

WYROK

Warszawa, dnia 10 stycznia 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Anna Osiecka-Baran

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 stycznia 2025 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 grudnia 2024 r. przez wykonawcę **Solar Square Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością siedzibą we Wrocławiu** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Fabianki** przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy **MT Plastics Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą z Sochaczewie**

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża **Odwołującego** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy)** uiszczoną przez **Odwołującego** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Odwołującego** na rzecz **Zamawiającego** kwotę **3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy)** tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wynagrodzeniem 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:.....

Sygn. akt KIO 4680/24

Uzasadnienie

Gmina Fabianki, dalej „Zamawiający”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie pn. *Budowa mikroinstalacji fotowoltaicznych na obiektach użyteczności publicznej Gminy Fabianki* w podziale na części. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r. poz. 1320 ze zm.), dalej „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 26 września 2024 r. pod numerem 2024/BZP 00434108/01.

W dniu 9 grudnia 2024 r. wykonawca Solar Square Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, dalej „Odwołujący”, wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 239 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp przez dokonanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej (we wszystkich częściach), podczas gdy oferta najwyższej oceniona przez Zamawiającego (i w konsekwencji – wybrana jako najkorzystniejsza) powinna podlegać odrzuceniu, a najwyższej powinna być oceniona oferta złożona przez Odwołującego;

2) art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp przez dokonanie czynności poprawienia innej omyłki w ofercie wykonawcy MT Plastics Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą z Sochaczewie, dalej „MT Plastics”, podczas gdy brak było podstaw do dokonania czynności poprawy omyłki w ofercie MT Plastics;

3) art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty MT Plastics, podczas gdy obowiązkiem Zamawiającego było dokonanie czynności odrzucenia oferty MT Plastics z uwagi na zaoferowanie ceny rażąco niskiej;

4) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty MT Plastics, podczas gdy oferta złożona przez MT Plastics powinna zostać odrzucona z uwagi na to, że jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu: czynności unieważnienia

czynności wyboru oferty najkorzystniejszej (we wszystkich częściach), dokonania czynności powrotu do badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu; dokonania czynności odrzucenia oferty złożonej przez MT Plastics (we wszystkich częściach).

Do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie przystąpił po stronie Zamawiającego wykonawca MT Plastics Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą z Sochaczewie, dalej „Przystępujący”.

Zamawiający pismem z dnia 2 stycznia 2025 r. złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Pismo procesowe złożył również Przystępujący, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie podlega oddaleniu.

Izba uwzględniła przy rozpoznaniu odwołania dokumentację postępowania, w szczególności: specyfikację warunków zamówienia, ofertę Przystępującego, korespondencję Przystępującego z Zamawiającym, informację o wyborze oferty najkorzystniejszej. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, a także oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 8 stycznia 2025 r.

Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest budowa mikroinstalacji fotowoltaicznych na obiektach użyteczności publicznej Gminy Fabianki w podziale na części.

Stosownie do pkt. 4.2.10 ogłoszeni o zamówieniu *Okres realizacji zamówienia albo umowy ramowej: 3 miesiące.*

Jak stanowi Rozdział 1 §4 specyfikacji warunków zamówienia, dalej „SWZ”, *Termin wykonania zamówienia: 3 miesiące od daty podpisania umowy.*

Zgodnie z §3 ust. 1 wzoru umowy *WYKONAWCA zobowiązuje się wykonać całkowity zakres objętych niniejszą umową w nieprzekraczalnym terminie r.*

Stosownie do pkt 1 lit. b) (dotyczy części I) formularza ofertowego, stanowiącego załącznik nr 1 do SWZ, wykonawca oświadczał, że *Oferujemy wykonanie robót budowlanych na następujących zasadach: termin wykonania zamówienia 3 miesiące od daty podpisania umowy.* Jak stanowi pkt 2 lit. b) (dotyczy części II) formularza ofertowego, wykonawca oświadczał, że *Oferujemy wykonanie robót budowlanych na następujących zasadach: termin wykonania zamówienia 7 miesięcy od daty podpisania umowy.*

Pismem z dnia 31 lipca 2024 r. Zamawiający wskazał, że popełnił omyłkę we wzorze formularza ofertowego i wskazał termin 7 miesięcy, zamiast 3 miesiące w zakresie części II oraz udostępnił zmodyfikowany formularz ofertowy.

Izba ustaliła, że Przystępujący wskazał w formularzu ofertowym dla części I: *termin wykonania zamówienia 3 miesiące od daty podpisania umowy*, dla części II: *termin wykonania zamówienia 7 miesięcy od daty podpisania umowy.*

Podobnie formularz ofertowy w zakresie części II został wypełniony przez 16 wykonawców (łącznie złożono 25 ofert).

Zamawiający poprawił formularze ofertowe wykonawców w zakresie części II na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp z 7 miesięcy na 3 miesiące.

W dniu 3 grudnia 2024 r. Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego.

Uwzględniając powyższe, Izba zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

W drugiej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonych w odwołaniu czynności.

Dalej, Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 554 ust. 1 ustawy Pzp, rozpoznawane odwołanie podlegało oddaleniu.

Odwołujący podnosił, że Zamawiający bezpodstawnie dokonał czynności poprawienia innej omyłki w ofercie Przystępującego.

Z powyższym nie sposób się zgodzić. Wpisany w treści formularza ofertowego przez Przystępującego termin wykonania zamówienia 7 miesięcy od daty podpisania umowy, zamiast terminu 3 miesiące stanowi omyłkę, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym 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.

W niniejszej sprawie istotne znaczenie ma sposób, w jaki doszło do popełnienia omyłki. Wpisanie niewłaściwej daty wynikało z wypełnienia przez Przystępującego pierwotnego formularza oferty.

W niniejszym postępowaniu trudno byłoby uznać, aby wykonawca zamierzał zrealizować zamówienie w innym terminie. Tym bardziej, że termin realizacji zamówienia został przez Zamawiającego jednoznacznie określony w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SWZ. Rolą wykonawcy było jedynie zaakceptować termin. Nie jest zatem tak, że wykonawcy byli zobowiązani określić samodzielnie termin realizacji. Całokształt okoliczności w niniejszym postępowaniu wskazuje, że zamiarem Przystępującego było zobowiązanie się do wykonania zamówienia w terminie określonym w SWZ.

Należy także podkreślić, że treść oferty Przystępującego zawierała również oświadczenia wykonawcy stanowiące zobowiązanie do zrealizowania zamówienia zgodnie z wymaganiami SWZ. Wykonawca oświadczył, że zapoznał się ze Specyfikacją warunków zamówienia i nie wnosi do niej zastrzeżeń oraz zdobył konieczne informacje potrzebne do właściwego wykonania zamówienia. Dalej, oświadczył, że zawarty w Specyfikacji warunków zamówienia projekt umowy został przez niego zaakceptowany i zobowiązuje się, w przypadku wybrania oferty, do zawarcia umowy na wyżej wymienionych warunkach w miejscu i terminie wyznaczonym przez zamawiającego. Oświadczył również, że firma spełnia wszystkie warunki określone w specyfikacji warunków zamówienia. Oznacza to, że Zamawiający dysponował kilkoma oświadczeniami Przystępującego o jednoznacznej intencji wykonawcy co do zamiaru zrealizowania zamówienia zgodnie z treścią SWZ.

Wobec powyższego, skoro treść oferty wskazywała na zamiar realizacji zamówienia zgodnie z SWZ, a jedynie termin realizacji zamówienia został określony inaczej, to taka sytuacja wskazywała jednoznacznie na okoliczność popełnienia omyłki. Zamawiający miał zatem możliwość poprawić omyłkę.

Popełniona przez Przystępującego omyłka jest również łatwa do zidentyfikowania. Oczywista i jednoznaczna jest treść, jaka powinna zostać wpisana w formularzu ofertowym. Poprawienie omyłki nie wymaga dodatkowych informacji, jak również żadnych wiadomości specjalnych.

Dlatego też Zamawiający prawidłowo uznał, że omyłka ma charakter innej omyłki, której poprawienie nie spowoduje zmiany treści oferty. Jest to omyłka, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Jak wskazano powyżej, z treści oferty wynika, że wykonawca zobowiązuje się do wykonania zamówienia zgodnie z SWZ, co oznacza również w terminie przewidzianym przez Zamawiającego. Poprawienie omyłki nie spowoduje zatem, że treść oferty ulegnie znaczącej zmianie, bowiem skoro wykonawca zamierza zrealizować zamówienie zgodnie z warunkami treści SWZ, to także w terminie w niej przewidzianym. Dlatego też nie sposób uznać, aby oferta Przystępującego podlegała odrzuceniu jako niezgodna z warunkami zamówienia.

Odwołujący podnosił także, że zakresie części 1 zamówienia wykonawca MT Plastics również przedstawił ofertę niezgodną z warunkami zamówienia, bowiem wykonawca *MT PLASTICS*, w wyjaśnieniach dotyczących *rażąco niskiej ceny*, wskazał, że *zastosuje moduły fotowoltaiczne o mocy 580 Wp. Urząd Gminy w Fabiankach ($\geq 29,67$ kWp i ≤ 30 kWp) Minimalna liczba paneli: $29,67$ kWp / $0,58$ kWp = $51,16 \approx 52$ panele. Moc instalacji: 52 panele * $0,58$ kWp = $30,16$ kWp (większe niż wymagania Zamawiającego) Oczyszczalnia ścieków w Fabiankach ($\geq 49,88$ kWp i ≤ 50 kWp): Minimalna liczba paneli: $49,88$ kWp / $0,58$ kWp = 86 paneli. Moc instalacji: 86 paneli * $0,58$ kWp = $49,88$ kWp (spełnia wymogi Zamawiającego) Oczyszczalnia ścieków w Szpetalu Górnym ($\geq 39,99$ kWp i ≤ 40 kWp): Minimalna liczba paneli: $39,99$ kWp / $0,58$ kWp = $68,95 \approx 69$ paneli. Moc instalacji: 69 paneli * $0,58$ kWp = $40,02$ kWp (większe niż wymagania Zamawiającego).* Powyższe zdaniem Odwołującego jednoznacznie potwierdza, że oferta złożone przez wykonawcę MT Plastics winna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Przystępujący wyjaśnił, że dla każdego wykonawcy działającego w branży instalacji fotowoltaicznych jest oczywistym, że zaproponowanie docelowych rozwiązań jest możliwe dopiero po zawarciu umowy oraz bardzo szczegółowym zapoznaniu się z infrastrukturą posiadaną przez Zamawiającego. Zaproponowanie docelowych rozwiązań nie znając szczegółowo infrastruktury posiadanej przez Zamawiającego jest po prostu niemożliwe. Dodatkowo, rację należy przyznać Przystępującemu, że stanowisko Odwołującego zdaje się zmierzać ku temu, że

Przystępujący założył moc o 0,16 kWp (lokalizacja Urząd Gminy w Fabiankach) oraz 0,02 kWp (lokalizacja oczyszczalnia ścieków w Szpetalu Górnym) wyższą niż wymagana. Są to jednak obliczenia własne Odwołującego, które obarczone są błędem logicznym, bowiem po pierwsze zaokrąglenie liczby 51,16 paneli do pełnych 52 paneli, to zaokrąglenie własne Odwołującego, gdyż w wyjaśnieniach zaofferowanej ceny Przystępujący założył 51 paneli. Po drugie, zaokrąglenie liczby 68,95 do liczby 69 to zaokrąglenie własne Odwołującego. Z wyjaśnień zaofferowanej ceny Przystępującego wynika, że przyjął 68 paneli, nie zaś 69.

Tym samym nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, podczas gdy obowiązkiem Zamawiającego było dokonanie czynności odrzucenia oferty Przystępującego z uwagi na zaofferowanie ceny rażąco niskiej wskazać należy, co następuje.

Wykonawca otrzymał od Zamawiającego wezwanie do wyjaśnień zaofferowanej ceny (w zakresie części numer 1 oraz części numer 2). W odpowiedzi na to wezwanie złożył stosowne wyjaśnienia zaofferowanej ceny. Wyjaśnienia składają się z trzech części: (i) krótkiej części opisowej, (ii) szczegółowych kalkulacji oraz (iii) dowodów potwierdzających realność założeń przedstawionych w kalkulacji. W szczegółowych kalkulacjach wykonawca ujął i opisał koszty niezbędne do wykonania zamówienia. Były to koszty: zatrudnienia personelu; nabycia materiałów i sprzętu, pozostałe koszty. Wykonawca wskazał wysokość zysku, jaki planuje osiągnąć. Przy większości pozycji kalkulacji wskazano, w którym załączniku do wyjaśnień znajduje się dowód potwierdzający realność założeń zawartych w kalkulacji. Do wyjaśnień dołączono umowy o pracę oraz informacje z ZUS w zakresie składek, faktury pro forma dokumentujące koszt zakupu materiałów niezbędnych do wykonania zamówienia, dokumenty wskazujące wysokość pozostałych kosztów (zakup paliwa, zakup sprzętu, opłata za usługi telekomunikacyjne).

W ocenie Izby, Odwołujący w żaden merytoryczny sposób nie zakwestionował wyjaśnień zaofferowanej ceny Przystępującego. W szczególności Odwołujący nie wskazał, żeby wykonawca pominął jakiś istotny koszt w swoich kalkulacjach (co mogłoby spowodować, że kalkulacje są niewiarygodne), dokonał błędów w obliczeniach, nie przedstawił dowodu na wysokość jakiegoś istotnego (konkretnego) kosztu, czy też nie był w stanie wykonać zamówienia za zaofferowaną cenę.

Wprawdzie zgodnie z art. 537 pkt 1 ustawy Pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa w niniejszym przypadku na Przystępującym, jednakże nie zwalnia to Odwołującego z obowiązku przedstawienia konkretnych okoliczności, które zdaniem Odwołującego sprawiają, że wyjaśnienia zaofferowanej ceny wykonawcy nie wykazały, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

W konsekwencji nie potwierdził się zarzut dokonania wyboru oferty wykonawcy, która nie była najkorzystniejsza. Tym samym nie sposób uznać, aby Zamawiający naruszył w kwestionowanym zakresie art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodnicząca:.....