

WYROK

Warszawa, dnia 29 października 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Irmina Pawlik

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 października 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 października 2024 r. przez wykonawcę BUD-AN Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kaliszu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Kotlin

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy EKO-DBAJ Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Cielczy

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego BUD-AN Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kaliszu i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:.....

Uzasadnienie

Zamawiający Gmina Kotlin (dalej jako „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie podstawowym na roboty budowlane pn. „Rozbudowa i modernizacja sieci wodno-kanalizacyjnej wraz z urządzeniami peryferyjnymi w Gminie Kotlin” (nr postępowania: ZP.271.3.2024). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 12 lipca 2024 r. pod numerem 2024/BZP00411288/01. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm, dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza progów unijnych, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

W dniu 7 października 2024 r. wykonawca BUD-AN Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kaliszu (dalej jako „Odwołujący”) wniósł odwołanie wobec czynności odrzucenia jego oferty w ww. postępowaniu. Odwołujący zarzucił naruszenie przez Zamawiającego:

1. art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 223 ust. 1 w zw. z 223 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp przez odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia oraz zawierającej błąd w obliczeniu ceny oraz zmienionej w zakresie ceny jednostkowej w ramach wyjaśnień treści oferty, podczas gdy oferta ta jest zgodna z warunkami zamówienia oraz nie zawiera błędu w obliczeniu ceny oraz nie została zmieniona w zakresie ceny jednostkowej w ramach wyjaśnień treści oferty, a zatem nie podlega odrzuceniu, czego konsekwencją był nieprawidłowy wybór oferty wykonawcy EKO-DBAJ Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Cielczy (dalej jako „Przystępujący”) jako najkorzystniejszej;

2. art. 107 ust. 2 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 223 ust. 1 w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego w postaci kosztorysu ofertowego oraz odrzucenie jego oferty jako niezgodnej z warunkami zamówienia oraz zawierającej błąd w obliczeniu ceny oraz zmienionej w zakresie ceny jednostkowej w ramach wyjaśnień treści oferty, skoro Zamawiający uznał złożony przedmiotowy środek dowodowy w postaci kosztorysu ofertowego za niekompletny, zaś w rozdz. XI pkt 2 SWZ przewidziano wezwanie do uzupełnienia ww. dokumentu w przypadku jego niekompletności, czego konsekwencją był nieprawidłowy wybór oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, powtórzenia czynności badania i

oceny ofert, a w tym wezwania Odwołującego do uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego w postaci kosztorysu ofertowego, wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Zamawiający w dniu 18 października 2024 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W dniu 24 października 2024 r. pismo procesowe w sprawie złożył wykonawca EKO-DBAJ Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Cielczy, wnosząc o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, uwzględniając akta sprawy odwoławczej, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia zgłoszonego do postępowania odwoławczego po stornie Zamawiającego przez wykonawcę EKO-DBAJ Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Cielczy.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości na podstawie art. 528 ustawy Pzp.

Izba uznała, że Odwołujący, jako podmiot, który wnosząc odwołanie dąży do unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty, wykazał, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba rozstrzygając sprawę uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności SWZ, wezwanie skierowane do Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty oraz złożone przez wykonawcę wyjaśnienia, zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej i o odrzuceniu oferty Odwołującego. Izba ponadto dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentów załączonych do odwołania (tj. oferta handlowa firmy MARGO Marek Goliński, oferta cenowa firmy KAN-INVEST z 4 października 2024 r., oferta handlowa firmy RUREX Łódź) oraz złożonych na rozprawie (protokół odbioru wykonanych robót „Budowa zbiorczej sieci kanalizacji sanitarnej w Kurcewie, Budowa kanalizacji sanitarnej we wsi Orpiszewek Gmina Kotlin, Przebudowa infra. Wod.-kan. W Kotlinie z podziałem na IV części: część II – Budowa kanalizacji sanitarnej we wsi Orpiszewek Gmina Kotlin”, oferta cenowa firmy KAN-INVEST Mariusz Gocel z 22 października 2024 r., oferta cenowa firmy Hydro-Vacuum S.A. wraz z poświadczeniem dotyczącym współpracy z Odwołującym) na okoliczności wynikające z treści tych dokumentów, wskazane przez Odwołującego w odwołaniu oraz do protokołu rozprawy.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z Rozdziałem IV SWZ przedmiotem zamówienia jest realizacja zadania pn.: Rozbudowa i modernizacja sieci wodno – kanalizacyjnej wraz z urządzeniami peryferyjnymi w Gminie Kotlin. Zadanie składa się z następujących elementów:

Zamówienie podstawowe:

I element – Budowa stacji uzdatniania wody (SUW) w Kotlinie,

II element – Budowa sieci wodociągowej w Gminie Kotlin,

III element – Budowa sieci kanalizacyjnej w Gminie Kotlin,

IV element – Odwiert studni głębinowej w Kotlinie,

V element – Przebudowa urządzeń pomiarowych sieci wodociągowej wraz z oprogramowaniem,

VI element – Budowa zbiornika zasobowego wody na SUW w Wyszkach wraz z instalacją zasilania awaryjnego z agregatem prądotwórczym oraz odbudową studni.

oraz

Prawo opcji:

VII element – Budowa sieci wodociągowej w Gminie Kotlin, (ok. 1200m)

VIII element – Przebudowa urządzeń pomiarowych sieci wodociągowej wraz z oprogramowaniem (954 szt.)

III element tj. Budowa sieci kanalizacyjnej w Gminie Kotlin, polegać będzie:

1. W zakres zamówienia wchodzi wykonanie wszystkich niezbędnych prac dla prawidłowego funkcjonowania planowanej przebudowy dwóch przepompowni ścieków zlokalizowanych na działkach ewidencyjnych nr: 49 (ul. Powstańców Wielkopolskich - obręb Kotlin), 121 i 127 (Magnuszewice – obręb Magnuszewice, w ciągu ulicy W. Kasińskiego), gmina Kotlin, powiat jarociński, województwo wielkopolskie. Wykonawca jest zobowiązany wykonać wszystkie niezbędne opracowania projektowe wraz z koniecznymi opiniami i uzyskać w imieniu Zamawiającego niezbędne decyzje, pozwolenia, uzgodnienia lub opinie innych organów, a także inne dokumenty wymagane przepisami szczególnymi oraz zbudować i oddać do użytkowania planowane przepompownie ścieków.

Powyższe w formule zaprojektuj i wybuduj, zgodnie z Programem Funkcjonalno-Użytkowym (PFU), stanowiący Załącznik nr 10 do SWZ;

2. Zgodnie z wytycznymi inwestora projekt przewiduje: wykonanie sieci kanalizacji sanitarnej odcinkowo z rur PCV średnicy 225 mm i odcinkowo z rur HDPE 200 mm wraz wykonaniem 13 szt. przykanalików średnicy 160 mm zakończonych studnią rewizyjną – odbiorczą zlokalizowaną w ulicy Sławoszewskiej, bezpośrednio przy granicy poszczególnych działki budowlanej włączenie projektowanej sieci kanalizacyjnej do odbiornika, istniejącej gminnej sieci kanalizacyjnej, projektuje się w ulicy 15 Sierpnia, ponadto: a. projektowany zakres robót nie zmienia dotychczasowego oraz w części projektowanego zagospodarowania terenu, b. układ komunikacyjny istniejący wraz z projektowanym rozwiązaniem komunikacji o terenie, c. istniejące urządzenia podziemne bez zmian, d. ukształtowanie terenu bez zmian.

Powyższe zgodnie z dokumentacją projektową, stanowiącą Załącznik nr 10.1 do SWZ.

W Rozdziale XI pkt 1 SWZ Zamawiający wskazał, że w celu potwierdzenia spełnienia parametrów oferowanego sprzętu/materiałów /usług/robót budowlanych, określonych w SWZ, należy przedłożyć wraz ofertą kosztorys ofertowy elementów objętych dokumentacją projektową, tj.: „I element tj. Budowa stacji uzdatniania wody (SUW) w Kotlinie”, „II element tj. Budowa sieci wodociągowej w Gminie Kotlin”, „III element tj. Budowa sieci kanalizacyjnej w Gminie Kotlin” (dotyczącej budowy kanalizacji sanitarnej przy ul. Sławoszevska w Kotlinie). Zgodnie z pkt 2 jeżeli Wykonawca nie złożył przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne, Zamawiający wezwie w wyznaczonym terminie do ich złożenia lub uzupełnienia chyba, że pomimo złożenia przedmiotowych środków oferta podlega odrzuceniu albo zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

W Rozdziale XVI pkt 2 SWZ wskazano, że cena ofertowa brutto musi uwzględniać wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami oraz istotnymi postanowieniami umowy określonymi w niniejszej SWZ.

Wśród dokumentacji projektowej stanowiącej załącznik nr 10.1 do SWZ znajdował się kosztorys ofertowy „Budowa kanalizacji sanitarnej ulica Sławoszevska w Kotlinie” (wzór), z podaniem opisu pozycji, jednostek miary i ilości.

W postępowaniu wpłynęły dwie oferty: Odwołującego z ceną za zakres podstawowy 9 968 547,52 zł i Przystępującego z ceną za zakres podstawowy 10 498 674,23 zł. Odwołujący w ofercie za III element zamówienia wskazał cenę 649 217,57 zł netto (798 537,61 zł brutto). Identyczna cena została wskazana jako wartość kosztorysu „Budowa kanalizacji sanitarnej ulica Sławoszevska w Kotlinie”. W poz. 49 („Montaż kompletu przepompowni sieciowej średnica zbiornika polimerobetonowego 1500 mm głębokości 4,50 m wraz z kompletną armaturą i systemem elektronicznej kontroli zgodnym z systemem gminnym oraz podłączeniem do sieci grawitacyjnej i ciśnieniowej. Pompa typ TORH/81-1-200-S-W1 2,2kW szt.2. Rozruch pompownie wykonanie przyłącza wewnętrznego elektrycznego Próba szczelności”, 1 kpl.) wskazał cenę 120 000 zł netto. Przystępujący w ofercie za III element zamówienia wskazał cenę 908 997,62 zł netto (1 118 067,07 zł brutto), zaś w kosztorysie „Budowa kanalizacji sanitarnej ulica Sławoszevska w Kotlinie” wskazał wartość 528 747,62 zł netto. W poz. 49 Przystępujący wskazał cenę 74 826 zł netto.

Zamawiający pismem z dnia 20 września 2024 r. wezwał Odwołującego na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp do wyjaśnienia treści oferty. Zamawiający wskazał, że pojawiły się u niego uzasadnione wątpliwości odnośnie treści złożonej oferty. Wykonawca w III elemencie zakresu podstawowego złożył ofertę łączną na kwotę 649 217,57 zł netto. W zakres element III wchodzi: - wykonanie sieci kanalizacji sanitarnej; - przebudowa dwóch przepompowni ścieków zlokalizowanych na działkach ewidencyjnych nr: 49 (ul. Powstańców Wielkopolskich - obręb Kotlin), 121 i 127 (Magnuszewice – obręb Magnuszewice, w ciągu ulicy W. Kasińskiego). Wykonawca wraz z formularzem ofertowym złożył kosztorys dla wykonania sieci kanalizacji sanitarnej na kwotę 649 217,57 zł netto. Wobec tego Zamawiający poprosił o złożenie wyjaśnień:

1. Czy Wykonawca uwzględnił w ofercie (elemencie III) koszt przebudowy dwóch przepompowni ścieków zlokalizowanych na działkach ewidencyjnych nr: 49 (ul. Powstańców Wielkopolskich - obręb Kotlin), 121 i 127 (Magnuszewice – obręb Magnuszewice, w ciągu ulicy W. Kasińskiego), skoro złożony kosztorys na wykonanie sieci kanalizacji sanitarnej wyczerpuje całą oferowaną kwotę?
2. Jeżeli tak, to na jaką kwotę Wykonawca wycenił przebudowę dwóch przepompowni ścieków zlokalizowanych na działkach ewidencyjnych nr: 49 (ul. Powstańców Wielkopolskich - obręb Kotlin), 121 i 127 (Magnuszewice – obręb Magnuszewice, w ciągu ulicy W. Kasińskiego)?
3. Skoro Wykonawca nie uwzględnił w złożonym wraz z ofertą (element III) kosztorysie przebudowy przedmiotowych przepompowni, a wartość kosztorysu wyczerpuje całą oferowaną kwotę, to w jakim miejscu oferty uwzględnił przebudowę dwóch przepompowni ścieków zlokalizowanych na działkach ewidencyjnych nr: 49 (ul. Powstańców Wielkopolskich - obręb Kotlin), 121 i 127 (Magnuszewice – obręb Magnuszewice, w ciągu ulicy W. Kasińskiego)?

Jednocześnie Zamawiający poinformował, że zgodnie z art. 223 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w treści oferty z wyjątkiem poprawy omyłek, co zostało unormowane w art. 223 ust. 2 ustawy Pzp.

W odpowiedzi na wezwanie Odwołujący złożył wyjaśnienia, w których poinformował, że koszt związany z przebudową dwóch przepompowni ścieków zlokalizowanych na działkach ewidencyjnych nr: 49 (ul. Powstańców Wielkopolskich – obręb Kotlin), 121 i 127 (Magnuszewice – obręb Magnuszewice, w ciągu ulicy W. Kasińskiego) gmina Kotlin został uwzględniony w III elemencie – Budowa sieci kanalizacyjnej w Gminie Kotlin w oparciu o opis przedmiotu zamówienia. Wykonawca zgodnie z zapisami SWZ rozdział XI pkt. 1 przedłożył kosztorys ofertowy dla III elementu – Budowa sieci kanalizacyjnej w Gminie Kotlin na kwotę 798.537,61 zł brutto. Zgodnie z zapisem SWZ rozdział XI pkt. 2 „Jeżeli Wykonawca nie złożył przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne, Zamawiający wezwie w wyznaczonym terminie do ich złożenia lub uzupełnienia...” firma BUD-AN Sp. z o. o. przekłada ponownie kosztorys ofertowy a dokładnie kosztorys ofertowy z rozbitą pozycje nr 49, z którego wynikają ceny za wykonanie całości elementu III. Zgodnie z zapisem SWZ rozdział XVI pkt. 2 „Cena ofertowa brutto musi uwzględniać wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami oraz istotnymi postanowieniami umowy określonymi w niniejszej SWZ” oraz pkt. 3 „Cena podana w Formularzu Ofertowym jest ceną ostateczną, niepodlegającą negocjacji i wyczerpującą wszelkie należności Wykonawcy wobec Zamawiającego związane z realizacją przedmiotu zamówienia” firma BUD-AN Sp. z o. o. potwierdza że cena uwzględniona w formularzu ofertowym obejmuje całość przedmiotu zamówienia. Dodatkowo firma BUD-AN Sp. z o. o. otrzymała od dostawcy przepompowni ścieków ofertę na dostawę i montaż przepompowni ścieków, z których wynikają ceny za poszczególne elementy przepompowni ścieków. Istotę wynagrodzenia kosztorysowego definiuje w najbardziej zwięzły, ale uniwersalny sposób art. 629 k.c. Zgodnie z nim jest to wynagrodzenie ustalone w oparciu o zestawienie planowanych prac i przewidywanych kosztów. Ponieważ chodzi o prace planowane – stąd Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 30 lipca 2003r. (II CKN 361/01) wyraził stanowisko, że kosztorys powinien być sporządzony przed lub przy zawarciu umowy, a nie po jej wykonaniu. Wykonawca poprosił o uwzględnienie powyższej odpowiedzi w oparciu o załączoną rozbitą pozycję kosztorysowej nr 49 na skutek omyłki, która nie prowadzi do istotnych zmian w treści oferty. Nie każdy zatem „błąd” w zakresie kosztorysów powinien skutkować odrzuceniem oferty – należy dokładnie sprawdzić, czy jest możliwe poprawienie „błędu” jako omyłki, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp i na tej podstawie możliwe jest doprowadzenie do sytuacji, w której oferta wykonawcy będzie w całości zgodna z SWZ.

Do pisma załączono kosztorys dla poz. 49 z uzupełnieniem opisu robót na następujący:

„Montaż kompletu przepompowni sieciowej średnica zbiornika polimerobetonowego 1500 mm głębokości 4,50 m wraz z kompletną armaturą i systemem elektronicznej kontroli zgodnym z systemem gminnym oraz podłączeniem do sieci grawitacyjnej i ciśnieniowej. Pompa typ TORH/81-1-200-S-W1 2,2kW szt.2. Rozruch pompownie wykonanie przyłącza wewnętrznego elektrycznego. Próba szczelności 1.

Materiały

Montaż kompletu przepompowni sieciowej średnica zbiornika polimerobetonowego 1500 mm głębokości 4,50 m wraz z kompletną armaturą i systemem elektronicznej kontroli zgodnym z systemem gminnym oraz podłączeniem do sieci grawitacyjnej i ciśnieniowej. Pompa typ TORH/81-1-200-S-W1 2,2kW szt.2. Rozruch pompowni wykonanie przyłącza wewnętrznego elektrycznego, próba szczelności. Przebudowa pompowni ścieków w Kotlinie i Magnuszewicach.”
Odwołujący załączył do wyjaśnień także ofertę firmy PW MARGO.

Zamawiający pismem z 2 października 2024 r. zawiadomił wykonawców o wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej. Jednocześnie poinformował o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 i 10 ustawy Pzp oraz wskazał na art. 223 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający w uzasadnieniu faktycznym wskazał, że: 1) Wykonawca składając ofertę pominął w jej treści wycenę jednego z elementów składowych zadania; 2) W odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień Wykonawca dokonał zmiany zakresu przedmiotu zamówienia wprowadzając nowe pozycje w treści kosztorysu będącego elementem oferty. 3) Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień dokonał zmiany ceny jednostkowej elementów składowych zadania wobec złożonej pierwotnie oferty.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Przywołując na wstępie treść przepisów, których naruszenie zarzucono w odwołaniu, należy wskazać, że stosownie do:

–art. 107 ust. 2 ustawy Pzp: Jeżeli wykonawca nie złożył przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne, zamawiający wzywa do ich złożenia lub uzupełnienia w

wyznaczonym terminie, o ile przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia;

- art. 223 ust. 1 ustawy Pzp: W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści;
- art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp: Zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty - niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona;
- art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp: Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;
- art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp: Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu;
- art. 239 ust. 1 ustawy Pzp: Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Izba za bezzasadny uznała zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 223 ust. 1 w zw. z 223 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp (zarzut nr 1), uznając, że decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego była prawidłowa.

Izba stwierdziła, że z treści dokumentów zamówienia w sposób jednoznaczny wynikało, że zakresem Elementu III zamówienia objęto dwa zadania: po pierwsze wykonanie wszystkich niezbędnych prac dla prawidłowego funkcjonowania planowanej przebudowy dwóch przepompowni ścieków zlokalizowanych na działkach ewidencyjnych nr: 49 (ul. Powstańców Wielkopolskich - obręb Kotlin), 121 i 127 (Magnuszewice – obręb Magnuszewice, w ciągu ulicy W. Kasińskiego), które to roboty budowlane mają być realizowane w formule zaprojektuj i wybuduj (wykonawca ma wykonać niezbędne opracowania projektowe wraz z koniecznymi opiniami i uzyskać w imieniu Zamawiającego niezbędne decyzje, pozwolenia, uzgodnienia lub opinie innych organów, a także inne dokumenty wymagane przepisami szczególnymi oraz zbudować i oddać do użytkowania planowane przepompownie ścieków), a po drugie wykonanie sieci kanalizacji sanitarnej wraz wykonaniem 13 szt. przykanalików zakończonych studnią rewizyjną - odbiorczą zlokalizowaną w ulicy Sławoszewskiej, które to roboty budowlane należy wykonać zgodnie z załączoną do SWZ dokumentacją projektową.

Również jednoznacznie z dokumentów zamówienia (Rozdział XI pkt 1 SWZ) wynikało, że wykonawca miał wraz z ofertą złożyć kosztorys ofertowy elementów objętych dokumentacją projektową, w tym m.in. w zakresie Elementu III kosztorys ofertowy dotyczący budowy kanalizacji sanitarnej przy ul. Sławoszewskiej w Kotlinie. W ramach dokumentacji projektowej stanowiącej załącznik nr 10.1 do SWZ Zamawiający przekazał wykonawcom kosztorys „Budowa kanalizacji sanitarnej ulica Sławoszeńska w Kotlinie.” Z treści SWZ, jak i z samego tego dokumentu wprost wynikało, że odnosił się on jedynie do ww. zadania. Dokument ten nie obejmował prac związanych z zaprojektowaniem i wykonaniem przebudowy przepompowni przy ul. Powstańców Wielkopolskich w obrębie Kotlin i przy ul. Kasińskiego w obrębie Magnuszewice, co było logicznie uzasadnione, gdyż ten zakres prac został przewidziany do realizacji w formule projektuj i buduj i w tym zakresie Zamawiający opisał przedmiot zamówienia za pomocą programu funkcjonalno – użytkowego. W konsekwencji wykonawcy zobowiązani byli w ramach Elementu III wycenić po pierwsze prace związane z zaprojektowaniem i wykonaniem przebudowy tych dwóch przepompowni (w oparciu o PFU), a po drugie prace związane z budową kanalizacji sanitarnej przy ul. Sławoszewskiej w Kotlinie (w oparciu o dokumentację projektową i w tym zakresie składano kosztorys). W takiej sytuacji nie budzi wątpliwości okoliczność, że cena wskazana w formularzu ofertowym dla Elementu III powinna stanowić sumę cen za realizację obu ww. zakresów Elementu III.

Tymczasem Odwołujący w formularzu ofertowym dla Elementu III wskazał cenę 649 217,57 zł netto (798 537,61 zł brutto), tj. cenę tożsamą ze wskazaną jako wartość kosztorysu „Budowa kanalizacji sanitarnej ulica Sławoszeńska w Kotlinie”. Z oferty Odwołującego nie wynika, aby wykonawca ujął w cenie oferty dla Elementu III prace związane z zaprojektowaniem i wykonaniem przebudowy przepompowni przy ul. Powstańców Wielkopolskich w obrębie Kotlin i przy ul. Kasińskiego w obrębie Magnuszewice. W tym stanie rzeczy za prawidłowe należy uznać stanowisko Zamawiającego, że treść oferty Odwołującego wskazuje, że Odwołujący nie dokonał wyceny jednego z dwóch zakresów prac objętych przedmiotem zamówienia w Elementie III. Powyższe świadczy zarówno o niezgodności oferty Odwołującego z warunkami zamówienia, jak i o błędzie w obliczeniu ceny.

Izba wskazuje, że niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia zachodzi co do zasady wtedy, gdy zawartość merytoryczna oferty nie odpowiada ukształtowanym przez zamawiającego i zawartym w dokumentach zamówienia wymaganiom. Z sytuacją taką będziemy mieli do czynienia m.in. w przypadku, gdy oferta nie obejmuje swym zakresem pełnego przedmiotu zamówienia, wymaganego w świetle OPZ. Z kolei z błędem w obliczeniu ceny lub kosztu oferty będziemy mieli do czynienia w przypadku nieuwzględnienia bądź nieprawidłowego uwzględnienia w wyliczeniu

ceny lub kosztu wszystkich elementów kosztotwórczych. Błąd w obliczeniu ceny jest wynikiem błędnego rozpoznania stanu prawnego lub faktycznego przez wykonawcę i polega na przyjęciu niewłaściwych podstaw dokonywanej kalkulacji w świetle postanowień dokumentów zamówienia czy też przepisów prawa (tak m.in. wyrok KIO z dnia 18 grudnia 2023 r., sygn. akt KIO 3576/23).

W rozpoznawanej sprawie Odwołujący nieprawidłowo ustalił stan faktyczny i wymagania wynikające z dokumentów zamówienia, co doprowadziło do pominięcia w ofercie i w wycenie istotnego elementu przedmiotu zamówienia (jednego z dwóch zakresów prac objętych Elementem III). Na powyższą ocenę Izby nie wpływa treść złożonych przez Odwołującego w toku postępowania o udzielenie zamówienia wyjaśnień. Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego próbował wykazać, że dokonał wyceny spornego zakresu prac w poz. 49 kosztorysu ofertowego „Budowa kanalizacji sanitarnej ulica Sławoszevska w Kotlinie.” W ocenie Izby Zamawiający słusznie stwierdził, że stanowisko wykonawcy nie jest wiarygodne i zostało wykreowane na potrzeby składanych wyjaśnień, w celu ratowania oferty. W ww. kosztorys w sposób ewidentny dotyczył wyłącznie budowy kanalizacji sanitarnej przy ul. Sławoszevskiej w Kotlinie, zatem przyjęcie, że wykonawca ujął w nim elementy dotyczące całkowicie innych prac nie znajdowałoby logicznego uzasadnienia. Odwołujący składając wyjaśnienia żadnego racjonalnego uzasadnienia w tym zakresie nie przedstawił, co więcej podjęta w ramach wyjaśnień próba „rozszerzenia” opisu poz. 49 kosztorysu o dwie dodatkowe przepompownie jedynie potwierdza, że Odwołujący nie dochował należytej staranności podczas analizy dokumentów zamówienia, gdyż Element III nie obejmował swym zakresem jedynie przebudowy przepompowni przy ul. Powstańców Wielkopolskich w obrębie Kotlin i przy ul. Krasińskiego w obrębie Magnuszewic, ale również związane z tym prace projektowe, które w ramach wyjaśnień pominięto. Kosztów opracowania dokumentacji projektowej w zakresie przebudowy ww. dwóch przepompowni (zgodnie z SWZ wykonawca ma obowiązek wykonać wszystkie niezbędne opracowania projektowe wraz z koniecznymi opiniami i uzyskać w imieniu Zamawiającego niezbędne decyzje, pozwolenia, uzgodnienia lub opinie innych organów, a także inne dokumenty wymagane przepisami szczególnymi) nie uwzględnia również załączona do wyjaśnień oferta firmy PW MARGO. Wszystko powyższe powoduje, że nie sposób uznać za wiarygodne twierdzeń Odwołującego, że jego zamiarem było objęcie poz. 49 kosztorysu prac związanych z zaprojektowaniem i wykonaniem przebudowy przepompowni przy ul. Powstańców Wielkopolskich w obrębie Kotlin i przy ul. Krasińskiego w obrębie Magnuszewice. W konsekwencji nie wykazują stanowiska Odwołującego również dowody złożone przez Odwołującego w postępowaniu odwoławczym w postaci ofert handlowych. Dowody te zostały pozyskane na potrzeby postępowania odwoławczego, o czym świadczą ich daty. Za niemający znaczenia dla rozstrzygnięcia Izba uznała ponadto złożony przez Odwołującego dowód w postaci protokołu odbioru wykonanych robót dotyczących inwestycji „Budowa zbiorczej sieci kanalizacji sanitarnej w Kurcewie, Budowa kanalizacji sanitarnej we wsi Orpiszewek Gmina Kotlin, Przebudowa infra. Wod.-kan. W Kotlinie z podziałem na IV części: część II – Budowa kanalizacji sanitarnej we wsi Orpiszewek Gmina Kotlin”. Okoliczność, że Odwołujący zrealizował na rzecz Zamawiającego inne zamówienie, nie ma przełożenia na ocenę stanu faktycznego sprawy. Posiadanie doświadczenia w realizacji podobnych zamówień nie jest równoznaczne z tym, że wykonawca nie mógł popełnić błędu składając ofertę, w szczególności gdy błąd jest wynikiem przeoczenia czy niedostatecznej analizy dokumentów zamówienia.

Błąd Odwołującego, polegający na pominięciu w wycenie jednego z zakresów prac objętym przedmiotem zamówienia w ramach Elementu III, nie podlega konwalidacji, nie mieści się on w stypizowanym w art. 223 ust. 2 ustawy Pzp katalogu omyłek możliwych do poprawienia. Odwołujący wskazując na możliwość poprawienia jego oferty w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp zasadniczo nie przedstawił argumentacji przekonującej o tym, że mamy do czynienia z tzw. inną omyłką, o której mowa w ww. przepisie. Izba podkreśla, że ewentualne poprawienie omyłki nie może prowadzić do istotnej zmiany treści oferty. Jak wskazuje się w orzecznictwie o istotności zmiany treści oferty każdorazowo będą decydowały okoliczności konkretnej sprawy, tj. na ile zmiana oddaje pierwotny sens i znaczenie treści oferty, a na ile stanowi wytworzenie całkowicie nowego oświadczenia, odmiennego od złożonego przez wykonawcę w stopniu nakazującym uznać, że wykonawca nie złożyłby takiego oświadczenia, bowiem nie odzwierciedla ono jego intencji wyrażonych w poddawanej poprawie ofercie. Poprawienie omyłek w trybie przepisu art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie może prowadzić do dostosowania treści oferty do wymagań zamawiającego, wyartykułowanych w treści SWZ, czyli do rekonstrukcji oświadczenia woli wykonawcy na podstawie wymogów zamawiającego, choć oświadczenie woli zawarte w ofercie nie daje takich podstaw (por. m.in. wyrok Izby z dnia 19 sierpnia 2024 r., sygn. akt KIO 2585/24). Błąd Odwołującego był wynikiem niedochowania należytej staranności w procesie ofertowania, a treść złożonej oferty nie daje żadnych podstaw do uznania go za omyłkę. Co prawda zastosowanie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp może zostać poprzedzone wyjaśnieniami, niemniej wyjaśnienia te nie mogą być wykorzystywane jako narzędzie do zmiany czy dostosowania oferty do warunków zamówienia. Poprawienie błędu w ofercie Odwołującego czy też uwzględnienie wyjaśnień Odwołującego prowadziłoby do niedopuszczalnej zmiany treści oferty, doszłoby bowiem do uzupełnienia oferty o nieuwjęty w niej, niewyceniony pierwotnie, zakres zamówienia.

W tym stanie rzeczy brak jest podstaw do stwierdzenia, że Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego naruszył przepisy ustawy Pzp.

Za całkowicie bezzasadny Izba uznała zarzut naruszenia art. 107 ust. 2 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 223 ust. 1 w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp (zarzut nr 2) przez zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego w postaci kosztorysu ofertowego.

Abstrahując od tego, czy w okolicznościach stanu faktycznego sprawy niekompletny kosztorys ofertowy w ogóle mógłby podlegać uzupełnieniu w trybie przewidzianym w art. 107 ust. 2 ustawy Pzp, to odnosząc się do stanowiska Odwołującego należy wskazać, że nie mamy w sprawie do czynienia z sytuacją złożenia niekompletnego dokumentu. Jak wskazano powyżej, kosztorys ofertowy odnosił się wyłącznie do budowy kanalizacji sanitarnej przy ul. Sławoszewskiej w Kotlinie, a Odwołujący przedstawił w nim wszystkie wymagane przez Zamawiającego informacje. Sam Odwołujący podkreślał ten fakt w odwołaniu, wskazując, że złożony przez niego kosztorys był prawidłowy i obejmował całość prac związanych z budową kanalizacji sanitarnej przy ul. Sławoszewskiej w Kotlinie. Tylko w tym zakresie wymagane było złożenie kosztorysu, a zatem dokument ten był kompletny. Natomiast nie obejmował on i nie mógł obejmować prac związanych z zaprojektowaniem i wykonaniem przebudowy przepompowni przy ul. Powstańców Wielkopolskich w obrębie Kotlin i przy ul. Krasieńskiego w obrębie Magnuszewice. W konsekwencji nie byłoby uprawnione uzupełnienie tego dokumentu o wycenę prac projektowych i robót dotyczących przebudowy dwóch ww. przepompowni. Wniosek Odwołującego, że Zamawiający miałby wezwać go do uzupełnienia kosztorysu ofertowego „Budowa kanalizacji sanitarnej ulica Sławoszeńska w Kotlinie” w celu uzupełnienia go o wycenę prac związanych z zaprojektowaniem i wykonaniem przebudowy przepompowni przy ul. Powstańców Wielkopolskich w obrębie Kotlin i przy ul. Krasieńskiego w obrębie Magnuszewice jest w świetle treści dokumentów zamówienia pozbawiany jakichkolwiek podstaw.

Biorąc pod uwagę wszystko powyższe Izba stwierdziła, że odwołanie podlega oddaleniu w całości i na podstawie art. 553 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437). Z uwagi na oddalenie odwołania w całości Izba kosztami postępowania obciążyła Odwołującego.

Przewodnicząca:.....