny danych elementów robót/prac. Tyle tylko, że Sporządzający opinię „zapominają” w tych miejscach dodać, że Odwołujący nigdy nie był konkretnie wzywany do przedstawiania jakichkolwiek wyjaśnień czy dowodów w odniesieniu do danej części robót/prac. Na niezrozumiałość i nie jednoznaczność wezwań kierowanych przez Zamawiającego do Odwołującego jednoznacznie zwróciła uwagę KIO w uzasadnieniu wyroku o sygn. akt KIO 2007/16 wskazując je, jako uchybienia i nakazując Zamawiającemu dokonanie oceny oferty Odwołującego z uwzględnieniem wskazanych uchybień ze strony Zamawiającego, a nie poprzez obciążanie skutkami tych uchybień Odwołującego i wywodzenie z tych uchybień negatywnych skutków dla Odwołującego;
- Zamawiający w odpowiedzi na wezwanie z dnia 29 sierpnia 2016 r. otrzymał wyjaśnienia i dowody, co do tego, co w tym wezwaniu konkretnie wskazał. Podobnie wygląda sytuacja w odniesieniu do wezwania z dnia 11 października 2016 r. (zasadnie zaskarżonego przez Odwołującego zgodnie z wyrokiem sygn. akt KIO 2007/16), które mimo dużej liczby stron w znacznym zakresie było w ogólnie niezrozumiałe, co do zakresu informacji i dokumentów wymaganych przez Zamawiającego.

Podniósł, że jeżeli Zamawiający oczekuje od Odwołującego przedstawienia określonych danych czy informacji, to powinien w wezwaniu jednoznacznie sformułować swoje wymagania i w sposób precyzyjny wskazać, jakich konkretnie danych i informacji oczekuje.

I.G. W sytuacji, gdy Odwołujący złożył prawidłową ofertę, spełniającą wymagania stawiane przez Zamawiającego i zabezpieczoną wadium, to w takiej sytuacji oferta Odwołującego powinna zostać wybrana, jako najkorzystniejsza. W sytuacji, jeżeli Zamawiający tego nie

uczynił, oznacza to, że dopuścił się we wskazanej kwestii zaniechania. W konsekwencji wskazanym zaniechaniem Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp w sposób wskazany w zarzutach niniejszego odwołania. Podsumowując stwierdził, że zaskarżoną czynnością i zaskarżonym zaniechaniem Zamawiający naruszył przepisy wskazane w zarzutach podniesionych w niniejszym odwołaniu w sposób wskazany w tych zarzutach. Z tego względu zasadnym jest nakazanie Zamawiającemu unieważnienia zaskarżonej czynności odrzucenia oferty Odwołującego i nakazanie wybrania oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej. Podkreślił, że nawet brak wniesienia odwołania na niezgodną z przepisami czynność lub zaniechanie Zamawiającego lub niezgodne z przepisami zapisy SIWZ nie oznacza, że wskazane naruszenia prawa i niezgodności z prawem zostają usankcjonowane i stają się obowiązujące. Naczelną zasadą prawa zamówień publicznych jest bowiem to, że wykonawcy nie ponoszą negatywnych skutków wynikających z działań zamawiającego niezgodnych z prawem. Podniósł, że nie jest obowiązkiem wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia to, aby poprzez wnoszenie odwołań naprawiali błędy i uchybienia zamawiającego. Odwołujący w dobrej wierze udzielał Zamawiającemu odpowiedzi i wyjaśnień na kolejne wezwania Zamawiającego dotyczące wyjaśnienia wysokości zaoferowanej ceny mimo posiadania, co do tych wezwań i postępowania Zamawiającego licznych zastrzeżeń. Odwołujący przedstawiał przy tym Zamawiającemu możliwe do przedstawienia informacje i dokumenty. Wskazane wyjaśnienia, informacje i dokumenty są w pełni wystarczające do wyjaśnienia wszystkich wątpliwości Zamawiającego dotyczących ceny zaoferowanej przez Odwołującego.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o jego oddalenie, wskazując w szczególności.

Stwierdził, że cena oferty Erbud S.A. została skalkulowana znacznie poniżej wartości rynkowej, jak i poniżej kosztów realizacji tych robót i związanych z nimi dostaw. Odbiega ona znacząco zarówno od poziomu cen rynkowych, jak i cen ofert złożonych w tym postępowaniu przez innych wykonawców, czego dowodzą zestawienia i porównania zawarte w załączonej opinii biegłych z dnia 12 grudnia 2016 r. Zaoferowana przez Odwołującego cena ofertowa na poziomie 37.872.000 zł netto również znacząco odbiega od realnego kosztu realizacji inwestycji określonej przez rzeczoznawców na 47.777. 099,00 zł netto. Różnica ta zresztą koresponduje z poruszonym przez Zamawiającego znaczącym zaniżeniem ceny oferty Erbud S.A. względem pozostałych złożonych w postępowaniu ofert w sytuacji, gdy różnica tej oferty względem średniej ceny wszystkich złożonych w postępowaniu ofert wynosi netto przeszło 11 mln zł. Podał, że tożsame spostrzeżenie dotyczy nie tylko globalnej ceny oferty, lecz również cen jej istotnych elementów składowych, to jest takich pozycji jak: 1. Roboty rozbiórkowe, 3. Roboty murowe, 4. Podkłady i posadzki, 5. Tynki, suche tynki i sufity podwieszane, 6.

Malowanie, 8. Remont dachu i nowe pokrycie, 9. Elewacje i ślusarka aluminiowa, 11. Szczegóły SI - S8, 13. Stolarka, 14. Remont basenu, 15. Wyposażenie, 16. Remont nawierzchni, balustrad betonowych, zagospodarowanie patia, 18. Instalacje elektryczne wewnętrzne. 22. Instalacja gazów medycznych, 23. Remont stacji trafo oraz 24. Remont infrastruktury technicznej. Podkreślił, że jaskrawym przykładem jest zaniżona oferta Odwołującego w zakresie wyceny pkt 101 Tabeli Elementów Scalonych, to jest Instalacji elektrycznych słaboprądowych, która jest na poziomie 64,73 % średniej arytmetycznej wycen tego elementu złożonych w przetargu. Wskazał na linię orzeczniczą Krajowej Izby Odwoławczej, cyt. z wyroku:

1. KIO 2061/14: *„Choć, co do zasady, oferta może być oceniana w kontekście zarzutu ceny rażąco niskiej w odniesieniu do ceny za wykonanie całego przedmiotu zamówienia, a nie za poszczególne jego części czy pozycje kosztorysu, tym niemniej należy dopuścić możliwość badania pod kątem ceny rażąco niskiej elementów kalkulacyjnych oferty, o ile ich zniżenie może przekładać się na rażące zniżenie zaoferowanej ceny całkowitej.”;*
2. KIO 1833/14: *„Przedmiotem wezwania i wyjaśnienia elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny są te składniki, które mają wpływ na wysokość ceny, to jest elementy istotne dla kalkulacji ceny oferty. Istotne jest takie wyjaśnienie kalkulacji ceny, które przekona, że wykonawca przyjął racjonalne założenia, co do koniecznych do poniesienia kosztów i nakładów. ”*

Odpowiadając na twierdzenia Odwołującego, że cena jego oferty nie różni się o ponad 30% ani od szacunkowej wartości zamówienia, ani też od średniej arytmetycznej wszystkich ofert złożonych w niniejszym postępowaniu przetargowym, Zamawiający ponownie powołał się na artykuły autorów, których przytoczył w uzasadnieniu faktycznym decyzji o odrzuceniu oferty ERBUD m.in. wskazując, że określony w art. 90 ust. 1 próg "30%" stanowi jedynie przykładowy, ale jednocześnie maksymalny limit wartości, który może być odpowiednio obniżony przez zamawiającego, w zależności od okoliczności dotyczących przedmiotu zamówienia. Także w sytuacji, gdy cena oferty jest niższa np. o 10% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert, w okolicznościach związanych z konkretnym zamówieniem, zamawiający ma prawo powziąć wątpliwości, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia za zaoferowaną cenę i zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Stwierdził, że kolejna kwestia, która wymaga negacji ze strony Zamawiającego jest niesłuszne twierdzenie Erbud S. A., że skutkiem przyjęcia ryczałtowego charakteru ceny oferty złożonej w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest brak konieczności wykazania przez Odwołującego, że dokonał racjonalnej wyceny oferty, odpowiadającej zakresowi przedmiotowemu niniejszych robót budowlanych, jak również obecnie panującym realiom rynkowym. Takie stanowisko stoi bowiem w sprzeczności z treścią art. 90 ust. 2 Pzp

stanowiącym, że obowiązek wykazania że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy. Ponownie powołał się na poglądy autorów cytując m.in.: „*To wykonawca jest zobowiązany podjąć działania zmierzające do udowodnienia, iż oferowana przez niego cena nie jest rażąco niska*”. Nawiązując dalej do argumentacji i orzecznictwa [z pisma z dnia 30.12.2016 r.] kwestii ceny oferty z wynagrodzeniem ryczałtowym oraz zasadności badania prawidłowości oszacowania przez wykonawcę kosztów realizacji zamówienia, w tym ceny elementów przedmiotu zamówienia, stwierdził, że można oczekiwać od wykonawcy - profesjonalnego uczestnika obrotu gospodarczego, dysponowania założeniami i kalkulacjami oferowanej ceny jeszcze przed przystąpieniem do ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego, które - w razie powzięcia przez zamawiającego wątpliwości, co do jej wysokości - wykorzystane będą w procedurze przewidzianej przepisem art 90 Pzp i przełożą się na czytelność, spójność i rzetelność składanych wyjaśnień. Ponowił także prezentowane w orzecznictwie stanowisko, że o rażąco niskiej cenie decyduje całość wynagrodzenia a nie wynagrodzenie poszczególnych jej pozycji. Niemniej by odpowiedzieć na pytanie, czy cena ma charakter rażąco niskiej należy zbadać jej poszczególne elementy, składające się na całość, co daje podstawę do odpowiedzi, czy cena ryczałtowa pokrywa koszty, jak i zysk przedsiębiorcy na zadaniu. Tylko przez pokazanie zaniżonych elementów w cenie ryczałtowej można stwierdzić jej zniżenie. Jego zdaniem, w przedmiotowej sprawie Zamawiający udowodnił, że aż ponad dziesięć ze wspomnianych elementów cenotwórczych, ujętych w Tabeli Elementów Scalonych, nie zostało wycenionych na właściwym poziomie, który zagwarantuje Erbud S. A. uniknięcie strat oraz osiągnięcie zysku w wyniku realizacji przedmiotowego zadania inwestycyjnego dla potrzeb Uniwersyteckiego Szpitala Dziecięcego w Krakowie. Zdaniem Zamawiającego, w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego wykazał jednoznacznie, że pozostałe pozycje elementów cenotwórczych zawarte w ofercie Odwołującego nie pozwalają na pokrycie strat wynikających z niedoszacowania tych wycenionych rażąco nisko. Podkreślił, że kompleksowej oceny złożonej oferty i udzielonych wyjaśnień, a zatem uwzględniającej również ryczałtowy charakter wynagrodzenia dokonał przy pomocy biegłych rzeczoznawców.

Odnosząc się do zarzutu rzekomej obrazy postanowień art. 92 ust. 1 ustawy Pzp z uwagi na brak właściwego *uzasadnienia prawnego i faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego* (str 10 oraz 11 Odwołania), Zamawiający nie zgadzając się z tym stanowiskiem stwierdził:

1) za wyrokiem KIO 588/16: „*1. Stopień szczegółowości jest kwestią ocenną, jednak w zakresie podstawy faktycznej odrzucenia oferty wystarczające jest podanie najważniejszych i zrozumiałych dla wykonawcy przyczyn, które legły u podstaw takiej decyzji zamawiającego. 2. Nie jest niezbędne popieranie decyzji zamawiającego orzeczeniami Krajowej Izby Odwoławczej, czy stanowiskiem doktryny. Decyzja*

*zamawiającego jest jego decyzją niezależną, opartą na analizie całej dokumentacji postępowania oraz wytycznych przepisów prawa.”;*

- 2) dokonując w dniu 30 grudnia 2016 r. odrzucenia oferty Erbud S. A. w sposób kompleksowy i poparty stosowną argumentacją faktyczną oraz prawną przedstawił w sposób jednoznaczny i wyczerpujący konieczność uznania ceny oferty Erbud S. A. za rażąco niską;
- 3) jednoznacznie wykazał, że odrzucona oferta znacznie różni się pod względem cenowym od realiów rynkowych, co zostało opisane w sposób wyczerpujący w załączonej do rozstrzygnięcia postępowania opinii biegłych rzeczoznawców. Także wskazał na orzeczenia: KIO 728/16, KIO 741/16 oraz KIO 802/16 cyt.: „ I. *Cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, a rzezonana różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać.* ”;
- 4) z uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego wprost wynika, że Zamawiający uznał, że „zarówno sumaryczna cena zaoferowana przez Erbud S.A. jest rażąco niska, ale także ceny jej poszczególnych części składowych są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia.”;
- 5) precyzując podstawy odrzucenia, wskazano w uzasadnieniu, że także znaczne zaniżenie wyceny ponad dziesięciu wymienionych elementów cenotwórczych (do wartości poniżej kosztów realizacji robót i związanych z nimi dostaw, jednocześnie w sposób znacząco odbiegający od poziomu cen rynkowych jak i cen pozostałych ofert złożonych w postępowaniu) skutkowało zaoferowaniem przez Erbud S.A. ceny rażąco niskiej;
- 6) w treści rozstrzygnięcia postępowania przetargowego wyraźnie wskazał, że wyjaśnienia Odwołującego składane w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp były w przeważającej części gołosłowne (co zresztą potwierdzają wnioski płynące z opinii biegłych) i nie zostały poparte stosownymi dowodami uzasadniającymi zaoferowaną cenę.

Dalej wskazał na wyroki: KIO 857/16 i KIO 2824/15, podnosząc, że Odwołujący sam sobie zaprzecza, bowiem niepełne przedstawienie przez Zamawiającego motywów odrzucenia jego oferty uniemożliwiłoby mu sformułowanie tak szczegółowych zarzutów, a następnie 23 stron ich uzasadnienia, które nie znajdują potwierdzenia w stanie faktycznym niniejszej sprawy, niemniej jednak zmierzają do unieważnienia czynności Zamawiającego.

Odnosząc się do argumentacji Odwołującego dotyczącej wyroku Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. akt KIO 2007/16 stwierdził, że faktem jest, że Izba uznała poprzednie odwołanie oraz nakazała Zamawiającemu uwzględnienie i dokonanie oceny wyjaśnień złożonych w w trybie art. 90 ust. 1 Pzp przez wykonawcę Erbud S.A. w zakresie wykazania, że cena oferty tego wykonawcy nie jest ceną rażąco niską. Zatem tylko i wyłącznie w tym

aspekcie organ ochrony prawnej uwzględnił zarzut Odwołującego. Kluczowym jest fakt, iż Krajowa Izba Odwoławcza w sentencji tego wyroku w żadnej mierze nie przesądziła, że oferta Odwołującego nie zawiera rażąco niskiej ceny. Zatem twierdzenia Erbud S. A. o korzystnym dla niego rozstrzygnięciu w zakresie oceny, jako zaoferowana cena nie była rażąco niską jest, co najmniej przedwczesne i świadczy o dużej nadinterpretacji przywołanego wyrzeczenia. Zamawiający podkreślił, że całkowicie chybione jest następujące twierdzenie Odwołującego znajdujące się na str 13 Odwołania: „Co jest istotne, Zamawiający od wskazanego powyżej wyroku z dnia 7 listopada 2016 r. wydanego w sprawie o sygn. akt KIO 2007/16 nie wniósł skargi. Oznacza to, że wyrok stał się prawomocny i ostateczny. Oznacza (o również, że Zamawiający zaaprobował i zgadza się zarówno z treścią wskazanego wyroku, jak i z treścią uzasadnienia tego wyroku. W sytuacji bowiem, gdyby Zamawiający z jakichkolwiek względów nie aprobował czy nie zgadzał się z samym tylko uzasadnieniem wskazanego wyroku, to powinien był wnieść skargę jedynie na treść tego uzasadnienia”. Zdaniem Zamawiającego, Po pierwsze wyrok ten nie był orzeczeniem kończącym niniejszą sprawę, przez co należy rozumieć wybór najkorzystniejszej w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W konsekwencji składanie skargi do sądu na wyrok KIO było bezcelowe. Po drugie, jako podmiot należący do jednostek sektora finansów publicznych jest zobowiązany do przestrzegania reguł z art. 44 ust. 3 ustawy o finansach publicznych [zgodnie, z którym: „*Wydatki publiczne powinny być dokonywane: 1) w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad: a) uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów, b) optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów; 2) w sposób umożliwiający terminową realizację zadań; 3) w wysokości i terminach wynikających z wcześniej zaciągniętych zobowiązań.*” W świetle powyższego wydatkowanie przez Uniwersytecki Szpital Dziecięcy w Krakowie kwoty z tytułu opłaty stałej od skargi na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej, stanowiłoby w wyżej opisanych okolicznościach faktycznych naruszenie zasad wydatkowania środków publicznych określonych w przytoczonym przepisie.

Odnosząc się do kwestionowanej w odwołaniu zasadności zlecenia przez Zamawiającego sporządzenia opinii rzeczoznawców na okoliczność dokonania prawidłowej wyceny oferty Odwołującego wskazał na wyrok KIO 332/16, podnosząc, że w uzasadnieniu tego wyroku Izba stwierdziła, że wyjaśnienia składane przez wykonawcę w trybie art. 90 Pzp nie są czynnością tylko techniczną. Zamawiający oceniając czy zaoferowano mu cenę rażąco niską zobowiązany jest starannie przeanalizować złożone wyjaśnienia, a ich treść wziąć pod uwagę przy swych ustaleniach. Zamawiający po uwzględnieniu dotychczasowego przebiegu postępowania zwrócił się o pomoc do ekspertów, celem oceny złożonych wyjaśnień. Bezsprzecznym jest, że Odwołujący, jako profesjonalny podmiot realizujący znaczne inwestycje budowlane na terenie całego kraju ma pewnego rodzaju przewagę merytoryczną w

zakresie przedmiotu zamówienia nad Zamawiającym, którego działalność podstawowa dotyczy wysokospecjalistycznego leczenia dzieci. Nie zwalnia to jednak Zamawiającego z obowiązku rzeczowej oceny ofert oraz konieczności zabezpieczenia prawidłowej realizacji wieloetapowej przebudowy Szpitala. Właśnie w tym celu Zamawiający skorzystał z opinii ekspertów w zakresie zbadania realności ceny zaoferowanej przez Odwołującego, aby na tej podstawie oprzeć ocenę złożonej oferty. Za bezzasadne uznał twierdzenie Odwołującego, że opinia jest całkowicie oderwana od realiów rynkowych i możliwości, jakie ma konkretny generalny wykonawca mający ugruntowaną pozycję i długoletnią renomę na rynku podmiotów wykonujących roboty budowlane oraz, że jej przedłożenie jest próbą "maskowania" wcześniejszych uchybień i w istocie uchylania się od wykonania wskazań KIO zawartych zwłaszcza w uzasadnieniu wyroku KIO wydanego w sprawie KIO 2007/16. (str. 7 odwołania). Stwierdził, że Zamawiający zdaje sobie sprawę z tego, iż nie sposób oczekiwać, aby Odwołujący korzystnie odnosił się do opinii rzeczoznawców, która w swej treści dyskredytuje jego ofertę oraz wyjaśnienia i dowody złożone przez Erbud S.A. na okoliczność wykazania, że nie zawiera ona rażąco niskiej ceny. Nie mniej jednak należy oczekiwać, że próba podważenia opinii ekspertów zostanie oparta na czymś więcej niż zarzutach, że fakt sporządzenia jej na zlecenie Zamawiającego odbiera jej atrybut należytej wiarygodności. Z załączonego do niniejszej odpowiedzi stanowiska mgr inż. A. M. wynika, że zarzuty wykonawcy względem Opinii z dnia 12.12.2016 r. jak również opiniujących są bezpodstawne i krzywdzące. Brak w nich merytorycznego odniesienia się do całej zawartości dokumentu. Stwierdził ponadto, że Odwołujący jest niekonsekwentny, gdyż często twierdzi, że Zamawiający nie oceniał wystarczająco merytorycznie składanych podczas postępowania wyjaśnień, a następnie zarzuca Zamawiającemu, że gdy taka ocena została dokonana z pomocą ekspertów w postaci rzeczoznawców (znacznie bardziej znających merytorycznie zagadnienia dotyczące procesu budowlanego) to jest to przejaw maskowania działań wcześniejszych. Znamienne jest również to, że opinia rzeczoznawców odnosi się przecież do wyjaśnień Odwołującego i jego oferty, a nie do wcześniejszych ocen tych dokumentów przez Zamawiającego. Odnosząc się natomiast do fragmentu odwołania, tj.: „Całkowicie chybione jest wywodzenie przez Zamawiającego jakichkolwiek negatywnych, dla Odwołującego wniosków z tego, jakoby oferty potencjalnych podwykonawców i dostawców Odwołującego wykorzystane do przygotowania i złożenia przez Odwołującego oferty miały nie być już wiążące dla tych potencjalnych podwykonawców i dostawców.” (str. 14 Odwołania), stwierdził, że wytknięta Odwołującemu nieaktualność ofert potencjalnych jego podwykonawców jest jedynie dodatkowym argumentem świadczącym o braku rzetelności przy przygotowaniu dowodów w ramach składania wyjaśnień przez Erbud S. A. w trybie art. 90 ust, 1 Pzp, co w ocenie Zamawiającego zmniejsza ich moc dowodową. Niniejsza okoliczność ma bezpośredni, jego zdaniem, wpływ na sposób rozstrzygnięcia postępowania. Wskazał na wyrok KIO 1024/16 i KIO 1030/16 [„4. *Jeżeli zamawiający*



*stwierdza, że dokumenty złożone na potwierdzenie realności ceny pozostają niewiarygodne, ma wystarczające instrumenty prawne, aby wyeliminować ofertę wykonawcy na podstawie art. 90 ust. 3 p.z.p. w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p., a nawet może się odwołać do art. 89 ust. 1 pkt 3 p.z.p., jeżeli stwierdzi, że zachodzą podstawy do przywołania tej normy. "].*

Reasumując i powołując się na orzecznictwo KIO stwierdził, że podnoszony zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 91 ust. 1 Pzp jest chybiony, skoro oferta wykonawcy podlegała odrzuceniu z powodów przedstawionych w rozstrzygnięciu postępowania oraz powyżej podanych. Podkreślił, że uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego wraz z załączoną opinią zawiera pełne i jednoznaczne wskazanie podstawy prawnej i faktycznej. Ponadto powołano w nim szereg tez wynikających z orzecznictwa i piśmiennictwa, jak i przedstawiono szereg merytorycznych dowodów i wyliczeń, które uzasadniają prawidłowość oraz zasadność decyzji Zamawiającego. Tym samym nie można podzielić stanowiska Odwołującego o rzekomo niejasnym i niepełnym uzasadnieniu odrzucenia jego oferty, co miałoby naruszyć w szczególności art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i wyrażone w art. 7 i 8 ustawy zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji oraz jawności postępowania.

Wskazując ponownie na stan faktyczny oraz przedstawione wywody prawne, jak również załączone do odpowiedzi merytoryczne stanowisko eksperta sporządzającego opinię, zarzuty sformułowane w odwołaniu nie znajdują uzasadnienia. Uzasadnienie odwołania, podobnie zresztą jak udzielane w toku postępowania wyjaśnienia i dokumenty, dotyczące ceny oferty, nie są poparte merytorycznymi argumentami. Stanowisko Erbud S.A. jakie wynika z odwołania jest wyłącznie próbą prawnej polemiki, nie dotyczącej meritum sprawy, a przy tym często pomija istotne fakty lub opacznie interpretuje okoliczności niniejszej sprawy, bądź nawet miejscami celowo wprowadza w błąd. Podkreślił, że żaden z przedstawionych w odwołaniu zarzutów, jak i przedstawione ich uzasadnienie nie potwierdzają, jakoby swoim działaniem Zamawiający naruszył interes Odwołującego lub zasady postępowania opisane w ustawie Pzp. Przedstawione, w treści uzasadnienia niniejszego stanowiska, okoliczności faktyczne i merytoryczne, wynikające z załączonego stanowiska eksperta, oraz dokumentacja postępowania, potwierdzają merytoryczną bezzasadność wniesionego odwołania.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpienie zgłosił wykonawca - Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego CHEMOBUDOWA–KRAKÓW S.A. z siedzibą w Krakowie, wnosząc o oddalenie odwołania z uwagi na bezpodstawność zawartych w nim zarzutów.

**Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Odwołanie podlega oddaleniu.

Ogłoszenie o zamówieniu, którego przedmiotem jest „Przebudowa i remont budynków K, L, M, J-M, N, L-N, O-R, nadbudowa przewiązki J-M przebudowa i remont infrastruktury instalacyjnej, małej architektury, dróg, ogrodzenia terenu Uniwersyteckiego Szpitala Dziecięcego w Krakowie” o wartości powyżej progów określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust 8 ustawy Pzp zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 13 stycznia 2016 r., nr 2016/S 008-009147, a zatem do tego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak i postępowania odwoławczego mają zastosowanie przepisy ustawy - Prawo zamówień publicznych przed ich zmianą ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2016.1020).

W odwołaniu wskazano na naruszenie: (1) art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp i w zw. z tym przepisem art. 7 ust.1 i art. 8 ust.1 ustawy Pzp oraz (2) art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp i art. 90 ust. 3 Pzp i w zw. z tymi przepisami art. 7 ust.1 tej ustawy, a w konsekwencji (3) art. 91 ust. 1 Pzp.

Rozpoznając pierwszy z zarzutów Izba stwierdziła, że naruszenie tego przepisu wykonawca oparł na twierdzeniu, że przedstawienie uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia oferty Odwołującego jest niepełne, niejasne i budzi wątpliwości interpretacyjne, co w konsekwencji powoduje, że to postępowanie jest prowadzone w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a także w sposób niezapewniający zachowania transparentności i jawności. W uzasadnieniu stanowiska wskazał, że Zamawiający, co prawda powołał przepisy, na podstawie których odrzucił ofertę Odwołującego, jednak uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty ogranicza się w zasadzie do odesłania do prywatnej opinii sporządzonej przez rzeczoznawcę kosztorysowego na zlecenie i koszt Zamawiającego, a także do cytowania fragmentów uzasadnień orzeczeń KIO i opracowań z doktryny. Podkreślił w szczególności, że w tym uzasadnieniu Zamawiający nie wskazał z jakich konkretnie względów wyjaśnienia Odwołującego dotyczące wysokości zaoferowanej ceny uznaje za niewystarczające i w jakim zakresie, a dodatkowo dlaczego uznaje za niewystarczające konkretne wyjaśnienia i przedłożone przez Odwołującego dokumenty (w tym m.in. oferty potencjalnych podwykonawców). Nieuprawnionym było, zdaniem wykonawcy, odesłanie do opinii rzeczoznawcy sporządzonej na zlecenie Zamawiającego w zakresie uzasadnienia przyczyn odrzucenia oferty Odwołującego. Opinia sporządzona przez „rzeczoznawcę” w założeniu jest opracowaniem specjalistycznym, które dodatkowo w tym konkretnym przypadku jest bardzo obszerne i zawiera w założeniu specjalistyczne analizy. Tymczasem uzasadnienie odrzucenia oferty musi być jasne i

precyzyjne w swej treści i nie może budzić jakichkolwiek wątpliwości interpretacyjnych. Odesłanie do opinii nie może zastępować obowiązku Zamawiającego w zakresie podania podstawy prawnej i faktycznej odrzucenia oferty.

Zamawiający w zawiadomieniu z dnia 30 grudnia 2016 r. powołując się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 listopada 2016 r. sygn. akt: KIO 2007/16 w części dotyczącej oferty wykonawcy Erbud w zakresie uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty tego wykonawcy w szczególności wskazał, że (...) *zebrane w toku postępowania dokumenty, w szczególności oferta wykonawcy, udzielane wyjaśnienia związane z próbą wyjaśnienia, że zaoferowana w ofercie cena nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz opinia rzeczoznawcy, w wyniku ich obiektywnej oceny dają uzasadnioną podstawę do jednoznacznego stwierdzenia, że oferta firmy Erbud S.A. zawiera rażąco niską cenę. Dalej wskazał, że szczegółowe uzasadnienie i wyliczenie poszczególnych pozycji oraz składników mających wpływ na ocenę oferty i złożonych w toku postępowania wyjaśnień przez firmę Erbud S.A., wynika z załączonej opinii z dnia 12 grudnia 2016 r. opracowanej na zlecenie zamawiającego przez rzeczoznawcę kosztorysowego z zespołem*". Dalej w tym uzasadnieniu wskazał, że po upływie terminu składania ofert i ich wstępnej analizie, pismem z dnia 07.04.2016 r., po raz pierwszy zwrócił się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, które to wezwanie w szczególności dotyczyło pkt 101 Tabeli Elementów Scalonych - Instalacje elektryczne słaboprądowe. Podał ponadto, że pomimo ryczałtowego charakteru zamówienia, jak to ma miejsce w niniejszym przypadku, istotne elementy ceny oferty mają istotny wpływ na ocenę sumarycznej ceny oferty, jako rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu niniejszego zamówienia. Stwierdził ponadto, że w przypadku oferty odrzuconej nie tylko sumaryczna cena zaoferowane przez firmę Erbud S.A. jest rażąco niska, ale także ceny jej poszczególnych składowych są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wskazał dalej, że „*Precyzując, w ocenie zamawiającego wskazane poniżej pozycje, składowe ceny oferty, są wycenione w ofercie Erbud S.A. znacznie poniżej wartości rynkowej, jak i poniżej kosztów realizacji tych robót i związanych z nimi dostaw. Odbiegają one znacząco od poziomu cen rynkowych, jak i cen ofert złożonych w tym postępowaniu przez innych wykonawców, czego dowodzą zestawienia i porównania zawarte w załączonej opinii. Dotyczy to takich pozycji jak: 1. Roboty rozbiórkowe, 3. Roboty murowe, 4. Podkłady i posadzki, 5. Tynki, suche tynki i sufity podwieszane, 6. Malowanie, 8. Remont dachu i nowe pokrycie, 9. Elewacje i ślusarka aluminiowa, 11. Szczegóły SI - S8, 13. Stolarka, 14. Remont basenu, 15. Wyposażenie, 16. Remont nawierzchni, balustrad betonowych, zagospodarowanie patia, 18. Instalacje elektryczne wewnętrzne, 22. Instalacja gazów medycznych, 23. Remont stacji trafo oraz 24. Remont infrastruktury technicznej*". Stanowisko w zakresie zastosowania art. 90 ust.1 ustawy

Pzp, cytując ten przepis, poparł orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej oraz publikacjami, cytując uzasadnienia orzeczeń i treść artykułów. Dalej podał, że punktem odniesienia badania i oceny danej oferty pod kątem rażąco niskiej ceny nie jest tylko i wyłącznie szacunkowa wartość konkretnego zamówienia publicznego, ale również ceny rynkowe za wykonanie analogicznego zakresu robót budowlanych jak przedmiotowa inwestycja. Stwierdził, że cena w ofercie wykonawcy Erbud znacznie różni się pod względem cenowym od realiów rynkowych, co zostało – jego zdaniem - wykazane także w opinii biegłych rzeczoznawców z dnia 12 grudnia 2016 r. Podkreślił, że istotnym punktem odniesienia dla oceny realności kosztów określonych przez Erbud S. A., a tym samym właściwej wyceny robót budowlanych w odrzuconej ofercie są konkurencyjne oferty złożone w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zdaniem Zamawiającego: *„W złożonych w toku postępowania wyjaśnieniach, w tym również w tych z dnia 19 października 2016 r., które zgodnie z wyrokiem Izby zamawiający wziął pod uwagę, wykonawca nie wykazał, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, ponieważ dowody złożone przez Erbud S. A. opierały się jedynie na bardzo ogólnikowych stwierdzeniach lub były niepełne”*. Przykładowo, [dla zobrazowania zaistniałych w tej sprawie okoliczności faktycznych] wskazał, że dowody złożone przez Erbud S. A. w ramach wyjaśnień w zakresie wyceny elewacji i ślusarki aluminiowej budzą uzasadnione wątpliwości, ponieważ z informacji dostępnych na stronie wynika, że firma nie zrealizowała dotychczas inwestycji porównywalnych z przedmiotowym zadaniem. Nie odnaleziono także na stronie jakiegokolwiek informacji, aby firma była partnerem producenta systemowych profili aluminiowych (str. 18 opinii biegłych z dnia 12 grudnia 2016 r.). Stwierdził także, że wykonawca nie przedstawił żadnych dokumentów uzasadniających tak drastyczne zaniżenie wartości w tym elemencie, w szczególności w ich treści nie wykazał, że niska cena danego elementu oferty, jak i cena sumaryczna oferty spowodowana jest szczególnymi okolicznościami, takimi jak: oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, czy też uzyskaniem pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. Dotyczy to między innymi takich elementów ceny oferty, jak remont nawierzchni, balustrad betonowych oraz zagospodarowanie patia. Jego zdaniem, nie bez znaczenia jest także fakt, że oferty potencjalnych podwykonawców Erbud S. A. w zakresie instalacji gazów medycznych, straciły swoją ważność. Zamawiający ponadto zwrócił uwagę, że termin składania ofert w tym postępowaniu przetargowym upłynął w dniu 4 marca 2016 r., zaś niektóre oferty podmiotów mających być podwykonawcami Erbud S. A. w razie wyboru jego oferty, jako najkorzystniejszej w tym postępowaniu są datowane po tej dacie, co czyni te dokumenty mniej wiarygodnymi. W

konkluzji stwierdził, że odrzucenie oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp jest w pełni uzasadnione, ponieważ ocena oferty i złożonych w toku postępowania wyjaśnień wykonawcy wraz z załącznikami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do tego przedmiotu zamówienia.

Ustalenia Izby w zakresie wskazanego zarzutu [naruszenia art. 92 ust.1 ustawy Pzp] nie potwierdziły jego zasadności. Przede wszystkim przepis art. 92 ust.1 ustawy Pzp nie wyłącza możliwości posługiwania się opinią biegłego dla uzasadnienia faktycznego decyzji o odrzuceniu oferty wykonawcy na podanej podstawie prawnej. Izba zwraca uwagę, że zgodnie z art. 21 ust.4 ustawy Pzp zamawiający może powołać biegłego na każdym etapie postępowania: *„Jeżeli dokonanie określonych czynności związanych z przygotowaniem i przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia wymaga wiadomości specjalnych, kierownik zamawiającego, z własnej inicjatywy lub na wniosek komisji przetargowej (...).* Uzyskaną opinię może wykorzystać w dwojaki sposób, albo ją streścić lub zacytować w decyzji, albo też wskazać, jako stanowisko zamawiającego w formie – jak w tym przypadku – załącznika do decyzji. Ważne jest tylko – jak podnosi się w orzecznictwie – aby podane zostały podstawy, a zwłaszcza okoliczności faktyczne, w związku z którymi nastąpiło odrzucenie oferty. Wykonawca powinien mieć możliwość odnieść się do powodów odrzucenia jego oferty. Taka wiedza pozwala wykonawcy na podjęcie decyzji, o skorzystaniu ze środków ochrony prawnej, a następnie o zakresie podnoszonych w odwołaniu zarzutów i ich uzasadnieniu, a także co do dowodów wymaganych w postępowaniu odwoławczym dowodach, albowiem zgodnie z regułą wynikającą z art. 190 ust.1 ustawy Pzp: *„Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne”*.

Zdaniem Izby, w niniejszej sprawie wykonawca Erbud miał zagwarantowane prawo do obiektywnego zweryfikowania decyzji Zamawiającego, co do podstaw faktycznych odrzucenia jego oferty.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp i art. 90 ust. 3 Pzp i w zw. z tymi przepisami art. 7 ust.1 tej ustawy, wnoszący odwołanie Erbud oparł na twierdzeniu nieuzasadnionego przyjęcia przez Zamawiającego, że oferta wykonawcy zawiera rażąco niską cenę oraz na nieuzasadnionym przyjęciu, że wyjaśnienia złożone przez niego nie wyjaśniają w sposób wystarczający, że zaoferowana przez niego cena, w tym w zakresie pozycji z Tabeli Elementów Scalonych [TES], nie jest rażąco niska.

Rozpoznając te zarzuty, Izba ustaliła, że odwołanie dotyczy następujących pozycji z Tabeli Elementów Scalonych oznaczonych w Opinii biegłego [Rzeczoznawcy] z dnia

12.12.2016 r. powołanej w decyzji z dnia 30.12.2016 r. o odrzuceniu oferty wykonawcy ERBUD oznaczonych w tej Opinii, jako: Ad1. Roboty rozbiórkowe, Ad 3. Roboty murowe, Ad 5. Tynki, suche tynki i sufity podwieszane, Ad 6. Malowanie, Ad 8. Remont dachu i nowe pokrycie, Ad 9. Elewacje i ślusarka aluminiowa, Ad 14. Remont basenu, Ad 15. Wyposażenie, Ad 18. Instalacje elektryczne wewnętrzne, Ad 22. Instalacja gazów medycznych, Ad 23. Remont stacji trafo oraz Ad 24. Remont infrastruktury technicznej. Tym odwołaniem objęto także pozycję Ad.19. Instalacje słaboprądowe poz. 101 TES oraz pozycję Ad 21. Instalacja wentylacji mechanicznej i klimatyzacji. To oznacza, że to odwołanie nie obejmuje wskazanych przez Zamawiającego w piśmie z dnia 30.12.2016 r. pozycji, a mianowicie: 4. *Podkłady i posadzki*, 11. *Szczegóły SI - S8*, 13. *Stolarka*, 16. *Remont nawierzchni, balustrad betonowych i zagospodarowanie patia [Ad 17 według opinii]*. Natomiast zarzuty skierowano dodatkowo do ustaleń Opinii w zakresie pozycji 19 i 21.

Rozpoznając pierwszą z pozycji – Roboty rozbiórkowe – Izba w pierwszej kolejności zwraca uwagę na postanowienie specyfikacji w jej punkcie 15.1 zdanie przedostatnie: *„Wykonawca nie może samodzielnie wprowadzić zmian do przedmiarów. Wszystkie błędy dostrzeżone w dokumentacji projektowej, Wykonawca winien zgłosić Zamawiającemu przed terminem składania ofert w trybie art. 38 ustawy.”* Z kolei zgodnie z punktem 3.2.siwz taka akceptacja nie była wymagana tylko *„W przypadku uznania przez Wykonawcę konieczności wykonywania robót nieobjętych przedmiarem robót a niezbędnych dla realizacji zamówienia Wykonawca powinien uzupełnić tabele elementów scalonych o powyższe prace.”*

Wykonawca kalkulując tę pozycję naruszył postanowienie punktu 15.1 specyfikacji, albowiem jak przyznał w wyjaśnieniach i w toku rozprawy oparta ona została na przedmiarach nie adekwatnych dla tej pozycji określonych przez Zamawiającego, co powodowało przyjęcie w miejsce kalkulowanych przez projektanta 30 tys. roboczogodzin tylko 10 tys. roboczogodzin, bez uwiarygodnienia tych ilości w kalkulacji m.in. co do uzasadnionego sposobu obliczania takiej ilości godzin, nie przedstawiając koncepcji organizacji prac, w dostosowaniu do konieczności zapewnienia pracy szpitala w segmentach, które muszą być remontowane w określonej kolejności. Także brak w wyjaśnieniach informacji, co do technologii i związanych z tym kosztów prowadzenia prac wyburzeniowych i rozbiórkowych, wykluczającej narażenie szpitala na turbulencje związane z prowadzonymi pracami. Izba na marginesie zauważa, że powyższa okoliczność powoduje także niezgodność treści oferty dla tej pozycji ze specyfikacją, a także błąd w obliczeniu ceny – podobnie w przypadku innych pozycji, których wycena oparta została na podobnych wadliwych założeniach powodujących obniżenie ilości w stosunku do wymaganych w przedmiarach - a w konsekwencji zaniżenie ceny elementu, skutkującym istotnym wpływem na cenę całkowitą tego przedmiotu zamówienia

potwierdzonym wyjaśnieniami co do rażąco niskiej ceny. Ta pozycja – jak wskazano w opinii - została niedoszacowana na kwotę co najmniej 420 tys. zł. Nieuprawnione było tym samym, w przypadku innych pozycji, jak w przypadku remontu basenu – poz. 14 TES – wskazywanie, że w tej cenie zostały ujęte także inne roboty rozbiórkowe, aniżeli wchodzące w zakres: Architektura i konstrukcja.

Odnosnie Robót murowych z pozycji 3, Izba w pierwszej kolejności wskazuje na postanowienie punktu 3.2. specyfikacji zgodnie z którym: *„Jeżeli dokumentacja projektowa lub specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót wskazywałaby w odniesieniu do niektórych materiałów i urządzeń znaki towarowe lub pochodzenie Zamawiający, zgodnie z art. 29 ust. 3 ustawy Pzp, dopuszcza „produkty” równoważne. Wszelkie produkty pochodzące od konkretnych producentów, określają minimalne parametry jakościowe i cechy użytkowe, jakim muszą odpowiadać materiały i urządzenia aby spełnić wymagania stawiane przez Zamawiającego i stanowią wyłącznie wzorzec jakościowy przedmiotu zamówienia. Operowanie przykładowymi nazwami producenta ma jedynie na celu doprecyzowanie poziomu oczekiwań Zamawiającego w stosunku do określonego rozwiązania. Posługiwanie się nazwami producentów /produktów/ ma wyłącznie charakter przykładowy. Zamawiający przy opisie przedmiotu zamówienia, wskazując oznaczenie konkretnego producenta (dostawcy) lub konkretny produkt, dopuszcza jednocześnie produkty równoważne o parametrach jakościowych cechach użytkowych, co najmniej na poziomie parametrów wskazanego produktu, uznając tym samym każdy produkt o wskazanych parametrach lub lepszych. W takiej sytuacji Zamawiający wymaga złożenia dokumentów uwiarygodniających te materiały lub urządzenia. Będą one podlegały ocenie autora dokumentacji projektowej, która to ocena będzie podstawą do podjęcia przez Zamawiającego decyzji o akceptacji „równoważników” lub odrzuceniu.”* Podobne postanowienie zawarto w siwz w jej punkcie 15.1 zdanie ostatnie w myśl którego: *„Tam, gdzie w dokumentacji projektowej lub przedmiarach, zostało wskazane pochodzenie (marka, znak towarowy, producent, dostawca) materiałów lub wskazane normy, o których mowa w art. 30 ust. 1-3 ustawy Pzp, Zamawiający dopuszcza oferowanie materiałów lub rozwiązań równoważnych pod względem parametrów technicznych, użytkowych oraz eksploatacyjnych pod warunkiem, że zagwarantują one realizację robót w zgodzie z wydanym pozwoleniem na budowę oraz zapewnią uzyskanie parametrów technicznych nie gorszych od założonych w niniejszej SIWZ”.* Udzielając wyjaśnień w zakresie ceny Odwołujący zatem powinien określić, jakie równoważne materiały będzie stosował, w stosunku do tych które zostały określone w dokumentacji. Izba zwraca uwagę, że sprawa KIO 717/16 dotyczyła jednej z pozycji – według Opinii – instalacji elektrycznych słaboprądowych [Ad 21], w której KIO wydała postanowienie o umorzeniu postępowania odwoławczego z uwagi na uwzględnienie odwołania przez Zamawiającego w całości i wobec braku sprzeciwu przystępujących po jego stronie wykonawców. Izba w tym

miejscu zwraca ponadto uwagę, że Zamawiający w załączniku nr 1 – „Zalecenia zamawiającego - uzupełnienie dokumentacji - należy wziąć pod uwagę przy sporządzaniu oferty” w części oznaczonej: „Uzupełnienie do projektu sieci strukturalnej, urządzeń aktywnych, KD, i Interkomów” podał: „W związku z posiadaną przez Zamawiającego architekturą sieciową firmy ExtremeNetworks (dawniej Enterasys Networks) Zamawiający podaje zamawiane niezbędne elementy aktywne używając nazewnictwa i numerów katalogowych urządzeń ww. firmy. Zamawiający dopuszcza dostawę elementów równoważnych o parametrach nie gorszych od niżej wymienionych tj. o takich samych parametrach technicznych i jakościowych oraz w identycznym stopniu zapewniających kompatybilność oraz jednorodność tego systemu (oraz jego jakość), jak w przypadku produktów tego samego producenta. W przypadku dostawy urządzeń równoważnych o parametrach nie gorszych od niżej wymienionych w ofercie elementów należy przewidzieć podłączenie z kontrolerami WiFi(Extreme Networks) i systemu zarządzania NetSight(Extreme Networks), Inventory Manager (Extreme Networks), Policy Manager(Extreme Networks), NAC (Extreme Networks). Udowodnienie tej równoważności, tj. pełnej kompatybilności oraz zgodności technicznych parametrów ilościowych i jakościowych jest obowiązkiem Wykonawcy, np. poprzez udokumentowanie tego faktu stosownym certyfikatem od producenta”. To oznacza, że w odniesieniu do tego elementu wykonawcy mogli, zdaniem Izby, spodziewać się w przypadku zastosowania innych równoważnych urządzeń żądania udokumentowania równoważności oferowanego rozwiązania wraz z ofertą. Z kolei udzielając wyjaśnień Odwołujący także, w tych przypadkach, gdy stosował równoważne produkty powinien wykazać z uwzględnieniem, jakich to produktów dokonywał kalkulacji. Brak informacji na ten temat upoważniała Biegłego, to stosowania cen w stosunku do produktów przykładowo wymienionych specyfikacją. Biegły w takim przypadku nie mógł zastosować w stosunku do cen katalogowych bonusów czy upustów, które przysługują – jak słusznie to zauważał sam Odwołujący – indywidualnemu wykonawcy i wynikają z relacji handlowych z danym dostawcą. Wobec powyższych ustaleń Izba stwierdza brak podstaw do kwestionowania ustaleń Biegłego zaniżenia tej pozycji na kwotę ca' 200 tys. zł.

Oдноśnie pozycji 4 - Podkłady i posadzki - Izba ponownie wskazuje, że ustalenia dla tej pozycji nie są objęte odwołaniem. Według ustaleń Biegłego wartość tej pozycji została zaniżona na kwotę blisko 1 mln zł. Biegły wskazał, że oferta firmy podwykonawczej nie obejmuje pełnego zakresu robót oraz cen materiałów, albowiem podwykonawca nie jest producentem tych, które zostały przewidziane dla realizacji zamówienia. W odwołaniu te okoliczności nie zostały zakwestionowane. W toku rozprawy wykonawca zapewniał, że nie jest możliwe takie zaniżenie wyceny tej pozycji. Izba zwraca uwagę, że zgodnie z regułą wynikającą z art. 192 ust. 6 ustawy Pzp: „Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu”. Na marginesie Izba tylko zauważa, że ze wskazywanych przez



Odwołującego podstaw ustalania ceny w zakresie tej pozycji nie wynika, aby w cenie dla tej pozycji ujęto wartość materiałów niezbędnych dla wykonania prac. Ponadto także przedmiary przyjęte dla wykładzin uwzględniają mniejsze ilości, aniżeli wymagane dla tej pozycji przez Zamawiającego w dokumentacji projektowej. Izba stwierdza także, że wobec punktu 15.1 specyfikacji Biegły nie mógł weryfikować tych przedmiarów, podobnie jak w innych pozycjach, czego żąda w odwołaniu wykonawca.

Oдноśnie pozycji 5 – Tynki, suche tynki, sufity podwieszane – Izba stwierdza, że użyte w opinii pojęcie „Niedoszacowanie w tym elemencie wynika z drastycznie zaniżonych cen, głównie na gładzi” nie zostało wyjaśnione na czym miało polegać „drastyczne zniżenie cen” zwłaszcza, że jak wskazywał Odwołujący wyliczona przez Rzecznawcę cena dla tej pozycji jest wyższa niż średnia cena z ofert pozostałych. Jednocześnie Izba stwierdza, że ustalenie w opinii zniżenia przez wykonawcę Erbud ilości w segmencie K dla poz. 21 [ w miejsce 1 m2 powinno być 251,93 m2] nie zostało przez Odwołującego zakwestionowane w odwołaniu. Jednakże, zdaniem Izby, ustalenia dla tej pozycji nie potwierdzają jakiej kwoty stwierdzone „niedoszacowanie” dotyczy.

Oдноśnie pozycji 6 – Malowanie – Izba stwierdza, że tezę o minimalnym koszcie wykonania tych prac w kwocie 1.058.734 zł oparto na cenach materiałów z oferty skierowanej do wykonawcy Chemobudowa. Jednocześnie Izba stwierdza, że z oferty podwykonawcy prac podanego przez wykonawcę Erbud wynika, że dotyczy ona dwóch kategorii prac, a mianowicie: wykonanie tapetowania ścian tapetą z włókna szklanego [kwota: 381.200 zł] oraz dwukrotne malowanie ścian i sufitów [kwota 502.046 zł]. W łącznej kwocie zatem nie wyspecyfikowano ceny materiałów jak i dwukrotnego gruntowania podłoża. Uwzględniając zatem tylko koszt materiałów według oferty skierowanej do wykonawcy Erbud [załącznik nr 29 do wyjaśnień tego wykonawcy z dnia 9.09.2016 r.] - koszt łączny tych prac nie został doszacowany na kwotę ca' 440 tys. zł.

Oдноśnie pozycji 8 – Remont dachu i nowe pokrycie – Izba przede wszystkim stwierdza, że w tej Opinii wskazano przede wszystkim na pominięcie w kalkulacji pozycji 38: Rozebranie pokrycia dachowego z blachy nie nadającej się do użytku w ilości 1.589,69 m2. Wykonawca w odwołaniu skupił się na kwestionowaniu kosztu wykonania pokrycia z membrany PCV, kwestionując przyjętą przez Rzecznawcę w cenie ca'80 zł/m2, nie odnosząc się do pominiętej pozycji 38 [jak i innych nie uwzględnionych pozycji z prac rozbiórkowych] oraz wskazując na cenę od 15 do 35 zł za m2 nie podając jednocześnie, jaką cenę zastosował. Stąd twierdzenia Rzecznawcy o niedoszacowaniu w tej pozycji wartości prac na kwotę ca' 270 tys. zł nie zostały przez wykonawcę podważone i tym samym argumentacja Odwołującego nie mogła być przez Izbę uwzględniona.

Oдноśnie pozycji 9 – Elewacja i ślusarka aluminiowa A38-A53 – Odwołujący kwestionując ustalenia Biegłego skupił się na drugorzędnych argumentach związanych z

doświadczeniem podwykonawcy, nie odnosząc się do ustaleń merytorycznych opinii. W tym przypadku rzeczoznawca przede wszystkim wskazał, jakich prac nie ujęto w wycenie podwykonawcy na łączną kwotę 1.127.297 zł. Izba zwraca uwagę, że we wnioskach końcowych w pkt 7 Biegły stwierdził, że pominięta została wycena okładzin elewacyjnych z paneli ALUCOBOND, na wartość ok 1,00 mln zł. netto. Wykonawca w wyjaśnieniach nie odniósł się do tej kwestii.

W zakresie pozycji 11 i 13 – ustalenia według opinii nie zostały objęte odwołaniem. Izba zwraca uwagę, że łączny koszt dla tych prac odpowiadających wymaganiom jakościowym i co do poziomu oczekiwanego standardu według Biegłego to kwota ca'15 tys. zł, co szczególnie wobec opinii biegłego o rażąco niskiej cenie dla poz. 11(szczegóły S1-S8) w kontekście wartości tej inwestycji [w mln zł] trudno uznać za trafny wniosek.

Odnosnie pozycji 14 – Remont basenu – Biegły stwierdził brak wyceny 16 z 40 pozycji, które biegły oszacował na kwotę ca' 398 tys. zł. Odwołujący w odwołaniu nie kwestionował okoliczności braku wyceny dla podanych pozycji [zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, ale dla konkurujących wykonawców], wskazując tylko na brak poparcie dla zastosowanych wartości przez rzeczoznawcę.

Odnosnie pozycji 15 – Wyposażenie – Biegły wskazał, że ceny przedstawione w kalkulacjach przez wykonawcę Erbud nie poparte zostały żadnymi dokumentami. Izba przede wszystkim stwierdza, że nawet w postępowaniu dowodowym przed Izba wykonawca twierdził, że nie jest obowiązany do ich podania, wskazując na wydane postanowienie w sprawie o sygn. akt.: KIO 717 /16. Izba ponownie wskazuje na postanowienia specyfikacji w jej punkcie 3.2 oraz pkt 15.1 i podkreśla, że postanowienie w sprawie KIO 717 /16 związane było z poz. 19 dotyczącą Instalacji elektrycznych słaboprądowych i nie było wynikiem merytorycznego rozpoznania wniesionego odwołania, lecz skutkiem jego uwzględnienia przez Zamawiającego. Zdaniem Izby kalkulując cenę dla tej pozycji, [podobnie jak i do innych], chociażby celem jej uwiarygodnienia, wykonawca nie mógł uchylać się od wskazania oferowanych urządzeń oraz od zaprezentowania możliwych do uzyskania przez niego rabatów. Wobec braku takich informacji Biegły – jak już Izba wskazywała - miał prawo dla oceny tej pozycji uwzględniać ceny katalogowe ze standardowymi rabatami dostępnymi każdemu z wykonawców dla urządzeń przykładowo wskazanych w dokumentacji projektowej. Stąd twierdzenia Rzeczoznawcy o niedoszacowaniu w tej pozycji wartości prac na kwotę ca' 240 tys. zł nie zostały przez wykonawcę podważone.

Odnosnie pozycji 16 i 17 także nie objętych odwołaniem Biegły stwierdził nie doszacowanie na łączną kwotę 295 tys. zł. W odniesieniu do pozycji 17, dotyczącej patio, Izba

zwraca uwagę, że w przedmiarach wymagano, aby prace były wykonywane ręcznie i takich prac miała dokonywać wycena z uwagi na to, że jest to przede wszystkim wewnętrzny element położony między budynkami szpitala, zatem brak jest możliwości prac z użyciem ciężkiego sprzętu, jak dowodził na rozprawie wykonawca. Tym samym kwotę 295 tys. zł dla oceny jej wpływu na końcową cenę tej inwestycji należy uznać za istotną.

Odnośnie pozycji 18 – Instalacje elektryczne wewnętrzne – Biegły nie kwestionuje podanej ceny. Wyraża tylko wątpliwości co do miarodajności tej ceny w kontekście zastrzeżeń podwykonawcy w tym co do możliwości jej zmiany oraz, że podane ceny obowiązują w przypadku zlecenia całego zakresu prac takich jak stacje trafo i oświetlenie zewnętrzne, których to prac także dotyczy jego oferta. Izba zwraca dodatkowo uwagę, że Biegły nie ustalił aby wskazywany podwykonawca korzystał z wymienionego dostawcy kabli, którego oferta nie obejmuje wszystkich pozycji materiałowych. Stąd wnioski kluczowe wynikające z ustaleń w opinii dla tej pozycji o niedoszacowaniu tej pozycji na kwotę ca'160 tys. zł nie zostały poparte zasługującą na uwzględnienie argumentacją.

Odnośnie pozycji 22 – Instalacja gazów medycznych – Biegły nie formułuje żadnych wniosków, co do niedoszacowania tej pozycji w kontekście rażąco niskiej ceny. Wskazuje przede wszystkim tylko na różnice cenowe w ofercie Erbud w kontekście średnich cen dla tej pozycji, oraz na różnice w cenach ofert podwykonawców i na wygaśnięcie tych ofert. Także na deklarowane 2 letnie gwarancje w kontekście gwarancji 8 letniej deklarowanej przez wykonawcę Erbud.

Odnośnie pozycji 23 – Stacja trafo – Biegły wskazał przede wszystkim na niską kwotę wyceny dla poz. Nr 9 „Tymczasowa stacja transformatorowa” na kwotę 16.500 zł w ofercie podwykonawcy w ramach kwoty 790 tys. zł, zaznaczając że te koszty powinny oscylować w kwocie pomiędzy 500.000 - 600.000zł. W odwołaniu wykonawca dyskwalifikuje te wnioski wskazując intencjonalnie zdaniem Izby na takie twierdzenia jak: „całość jest trudna do oszacowania” ze względu na ich specyfikę związaną z pracą na czynnym obiekcie oraz nie wiedząc kiedy i na jaki okres mają być wykonywane. W opinii w zakresie tej pozycji biegły bowiem stwierdził: *„Tymczasowa stacja transformatorowa” została wyceniona na 16.500,00 zł. Jest to kwotą znacząco odbiegającą od realnych kosztów z n/w powodów. Zgodnie z wymaganiami Inwestora zachowanie ciągłości zasilania jest kwestią niezbędną, zatem oferta musi uwzględniać koncepcję tymczasowego zasilania. Realizacja tymczasowego zasilania niesie za sobą; konieczność wykonania projektu, uzyskania niezbędnych pozwoleń i akceptacji. W kwocie 16.500 zł. może zawierać się co najwyżej szacunek robót projektowych. Całość realizacji tegoż zakresu jest trudna do oszacowania ze względu na to, że prace będą realizowane w stacji czynnej czynnego obiektu szpitalnego, zatem prawdopodobne jest wykorzystanie i dla tymczasowego zasilania kontenerowej stacji transformatorowej, która,*

*zapewni ciągłość zasilania do czasu zakończenia remontu pomieszczeń istniejącej stacji. Koszty stacji zależą od mocy jakie należy zapewnić dla określonych odbiorów, biorąc pod uwagę charakter obiektu oraz konieczność poprowadzenia nowych tymczasowych odcinków kabli miedzianych o dużych przekrojach po innych trasach, koszty takiej realizacji w poz. 9 powinny, oscylować w kwocie między 500.000 – 600.000 zł. Ponadto Izba zgodziła się z Zamawiającym, że oferta podwykonawcy odnosi się do transformatora o mocy 250 KvA w miejsce dwóch transformatorów o mocy 630kVA jak również do czasu dzierżawy stacji nieadekwatnego do wymaganego. Niewątpliwie na ostateczny koszt związany z tymczasowym zasilaniem będą miały wpływ – jak podnosił rzeczoznawca – takie czynniki jak czas pracy tymczasowej stacji, także poprowadzenie nowych tymczasowych odcinków kabli miedzianych o dużych przekrojach po innych trasach. Punktem odniesienia dla oceny mogły być jak wskazał Zamawiający roboty realizowane w 2013 r. w zakresie remontu budynków B oraz C i związany z tym koszt tymczasowej stacji na kwotę brutto ca'190 tys. zł. Zdaniem Izby wskazywany koszt na dolnym poziomie 500 tys. zł nie został przez Odwołującego skutecznie podważony.*

Odnośnie pozycji 24 –Remont infrastruktury technicznej, drogowej i małej architektury – wykonawca Erbud powołał się na składane wyjaśnienia twierdząc, że opinia nie przedstawia argumentów podważających te wyjaśnienia. Z kolei w opinii Biegły podał, że wykonawca w ramach wyjaśnień przedłożył wyłącznie kosztorys bez innego dokumentu potwierdzającego założone ceny, które w niektórych pozycjach występujących w różnych obiektach są wycenione na zróżnicowanym poziomie, a „*wahnięcia wynoszą do 100 krotności*”. Izba zwraca uwagę na punkt 10 wniosków końcowych, w którym Rzeczoznawca wskazuje na zastosowanie diametralnie różnych cen, co do konkretnych pozycji i brak wyjaśnień, czym było to uzasadnione i tym samym nie można nie zgodzić się z oceną biegłego dla tej pozycji, że: „*Taki sposób prezentacji cen może świadczyć o braku rzetelnej wyceny zakresu rzeczowego będącego przedmiotem przetargu i dostosowywaniu cenna potrzeby wyjaśnień w całkowitym oderwaniu od realiów rynkowych*”.

Odnośnie pozycji 19 – Instalacje elektryczne słaboprądowe - Izba stwierdza, że ta pozycja niewątpliwie nie została wymieniona w piśmie Zamawiającego z dnia 30.12.2016 r. zawierającym decyzję o odrzuceniu oferty wykonawcy Erbud. Jednakże wykonawca słusznie ustalenia, co do tej pozycji także objął odwołaniem. Z tej decyzji wynika bowiem, że podstawą jej stanowi opinia biegłego, który z kolei co do tej pozycji (str 25) stwierdził: „*Jest to element, w którym występuje największa różnica kwotowa w stosunku do cen wszystkich pozostałych oferentów, a zarazem dla Zamawiającego wiarygodność zaproponowanej przez Wykonawcę ceny w tym elemencie jest bardzo ważna, albowiem projektowane systemy muszą być kompatybilne, jak też musi być zachowana jednorodność tego systemu z już pracującymi w szpitalu, na co Zamawiający jednoznacznie wskazywał w załączniku nr 1 do SIWZ „Zalecenia*

*Zamawiającego - uzupełnienie dokumentacji. Należy wziąć pod uwagę przy sporządzaniu oferty". Ta różnica kwotowa to niedoszacowanie tego elementu na kwotę ok. 3 mln zł. To niedoszacowanie jest przede wszystkim skutkiem zastosowania innej łącznej długości kabla do realizacji sieci strukturalnych. Jak udowodniał na rozprawie i na co wskazywał w składanych dotychczas wyjaśnieniach dokonał weryfikacji dokumentacji projektowej i w wyniku tego stwierdził, że do prawidłowego wykonania Instalacji wymagane jest zastosowanie 53 tys. m kabla S/FTP Cat. 7A LSZH 1200 MHz, w miejsce 112.630 m według przedmiarów. W tych wyjaśnieniach wskazywał także na bezcelowość badania i odnoszenia ceny oferty do wartości przedmiarów przekazanych wykonawcom [tak w piśmie z dnia 23.06.2016 r. - pkt 2.16 i 2.17.]. Izba podkreśla, że taka zmiana zgodnie z pkt 15.1 specyfikacji była dopuszczalna przed złożeniem oferty po uprzedniej akceptacji przez Zamawiającego. Odnośnie równoważności systemu i hipotez Odwołującego, co do oferowanego przez nie okablowania strukturalnego Izba ponownie zwraca uwagę na postanowienia załącznik nr 1 – „Zalecenia zamawiającego - uzupełnienie dokumentacji - należy wziąć pod uwagę przy sporządzaniu oferty” w części oznaczonej: „Uzupełnienie do projektu sieci strukturalnej, urządzeń aktywnych, KD, i Interkomów” zgodnie z którym zamawiający podał: „W związku z posiadaną przez Zamawiającego architekturą sieciową firmy ExtremeNetworks (dawniej Enterasys Networks) Zamawiający podaje zamawiane niezbędne elementy aktywne używając nazewnictwa i numerów katalogowych urządzeń ww. firmy. Zamawiający dopuszcza dostawę elementów równoważnych o parametrach nie gorszych od niżej wymienionych tj. o takich samych parametrach technicznych i jakościowych oraz w identycznym stopniu zapewniających kompatybilność oraz jednorodność tego systemu (oraz jego jakość), jak w przypadku produktów tego samego producenta. W przypadku dostawy urządzeń równoważnych o parametrach nie gorszych od niżej wymienionych w ofercie elementów należy przewidzieć podłączenie z kontrolerami WiFi(Extreme Networks) i systemu zarządzania NetSight(Extreme Networks), Inventory Manager (Extreme Networks), Policy Manager(Extreme Networks), NAC (Extreme Networks). Udowodnienie tej równoważności, tj. pełnej kompatybilności oraz zgodności technicznych parametrów ilościowych i jakościowych jest obowiązkiem Wykonawcy, np. poprzez udokumentowanie tego faktu stosownym certyfikatem od producenta.” Izba, w tym miejscu podkreśla, że nawet gdyby przyjąć dyskusyjność postanowień punktu 3.2 i 15.1 specyfikacji, na którym etapie [złożenia oferty czy realizacji] należy wykazać równoważność zastosowanych elementów do tych wymienionych przykładowo, to w odniesieniu do tej pozycji legitymowanie oferowanych sieci, co do ich równoważności, stosownymi certyfikatami, zgodnie z tym załącznikiem wraz ze złożoną ofertą. Jednocześnie Izba ponownie stwierdza, że brak informacji o zastosowanych równoważnych elementach w postępowaniu dowodowym w przedmiocie zastosowanej ceny, pozwalał na odniesienie analizowania jej kalkulacji do tych przykładowo podanych w dokumentacji.*

Odnosnie pozycji 21- Instalacja wentylacji mechanicznej i klimatyzacji – Izba zgodziła się, że wskazanie ponownie na punkt 21 [„jak w punkcie 21] nie stanowi żadnej oceny dla tej pozycji. Ponadto dla tej pozycji, jeżeli przyjąć odesłanie de facto do pozycji 20 – wnioski biegłego są pozytywne: (...) *zaproponowany przez podwykonawcę poziom kosztów jest realny*”.

Izba, za orzecznictwem KIO [przykładowo za wyrokiem z dnia w sprawie o sygn. KIO 2872/15 czy KIO 2062/16], chciałaby podkreślić, że przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nakłada na zamawiającego obowiązek wszczęcia procedury wyjaśniającej nie tylko w przypadku, w którym cena danej oferty jest niższa o 30% od wartości zamówienia, ale także gdy o taki wskaźnik jest niższa od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, oraz w każdym przypadku, w którym cena danej oferty wydaje się zamawiającemu rażąco niska i budzi wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia zgodnie z jego wymogami lub wymogami wynikającymi z odrębnych przepisów. W konsekwencji nie mogła odnieść skutku argumentacja Odwołującego dotycząca różnicy pomiędzy ceną jego oferty, a wartością zamówienia, którą Zamawiający ujawnił w protokole z daty otwarcia ofert [40 mln zł], a którą następnie powołując się na błędne podsumowanie elementów cenowych, weryfikował w toku postępowania odwoławczego do kwoty 60 mln zł. Izba dalej wskazuje, że badanie oferty pod kątem rażąco niskiej ceny jest dopuszczalne niezależnie od przyjętego przez zamawiającego modelu rozliczenia z wykonawcą należnego mu wynagrodzenia, ponieważ ograniczenie takie nie wynika z przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Niezależnie od modelu wynagrodzenia badaniu podlegają elementy oferty mające wpływ na wysokość ceny, co również wynika z treści przywołanego przepisu. Odwołujący wprawdzie trafnie argumentował, że ocenie podlegać powinna zasadniczo cena całkowita oferty, a nie jej poszczególne składowe, tym niemniej zaniżona wycena określonych elementów kalkulacji, nieznajdująca pokrycia w innych jej pozycjach, a jak w tym przypadku będąca przede wszystkim wynikiem samodzielnej [niedopuszczalnej specyfikacją] weryfikacji przedmiarów przez wykonawcę, co do wymaganych ilości, stanowić może podstawę odrzucenia oferty z uwagi na rażąco niską cenę. Kwestionowanie zasadności badania ceny oferty przy wynagrodzeniu ryczałtowym nie broni się nie tylko na gruncie przepisów Pzp, ale również w praktyce. Ryczałt – pomimo tego, że stanowi wynagrodzenie za całość robót niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia, niezależnie od ich rzeczywistych rozmiarów i kosztów (zob. art. 632 § 1 K.c.) – nie jest dla zamawiającego zabezpieczeniem przed zaoferowaniem mu rażąco niskiej ceny. Ma to miejsce chociażby w przypadkach, w których wykonawca kalkulując cenę oferty nie uwzględni w niej jakiegoś istotnego dla wykonania zamówienia elementu, co zostanie ujawnione, przykładowo, na etapie składania wyjaśnień. Zdaniem Izby, jest rzeczą oczywistą, że także w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego można oczekiwać, że wykonawca, będący profesjonalnym uczestnikiem obrotu gospodarczego, dysponować będzie założeniami i kalkulacjami

oferowanej ceny jeszcze przed przystąpieniem do ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego. W razie powzięcia przez zamawiającego wątpliwości, co do jej wysokości będą one następnie wykorzystane w procedurze przewidzianej przepisem art. 90 ustawy Pzp i powinny przekładać się na czytelność, spójność i rzetelność składanych wyjaśnień. Wykonawca, który takimi kalkulacjami nie dysponuje w ogóle, bądź którego kalkulacje nie posiadają wymienionych wcześniej cech, naraża się na odrzucenie oferty na podstawie przepisu art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe ustalenia Izba uznała, że decyzja zamawiającego o odrzuceniu oferty wykonawcy ERBUD na podstawie art. 89 ust.1 pkt 4 w związku z art. 90 ust.3 ustawy Pzp była zasadna. Z ustaleń Izby wynika bowiem, że koszty realizacyjne prac objętych zamówieniem zostały nie doszacowane na kwotę ponad 7 mln zł.

Izba stwierdza także, że ta decyzja nie pozostaje w sprzeczności z wyrokiem z dnia 7.11.2016 r. sygn. akt. KIO 2007/16, którym uwzględniając odwołanie Krajowa Izba nakazała „*dokonanie oceny wyjaśnień złożonych w postępowaniu w trybie art. 90 ust. 1 Pzp przez wykonawcę ERBUD S.A. w zakresie wykazania, że cena oferty tego wykonawcy nie jest ceną rażąco niską*”. Zatem tym wyrokiem Izba nie przesądziła, że oferta Odwołującego nie zawiera rażąco niskiej ceny. Także, jak już wskazano powyżej, zlecenie opinii zespołowi rzeczoznawców nie pozostawało w sprzeczności z tym rozstrzygnięciem. KIO w tym przypadku w jego uzasadnieniu wskazała na chronologię zdarzeń – podejmowanych czynności przez stronę zamawiającą i odwołującą - poczynawszy od 7 kwietnia 2016 r. do daty rozstrzygnięcia. Izba m.in. zwróciła uwagę, że (...) *co do zasady fakt, że cena za wykonanie przedmiotu zamówienia ma charakter ryczałtowy nie zwalnia wykonawcy z przedstawienia na żądanie Zamawiającego informacji co do sposobu kalkulacji ceny oferty, w celu wykazania, że zaoferowana cena jest realna i gwarantuje prawidłową realizację przedmiotu zamówienia*”. Izba w istocie krytycznie odniosła się do wezwania z 11 października 2016 r. stwierdzając, że w jej ocenie z treści wezwania z dnia 11 października 2016 r. wynika, że Zamawiający formułując to wezwanie nie dokonał pełnej i rzetelnej merytorycznej oceny złożonych przez Odwołującego wyjaśnień, gdyż nie przedstawił w wezwaniu konkretnych kwestii podlegających dalszemu wyjaśnieniu w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, a także stwierdziła, że (...) *W obecnym stanie faktycznym Zamawiający powinien dokonać merytorycznej oceny wyjaśnień złożonych przez Odwołującego w pełnym zakresie, przyjmując zarazem, że nie wszystkie szczegółowe żądania Zamawiającego zawarte w wezwaniu z dnia 11 października 2016 r. były uzasadnione (...)*”. Zatem sposób formułowania zapytań i procedury odwoławcze ujawniały, że Zamawiający w tym postępowaniu słusznie skorzystał z pomocy ekspertów dla oceny wyjaśnień składanych przez wykonawcę Erbud, albowiem nie udało mu się – jak wynika to z procedur odwoławczych

- sprostac merytorycznej ocenie zagadnień związanym z tym przedsiwzięciem. Tak jak wskazała Izba, zgodnie z art. 21 ust.4 ustawy Pzp, zamawiający moze powołać biegłego [z własnej inicjatywy lub na wniosek komisji przetargowej] na każdym etapie postępowania, w tym gdy dokonanie określonych czynności związanym z prowadzonym postępowaniem o udzielenie zamówienia wymaga wiadomości specjalnych. Niewątpliwie wykonawca Erbud jest profesjonalnym podmiotem realizującym znaczne inwestycje budowlane, i tym bardziej – chociażby w postępowaniu dowodowym przed Izbą nie powinien, chociażby ze względu na postanowienia specyfikacji - stosowane zdaniem Izby w nieumiejętny sposób przez samego Zamawiającego - zasłaniać się brakiem obowiązku dowodzenia, co do firmy której materiały lub urządzenia, czy systemy będą w konsekwencji zastosowane i które podlegają bądź będą podlegały akceptacji Zamawiającego. Składając wyjaśnienia wykonawca nie moze dowodzenia opierać na cenach w innych ofertach, powinien przede wszystkim wykazywać okoliczności, które uwzględniał kalkulując cenę w jego ofercie, szczególnie w sytuacji gdy nie kwestionował, co do zasady, wezwania skierowanego na podstawie art. 90 ust.1 ustawy Pzp. Izba zwraca także uwagę, że w postępowaniu odwoławczym przed KIO, obie strony, podobnie przystępujący, powinni siły i środki skupiać na aspektach merytorycznych, a nie na gromadzeniu orzecznictwa, a następnie jego wykorzystywaniu, jako kluczowego dowodu, w ramach postępowania dowodowego. Orzecznictwo – tak jak wiadomo – odnosi się do danego stanu faktycznego i moze być co najwyżej posiłkowo a nie wprost stosowane w innej sprawie.

Wobec powyższych ustaleń także zarzut naruszenie art. 91 ust. 1 Pzp oparty na twierdzeniu, że zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej nie podlega uwzględnieniu przez Izbę.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.



O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 i 2 oraz § 5 ust. 3 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 ze zm.).

.....